UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALENCIA
"San Vicente Mártir"

" La expulsión del extranjero como pena sustitutiva de la privativa de libertad"

Presentado por:
Dª CARLA DE PAREDES GALLARDO
Dirigido por:
Dr. D. FRANCISCO DE ASIS SILLA SANCHIS

Valencia, a 11 de Abril de 2014

“Lo que con mucho trabajo se adquiere, más se ama”.

Aristóteles.

A mi familia.

Por su amor incondicional.

AGRADECIMIENTOS

“Si precisas una mano, recuerda que yo tengo dos”.

San Agustín. (354-430)

Obispo y filósofo.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera mostrar mi gratitud a todas las personas que han contribuido de alguna manera a la realización del presente estudio, y muy especialmente:

Al DR. D. FRANCISCO DE ASIS SILLA SANCHIS, director de la Tesis, por su enorme paciencia, por la ilusión puesta en esta Tesis Doctoral, desde el primer momento que empezó a gestarse, así como toda la ayuda recibida en este trabajo que he realizado bajo su dirección.

A la UNIVERSIDAD CATOLICA DE VALENCIA, por toda la ayuda prestada.

A TODOS MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS que se han preocupado por mi Tesis.

Todo esto no hubiera sido posible sin el amparo incondicional de MI FAMILIA, MIS PADRES, CARLOS y Mª JOSE, por todo lo que me han dado, por su constante apoyo y ayuda en mis inquietudes. Por toda la formación que me han dado. Todo lo que soy es gracias a ello. Las palabras nunca serán suficientes para testimoniar mi agradecimiento. MI HERMANA, VANESSA, por estar siempre ahí apoyándome y ayudándome en todo lo que ha hecho falta, por su ayuda en las presentaciones y soportar mis agobios. MI MARIDO, ALBERTO y A MIS HIJAS, CLAUDIA Y CARLOTA, por su infinita paciencia y tiempo dedicado.

INDICE

INDICE PÁGINA

CAPITULO PRIMERO: INTRODUCCION

1. ANTECEDENTES PENALES.

1.1.- Introducción 1

1.2- Regulación Actual 10

2. CONSIDERACIONES GENERALES.

2.1. Supuestos. 25

2.2.- Reglas de carácter objetivo. 35

2.3. Regla subjetiva. 41

2.4. Regla Temporal 44

3. ASPECTOS PROCESALES.

3.1. Forma 46

3.2. Audiencia partes 47

3.3. Recursos 48

3.4. Criterios de decisión 49

3.5. Supuestos excepcionales 54

3.6. Casos delitos de violencia de género 58

4. EL INCUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS 64

5. LA LEY ORGANICA 5/2010 82

CAPITULO SEGUNDO: LA EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL

1. INTRODUCCION 92

2. EVOLUCION JURIDICO LEGAL

2.1. Antecedentes legales 99

2.2. Regulación Actual 109

3. NORMATIVA Y NATURALEZA DE LA SUSTITUCION

3.1. Normativa aplicable 124

3.2.- Naturaleza Jurídica y finalidad. 126

4. CLASES

4.1. Expulsión total 136

4.1.1 Requisitos 137

A) Extranjero

B) Condenado pena privativa

C) No delitos artículos 312,313 y 318 bis

5. EXCEPCIONES A LA EXPULSION 177

CAPITULO TERCERO: LA EXPULSION JUDICIAL

1. INTRODUCCION 194

1.1. Arraigo 191

1.2. Enfermedad 202

1.3. Antecedentes Penales 205

2. EXPULSION PARCIAL

2.1. Introducción 214

2.2. Requisitos 224

3. PROCEDIMIENTO

3.1. Legitimación 226

3.2. Momento procesal 231

3.3. Resolución 233

3.4. Efectos 236

3.4. Incumplimiento 237

4. TERCER GRADO 249

5. LIBERTAD CONDICIONAL

5.1. Regulación legal 257

5.2. Régimen 265

6. EXPULSION MENORES 276

CAPITULO CUARTO: EL INTERNAMIENTO

1. INTRODUCCION 296

2. PRECEDENTES LEGISLATIVOS 303

3. REGIMEN JURIDICO

3.1. Regulación Actual 312

3.2. Significado constitucional 328

4. NATURALEZA JURIDICA

4.1. Carácter automático o discrecional 340

4.2. Momento de solicitud 350

4.3. Medidas alternativas 360

5. DURACION DEL INTERNAMIENTO

5.1. Autorización 364

5.2. Duración 370

6. SUPUESTOS DE INTERNAMIENTO

6.1. Proceso de expulsión 377

6.2 Incumplimiento 378

6.3. Caso retorno 380

6.4. Devolución 382

7. CENTRO DE INTERNAMIENTO

7.1. Introducción 383

7.1. Régimen general. 388

7. 2. Garantías. 394

7. 3. Estatuto jurídico. 396

8. EL INTERNAMIENTO DE MENORES.

8.1. Introducción 407

8.2. Procedimiento 416

8.3. Menores incursos procedimiento 418

CAPITULO QUINTO: PROPUESTAS 424

BIBLIOGRAFIA 482

INTRODUCCION

“Un comienzo no desaparece nunca,
ni siquiera con un final”.
Harry Mulisch (1927-¿).
Escritor holandés.

CAPITULO PRIMERO: INTRODUCCION

1. ANTECEDENTES PENALES.

1.1. Introducción

En el presente trabajo de investigación abordo el estudio de la sustitución de las penas privativas de libertad, ya que la respuesta carcelaria no es la única, ni debe serlo, previsto en nuestro Código Penal, así como la expulsión sustitutiva de los extranjeros.

El éxito de la pena privativa de libertad se vio pronto acompañado de cierta sensación de crisis[1], de ahí los permanentes esfuerzos de reforma del régimen de ejecución penitenciario. Una crisis, de un lado, derivada de las dificultades de consecución (a través de la prisión) de los objetivos que se predican de la pena privativa de libertad, y, por otro, también ligada a los negativos efectos que las experiencias ordinarias de privación de libertad provocan en los internos[2].

Desde una perspectiva práctica, se pretende con la sustitución de las penas, conseguir penas accesorias a la de prisión, manteniendo la efectiva ejecución de lo acordado por un Juzgado. En caso contrario, todo quedaría en una intención plasmada en un papel, que no conllevara el ingreso en prisión. Desde el punto de vista de las victimas resulta desolador que tras interponer una denuncia, celebrado el juicio oral, se

[1]. Miró Llinares, F., "Acción social, psicológica y primera praxis criminológicas: los caminos del Dr. Esquerdo y de Francisco Machado", Revist*a de Historia Psicológica,* número 2/3, 2007, pp. 259-265

[2]. Serrano Butragueño, I., "Retroactividad, ultra-actividad y extraactividad de las normas penales: La suspensión de la ejecución y la sustitución de penas de prisión de 3 y 2 años impuestas conforme al Código Penal derogado", *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 2, 1998, pp. 2037-2043S.

dicte una sentencia condenatoria y se sustituya la ejecución de la sentencia sin más. La victima[3]tiene que comprobar que el Estado de Derecho funciona, dispone de recursos, y los lleva a cabo, para, en el caso de que se acuerde la sustitución de la ejecución de la pena, se complemente esta con programas formativos o de reeducación y se obligue al penado a realizar determinadas actividades de resocialización que cumplan el fin contemplado en la propia Carta Magna.

En nuestro país, en la actualidad se sigue identificando el hecho criminal con el ingreso en prisión de su autor. Los estereotipos sociales son claros, los delincuentes a prisión y además si es posible con cumplimiento íntegro de las penas[4]. No menos expresiva resulta la queja de la sociedad que se esconde detrás de la frase, frecuentemente escuchada, *"entran por una puerta y salen por otra".*

Pues bien actualmente se viene observando una creciente y positiva ampliación de las respuestas alternativas a la prisión, desconocidas por nuestra sociedad como medidas alternativas al ingreso en prisión y con la misma finalidad e incluso mejor que el ingreso en prisión propiamente dicho.

Unido con que en los últimos años se ha producido entre nosotros un importante fenómeno de inmigración, importante, desde luego, en términos cualitativos, pero también cuantitativos, ya que en el año 2011, los extranjeros representaban alrededor del treinta y cinco por ciento de la población reclusa[5]. El problema que plantea la imposición de las penas privativas impuestas a los extranjeros es la inutilidad que conlleva para España, la dificultad del peso de la prevención reeducadora y la

[3]. Garofalo, R., "Indemnización a las víctimas del delito", Analecta, 2002.

[44]. Pérez del Valle, C., *Estudios sobre los fundamentos de Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 107-125.

[5]. García García, J., "Extranjeros en prisión y medidas repatriativas", Jornadas de ATIP: Nuevas realidades penales y penitenciarias: los retos en un escenario de cambios, Almagro, 2010, pp. 66.

ineficacia de la reinserción social en la que versa nuestro Derecho Penal, la cual llego de la influencia del Derecho alemán[6].

De tal manera que la comisión del delito[7]por parte de los extranjeros en España se convierte en un medio de permanencia en el país, apareciendo así lo que se ha llamado la cuarta criminalización, es decir, un grupo de personas extranjeras en situación irregular y pocas posibilidades de regularización.

Para evitarlo nuestro derecho prevé la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español al extranjero que resulta condenado por un delito cometido en España, ya que hay que tener en cuenta la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión. La expulsión, como medida política, se ha practicado desde los tiempos más remotos.

La incorporación de la expulsión de extranjeros en situación irregular al ámbito punitivo tiene lugar a través de su inclusión como una alternativa a la ejecución de las consecuencias penales aplicables, en el marco de los sustitutivos penales, caracterizados por la búsqueda de la humanización de la intervención penal a través de la reducción del uso de la prisión, diversificando los medios de respuesta penal. No obstante, en los dos últimos decenios se constata un cierto abandono del planteamiento propio de las "alternativas a la prisión" en el debate político criminal, que lejos de ser casual, como señala Larrauri Pijoan[8] "refleja

[6]. Miro Llinares, F., "¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial", *Revista para el análisis del Derecho*, número 4, 2013, pp. 12 y ss.

[7]. Sanz Moran, A.J., "Derecho Penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental", *Cuadernos de Política Criminal*, número 104, 2011, pp. 165-170.

[8]. Larrauri Pijoan, E., "Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión". S. Bacigalupo Saggese, M. Cancio Meliá, *Derecho Penal y Político transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 283-304.

una serie de variaciones", que pueden resultar esclarecedoras para comprender el significado de la expulsión sustitutiva en el catalogo de alternativas del Código Penal en vigor.

El artículo 89 del Código Penal, establece una forma de sustitución muy particular[9] pues se refiere únicamente al supuesto del extranjero no residente legalmente en España que comete un hecho delictivo, como veremos con profundidad en el siguiente capítulo.

Estoy de acuerdo con algún autor[10], que indica que esta sustitución era innecesaria que apareciera en el Código Penal, ya que, es una regulación más propia de la Ley de Extranjería, o de la Ley General Penitenciaria, aparte de que existe una difícil conexión entre ambas, por ejemplo con la regulación de la libertad condicional[11].

Por todo ello, nuestra investigación comprende esfuerzos por proponer un conocimiento profundo de la ejecución de las penas, las alternativas a la prisión que el legislador español ha alumbrado estos últimos años, ya que es una materia algo desconocida, lo que conlleva a una inadecuada aplicación de la ejecución de la pena, así como la

[9]. López Contretas, R.E., "La sustitución de las penas privativas de libertad (aspectos procesales y penales)", *Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje*, 2004, pp. 97 y ss.

[1010]. Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código Penal 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 507. Romas Valdés, A., "La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros", *Revista Actualidad Penal*, número 45, 1999, pp. 45; Palomo del Arco, A., "La expulsión de extranjeros en el derecho penal", *Manuales de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*, número 5, 1999, pp. 139-2008; Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Civitas, 2011, pp. 109.

[11]. Se plantea triple colisión de normas sobre el mismo supuesto de hecho: ciudadano extranjero próximo de cumplir las ¾ partes de su condena que el juez de vigilancia penitenciaria pretende conceder la libertad condicional para disfrutar en su país de origen conforme al artículo 197, pero la Dirección General de policía pretende expulsar administrativamente de nuestro país conforme al artículo 26 si sale en libertad condicional, y que ahora también con este precepto el juez o tribunal sentenciador puede plantear si sustituirle el cumplimiento de la última fase de la condena por su expulsión. Las tres pretensiones son compatibles, al menos entre el Tribunal sentenciador y el juez de vigilancia penitenciaria.

expulsión de los extranjeros y poner de relieve la falta de regulación de la materia.

La publicación de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal de 1995[12], ha incluido algunas modificaciones en materia de sustitución merecedoras de realizar un detallado análisis sobre la sustitución de las penas privativas de libertad y de la expulsión de los extranjeros previsto en nuestro Código Penal, desde una perspectiva practica que nos permite la pertenencia a un órgano judicial del orden penal que debe asumir diariamente de hacer ejecutar una sentencia penal, con el fin de resolver la problemática que se plantea con la ejecutoria penal. Con la expulsión se excluye la posibilidad de una correcta preparación para la libertad[13].

En la práctica diaria se presentan enormes obstáculos que dificultan la aplicación correcta de la ejecución penal, sobre todo en las medidas alternativas a la prisión, al no disponer de sistemas que garanticen el cumplimiento de las reales medidas complementarias a la sustitución de la pena.

Vamos hacer una breve referencia al sistema de penas en nuestro Derecho Penal[14], para poder centrar con claridad nuestro trabajo de investigación.

El Código Penal, aprobado el 23 de Noviembre de 1995[15], suponía un endurecimiento del sistema punitivo porque se ha

[12]. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 152, de 23 de junio, pp. 54811 a 54883.

[13]. Varona Martínez, G., "Extranjería y prisión: ¿igualdad material en un sistema penitenciario intercultural?", *Eguzkilore: cuaderno del instituto vasco de criminología*, número 8, San Sebastián, 1994, pp. 73.

[14]. Martínez Rodríguez, J.A., *La determinación de las penas en el Código Penal*, Bosch, 2013.

incrementado la duración real de las condenas, al eliminarse el beneficio de la redención de las penas por el trabajo que contemplaba el viejo Código Penal[16].

Según el diccionario jurídico[17] por redención de penas se entiende la acción y efecto de redimir. Rescate o recuperación de la libertad perdida. Nuestro Código Penal regula la redención de penas por trabajos, al objeto de acortar el cumplimiento de las penas impuestas por los Tribunales.

Como penas privativas de libertad, se preveía la pena de prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa[18]. Consisten, esencialmente, en la privación de la libertad ambulatoria durante un cierto periodo de tiempo. Este es el contenido fundamental de las penas privativas de libertad, en las que el condenado conserva la titularidad y el ejercicio de todos sus derechos en la medida que no resulten incompatibles con la perdida de la libertad ambulatoria. Dicha incompatibilidad es la causa por la que se priva al condenado de ciertos derechos distintos a la libertad ambulatoria (derecho de reunión, derecho de huelga, etc.), en número muy limitado y

---

[15]. Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, publicada en el Boletín Oficial Estado número 281, de 24 de noviembre, pp. 33987-34058.

[16]. González Cussac, J.L., "La aplicación de la pena en el nuevo Código Penal de 1995", en J.L. González Cussac, *la reforma de la Justicia Penal*, Universidad Jaume I, Castellón, 1997, pp.253-281.

[17]. Martínez Esteruelas, C.; Diez Moreno, F.; *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, 1993.

[18]. Artículo 36:"1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código. …". Artículo 37: "1. La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses…".Artículo 53: "1. Si el condenado no satisficiere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente".

en tanto sea indispensable para hacer posible la ejecución de la pena impuesta[19].

Junto a las penas privativas de libertad, que serían las penas principales, tenemos otras penas accesorias, cuya duración dependerá de la duración de la pena principal, previstas en los artículos 54, 55 y 56 de nuestro Código Penal.

Existen otras penas privativas de otros derechos previstas en el artículo 39 del Código Penal, como notas comunes a todas ellas, cabe destacar que pueden operar como principales o accesorias. Son principales aquellas que vienen directamente asociadas a la realización de un delito concreto y cuando sean penas accesorias se impondrán junto con la principal y su duración dependerá de la duración de la pena principal[20].

La pena más utilizada es la pena de prisión pero existen, aún así, ciertas medidas alternativas. Así, podemos encontrarnos con la sustitución de la pena, orientada a la consecución del fin de

[19]. Cordero Lozano, C., *Condenas Penales Privativas de libertad y de derechos*, Bosch, Barcelona, 2010.

[20]. Sentencia del Tribunal Supremo número 394/1997, de 9 febrero: Régimen de determinación de la pena inferior o superior en grado en el Código Penal de 1995. (…) En tal sentido ha señalado que en el Código actual se suprimen las escalas graduales contenidas en el texto anterior y se simplifican las reglas para la determinación de la pena superior e inferior en grado. Se ha abandonado el criterio de establecer un tracto sucesivo entre las diferentes clases de penas privativas de libertad que existían en el antiguo Código, si bien más con un carácter nominal que efectivo. Ahora se sigue el sistema de tramos que confluyen en un determinado punto de llegada o de partida de la pena de prisión. Así se desprende claramente del tenor literal del propio articulo 70 nuevo Código Penal, cuando establece que las penas superiores o inferiores en grado se formarán partiendo de las cifras máximas o mínimas señaladas por la ley para el delito de que se trate, y precisamente estas cifras se integran en la nueva pena constituyendo su punto de arranque o de llegada a su punto máximo, de tal manera que el máximo de la pena inferior coincide con el mínimo de la pena superior. Con referencia al caso concreto a que se atiende en antedicha resolución, se concluye en la misma que la fijación de la pena en nueve años de prisión y no en nueve años y un día como exigiría el sistema anterior es perfectamente factible, ya que se ha variado sustancialmente el método y manera empleada para establecer y medir las penas imponibles.

resocialización y del principio de proporcionalidad vigentes en el Derecho Penal español, dando una mayor flexibilidad al sistema de penas[21].

Las medidas de seguridad serán también un sustitutivo de la pena de prisión en los casos de eximente incompleta, imponiéndose la medida como sustitutiva de la pena establecida para cada tipo penal. La duración de la medida de seguridad se computará como pena cumplida.

En los casos en los que la eximente sea completa, si se impone una medida de seguridad no será sustitutiva de ninguna pena, ya que en estos casos no se impondrá pena alguna, por estar la persona exenta de responsabilidad penal.

Cuando una persona es declarada responsable de unos hechos delictivos, se le impone la pena prevista en el Código Penal para el delito de que se trate, normalmente la de prisión. Sin embargo, en el caso de que una persona esté exenta de responsabilidad criminal por tener sus facultades alteradas, se abre la posibilidad de imponerle la medida de seguridad.

La Ley Orgánica 15/2003 de reforma del Código Penal[22]introdujo algunas modificaciones en relación a estos tipos de penas que acabamos de mencionar. En primer lugar, se suprime la pena de arresto de fin de semana[23],cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración

[21]. Sánchez García de Paz, M.I., "El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal", *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 4, 1994, pp.1114-1124.

[22]. Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 283, de 26 de noviembre, pp. 41842-41875.

[23]. Espina Ramos, J.A., "Arrestos de fin de semana, depósitos municipales de detenidos y otros problemas prácticos", *Revista del Ministerio Fiscal*, número 8, 2000, pp. 133-150.

(la pena mínima se ha reducido de seis meses a tres meses[24]), por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente que se crea en esta misma Ley, y modifica en concepto de habitualidad contenida en el artículo 94 del Código Penal[25].

En La Ley 5/2010[26]la carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión del sistema español ha motivado que en esta reforma se haya optado por otorgar un mayor protagonismo a la pena de localización permanente. Con este objetivo, se le confiere una mayor extensión y contenido, si bien se ha pensado que inicialmente, aunque con vocación de futuras ampliaciones, su ámbito de aplicación se reduzca al marco de la sustitución de las penas privativas de libertad.

A la inversa, la localización permanente, en los supuestos en los que está prevista como pena principal, puede ser el instrumento adecuado para combatir con mayor rigor y eficacia los supuestos de reiteración de faltas que han generado una especial inseguridad ciudadana en los últimos tiempos[27].

Hecha esta breve referencia al sistema de penas, vamos a detallar la regulación de la sustitución de las penas.

---

[24]. Sentencia del Tribunal Supremo número 165/2009, de 19 de febrero. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto y confirma el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que condeno al acusado por un delito contra la salud pública sustituyendo la pena privativa de libertad por la de expulsión del territorio español.

[25]. López Lorenzo, V., "La suspensión y la sustitución de la pena tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal", *La Ley Penal*: *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 9, 2004, pp. 31-48.

[26]. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio por la que modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 152, de 23 de junio, pp. 54811-54833.

[27] Juanatey Dorado, C., "La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal", *Revista la Ley Penal*, número 9, 2004, pp. 5-30.

1.2. Regulación

Vamos a examinar las regulaciones anteriores a la actual de la sustitución de la pena en el ordenamiento jurídico español.

La expulsión de los extranjeros como sustitución así como la sustitución de las penas privativa de libertad es una institución ya conocida en nuestro ordenamiento jurídico, que se configura por primera vez en el artículo 11 de la Ley de 17 de marzo de 1908 de condena condicional. Posteriormente, se incluyó en el artículo 95 del Código Penal de 1932 y en el artículo 92 del Código Penal de 1994.

Con la reforma de 1932 se recupera el sentido clásico de proporcionalidad[28]de la pena con la gravedad de lo realizado, que en 1928 había alterado en aras de una excesiva consideración de la peligrosidad del sujeto.

El principio de proporcionalidad es básico en la determinación de un sistema de penas, debiendo guardar éstas, un adecuado equilibrio entre su gravedad y la gravedad del delito al que se le aplican, y ello tras una adecuada selección y prelación de los diferentes bienes jurídicos protegidos. Nuestro Código Penal, padece tantos errores sistemáticos y conceptuales en el sistema de penas, que determina la necesidad de acometer la redacción de uno nuevo.

El Código de 1932 se caracterizo por tener un carácter de puente entre los códigos del siglo XIX y el actual[29].

[28]. López y López, E. “Hacia un nuevo Código Penal”, *Diario La Ley,* número 7839, 2012.

[29]. García Aran, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*, Ediciones de la Universidad de Barcelona. 1982.

De esta manera ha ido sobreviviendo, prácticamente, sin alteraciones hasta la actualidad, pese a las numerosas reformas sufridas en el Texto Refundido del Código Penal de 1973. En la actualidad la Ley de 17 de marzo de 1908 ha sido derogada, así como sus disposiciones complementarias por la Disposición Derogatoria 1.b del Código Penal de 1995.

Si observamos las diferentes propuestas legislativas, podemos concluir con carácter general, que reflejan el intento del legislador por impulsar el tratamiento del condenado hacia su puesta en libertad. Se comprueba que la finalidad principal que persigue esta institución es facilitar la resocialización del autor del delito para lo cual "debe empezarse por dar alternativas a la privación de libertad, y cuando esta sea inevitable, una ejecución humana que remite la dignidad del recluso y dificulta la desocialización que suele producirse en el medio carcelario"[30].

Asimismo, las sucesivas propuestas legislativas y reformas penales que se han sucedido hasta nuestros días se dirigen hacia una continua apertura del campo de aplicación de esta institución y la incorporación de determinadas reglas durante el periodo de prueba. La ampliación de esta institución se consigue aumentando los posibles beneficiarios que pueden acceder a ella. En un principio la exigencia inicial del artículo 94.1 del Proyecto de Código Penal de 17 de enero de 1980 hace referencia a "*que el reo haya delinquido por primera vez*", pero este requisito se irá modificando progresivamente para ofrecer una formula más amplia.

[30]. Según Mir Puig, S., *Comentarios a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010*, Tirant lo Blanch, 2011.

Será la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983[31] la que incorpore dos importantes novedades, en primer lugar, se incluye en el párrafo primero del articulo 93 Código Penal[32]un concepto amplio de autor primario; se considera que el reo delinque por primera vez cuando "haya sido rehabilitado, o pueda serlo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo ultimo del artículo 118 de este Código, no solo se iguala al delincuente rehabilitado con el autor primario sino que también, al que pudiera serlo, "aun no habiendo instado la rehabilitación, por la simple constatación judicial de que se habían cumplido los requisitos precisos para obtenerla".

En segundo término, se produce un nuevo intento de ensanchar el campo de aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, ya que "la primera condena por imprudencia en todo caso no se tendrá en cuenta a estos efectos" y por primera vez, se permitirá el acceso de esta institución a los reincidentes que previamente cometieron un delito imprudente.

El borrador del Anteproyecto de Código Penal 1990[33]continúa en esta misma línea de incrementar el número de beneficiarios que pueden acceder a la suspensión o sustitución de la pena, en particular, el artículo 78[34]. Por consiguiente, será delincuente primario el que fue condenado por un delito imprudente, independientemente del número de condenas por delitos imprudentes. Este concepto amplio de delincuente primario

[31]. Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de reforma urgente y parcial del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 152, de 27 de junio, pp. 17909-17919.

[32]. Artículo 93.1.a del Código Penal establece: "Que el reo haya delinquido por primera vez, o en su caso, haya sido rehabilitado, o pueda serlo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 118 de este Código. La primera condena por imprudencia en todo caso no se tendrá en cuenta a estos efectos…".

[33]. Ruiz Vadillo E., "Algunas breves y provisionales consideraciones sobre el anteproyecto de Código Penal. Parte general. Borrador. Octubre de 1990", *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 4, 1991, pp. 1049-1052.

[34]. Artículo 78: "No se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de este Código*".*

será reproducido en su integridad en los sucesivos Proyectos y Anteproyectos del Código Penal hasta el último Proyecto de Código Penal de 20 julio de 1995, quedando en estos términos en el actual texto punitivo.

También se proponen importantes novedades durante el periodo de prueba. En este sentido, el artículo 92 del Proyecto de Código Penal de 17 de enero de 1980 acoge una versión de la *probation* dirigida a los delincuentes jóvenes menores de veintiún años al cometer de delito. Esta modalidad de *probation* faculta al juez para proceder a la suspensión del fallo y otorga la posibilidad de imponer al joven reo determinadas reglas de conducta o también la obligación de realizar ciertas tareas. De esta manera, el imputado queda sometido al control del juez de vigilancia, que puede requerir del Tribunal, en cualquier momento, la revocación del beneficio, pues la suspensión del pronunciamiento del fallo queda sometida a la observación de las reglas de conducta impuestas.

La propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983[35] no preveía la imposición de tareas o reglas de conducta. Tampoco establecerán esas reglas de conducta la posterior reforma de 25 de junio de 1983 ni el Borrador de Proyecto de Código Penal de 1990. Es a partir del Anteproyecto de Código Penal de 22 de abril de 1992 y hasta el último Proyecto de Código Penal 20 de julio de 1995 donde se vuelven a incorporar las reglas de conducta durante el periodo de prueba. Junto a ello, se introduce otra importante novedad en orden a la cancelación de los antecedentes penales. Concretamente, si el sometido a prueba no vuelve a delinquir durante el plazo de suspensión fijado por el Juez, esos antecedentes penales no tendrán ningún efecto.

[35]. Téllez Aguilera, A. “Las alternativas a la prisión en el derecho español (una visión panorámica con ideas para matar a la mala hierba de la inseguridad jurídica)", *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 21, 2005, pp. 5-25.

Por su parte, el Código Penal de 1995, aprobado el 23 de noviembre de 1995[36]ha supuesto la introducción de importantes modificaciones en la ejecución de la pena respecto su redacción en el Código Penal de 1973. En este sentido, hay que destacar, en primer lugar, el cambio de nombre, pues se ha sustituido la denominación de remisión condicional de la pena por la suspensión de la ejecución de la pena, que se considera que es más acorde con la propia naturaleza de la institución. Junto a ello hay que destacar otras importantes reformas, como que se amplían las condiciones para acceder a esta institución, en primer lugar otorgando al Juez la facultad discrecional para determinar su concesión, en segundo término aumentando el número de beneficiarios y por ultimo extendiendo el tiempo de duración de la condena. Continuando con la introduciendo de determinadas reglas de conducta durante el cumplimiento del periodo a prueba al acoger el nuevo Código Penal las tendencias ya experimentadas en el ámbito jurídico anglosajón *probation* y en el modelo continental frances-sursis[37]. Así como, regulando por primera vez, un sistema excepcional para el penado que está aquejado de una grave enfermedad con padecimientos incurables[38]. Por último, estableciendo un régimen muy especial para la inscripción de los antecedentes penales.

El proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal reforma la regulación de la sustitución de las penas privativas de libertad[39], y se introduce un nuevo sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, de este modo se

[36]. Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, publicada Boletín Oficial del Estado número 281, de 24 de noviembre, pp.33987- 34058.

[37]. Respecto la responsabilidad administrativa, Morote Sarrion, J.V., "La responsabilidad solidaria de las Administración Públicas en los Procedimientos bifásicos", *Revista de Administración Publica*, número 154, 2001, pp. 95-128.

[38]. Aguirre Seoane, J., "Las enfermedades muy graves con padecimientos incurables como presupuesto para la concesión de beneficios", *Revista Actualidad Penal,* 2002, número 3, pp. 1239-1265.

[39]. Roig Torres M., "La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el derecho penal de autor", *Revista Penal*, número 33, 2014, pp.170-207.

pondrá fin a la situación actual, en la que habitualmente los jueces y tribunales penales se ven obligados a resolver de forma repetida sobre la procedencia de la suspensión o sustitución.

De esta misma manera, se modifica la regulación de la sustitución de la ejecución de pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, como veremos más adelante, pero sin perjuicio de ello diremos que el proyecto ajusta el límite de la pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión, a la regulación contenida en la legislación de extranjería, los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, que parte de la pena impuesta debe ser cumplida en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años y la sustitución se condiciona a la proporcionalidad de la medida[40], es decir que los jueces y tribunales deberán valorar la gravedad del hecho, y las circunstancias personales del penado y en particular, su arraigo para determinar si la sustitución de la pena es o no proporcionada, tal como establece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. CONSIDERACIONES GENERALES.

Vistos los antecedentes de la sustitución, pasamos a examinar la sustitución en sí misma considerada.

A pesar de las frecuente críticas a las penas privativas de libertad de corta duración vistos los efectos criminógenos que producen en reos que no son habituales y lo inútiles que parecen desde el punto de vista de los efectos de resocialización y reinserción de la pena, en los últimos años se han visto aumentado esta clase de delitos sancionados con penas privativas de libertad cortas hasta el punto de que ha sido

[40]. Fábrega Ruiz, C.F. “La determinación y sustitución de las penas cortas de prisión en el Código Penal”. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 4, 1997, pp. 1155-1157.

necesario revisar el precepto legal que estableció la cuantía mínima de la pena de prisión por la comisión de un delito (artículo 36 del Código Penal[41]).

Pues bien, el Código Penal 1995[42], de forma novedosa y sin precedente en el Código Penal derogado vino a introducir, como alternativa a las penas privativas de libertad, mecanismos específicos que permiten sustituir a estas otras que se entienden menos desocializadoras, regulando en la Sección 2ª del Capítulo III del Libro I, bajo el epígrafe "*De la sustitución de las penas privativas de libertad*", las distintas posibilidades de aplicar esta institución para evitar el cumplimiento efectivo de las penas de prisión de corta duración, siempre que se cumplan ciertos requisitos contemplando, además, un sistema de sustitución automática cuando las penas privativas de libertad no exceda de un determinado plazo (artículo 71.2 del Código Penal[43]).

La sustitución de penas es un beneficio penal, una forma sustitutiva de ejecución de penas privativas de libertad más favorable para el condenado, en virtud del cual el Juez queda obligado o facultado para permutar las penas de prisión por las pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, o por la medida de seguridad de expulsión del territorio nacional, para extranjeros no residentes legalmente en España, pudiendo establecer igualmente condiciones o reglas de conducta adicionales[44].

[41]. Vid. Nota Número 5.

[42]. Magro Servet, V.; Solaz Solaz, E., "La sustitución de la pena por la expulsión del territorio Nacional". *Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La ley, Madrid, 2010, pp.155-221.

[43]. Artículo 71.2: "No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección II del Capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda*".*

[44]. Cordero Lozano, C., *Ejecución Penal*, Bosch, 2011

La finalidad de la sustitución de la pena privativa de libertad consiste en evitar que el delincuente sufra los efectos perjudiciales de las penas cortas privativas de libertad, lo que se puede alcanzar de muy diversas formas[45].

Nos encontramos por consiguiente, ante la posibilidad legal de sustitución de las penas impuestas, de la forma señalada en la Ley, por otros menos lesivas para los bienes jurídicos de la persona condenada, permitiendo conjugar, de este modo, los fines de prevención especial-pena menos lesiva (y los de prevención general) cumplimiento de una pena[46].

Dentro de los citados mecanismos sustitutorios podemos realizar dos distinciones, según la sustitución sea legal u obligatoria, por así imponerlo la propia Ley,(artículo 71.2 del Código Penal[47]) referida a los casos en que nos encontremos a una pena de prisión inferior a tres meses, y la segunda, la sustitución sea potestativa o facultativa para el Juez o el Tribunal cuando concurran determinados requisitos del artículo 88 del Código Penal cuando las penas de prisión no sean superiores a los dos años impuestos por delito.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé dos supuestos en los que está prohibida la aplicación del beneficio de la sustitución de la pena,

[45]. Robledo Ramírez, J., *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales*, Estudio de su regulación en España y México, Madrid, Instituto de Criminología, 1996, pp. 221.

[46]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Castellón Sección Primera, número 98/2000, de 10 de abril.

[47]. Vid. Nota número 24.

como son, en primer lugar, en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, artículo 30.2[48].

En segundo término, en el Código Penal militar (artículos 44[49]) y en la Ley Orgánica Procesal Militar (artículos 368 y siguientes) en donde se excluye la sustitución de la pena a los militares condenados, de suerte que no es aceptable la sustitución de las penas privativas de libertad, regulada en el artículo 88 del Código Penal[50]en el ámbito castrense, ya que la sustitución quebranta el principio de legalidad[51] que obliga a los jueces y magistrados integrantes del poder judicial a administrar justicia con sometimiento único a la ley[52].

El Código Penal Militar nada dice al respecto de la sustitución, lo cual es lógico si tenemos en cuenta que, cuando este último Código se aprobó, el instituto de la sustitución de las penas no existía.

En efecto, el referente del Código de Penal Militar no fue ni siquiera el Código Penal vigente en aquel momento, y ello es necesario destacarlo, sino el proyecto de 1980 en algunos casos y en otros el Anteproyecto de 1983.

---

[48]. Artículo 30.2:"Los condenados en estos procedimientos quedan exceptuados de los beneficios de la remisión condicional durante la vigencia del Estado de Excepción".

[49]. Artículo 44: "Se confiere a los Tribunales y Autoridades Judiciales Militares la facultad de otorgar motivadamente por sí o por ministerio de la Ley a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta".

[50]. Juanes Peces A., "La sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense". *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 47, 2008, pp. 41-44.

[51]. Entendido el principio de legalidad de conformidad con lo previsto González Cussac, J.L., "La generalización del Derecho Penal de excepción: la afectación al Derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad", *Estudios de Derecho Judicial,* número 128, 2007, pp. 229-268.

[52]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta, número 107/2005 de 7 de abril.

Al ser ello así, lo que debemos preguntarnos es si cabe o no aplicar la sustitución de las penas privativas de libertad al ámbito castrense, dado el silencio del Código Penal Común.

El artículo 5 del Código Penal Militar[53]se remitía al Código Penal en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opusieran a sus preceptos. El Código Penal al que se refiere este articulo 5.º no es otro que el de 1995, al ser éste el que está en vigor en el momento actual, lo que da lugar a no pocas disfunciones, ya que, como hemos dicho, el Código Penal Militar se inspiró en otros textos, obligando así a realizar en ocasiones un ensamblaje entre ambos Códigos que no es fácil, pues el Código Penal de 1995 en algunas materias es claramente innovador o rupturista con la tradición jurídica anterior, por cuya razón, y como diré al final, sería conveniente una adaptación del Código Militar vigente al de 1995[54].

Al no prever el Código Penal Militar la sustitución de las penas privativas de libertad, en principio no existiría inconveniente para que, de conformidad con el artículo 5 del Código Penal Militar, se pudiera aplicar el artículo 88 del Código Penal Común, al tratarse de una materia no expresamente regulada en el Código castrense[55].

Ahora bien, ese articulo 5 contiene una cláusula denominada *"de salvaguardia",* por virtud de la cual no se pueden aplicar las disposiciones del Código Penal cuando no lo permita la especial naturaleza del Código Penal Militar y no se opongan a los preceptos de éste.

---

[53]. Artículo 5 del Código Penal Militar establece: "las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código".

[54]. Juanes Peces, A., "Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar", *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 7, 2004, pp. 5-13.

[55]. Muñiz Vega, G., "La sustitución del artículo 88 del Código Penal en la jurisdicción militar", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* número 3, 1998, pp. 1489-1490.

En virtud de esta regla, idéntica a la contemplada por el Código Penal Militar argentino, y en cierta forma por el Código Penal Militar portugués, no son aplicables al ámbito castrense las normas del Código Penal Común incompatibles con la especificidad de las normas militares.

A la vista de esta cláusula de salvaguardia es necesario determinar si, en un plano abstracto, la sustitución de las penas privativas de libertad permitida por el Código Penal Común resulta incompatible por definición con los delitos militares.

Pues bien, la respuesta a este interrogante en opinión de Juanes Peces[56] debe ser negativa, ya que si nos atenemos a las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, el Mando habrá de valorar las circunstancias concurrentes en cada caso.

Se preveía un régimen especial para la cancelación de los antecedentes penales por delitos militares, es decir, los previstos en este texto y castigados por la jurisdicción castrense. En ese sentido, conviene precisar que estos Tribunales son competentes para conocer, exclusivamente, los hechos tipificados como delitos militares en dicho Código[57].

En concreto, hay que tener presentes los artículos 92 y 93. En definitiva, las Reales Ordenanzas permiten, dentro de ciertos límites, una adaptación de las órdenes y decisiones a las circunstancias existentes.

[56]. Juanes Peces, A., "La sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense", *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 47, 2008, pp. 41-44.

[57]. Roig Torres, M., *La cancelación de los antecedentes delictivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 198-204.

Pues bien, en ocasiones puede ser conveniente y justo, desde una perspectiva meramente castrense, al margen de otros criterios criminológicos, la adopción de una pena distinta a la privativa de libertad, sin que por ello, y lo destacamos, se resienta la disciplina, sino que por el contrario se refuerza, pues un exceso de autoritarismo puede provocar un efecto contrario. Luego, a priori, desde mi punto de vista, no existiría inconveniente para que excepcionalmente, en función de las circunstancias de cada caso, y de forma motivada, se pudieran sustituir las penas de prisión de hasta dos años por alguna de las penas sustitutivas expresamente previstas en el artículo 88, y desde luego rechazamos que la aplicación del régimen de sustitución de las penas sea contrario a las especialidades castrenses, ya que el valor justicia no es incompatible con la disciplina.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, la Sala Quinta del Tribunal Supremo[58] ha rechazado esta posibilidad porque, a su juicio y el mío, el Código Penal Militar no contempla las penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que, hoy por hoy, en tanto no se modifique el sistema de penas establecidas por el Código Penal Militar, no cabe la sustitución de las penas en el ámbito castrense, y no porque (tal como hemos dicho) lo prohíba la cláusula de salvaguardia del artículo 5 del Código castrense, sino debido a que la pena de multa y la de trabajos en beneficios de la comunidad no figuran entre las penas previstas en el artículo 24 del referido Código Penal Militar, de suerte que su hipotética aplicación por vía de sustitución de penas vulneraría el principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución Española, ni vulnera el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, porque el condenado ahora puede tener la condición de civil pero en el momento de comisión del delito tenia la condición de militar y se encontraba por ello sometido (voluntariamente) a la jurisdicción militar y a la aplicación de las normas penales militares, situación que no

[58]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta, número 129/2010, de 13 de julio.

cambia por el hecho de haber cesado en su relación con las Fuerzas Armadas, pues no le desvincula de la comisión de un delito militar cuando estaba sujeto a la disciplina y normas propias de la vida castrense, en cualquier caso la aplicación o no de tal beneficio deriva de la propia aplicación del Código penal militar y su catálogo de penas y no de la condición civil o militar del condenado[59].

También en Sentencia de 20 de marzo de 2007 se decía que el régimen de sustitución de penas privativas de libertad, previsto en el artículo 88 del Código Penal Común, no es aplicable a las que se impongan por los Tribunales Militares como consecuencia de la comisión de un delito militar, lo que supondría una vulneración del principio de especialidad del Derecho Penal Militar, que conlleva la no asunción de los criterios que sirven de base para la mentada sustitución, no siendo factible el uso y extensión de las reglas de la analogía para extender la Ley penal común a aspectos y ámbitos que no le son propios en materias y cuestiones que afectarían al principio aludido de especialidad de la normativa castrense y a sus peculiaridades jurídico-penales más características, entre las que se encuentra considerar oportuno y necesario un mayor rigor punitivo en el ejercicio de 'ius puniendi' del Estado, en el cumplimiento de las misiones de prevención general en el ámbito castrense y asumir que la ejemplaridad y los cimientos determinantes del mantenimiento de la disciplina no son compatibles con el régimen establecido de sustitución de penas del Derecho Penal común invocado por el interesado, sin que por ello se pueda establecer que se produzca una transgresión del principio de igualdad contemplado por el artículo 14 de nuestro primer texto legal, precisamente porque no concurre el requisito principal que fundamentaría el reconocimiento de las

[59]. El Tribunal Supremo va desestimar el recurso de casación interpuesto por el condenado como autor de un delito de abandono de residencia, contra el auto en el que se desestimaba la sustitución de la pena privativa de libertad por la multa, ya que la sustitución de la pena privativa de libertad por la de multa no es aplicable en los delitos militares. El hecho de que al recurrente, militar al tiempo de la comisión del delito, le sea denegado tal beneficio siendo ahora civil, en nada afecta al derecho de igualdad, pues su aplicación no deriva de la condición o militar del condenado, sino del Código Penal Militar y su catalogo de penas.

situaciones equivalentes, habida cuenta de que el personal militar se encuentra sometido a un régimen especial de sujeción a las normas penales y disciplinarias castrenses y a la aplicación de las mismas en el marco de su normativa específica.

De cuanto se lleva expuesto cabe concluir que, en el momento actual de la legislación militar, no cabe sustituir la pena de prisión por la pena de multa ni por la de trabajos en beneficio de la comunidad, por una razón muy simple, pero a su vez concluyente, porque las penas sustitutivas del Código Penal Común no están previstas en el Código Penal Militar[60], y no lo están porque el legislador las ha excluido deliberadamente, lo que no empecé que en el futuro se puedan establecer en el Código Penal Militar siguiendo la estela del Código Penal Común, atemperándola, eso sí, a las exigencias del régimen castrense, que no es el común, pues distinta es la organización de las Fuerzas Armadas, cuyos fines y no cualquier idea de privilegio corporativo, exigen, según doctrina del Tribunal Constitucional, una mayor disciplina por parte de sus miembros, que, como recuerda dicho Tribunal, se incorporan al Ejército y se someten a sus normas voluntariamente.

Así, el Tribunal Constitucional ha dicho que "*quien abraza una Carrera Militar se somete por propia voluntad al sistema de disciplina militar*". Este es, por otra parte, el criterio de la Sala expresamente contenido en multitud de sentencias[61].

[60] Villalvilla Muñoz, J.M."Modificaciones legales y reales introducidas en la nueva regulación del derecho de asilo. (Comentario a la Ley 9/1994 de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado), *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* número 4, 1994, pp. 1102- 1113.

[61]. Entre las cuales cabe mencionar la sentencia de 14 de enero de 1997, de 21 de diciembre de 2004, de 29 de noviembre de 2004, 26 de enero de 2004, 2 de junio de 2004, 3 de diciembre de 2004, y 26 de enero de 2004, por mencionar algunas.

Por tal conjunto de consideraciones, entiendo que a día de hoy no se puede aplicar en el ámbito castrense el régimen de sustitución de las penas establecido por el Código Penal de 1995.

Ahora bien, esta afirmación no es incompatible con la conveniencia de que en el futuro se puedan establecer, pero para ello habrá de procederse a una modificación del Código Penal Militar vigente, por otra parte necesaria para adaptar este Código al Código Penal de 1995, pues no olvidemos que el Código Penal Militar es una ley especial, singular, sometida por tanto a los mismos criterios y principios que informan el Código Penal Común, habiéndose de limitar por consiguiente esta ley especial (el Código Penal Militar) a consagrar las especialidades estrictamente necesarias para el funcionamiento de las Fuerzas Armadas y el cumplimiento de las misiones constitucionales que la Constitución les encomienda, pero no más allá[62].

En el caso de la expulsión del territorio nacional como sustitutiva, hay que mencionar que los militares tienen una situación especial ya que su situación viene regulada por leyes especificas, respecto de las cuales la Ley Orgánica de Extranjería sólo tiene carácter supletorio, en primer término, como la de las personas que han obtenido la condición de asilados o refugiados políticos, regulada por la Ley 5/1984, de 26 de marzo, de Derecho de Asilo y Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de

[62]. En sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, número 81/2011, de 27 de febrero, establece que habiendo sido condenado el acusado por la comisión de un delito de abandono de destino del artículo 119 Código Penal Militar, interpone recurso solicitando que le sea sustituida la pena de prisión impuesta por la de multa. Desestimo el recurso por considerar que tanto en el ámbito penal militar como en el contencioso disciplinario militar el beneficio de la sustitución de la pena privativa de libertad por otra pena de multa no concierne a los delitos militares ni vulnera el derecho de igualdad ante la Ley del articulo 14 Constitución Española, ya que la aplicación o no de tal beneficio deriva de la propia aplicación del Código Penal militar y su catálogo de penas y no de la condición civil o militar del condenado, por lo que su aplicación afectaría al principio de legalidad del articulo 25 Constitución Española.

refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984 y su normativa de desarrollo y en segundo lugar, los miembros de fuerzas extranjeras destacadas en España en virtud de Tratado (personas incluidas en los Convenios de Londres de 19 de junio de 1951 y Ottawa de 20 de septiembre de 1951 referidos al personal civil y militar al servicio de la OTAN, así como las incluidas en el Convenio Bilateral sobre Cooperación para la Defensa suscrito entre España y los Estados Unidos, de 1 de diciembre de 1969), alistados en la Legión en cuanto contratados por el Ejército español, etc., que se regirán por su normativa especial en cuanto no se opongan a lo establecido en la Ley (Disposición Derogatoria Única).

En ambos casos, el artículo 34 de la Ley de Extranjería establece que su residencia en España es legal, no siendo posible su expulsión por aplicación del artículo 89.1 Código Penal[63].

No tendría sentido poder aplicar a un condenado con condición de militar la expulsión del territorio nacional y no poderle aplicar el beneficio de la sustitución de las penas privativas de libertad, por la misma razón mencionada con anterioridad.

2.1. Supuestos.

Una vez expuesta de manera genérica las sustituciones pasamos a examinarlas de manera detallada.

[63]. Magro Servet, V., Solaz Solaz, E., "La sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, en *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión"*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 155-221.

Tan poca es la confianza que el legislador demuestra en la capacidad de las penas de prisión de corta duración para lograr la resocialización del penado, o incluso cualquier otro efecto mínimamente beneficioso, que el propio articulo 71.2 Código Penal[64]establece que ninguna pena de prisión, cuya duración sea inferior a tres meses podrá ser objeto de cumplimiento efectivo.

El precepto regula la sustitución legal para los casos en los que, por aplicación de las reglas de determinación de la pena (artículos 61 y siguientes), la pena resultante sea inferior a los tres meses[65]. En estos supuestos, y dado que en nuestro ordenamiento penal no existe la pena de prisión inferior a los tres meses, el Juez o Tribunal se ve obligado por Ley a proceder a sustituirla, aplicando para ello las reglas previstas en el articulo 88 Código Penal.

A pesar de la sencillez del precepto, son varias las cuestiones que se plantean a la hora de proceder a su interpretación y aplicación práctica. Como por ejemplo, si la sentencia no dice nada al respecto, es decir, cuando la sentencia impone una pena inferior a los tres meses de prisión pero nada dice sobre la sustitución y nada plantean las partes en ejecución, si son distintos los juzgados (el sentenciador y el que conoce la ejecución), cabria la devolución del procedimiento para que el juzgado sentenciador se pronuncie al respecto, dado que la pena varia (de prisión a multa o trabajos en beneficio de la comunidad).

El problema se acentúa cuando se trata de procedimientos con preso cuya sustitución legal puede motivar la libertad del penado en atención a la diferente pena a imponer. En estos casos, al tratarse de una sustitución *ope legis* el juez de ejecutorias podría acordar tal sustitución.

[64]. Vid. Nota número 24.

[65]. Antes de la reforma de la Ley Orgánica 15/2203 el tope se fijaba en los seis meses.

Ciertamente, el artículo 36.1 del Código Penal señala la duración mínima y máxima de la pena, por lo que, en consecuencia, ningún precepto de la parte especial asocia a la comisión de delito alguno una pena inferior de tres meses de prisión. Sin embargo, es claro que "*a los autores de tentativa del delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley"* y para el delito consumado (artículo 62 del Código Penal[66]). Igualmente a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la señalada por la ley para los autores del mismo delito (artículo 63 del Código Penal[67]).

A su vez, el concurso de varias circunstancias atenuantes en la conducta del sujeto activo o una muy cualificada, sin concurrir agravantes, determina que la pena asociada al delito sea reducida en uno o dos grados (articulo 66.1.2ª[68]). Incluso cuando concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, tras ser ponderadas por el órgano jurisdiccional, este entienda que persiste un fundamento cualificado de atenuación, se aplicara la pena inferior en grado (articulo 66.1.7ª).

En el supuesto de que el acusado, en el marco de los denominados juicios rápidos, presta su conformidad ante el Juzgado de Guardia, resulta impuesta la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de la pena inferior al límite mínimo

---

[66]. Artículo 62: "A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado".

[67]. Artículo 63: **"**A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito".

[68]. Artículo 66: **"**1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 2ª. Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes*".*

previsto en el Código Penal, conforme establece el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sobre la base de esta "reducción de un tercio" puede igualmente resultar impuesta una pena de prisión inferior a los tres meses de duración, sin que la misma sea, ciertamente, consecuencia de la aplicación de las reglas anteriores al artículo 71.2 del Código Penal[69].

En todos estos casos, por tanto, resultara posible imponer al condenado una pena inferior a tres meses de prisión. Al respecto, debe tenerse en consideración que el artículo 71.1 del Código Penal[70]. Por ejemplo, al cómplice en un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa[71] habría que reducirle la pena prevista para dicho delito en uno o dos grados más por tratarse de un delito intentado, en un grado, por su condición de cómplice, y comoquiera que la pena prevista para el delito de robo con fuerza en las cosas es de uno a tres años de prisión, y al reducirse, si fuera el caso, en dos o más grados más, si el Tribunal estimara que se trataba de una tentativa inacabada, y la reducción en un grado, por cómplice; nos encontraríamos ante una nueva pena de entre un mes y quince días de prisión. Cuando la pena finalmente impuesta fuera inferior a los tres meses, el artículo 71.2 determina que deberá ser

[69]. Vid. Nota Número 24.

[70]. Artículo 71.1:"En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta".

[71]. Entendida la tentativa–en tanto error inverso– ésta ha de imputarse salvo que exista motivo (a diferencia del error, que no se imputa, salvo que exista motivo para imputar, como la evitabilidad): que exista peligro únicamente en la representación del agente y, por tanto, en los casos de tentativa irreal o de delito putativo (error inverso de prohibición)en los casos de tentativa irreal o de delito putativo (error inverso de prohibición), según Pérez del Valle, C. "Recensión a Pablo Sanchez-Ostiz: imputación y teoría del delito", *Revista para el análisis del Derecho*, número 2, 2010.

sustituida “sin perjuicio de la suspensión de la pena en los casos que proceda” [72].

En definitiva, en estos supuestos en los que la pena impuesta resulta ser inferior a los tres meses de prisión, el órgano jurisdiccional deberá analizar, en primer lugar, siempre con la previa audiencia de las partes, si procede acordar la sustitución de la pena, y solo en el caso de que así lo estime, proceder a la sustitución de la misma conforme a los módulos de conversión previstos en el artículo 88 del Código Penal.

Este parece el único entendimiento posible del precepto porque aunque su redacción pudiese permitir considerar que la pena de prisión deberá ser sustituida “*en todo caso*”, sin perjuicio de que después resultara posible acordar la suspensión, según Puente Segura[73], no tiene en ningún caso sentido sostener que en estos supuestos deberá sustituirse siempre la pena impuesta *“a prevención”,* suspender después la ejecución de la misma (de la sustituida y de la sustitutiva) y para el caso de que la suspensión de la ejecución de la pena resultara revocada, proceder al cumplimiento de la pena sustituida.

Por el contrario, Ceres Montes,[74]considera que, conforme a literalidad y los efectos pretendidos por el legislador, lo procedente será en estos casos de penas de prisión inferiores a tres meses, proceder primero a la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y en caso de una posible revocación por

[72]. Artículo 71.2: “No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección II del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda”.

[73]. Puente Segura, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley grupo Wolters Kluwer,Madrid,2009.

[74]. Ceres Montes, J.F., “Las reformas penales en fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio Nacional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 3, 2005, pp. 283-352.

incumplimiento de la pena sustitutiva, cuando tenga lugar la revocación, se resolverá acerca de la suspensión. Este entendimiento no creo que se acomode mejor al texto de la norma, que expresamente señala "*sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda*".

Con el entendimiento que aquí se cuestiona, cuando el condenado proceda a dar cumplimiento a la pena sustitutiva, aun cuando hubiera podido haber lugar a la suspensión, la misma nunca podría ser acordada. Además, según Puente Segura, esa interpretación, hace de peor condición al condenado a una pena de prisión inferior a tres meses que a quien lo fuera, por ejemplo, a la pena de un año, lo que desde luego tampoco parece compadecerse, con los "*efectos pretendidos por el legislador*", opinión que comparto plenamente.

Parece muy claro que el propósito del legislador ha sido cerrar el paso a la ejecución efectiva de las penas extremadamente cortas de prisión, con independencia de la causa concreta de su imposición.

En igual sentido, observa Ceres Montes, J.F., que debe aplicarse la sustitución legal del artículo 71.2 del Código Penal en los supuestos en que como consecuencia de la conformidad resulte una pena de prisión inferior a los tres meses, *"puesto que la vocación de la norma es la aplicación a toda pena de prisión inferior a tres meses, cualquiera que sea la causa que haya motivado el descenso por debajo de su límite mínimo natural".*

Este mismo es también el criterio mantenido en la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado[75]cuando señala que "*si por aplicación*

[75]. Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, de 22 de diciembre, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los Extranjeros en España.

*de lo dispuesto en el artículo 80*1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se llega a una conformidad a la pena que se reduce hasta imponer una inferior al límite mínimo establecido para la pena de prisión en el Código Penal, rige el principio de sustitución obligatoria de la pena conforme al artículo 88 del Código Penal".

Personalmente comparto esta postura, porque la sustitución es un beneficio penal y lo que se pretende es que el condenado se le evita el ingreso en prisión con todas las consecuencias que ello conlleva, teniendo la posibilidad de cumplir dicha pena mediante trabajos en beneficio de la comunidad o mediante el pago de la multa, ya que el ingreso en prisión por tres meses no consigue el fin del derecho penal[76].

Por lo que respecto a la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de una pena de multa, resulta claro que en tales casos no se podrá ser de aplicación el precepto comentado. En primer lugar, porque resulta de la expresión utilizada por el propio artículo 71.2 del Código Penal, cuando se refiere exclusivamente a las penas de prisión.

Como expresaba Mapelli Caffarena,[77]en el sentido de que el cumplimiento, por sustitución, del impago de la multa debe tener en toda materialmente el mismo contenido que la pena de prisión. Sin embargo hay que tener en cuenta, a los efectos que aquí interesa, el contenido del artículo 35 del Código Penal, que evidentemente distingue entre una clase y otra de sanciones (la prisión y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa), calificando ambas como penas privativas de libertad pero regulándolas de manera claramente autónoma y distinta ya que la responsabilidad personal

[76]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección decimoséptima, número 379/2006 de 21 abril, incorrecta sustitución automática de la pena de prisión de dos meses, dictada en sentencia de conformidad, por multa de cuatro meses.

[77]. Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Civitas, Madrid, 2011.

subsidiaria la regula en el artículo 53 del Código Penal[78], y la pena de prisión en el artículo 36 del mismo texto legal[79].

Por otro lado, tampoco puede ignorarse que el artículo 71.2 del Código Penal[80]establece que la sustitución deberá efectuarse conforme a lo dispuesto en la Sección Segunda del Capítulo Tercero del propio Código, produciéndose así, con toda claridad, una remisión a las previsiones contenidas en el artículo 88 del texto punitivo. En este de nuevo se alude de forma exclusiva, a las penas de prisión, además, en ese caso, la limitación tiene cierto sentido por cuanto la sustitución de la penas de prisión habrá de realizarse bien por la multa bien por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Descartada la posibilidad, en el marco de la responsabilidad personal subsidiaria, de sustituir la pena privativa de libertad por multa (tras haberse verificado la imposibilidad de su ejecución), tampoco sería necesario acudir a este precepto, el artículo 88 del Código Penal para proceder a la sustitución de la pena privativa de libertad por la de trabajos en beneficio de la comunidad, toda vez que esa posibilidad se contempla ya en el propio artículo 53 del Código Penal[81].

Personalmente pensamos que carece de sentido si el condena no ha cumplido la responsabilidad personal subsidiaria será porque carece de medios económicos, por lo que la sustitución de la pena de prisión por multa está enfocada desde el momento de la sustitución a su incumplimiento porque sigue sin tener medios económicos, por ello no sería coherente.

[78]. Vid. Nota número 7.
[79]. Vid. Nota número 5.
[80]. Vid. Nota número 24.
[81]. Vid. Nota número 7

En esta misma dirección, se pronuncia la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado[82]señala que*:* "existirán, no obstante, supuestos de penas privativas de libertad inferiores a tres meses (...) cuando se impusiera en la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (…) si el reo no aceptara realizar trabajos en beneficio de la comunidad, en este sentido, el propio Mapelli Caffarena, considera que solo una generosa interpretación analógica, que seria a favor del reo, permite extender lo previsto en el artículo 71.2 del Código Penal a los casos de responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa inferior a los tres meses. Sin embargo, conforme el propio autor reconoce, la idea es "difícilmente aceptable", primero porque el artículo 71.2 del Código Penal se refiere expresamente a la prisión y, en segundo, porque se prevé para cuando se sobrepasen hacia abajo los tres meses como consecuencia de aplicar las reglas de determinación de las penas y aquí no estamos ante un supuesto de determinación de penas.

Vista la sustitución legal pasamos a exponer brevemente la sustitución facultativa.

El artículo 88 Código Penal es el precepto general de la sustitución de las penas, y si bien cabe distinguir tres distintas clases de sustituciones facultativas, la norma consagra unas reglas comunes y básicas para todas ellas, que son de carácter objetivo, subjetivo y temporal, siendo necesario exponer el articulo debido a su gran importancia[83].

Por ello el artículo 88 establece que: "1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o

[82]. Vid. Nota número 44.

[83]. Demetrio Crespo, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999, pp. 323.

posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen[84], siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente[85], podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa. En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de

[84]. Roig Torres, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 176 y ss.

[85]. González Sánchez, J. A., Guillamon Senent, J.V., y Nieto López-Arias, M., *Medidas cautelares en el proceso penal,* Sepin, Madrid, 2008.

trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código.

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras".

Veamos en primer momento las reglas de carácter objetivas, es decir, la naturaleza y extensión de la pena a sustituir y la prohibición de sustituir penas sustitutivas[86].

2.2. Reglas de carácter objetivo

Las reglas de carácter objetivo que debemos tener en cuenta son dos, vamos a examinar cada una de ellas.

En primer lugar, la pena que se sustituye debe ser necesariamente de prisión (naturaleza) y su extensión no puede exceder, en último caso, de los dos años. La literalidad del precepto impide la posibilidad de sustituir penas distintas a la de prisión, incluso aunque sean penas

[86]. Martin Rebollo, L., *Código Constitución Española*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003.

privativas de libertad como puede ser la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (articulo 35 Código Penal[87]).

En segundo término, existe la prohibición de que una pena sustituida pueda de nuevo ser objeto de nueva sustitución, previsión esta del articulo 88.3 Código Penal[88], ya que la pena sustitutiva siempre es o trabajos en beneficio de la comunidad, o multa, o trabajos y multa, o localización permanente si la pena a sustituir es inferior a los seis meses, mientras que la única pena que nuestro ordenamiento prevé que pueda ser sustituida es la de prisión. El defecto de técnica legislativa se debe a haber dejado perviviente en la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003 un precepto que solo tenía sentido cuando, en el régimen anterior, si que existía una pena que podía ser sustituta y sustituida (la pena de arresto de fin de semana[89]).

No procede la revisión de una sentencia cuya pena ha sido sustituida pues claramente se trata de un arbitrio judicial, y conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 15/2003[90], la disposición más favorable debe considerarse taxativamente,

[87]. Vid. Nota número 51.

[88]. Articulo 88. 3: "En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras".

[89]. Pérez del Valle, C., *El arresto de fin de semana en la legislación española: problemas de fundamentación en una perspectiva practica y alternativas a la situación actual, Dykinson, Madrid, 2002.*

[90]. Disposición Transitoria Segunda: "El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley. Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia. No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena

y no por el ejercicio del arbitrio judicial, como es el supuesto de las sustituciones del artículo 88 del Código Penal, tampoco es posible la sustitución de la pena de prisión por la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad cuando la pena de prisión ha sido impuesta por la comisión de un delito que tiene asignado una pena alternativa (prisión o multa, prisión o trabajos en beneficio de la comunidad etc.), ya que tratando de un delito con pena alternativa, el Juez o Tribunal, en sentencia, y en algunos casos incluso con fundamentación especifica, ya se ha decantado por la pena privativa de libertad y no por las otras penas no privativas de libertad, así lo entiende el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Valencia de 2004[91],máxime si medio conformidad y ninguna de las partes formulo reserva alguna, no pudiendo volverse a incidir en algo ya resuelto. Otra cosa es que la pena sea inferior a seis meses, en cuyo caso se podrá sustituir por localización permanente.

En el mismo sentido, el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Castellón de 2010[92]que rechazó la sustitución de la pena de prisión impuesta en sentencia por la de trabajos en beneficio de la comunidad por la comisión de un delito contra la seguridad vial del artículo 379.2 del Código Penal y ello porque al tratarse de una pena alternativa el Juez de lo Penal ya se decanto por la pena de privativa de libertad al dictar sentencia descartando la aplicación de las penas privativas en función de ser la cuarta condena por el mismo delito cometido que ponía de manifiesto la inoperancia del Derecho Penal, el caso omiso a las consecuencias penológicas de los delitos anteriormente cometidos los que motivaron la gravedad de la pena impuesta.

---

suspendida. Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional. Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda, exclusivamente, pena de multa".

[91]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, número 49/04, de 13 de febrero.

[92]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, número 140/2010 de 29 de marzo.

La jurisprudencia no ha mantenido un criterio pacifico sobre si el límite de un año o de dos para la sustitución se extiende a la suma de las distintas penas impuestas en una misma sentencia, o las mismas deben ser examinadas individualmente esta materia, ya que algunas Audiencias Provinciales han sostenido que no es de aplicación al supuesto la regla establecida para la suspensión contenida en el articulo 81.2 Código Penal[93]que establece que para el plazo de los dos años como tope de la misma, deben sumarse las impuestas, y ello porque el articulo 88 Código Penal no prevé de manera expresa que el límite de uno o dos años de prisión opere en el supuesto de que la suma de las diversas penas privativas de libertad impuestas en una misma sentencia exceda del mismo, por lo que puede llegarse a la conclusión de que este requisito no se extiende al beneficio de la sustitución de las penas privativas de libertad, que será posible siempre que cada una de estas consideradas de forma aislada no exceda de los límites establecidos[94].

En el mismo sentido se ha argumentado que, a diferencia de la previsión del articulo 81.2ª Código Penal, en el artículo 88 no se alude a la suma de las penas impuestas, por lo que habrán de considerarse individualmente[95], no pudiéndose hacer una aplicación *analógica in malam partem* de la norma penal (articulo 81.2 Código Penal), que perjudica al condenado, no pudiendo emplearse en la figura de la sustitución de penas, al no estar expresamente previsto por el legislador, razón por la cual deben ser sustituidas separadamente cada una de las penas contenidas en la misma sentencia[96].

---

[93]. Artículo 81.2ª "Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad".

[94]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, número 22/2004, de 10 de marzo.

[95]. Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigésimo séptima, número 73/2007, de 26 de enero.

[96]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, número 244/06, de 4 de Mayo.

Otras Audiencias entienden, por el contrario, que el límite legal se extiende a la suma de las penas impuestas en la misma sentencia, con fundamento en una interpretación gramatical del término *"penas"* recogido en el precepto que hace referencia al conjunto de penas impuestas en una misma sentencia[97].

Otro argumento a favor de esta postura atiende a que si en una sentencia se han impuesto varias penas de corta duración por diversos delitos, cuya suma total excede del límite previsto en el artículo 88 del Código Penal, carecería de sentido y se convertía en una interpretación del precepto contraria a su finalidad, la sustitución de todas ellas por la de multa, pues la gravedad de la repetición de ilícitos, aun cuando estos sean de menor entidad, queda precisamente reflejada en la extensión total de las penas impuestas y este mayor castigo, que no es más que la consecuencia de la mayor peligrosidad del condenado por la reiterada en la conducta delictiva, quedaría burlado por la vía de la sustitución cuando, precisamente, por la mayor extensión total de las penas impuestas, el reo se hace acreedor del efecto rehabilitador de la pena privativa de libertad ejecutada en sus propios términos y consecuentemente, no merecedor del supuesto excepcional de la sustitución[98].

En este mismo sentido se ha defendido esta postura aludiendo al criterio preventivo del legislador de establecer el criterio general de sumar las penas impuestas en una misma sentencia en el caso de supuestos concúrsales[99].

---

[97]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, número 198/2000, de 2 de junio.

[98]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, número 62/06 de 30 de enero, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, número 354/06, de 2 de junio.

[99]. Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, número 117/2006, de 18 de septiembre.

En la expulsión del extranjero, no se puede sumar las distintas condenas impuestas en una sentencia para alcanzar el límite de los seis años previsto en el articulo 89.1 Código Penal[100], de suerte que cabria la sustitución cuando al condenado se le impusieran penas por varios delitos inferiores a seis años de privación de libertad pero que sumadas supusieran seis o más años.

Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la pena concretamente impuesta. Por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas, pese a tener la consideración de pena privativa de libertad, no se entenderá susceptible de ser sustituida por la expulsión. Para aplicar la expulsión sustitutiva es necesaria una condena por delito, no siendo suficiente una condena a pena privativa de libertad por una simple falta. No procederá la expulsión sustitutiva cuando se imponga una pena de prisión de menos de tres meses, toda vez que conforma al artículo 71.2 del Código Penal será imperativo sustituirla por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, ambas penas no privativas de libertad.

En los casos en que se impongan a extranjeros no residentes legales penas privativas de libertad a seis años, procederá como regla general con carácter obligatorio y preferente la sustitución de las mismas por la expulsión. Personalmente y una de mis propuestas se refiere a la no automatización de la expulsión del extranjero, es decir que se decida

[100]. Artículo 89.1: “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas”.

en cada caso concreto, valorando las circunstancias concretas, como expondremos más adelante.

La expulsión en sustitución de penas privativas de libertad puede en principio aplicarse tanto a los extranjeros que se encuentran irregularmente en España como a los extranjeros en situación de estancia, conforme al artículo 30 de la ley de extranjería[101].

Analizadas las reglas objetivas, pasamos a ver los requisitos de carácter subjetivo.

2.3. Regla subjetiva

Vistas las reglas objetivas necesarias, pasamos a examinar la regla subjetiva de la sustitución de la pena privativa de libertad consiste en que el penado no sea delincuente habitual. Para alcanzar el concepto de lo que debemos entender por reo habitual hay que acudir al artículo 94 del Código Penal[102]. Es decir, lo define por la comisión de tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y que hayan sido condenados por ello.

---

[101]. Artículo 30: "1. Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el articulo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado. 2. Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia. 3. En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis meses. 4. En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurran circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses".

[102]. Artículo 94: "A los efectos previstos en la sección Segunda de este Capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad".

Para determinar la habitualidad la cuestión que se plantea es si debe incluirse el delito cuya pena se trata de sustituir o no se debe incluir.

La doctrina mayoritaria considera que en los tres delitos no ha de incluirse aquel cuya pena se trata de sustituir. En apoyo de esta tesis, se argumenta que el mismo elemento ha de ser valorado en sede de sustitución y esta puede ser acordada en la misma sentencia o después, pero antes de comenzar la ejecución.

Si se entendiese que en el conjunto de los tres delitos se incluye aquel cuya pena se trata de sustituir, la concurrencia o no del requisito dependería de algo tan aleatorio como el momento de tomar la decisión al respecto, ya que si se acordase en sentencia, podría acordarse la sustitución, en tanto que no existiría esa tercera condena firme; si se pretendiese la sustitución después de la firmeza, ya no concurría el requisito y habrá de denegarse la sustitución. Para evitar esa aleatoriedad, debe entenderse que los tres delitos a los que se refiere el artículo 94 del Código Penal deben ser distintos cuya pena se pretende sustituirse, y una interpretación sistemática de dicho precepto exige una conclusión idéntica.

En este último sentido se pronuncia la denominado jurisprudencia menor[103]. Por su parte, el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera de 2001[104], señala que si el presupuesto de tal calificación es que el penado hubiere cometido tres o más delitos comprendidos en un mismo capítulo en un plazo no superior a cinco años, y hubiere sido condenado por ello, se desprende que no ha de tomarse en cuenta la siempre necesaria condena actual o presente

[103]. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, número 260/06, de 11 de julio, indica que la habitualidad del reo exige que haya sido condenado por tres delitos distintos de la ejecutoria de su razón.

[104]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, número 68/2001, de 6 de marzo.

relativa a la ejecutoria donde se verifica la posible habitualidad a efectos de sustitución, porque naturalmente tal condena no puede merecer la doble consideración de, por un lado, integrante de ese presupuesto previo (a verificar a efectos habitualidad) y, por otro, de fin sobre el que opera la habitualidad para posibilitar o, en su caso, impedir su ejecución. Naturalmente, aquellas tres condenas mínimas constatables han de ser previas o antecedentes a aquella que se pretende suspender.

La identidad de capítulos que exige el articulo 94 Código Penal viene referido solo a los delitos anteriores o también al delito cuya pena se trata de sustituir. La identidad de capítulos deberá afectar no solo a los tres o más delitos cometidos, sino también a aquel cuya pena se trata de sustituir; y cuando se trate de suspender penas impuestas por distintos delitos en una misma sentencia, bastará la identidad de capítulos de uno de ellos con los tres o más delitos para entender que el reo habitual y denegar la sustitución respecto de todas las penas impuestas (Llorca Ortega, Poza Cisneros, González Casso[105]).

Los cincos años exigidos para la habitualidad del artículo 94 del Código Penal[106]para calcularlos, con la actual redacción del párrafo segundo del artículo 94 Código Penal, tras la Ley Orgánica 15/2003, se ha venido también a zanjar la polémica anterior a propósito del computo de los cinco años, ya que el precepto viene a decir que para realizar dicho cálculo se ha de atender de un lado a la fecha de comisión de los delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad como *dies a quo*, que es preciso que hayan sido condenados en firme, y de otro lado, al momento de la posible sustitución de la pena como *dies ad quem* o momento final.

[105]. Llorca Ortega, J., *La Ley del indulto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. González Casso, Poza Cisneros, M., "Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal", *Manuales de formación continuada*, número 4, 1999, pp. 235-358; González Casso, J., "Las suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los artículos 80, número 4 y 87 del Código Penal", *Revista del Poder Judicial*, número 54, pp. 91-138.

[106]. Vid. Nota Número 70.

Un antecedente cancelado[107]o susceptible de cancelación no puede ser tomado en cuenta para apreciar la habitualidad delictiva ni para adoptar ninguna decisión con trascendencia limitativa de la libertad, por así establecerlo con toda claridad la ley en el articulo 136.5º del Código Penal[108], cuyo precepto previene, en supuestos de antecedentes cancelables, una doble obligación para el Juez; la primera, la de ordenar su cancelación registral y la segunda, la expresa prohibición de tomarlos en cuenta[109].

2.4. Regla temporal

Examinadas las reglas comunes objetivas y la regla subjetiva, por último, pasamos a detallar el momento en que debe acordarse la sustitución.

El fundamento de esta regla se basa en la finalidad de la sustitución, que no es otra que impedir que los delincuentes con penas cortas duración sufran los perjuicios de una criminalización entrando en contacto con los culpables de otros delitos más graves, por lo que si ese encuentro y acercamiento a la vida carcelaria, ya se ha producido, la finalidad de la sustitución decae. Por ello resulta difícil su concesión cuando el penado solicitante de la misma se encuentra cumpliendo otras condenas en centro penitenciario impuestas en otras sentencias.

Deberán rechazarse las solicitudes de sustitución de la pena por incumplimiento este requisito cronológico cuando se efectúen con la

[107]. Roig Torres, M., *La cancelación de los antecedentes delictivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 105-135.

[108]. Articulo 136.5º: ”En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien de oficio por el Ministerio de Justicia, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes”.

[109]. Sentencia de la Audiencia de Tarragona, Sección Cuarta, número 298/2006, de 27 de julio.

liquidación de condena ya practicada o cuando se ha librado mandamiento de prisión aunque no haya comenzado el inicio de la ejecución de la ejecutoria por tener otras anteriores que está cumpliendo en centro penitenciario.

La resolución concediendo la sustitución de la pena debe dictarse antes del inicio de la ejecución, siendo indiferente que exista orden de busca y captura, o que se haya dictado el mandamiento de prisión[110]. Otra cosa es la procedencia de la misma, en la que deberán valorarse todos estos factores para su concesión o denegación.

Por otro lado, una vez concedida una suspensión de la ejecución de condena, con avenencia del penado, no cabe luego solicitar (quizás por haber tenido otra condena, que pueda motivar la revocación de la suspensión) ni acordar su sustitución, pues ello implicaría dejar sin efecto la suspensión por una causa no prevista por el legislador.

La denominada jurisprudencia menor ha venido sosteniendo reiteradamente la denegación de la sustitución de la pena después de haberse revocado el beneficio de la suspensión, con base a los siguientes argumentos, en primer lugar por aplicación literal de lo dispuesto en el articulo 85 Código Penal que ordena la ejecución de la pena una vez revocada la suspensión, no concediendo la Ley otra posibilidad de suspensión o sustitución a quien ha delinquido durante el plazo de la suspensión de la ejecución de la pena[111].

En segundo término porque el articulo 88 Código Penal dice que la pena se podrá sustituir en todo caso "*antes de dar inicio a su ejecución*",

[110]. El Acuerdo de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, número 231/2000, de 25 de Mayo.

[111]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, número 324/2006, de 7 de junio.

requisito que no se cumple en este caso en que la ejecutoria comenzó desde el momento en que se dicta la sentencia y se suspende su ejecución por el plazo correspondiente[112]. Bien porque el reo no ha sido capaz de transmitir la sensación de rehabilitación por haber vuelto a delinquir lo que hace evidente que no merece otra oportunidad, ni material ni jurídica[113]o bien porque atendiendo a las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho y su conducta, no siendo admisible pretender la sustitución tras haber provocado voluntariamente con la comisión de un nuevo ilícito la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión[114].

3. ASPECTOS PROCESALES.

Una vez detalladas las reglas comunes de la sustitución, pasamos a detallar como se ha de acordar y en su caso llevarla a cabo.

3.1. Forma

La sustitución debe efectuarse en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, siempre con audiencia de las partes. Aunque la Ley permite que la sustitución se acuerde en la sentencia, lo que conllevaría que en el juicio oral y en el trámite de la última palabra al imputado o de informe de las partes, estos aleguen lo que a su derecho convenga sobre la sustitución de la pena, ello podría interpretarse como una predeterminación del fallo condenatorio.

---

[112]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, Sección Segunda, número 109/2005, de 12 de abril.

[113]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, número 211/07, de 17 de abril.

[114]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, número 160/2007, de 12 de abril.

Por ello, lo mas practico y también habitual es que la decisión sobre la sustitución de la pena se lleve a cabo en un momento posterior, una vez declarada firme la sentencia condenatoria, con todos los datos (actualización de antecedentes penales), y con audiencia a la víctima del delito personada, del condenado y del resto de partes.

El propio Tribunal Supremo, en recursos de casación contra sentencias de las Audiencias Provinciales donde se le ha pedido que se pronuncie sobre la sustitución de la pena en la propia sentencia, ha declinado esta posibilidad, remitiendo a las partes al momento anterior a dar inicio a la ejecución, para que el órgano judicial de instancia se pronuncie mediante auto motivado[115].

Pero no podrá plantearse una alternativa a la solicitud de la suspensión de ejecución de la pena, como lo es la sustitución de la pena, por la vía del recurso, esencialmente de apelación (ya que constituiría cuestión nueva) aunque tampoco debe serlo mediante el recurso de reforma, ya que esta petición debe ser ponderada por el Juez que ejecuta las sentencias desde su solicitud inicial[116].

3.2. Audiencia de las partes.

La posibilidad de sustituir las penas de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad o multa, y ahora localización permanente con la Ley Orgánica 5/2010, requiere, conforme al artículo 88 Código Penal, "*previa audiencia de las partes*", pero este requisito debe ser entendido en el sentido de que se trata de una audiencia efectiva, de una audiencia

[115]. Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, número 166/2001, de 5 de febrero y Sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda de lo Penal, número 249/2007, de 6 de marzo.

[116]. Audiencia Provincial de Tarragona, Sección segunda, número 183/2004, de 11 de enero y Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, número 25/06, de 31 de enero.

pública, sino que bastaría para entender cumplida la exigencia legal con que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas, al respecto, por ejemplo, en el acto de evacuar los informes en el acto del juicio[117]. En la práctica, dicha audiencia se sobreentiende en las sentencias de conformidad con la sustitución de la pena.

En esa misma audiencia, si no constara ya en las actuaciones de forma suficiente, deberá también indagarse acerca de la verdadera capacidad económica del reo a efectos de establecer la cuantía correspondiente a la multa impuesta (que, como es obvio, nada tiene que ver con su extensión, ni queda, en consecuencia, determinada por el modulo de conversión establecido en el artículo 88 del Código Penal).

3.3. Recursos

Vista la forma de llegar a cabo la sustitución y la previa audiencia de las partes, es necesario hacer una referencia a los recursos que se pueden interponer contra el auto resolviendo sobre la sustitución de la pena.

Si la sustitución de la pena se lleva a cabo en la sentencia, el recurso a interponer será el que pueda interponerse contra la misma, Recurso de apelación ante la Audiencia Provincial si la sentencia la dicta el Juzgado de lo Penal; recurso de casación ante el Tribunal Supremo si la sentencia la dicta la Audiencia Provincial y recurso de apelación ante la Sala de lo penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente si la sentencia se dicta en un proceso por Jurado.

[117]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigésimo tercera, de 17 de febrero de 2006.

Si la sustitución se acuerda en un auto motivado posterior a la firmeza de la sentencia debemos distinguir, contra las resoluciones resolviendo sobre la sustitución de la pena dictadas por los Juzgados de Instrucción y Juzgado de lo Penal cabe interponer recurso de reforma y, si no es aceptado, recurso de apelación en un solo efecto ante la Audiencia Provincial respectivamente (articulo 787 Ley de Enjuiciamiento criminal[118]). Si el auto es dictado por la Audiencia Provincial, cabe la interposición del un recurso de súplica ante la misma Sala (artículos 236[119] y siguientes Ley de Enjuiciamiento Criminal)[120].

Es posible interponer también recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuando se haya agotado la vía judicial ordinaria y se apreciara infracción de un derecho fundamental. No es procedente la interposición de un recurso de casación contra esta clase de resoluciones[121].

3.4. Criterios de decisión

Para resolver sobre la sustitución de las penas privativas de libertad el juez o Tribunal deberá ponderar adecuadamente los elementos

---

[118]. Artículo 787.7*: "*Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada.8. Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos".

[119]. Artículo 236: "Contra los autos de los Tribunales de lo criminal podrá interponerse el recurso de súplica ante el mismo que los hubiese dictado y de apelación únicamente en aquellos casos expresamente previstos en la Ley". Artículo 237: "Se exceptúan aquéllos contra los cuales se otorgue expresamente otro recurso en la Ley". Artículo 238: **"**El recurso de súplica contra un auto de cualquier Tribunal se sustanciará por el procedimiento señalado para el recurso de reforma que se entable contra cualquiera resolución de un Juez de Instrucción".

[120]. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, número 539/2002, de 25 de marzo.

[121]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1997, de 16 de junio.

valorativos que el propio precepto establece, cuales son "las *circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado"*.

Analicemos cada una de los criterios valorativos mencionados[122].

[122.] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decima, número 529/2012, de 16 Mayo. Al respecto este Tribunal debe efectuar las siguientes consideraciones: a) la redacción del anterior de artículo 89 del Código penal (con redactado derivado de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 (en vigor desde el 1/10/2003 hasta el 23/12/2010) supuso una importante variación de su tratamiento legal puesto que, si con anterioridad a aquella el carácter de la sustitución era eminentemente potestativo y supeditado a la audiencia previa del penado, pasó a configurarse la expulsión como norma general y el cumplimiento de la pena como su excepción; b) tras la reforma por Ley Orgánica 5/2010 el momento procesal de tal pronunciamiento hasta entonces único ("serán sustituidas en también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior"); c) la reforma por Ley Orgánica 5/2010 también recupera en todo caso la audiencia al penado (además del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas); d) persiste el concurso de los requisitos para que opere la expulsión; uno objetivo (extensión de la pena) y otro subjetivo (extranjero no residente legalmente en España) teniendo presente que la condición de extranjero se determina en sentido negativo; e) subsiste tras la repetida reforma la cláusula de excepcionalidad (o de eliminación de la expulsión) consistente en "razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España" (anteriormente era exclusivamente "la naturaleza del delito"). La doctrina legal en su momento censuró el automatismo y estableció no solamente la necesidad de ponderar la situación personal sino la extensión del principio de audiencia específica para garantizar la adecuación del precepto al marco de garantías constitucionales (así lo estableció la Sentencia del Tribunal Supremo número 901/2004 de 8 de julio y en su desarrollo las posteriores Sentencia del Tribunal Supremo número 636/2005 de 17 de mayo, número 832/2006, de 24 de julio y número 41/2006 de 25 de enero). En este orden de cosas, posteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo número 960/2007 de 29 de noviembre sentaba que "dentro del expuesto marco normativo la Jurisprudencia de esta Salas se ha cuidado de remarcar dos vectores que principalmente inciden en la cuestión que nos ocupa: a. En una dirección la necesidad de respetar los derecho vinculados al proceso debido, como la motivación y la previa audiencia, y de ponderar otros derechos como los relacionados con el arraigo personal y familiar. b. En otra dirección, la necesidad de atender a las diversas funciones de las penas insistas en la política penal y penitenciaria". Advierte mucho más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo número 1016/2010 de 24 de noviembre que "la jurisprudencia viene exigiendo una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal, o es de nacionalidad española (Sentencia del Tribunal Supremo número 166/2007, de 14 de febrero). De otro lado, el automatismo en la aplicación del precepto acordando la expulsión es contrario a la posibilidad de que tal sustitución no proceda en atención a las circunstancias del delito, lo que implica la necesidad de proceder a una valoración de todas ellas.

En primer lugar, las circunstancias personales del reo y su conducta, para ello hay que valorar, entre otros, los elementos como la existencia de varias condenas anteriores y la multiplicidad de hechos delictivos por los que se condena, aunque sean faltas, la presencia de varias condenas posteriores a la sentencia y anteriores a la fecha de análisis de la concesión o no de la sustitución en la correspondiente ejecutoria que demuestren la peligrosidad del reo; que el acusado haya eludido la acción de la justicia, debiendo decretar el Juzgado ejecutante su busca, detención e ingreso en prisión para ejecutar la sentencia; la revocación del beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad al ser nuevamente condenado en el periodo de suspensión que evidencia la peligrosidad del penado y porque al tener que ingresar en prisión al quedar revocada la anterior condena quedaría sin efecto el fin resocializador de esta medida.

La peligrosidad criminal, criterio de decisión fundamental en sede de suspensión de la ejecución de la pena, no aparece explícitamente recogida en el artículo 88 del Código Penal, aunque es evidente la vinculación existente entre las circunstancias personales del autor y su conducta, que son también elementos de valoración de la mayor o menor probabilidad de que el sujeto cometa un nuevo delito.

En segundo término, hay que tener en cuenta la naturaleza del hecho. Después de las circunstancias personales del reo, hay que tener en cuenta la gravedad del delito.

Como dice el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta de 2007[123], la gravedad del delito a sustituir no solo es un dato que pueda tenerse en cuenta para justificar la denegación, sino que para evaluar esa gravedad se tendrá en cuenta tanto el delito a sustituir

[123]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta de 26 de febrero de 2007.

como la totalidad de los delitos por los que fue condenado, único modo del conocer con un mínimo de rigor la entidad del hecho y la conducta del condenado, como establece el artículo 88 del Código Penal.

Por último, hay que tener en cuenta el esfuerzo para reparar el daño causado[124].

La frase "*el esfuerzo para reparar el daño causado*", al que el precepto da especial importancia al resaltarlo con la expresión "*en particular*" hace directa referencia a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito cometido, de suerte que la no realización del mínimo esfuerzo para su abono se erige en obstáculo insalvable para la concesión de la sustitución de la pena privativa de libertad por multa[125].

Para demostrar la actitud voluntaria del pago por parte del condenado su conducta debiera haber consistido, a título de ejemplo, en la consignación de la suma que se consideraba (con perceptible carácter unilateral), por el condenado, como cuota diaria adecuada a la pena de multa, manifestando de esta forma de un modo inequívoco su voluntad de cumplimiento de la resolución recurrida, lo que tampoco ha llevado a cabo, por lo que nada hay que induzca a pensar en la expresada actitud favorable al pago de la multa.

No siendo adecuada la sustitución de la pena de prisión ante la falta de recursos económicos que experimenta el acusado, y desde luego no por considerar más favorable la pena de multa que la de trabajos en beneficio de la comunidad, pues el eventual impago de la multa

[124]. Según la teoría del daño de Pérez del Valle, C. "En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos", *Revista para el análisis del Derecho*, número 4,2006.

[125]. Roig Torres, M., *La reparación del daño causado por el delito,* Tirant lo Blanch*,* Valencia, 2000*.*

conllevaría la revocación de la sustitución y el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Carece de lógica sustituir la pena de prisión por la de multa cuando el condenado ha sido declarado insolvente, razón por la que exime de pagar cantidad a la que fue condenado en sentencia en concepto de responsabilidad civil, por lo que en consecuencia, difícilmente podrá abonar la cuantía que se le imponga de multa como sustitución a la pena privativa de libertad[126].

Finalmente, en principio el Juez o tribunal debe dar respuesta a la concreta petición formulada por la pena, concediendo o denegando la sustitución de la pena de prisión por la de multa, en aras de respetar el principio de congruencia o rogación.

Puede suceder, no obstante, que el Juez de lo Penal haya sustituido la pena de prisión pero, desoyendo la solicitud del penado (que pedía la sustitución por la pena de multa), lo haga por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente y que dicha resolución sea recurrida en apelación insistiendo el penado en que sea la multa la pena sustitutiva e invocando incongruencia, y en la segunda instancia, al no haber sido solicitada tal pena sustitutiva y entender correcta la denegación por la multa, se eliminen la del trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente señalada y deje vigente la pena originariamente impuesta de prisión que es más gravosa. Pues bien, la cuestión llegó al Tribunal Constitucional la vía recurso de amparo, pero dicho Tribunal entendió que no había existido vulneración del principio de *reformatio* in peius, al no apreciar desajuste o desviación alguna entre lo resuelto por el órgano judicial y lo solicitado, pues no se alteraron los términos en que se planteo el debate procesal en la

[126]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, de 23 de Mayo de 2005.

segunda instancia y, en consecuencia, no se produjo indefensión al recurrente[127].

2.7. Supuestos excepcionales.

El Código Penal prevé unos supuestos de sustitución ordinaria pero no deja de regular la sustitución en casos especiales, los cuales pasamos a detallar.

2.7.1. Concepto y regulación

La sustitución excepcional, contemplada en el artículo 88.1, párrafo segundo del Código Penal[128], está prevista para las penas de prisión superiores al año y que no superen los dos años (están incluidas, por lo tanto, las penas de dos años de prisión), las cuales pueden sustituirse por multa o multa mas trabajos en beneficio de la comunidad, cuando se infiera que el cumplimiento de aquella frustrará los fines de prevención y reinserción social. Aquí que el legislador no ha añadido para nada la opción de incluir la de localización permanente, que queda sujeta, como hemos señalado, para la sustitución por penas inferiores a los seis meses.

En este régimen excepcional (artículo 88.1 párrafo segundo, del Código Penal), los requisitos y módulos de conversión previstos en el régimen general se hacen más gravosos, ya que en primer lugar, ya no

[127]. Providencia del Tribunal Constitucional de inadmisión de 11 de marzo de 2004.

[128]. Articulo 88.1, párrafo segundo: “Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa”.

se puede sustituir la prisión solo por trabajos en beneficio de la comunidad sino que, si se opta por estos (en lugar de por la pena de multa), los trabajos deben ser acompañados, necesariamente, de la imposición de multa.

La voluntad del legislador, en consecuencia, en el marco de esta denominada "*sustitución extraordinaria*", ha sido, en primer término, suprimir la posibilidad de que la pena de prisión pueda ser constituida exclusivamente por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. El único propósito que parece adivinarse para justificar esta decisión tiene que ver, seguramente, con el designio de evitar la, sin duda inconveniente, excesiva prolongación de la realización de los trabajos en beneficio de la comunidad. Desde luego, aplicando los módulos de conversión correspondientes, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad podría prolongarse muy por encima del límite máximo previsto con carácter general para el cumplimiento de dicha pena.

Naturalmente, siendo que en el régimen extraordinario la pena de prisión sustituida será mayor (y en consecuencia, paralelamente lo sería la de trabajos en beneficio de la comunidad), el legislador ha querido que, en estos casos, cuando proceda la sustitución y el órgano jurisdiccional resuelva aplicar la mencionada pena de trabajos en beneficio de la comunidad lo haga de forma conjunta con la pena de multa, a fin de limitar el tiempo durante el cual se prolongara la pena privativa de derechos sustitutiva[129].

[129]. En este mismo sentido Tena Aragón, M.F., "La sustitución de la pena de prisión", *Cuadernos de derecho judicial*, número 14, 2006, pp. 389-408, considera que la razón por la cual no es posible en el marco de la "sustitución extraordinaria", que la única pena sustituida elegida sea la de trabajos en beneficio de la comunidad obedece a que conforme al artículo 40.4 del Código Penal, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ni puede tener una duración superior a un año, " si las penas a sustituir en virtud de este párrafo son las superiores a un año e inferiores a dos años de prisión nos

En este mismo sentido, se pronuncia la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado[130]referido a que no cabe interponer un número de jornadas que resulte desocializador, siendo conveniente cubrir el exceso de un año mediante la imposición de la pena de multa.

Y en segundo lugar, junto a la previsión de que no se trate de reos habituales, que se mantiene en los mismos términos antes vistos, se exige una valoración del Juez sobre "*las circunstancia del hecho y del culpable*" en orden a relacionar "*el cumplimiento de la pena de prisión*" con la "frustración de los fines de prevención y reinserción social".

Se pasa de una prognosis favorable del sujeto (régimen general) a una prognosis desfavorable de la prisión, o sea, la premisa es la de aplicar la pena de prisión (no sustituir) y solo excepcionalmente se prevé tal sustitución cuando se entienda que el ingreso en prisión es contraproducente desde el punto de vista preventivo general y especial (por ejemplo, porque el interno ya esta reinsertado al tratarse de unos hechos delictivos antiguos, ya se encuentra rehabilitado o en fase avanzada de rehabilitación de la toxicomanía).

En cuanto a los módulos de conversión, tras la reforma efectuada por Ley Orgánica 15/2003, se observa un endurecimiento patente, pues mientras que en la redacción anterior se hacía remisión al régimen general, "la sustitución se llevara a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos previstos en el párrafo anterior", ahora se añade la coletilla "en el párrafo anterior para la pena de multa", por lo que

---

encontramos con que al sustituir la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad se impondría una pena sustitutiva que superaría el límite máximo de duración de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad; y por ese motivo, para evitar esta situación, cuando del resultado de las reglas de conversión, la duración de trabajos en beneficio de la comunidad supere el año de duración, todo lo demás deberá ser sustituido por cuotas de multa hasta el total de la equivalencia".

[130]. Vid. Nota número 44.

se ha de entender que un día de prisión ha de ser sustituido no por una sino por dos jornadas de trabajo.

En la redacción actual el régimen de sustitución lo es para penas de prisión que no excedan de un año y excepcionalmente hasta dos, por lo que la reforma incluida en el Proyecto se convierte en regla general lo que en el texto actual constituye la excepción.

La finalidad de la sustitución de la pena privativa de libertad por la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de las penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de breve duración no solo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social el penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo[131].

Cuando la concesión del beneficio de la sustitución de la pena no sea acorde con la finalidad de la misma ha de ser denegada. Así se ha denegado la sustitución en primer caso cuando el penado no despliega una actividad vital respetuosa con los intereses jurídicos tutelados por la ley penal, pues en el momento de la comisión del hecho (robo con violencia intentado y lesiones)[132]el penado tiene suspendida la ejecución

[131]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Soria, número 30/2007, de 7 de febrero.

[132]. Lesiones del artículo 148, malos tratos del artículo 153, amenazas del artículo 171, coacciones del artículo 172, malos tratos habituales del artículo 171.2, en su redacción dada por los artículos 36 a 39 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

de una pena de prisión impuesta en un proceso penal anterior, que hace ineficaz el proyecto de evitar la reincidencia[133].

En segundo supuesto que el penado se encuentre ingresado en prisión cumpliendo condena por otras causas al momento de solicitar la sustitución, pues no tiene sentido dejar de entrar en prisión para la reinserción cuando se está cumpliendo condena en el Centro Penitenciario[134].

3.6. La sustitución especial para delitos de violencia de género

De la misma manera, nuestro texto legal prevé unos supuestos especiales para los casos de violencia de género.

Esta clase de sustitución, contemplado en el artículo 88.1, párrafos tercero y cuarto del Código Penal[135], constituye un supuestos especial para las penas de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, que solo podrán ser sustituidas por trabajos en beneficio de la comunidad (está excluida la pena de multa), siendo imperativa la imposición de someterse a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y de observar las reglas de conducta de los números uno y dos del artículo 83 Código Penal[136].

---

[133]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera número 63/2006, de 28 de abril.

[134]. Acuerdo de la Audiencia provincial de Huelva, Sección Primera, número 59/2006, de 7 de junio.

[135]. Articulo 88.1 párrafo 3º y 4º: "En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código"

[136]. Artículo 83."1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al

La vigente redacción del párrafo tercero del número primero del artículo 88 del Código Penal fue dada por el artículo 35 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que lleva en vigor desde el día 29 de junio de 2005. Con esta redacción se daba respuesta a las reiteradas solicitudes de que en los delitos de violencia domestica y de género fuera imposible sustituir la pena de prisión por la de multa[137], y ello por los efectos secundarios negativos que se derivaban, precisamente, para la economía familiar de los descendientes y de la propia víctima del agresor[138], al sustituir la pena privativa de libertad por una pena económica como la multa. (Cuestión que no se puede tener en consideración en otros delitos como el delito de impagos de pensiones)[139].

En el Proyecto de reforma del Código Penal, que ahora se ha convertido en la Ley Orgánica 5/2010, una de las modificaciones más trascendentes que se introducían en el precepto es la relativa al apartado 2º del artículo 88 Código Penal, cuya redacción incluida en el Proyecto era la siguientes: 2. En el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este código, la pena de prisión solo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá, adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y

---

artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes: 1ª Prohibición de acudir a determinados lugares.2ª Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos".

[137]. La Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, número 284/2007, de 25 de octubre, condena por un delito de violencia de género. Puñetazos a la compañera sentimental que, ante los golpes, agrede al hombre, resultando ambos lesionados. Penalidad. La sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por pena de multa no resulta posible, al tratarse de delito de violencia de género.

[138]. Pérez del Valle, C., "¿Derecho como protección de los más débiles?", en A. Cayuela, *Vulnerables: Pensar la fragilidad humana*, encuentro ediciones, 2005, pp. 111-125.

[139]. Roig Torres, M., "La delimitación de la "violencia de género"", *Estudios penales y criminológicos*, número 32, 2012, pp. 247-312.

tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este código.

Como podemos observar, con la reforma que se proponía en el Proyecto se restringía la opción de que solo se pueda sustituir la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad, en los casos de maltrato físico o psíquico habitual del artículo 173.2 Código Penal[140], que es el tipo fijado en el precepto reformado, pero no en los supuestos a los que se extiende en la actualidad, que son los artículos 148, 153, 171 y 172 del Código Penal, es decir, lesiones, maltrato de obra o de palabra sin causar lesiones, coacciones o amenazas.

De haberse mantenido la redacción que se proponía se hubiera regresado a la situación anterior al día 29 de junio de 2005 al poder sustituir la pena de prisión en un delito de los artículos 148, 153, 171 y 172 Código Penal (que describen en esencia la violencia de género más típica en la práctica) por la pena de multa, ya que la limitación solo se aplica a la habitualidad, no a los hechos aislados sin este presupuesto previsto en el articulo 173.2 Código Penal.

[140]. Articulo 173. 2 del Código Penal: ”El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”.

En la redacción final del texto aprobado por la Ley 5/2010 se mantiene que la sustitución lo es solo en la violencia de género y por trabajos en beneficio de la comunidad se añade, también, por localización permanente, pero en los supuestos de violencia domestica se entiende que lo podrá ser también por multa, al aplicarse el párrafo primero del artículo 88 Código Penal[141].

La cuestión que aquí surge es que se introduce la opción de sustitución de la pena de prisión por localización permanente, y es trascendente señalar que mientras que en el párrafo primero se dice que la localización servirá para sustituir penas inferiores a los seis meses resulta que en los casos de violencia de género, en los que se pueden imponer penas de un año se podrá sustituir la pena de prisión por localización permanente, añadiéndose una obviedad tal como que esta pena se cumplirá por el penado en lugar distinto al del domicilio de la víctima[142].

Esto último debe ser considerado como una obviedad, ya que en los casos de condena se habrá impuesto una pena de alejamiento que haría imposible que la pena de localización permanente se pueda cumplir en el mismo domicilio de la víctima, lo que ciertamente sería escandaloso que se sustituyera una pena de prisión por otra de localización permanente por un hecho de violencia de género y que la misma se cumpliera en el domicilio con la victima a la que ha agredido y con la que debe estar el tiempo que dure la pena de localización permanente a razón de un día por día de prisión. Realmente increíble pensar solo en esta opción.

[141]. Vid. Nota número 114.

[142]. Roig Torres, M., "La suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad en los delitos relacionados con la violencia de género", *Revista de derecho y procesal penal*, número 15, 2006, pp. 113-114.

En otro orden de cosas, en esta clase de sustitución especial restringida, dado que la pena privativa de libertad del delito previsto en el articulo 173.2 Código Penal abarca desde los seis meses a los tres años de prisión, en aquellos supuestos, en que la pena impuesta supere el año y llegue hasta los dos años de prisión, se nos plantea la cuestión de si al sustituirse la pena de prisión exclusivamente por la de trabajos en beneficio de la comunidad puede superarse el tope legal marcado por el articulo 40.4 Código Penal[143], y al respecto se ha venido entendiendo que es posible superar este límite, ya que el articulo 40.5 Código Penal[144] remite para la concreta duración de las penas a la prevista en dicho precepto, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código, y esta excepción debe entenderse concurrente para este delito del articulo 173.2 Código Penal[145], al establecer su sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad sin limitarse en modo alguno de su periodo de duración.

[143]. Artículo 40. 4: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año".

[144]. Articulo 40. 5: "La duración de cada una de estas penas será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código".

[145]. Artículo 173. 2: **"**El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza".

La Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado[146], sobre la aplicación de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, admitía la posibilidad de superar este límite, al establecer literalmente que: "Desde el punto de vista de la extensión de la pena, habrá en principio admitirse que los trabajos en beneficio de la comunidad superen el limite genérico de ciento ochenta días previsto en el artículo 33.3. K del Código Penal, pudiendo alcanzar el de un año previsto en el artículo 40.4. También podrán superar el límite de ciento ochenta días cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se apliquen como pena sustitutiva, pues con carácter excepcional está prevista la sustitución de las penas de hasta dos años de prisión, siendo el modulo de conversión una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad *(artículo 88.1 del Código Penal).* A estos efectos ha de tenerse presente que el artículo 40.5 del Código Penal parece admitir incluso la imposición por duración superior al año, al establecerse en relación a la duración a las penas privativas de derechos que será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código. No obstante cuando se sustituyan penas de prisión de hasta dos años, la previsión del artículo 88 del código Penal de sustituir bien por multa, bien por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, deja claro que no deben imponerse un número de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que por su extensión pudiera ser considerado desocializador, por lo que en tales casos será conveniente utilizar la multa para cubrir todo lo que exceda de un año de trabajos en beneficio de la comunidad, límite establecido por el artículo 40.4 del Código Penal*".*

[146]. Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, 22 de diciembre sobre la aplicación de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003.

4. EL INCUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS

Una vez acordada la sustitución de la pena, pasamos a ver cuáles son los efectos que produce en el caso de que dicha sustitución no se cumpla.

Cuando se produce el incumplimiento, total o parcial, de la pena sustitutiva (multa o trabajos en beneficio de la comunidad y ahora la de localización permanente) el articulo 88.2 Código Penal[147]prevé que se proceda a ejecutar la pena sustituida (la de prisión), descontando, en su caso, la parte del tiempo a que equivalga lo cumplido de la pena sustitutiva, esto es las jornadas de trabajos comunitarios o las de cuotas de multa ya pagadas, de acuerdo con los módulos de conversión conocidos.

En definitiva, cuando la pena sustitutiva, ya de multa, ya de trabajos en beneficio de la comunidad, ya ambas, resultara incumplida, en todo o en parte, la sustitución acordada quedará sin efecto, debiendo así resolverlo el órgano jurisdiccional a través del correspondiente auto, procediéndose al cumplimiento, sin solución de continuidad, de la pena de prisión inicialmente sustituida. Se trata de lo que, gráficamente, Mapelli Caffarena[148] denomina “cláusula de retorno”.

Si el incumplimiento de la pena sustitutiva hubiera sido total, es decir, no se hubiera abonado ninguna cuota de multa, ni efectuado jornada laboral alguna, deberá cumplirse la pena de prisión impuesta en la sentencia en su totalidad.

---

147. Artículo 88.2: “En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente”.

148. Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito,* Thomson Civitas, 2011.

Por el contrario, si el incumplimiento de la pena sustitutiva resulta parcial, habrá de procederse, con aplicación del módulo de conversión en términos inversos, a determinar la pena de prisión restante, acordando el cumplimiento de la misma en esa nueva extensión. Así, por ejemplo, si la pena de un año de prisión, inicialmente impuesta en la sentencia, hubiera sido sustituida por la de dos años de multa y sólo se hubiera abonado el equivalente a un año de multa, deberá procederse al cumplimiento de los seis meses de prisión restantes.

A juicio de Puente Segura[149], la determinación del efectivo incumplimiento, total o parcial, de la pena sustitutiva, presenta exigencias singularmente diferentes, según se trate de la pena de multa o de la de trabajos en beneficio de la comunidad. Por lo que a la primera respecta, cierto sector de la doctrina considera innecesario que para su ejecución se proceda, si fuera preciso, al inicio de la vía de apremio, entendiendo que basta con que el penado no satisfaga la multa establecida como pena sustitutiva, obedezca el impago a cualquier causa, para que de modo automático se proceda a aplicar la referida "cláusula de retorno".

En ese sentido, por ejemplo, se pronuncia *Poza Cisneros*[150], al considerar que "teniendo en cuenta que la sustitución está prevista a favor del penado, otorgándole la posibilidad de no ingresar en prisión mediante el pago de la multa, cuando dicho pago se interrumpe, por razones imputables o no al reo, debe volverse a la pena sustituida"[151].

[149]. Puente Segura, L. "La sustitución de la pena", en *Suspensión y sustitución de las penas,* La Ley, Madrid, 2009.

[150]. Poza Cisneros, "Formas sustitutivas de las penas privativa de libertad", *Cuadernos de derecho judicial*, número 24, 1996, pp. 185-300.

[151]. También parece ser ésta la opinión de García Arán cuando distingue, con relación al incumplimiento de la pena de multa, entre el impago voluntario de sus cuotas, que hace ineficaz la pena sustitutiva, y el incumplimiento por insolvencia.

Creo que esta consideración está animada implícitamente por el entendimiento de que, al consistir la sustitución de la pena en una suerte de beneficio para el condenado, la falta de pago voluntario de la multa viene a representar una manifestación de rebeldía o actitud desobediente, que debe ser "sancionada" con el cumplimiento efectivo de la pena inicialmente impuesta.

Expuesto, si se quiere de un modo más "contemporáneo", el incumplimiento voluntario de la pena de multa constituiría una demostración, que no admite prueba alguna en contrario, respecto de la falta de voluntad real en el penado de acomodar su comportamiento futuro al cumplimiento de las normas esenciales mínimas de convivencia, un fracaso de la alternativa a la pena de prisión intentada, frente al que el ordenamiento jurídico sólo puede responder con el efectivo cumplimiento de la pena de prisión establecida en la sentencia.

Personalmente, comparto la opinión de Puente Segura[152], en el sentido de que no puedo participar en absoluto del anterior punto de vista porque la pena sustituida no es, por definición, una condición de la sustitución misma, ni es tampoco la imposición de una regla de conducta orientada a que el condenado demuestre su verdadera voluntad de adaptación a las normas esenciales para la convivencia. La pena sustituida es, naturalmente, una pena ordinaria, simple, como cualquier otra pena, que se ha considerado preferible, por las razones ya analizadas, al efectivo cumplimiento en centro penitenciario de la pena de prisión inicialmente impuesta.

Y por lo tanto, su régimen de ejecución, salvo en aquellos aspectos expresamente exceptuados por el artículo 88 del Código Penal, no debe ser en nada distinto al que le correspondería si hubiera

---

[152]. Vid. Nota número 105.

sido impuesta directamente en la propia sentencia, en lugar de actuar como pena sustitutiva.

Así, de la misma manera que deberá procederse a la fijación de las cuotas de la pena de multa en los términos previstos en el art. 50 del Código Penal[153]; del mismo modo que podrá autorizarse por el órgano jurisdiccional el pago de dicha multa dentro de un determinado plazo, o en plazos, o de una sola vez, según se determine en la correspondiente resolución judicial; y del mismo modo que, al menos a mi juicio, si tras acordase la sustitución de la pena de prisión por la de multa, variase la situación económica del penado, podría ser modificado tanto el importe de las cuotas de la multa como los plazos para su pago (artículo 51)[154] ; no advierto razón ninguna para que, no produciéndose el pago voluntario de dicha multa, no haya de procederse al cumplimiento forzoso de la pena impuesta, naturalmente en la medida en que resulte posible, dándose inicio a la vía de apremio contra el patrimonio del penado.

[153]. Artículo 50: "1. La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria. 2. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa.3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta. 5. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del Capitulo Segundo de este Titulo. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. 6. El tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes".

[154]. En este mismo sentido, Ruesta Botella, M.L., *La ejecutoria penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2008, observa que resulta de aplicación lo preceptuado en el artículo 51 del Código Penal con respecto a la modificación de cuotas, naturalmente, con la cautela que requiere el precepto y la investigación o indagación acerca de este extremo, "la simple manifestación de parte no es válida".

No se trata, y es lo que me importa destacar aquí, de una elección o facultad del condenado para decidir, en cada momento, si le resulta personalmente preferible el cumplimiento de la pena sustituida o el de la sustitutiva. La decisión, por más que responda a criterios vinculados a la prevención especial (o incluso precisamente por eso), corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional, tanto por lo que respecta a su imposición inicial (a la decisión de sustituir o no la pena de prisión impuesta en la sentencia) como a la exigencia de que la pena cuyo efectivo cumplimiento finalmente se ha resuelto, proceda a ejecutarse en los términos ordinariamente previstos para ella por la legislación penal.

Así pues, a mi juicio, sólo cuando la multa establecida como pena sustitutiva no pueda ser satisfecha por el condenado, voluntariamente o tras la correspondiente vía de apremio, procederá actuar la tan mencionada "cláusula de retorno", ordenando el cumplimiento de la pena de prisión, bien sea en su totalidad o bien en la parte restante, si la multa establecida hubiera sido satisfecha, una vez más voluntariamente o tras la correspondiente vía de apremio, de forma parcial.

Resulta curioso que la redacción de este precepto solo se refiera, para fijar la pena de prisión que ha de cumplirse, a la reducción por la "*cuotas satisfechas*", lo que podría interpretarse que solo se refiere a la multa pagada, pero una interpretación lógica ha de llevar a entender por cuotas satisfechas también las jornadas de trabajos comunitarios realizadas.

Por otro lado, la doctrina[155]se ha ocupado de precisar que en los supuestos en que la multa como pena sustitutiva resulta incumplida,

[155]. Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Civitas, 2011 y Magro Servet, V. y Solaz Solaz, E*., Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Madrid, 2010.

total o parcialmente, no será de aplicación la previsión específica contemplada en el artículo 53.1 del Código Penal[156](responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago), sino directamente la mencionada "cláusula de retorno", es decir, el cumplimiento de la pena de prisión inicialmente impuesta, bien en toda su extensión, bien en la que resulte de aplicar los módulos de conversión inversos.

En realidad, la cuestión no tiene trascendencia práctica alguna, por cuanto en ambos casos cada pareja de cuotas de multa insatisfechas equivaldrá a un día de prisión. En cuanto a los eventuales restos, es decir, a la posible cuota impar insatisfecha de la pena de multa, la misma carecerá de posible conversión y deberá reputarse "amortizada".

Naturalmente, es obligado llegar a una conclusión distinta por lo que respecta a los trabajos en beneficio de la comunidad, cuando sea ésta la pena que se hubiera establecido de forma sustitutiva. Y ello no porque se trate, propiamente, tampoco en este caso, de una opción del condenado surgida como consecuencia de la sustitución de la pena inicial, sino por la propia naturaleza de la pena sustitutiva, los trabajos en beneficio de la comunidad.

En efecto, el artículo 49 del Código Penal[157]establece que no podrá imponerse la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sin el consentimiento del penado, ni como pena principal directamente impuesta en la sentencia, ni tampoco, resulta obligado entender, como pena sustitutiva. Esta explícita necesidad de requerir el consentimiento del condenado, característica exclusiva de esta concreta pena, entronca evidentemente con la expresa prohibición constitucional de la

[156]. Vid. Nota número 7.

[157]. Artículo 49: "Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública…"

realización de trabajos forzados (artículo 25.2 de la Constitución Española[158]). Por esa razón, y aun cuando no se diga expresamente en el comentado artículo 49 del Código Penal, parece claro que igualmente el consentimiento del penado resulta indispensable durante la ejecución de la referida pena o, dicho en otra manera, no resulta posible obligar al condenado de forma coactiva a la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad que le hubieren resultado impuestos, como es lógico sin perjuicio de las reacciones que el ordenamiento jurídico reserve para el caso de incumplimiento de dicha pena.

Por lo que ahora importa, la mencionada reacción jurídica, ante la explícita decisión del penado de no iniciar o no seguir adelante con la realización de los trabajos en beneficio de la comunidad que le hubieran sido impuestos como pena sustitutiva, no podrá ser otra que la aplicación de la "cláusula de retorno", con el propósito de proceder a la ejecución de la pena sustituida, la de prisión, sea en su total extensión o sea tras realizar el correspondiente "descuento" en atención a las jornadas de trabajo desarrolladas hasta entonces.

Parece claro que, aunque el artículo 88.2 del Código Penal se refiera a que se descontará, en su caso, "*la parte del tiempo al que equivalgan las cuotas satisfechas*", ello no significa que haya de limitarse el abono del cumplimiento parcial de la pena sustitutiva a la de multa, sino que el término "*cuotas"* deberá ser interpretado en un sentido amplio como equivalente a "partes de un todo", descontándose también, en consecuencia, de la pena de prisión sustituida, las jornadas

[158]. Artículo 25.2: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad".

de trabajo que, en su caso, sí se hubieran desarrollado por el condenado, como “cuotas” de la pena sustitutiva.

También es evidente, por lo que respecta a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que la cuota de conversión inversa, es decir, la que debe ser empleada para determinar la extensión de la pena de prisión que todavía resta por cumplir, es, en el caso de la sustitución ordinaria, la de un día (menos) de prisión por jornada de trabajo realizada; y en el caso de la sustitución extraordinaria, un día (menos) de prisión, por cada jornada o por cada dos jornadas de trabajo llevadas a término, según la interpretación del último inciso del párrafo segundo del artículo 88.1 del Código Penal[159].

Así es entendida la expresión empleada por el artículo 88.2 del Código Penal[160]relativa a que esta operación o cómputo se efectuará “*de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente*”.

Sin necesidad de profundizar aquí en la completa regulación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, sí resulta preciso señalar que su concreto régimen de ejecución se desarrolla en el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo[161], por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

[159]. Articulo 88.1 párrafo segundo, ultimo inciso: “En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa”.

[160]. Articulo 88.2. “En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente”.

[161]. Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 109 de fecha de 7 de mayo de 2005.

Dicho Real Decreto fue modificado por el Real Decreto 1849/2009[162], que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, cuya modificación se justifica sobre la base de dos aspectos esenciales, a saber: de una parte, el peligro de ineficacia de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, debido a que la progresiva ampliación de su ámbito de aplicación no fue acompañada de la necesaria oferta de puestos de trabajo; y, de otra, las disfunciones que manifestó en la aplicación práctica de esta pena. Se realiza con el fin de paliar ambos defectos una redistribución competencial entre las distintas administraciones[163]; se pretende el abono como trabajos en beneficio de la comunidad de la participación en programas de reeducación vial, y se desarrolla el procedimiento de ejecución (propuesta del penado, entrevista al penado y propuesta de cumplimiento, etc.). Los trabajos en beneficio de la comunidad no pueden ser superior al año de tiempo por lo que si la sustitución es por una de prisión de dos años se sustituirán por un año de trabajos en beneficio de la comunidad y veinticuatro meses de multa.

Este último fue modificado por el Real Decreto 840/2011[164], por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

[162]. Real Decreto 1849/2009, de 4 de diciembre, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 293, de fecha de 5 de diciembre de 2009.

[163]. Morote Sarrion, J.L., "Articulo 49.1.8.ª, en V. Garrido, Comentarios al Estatuto de Automia de la Comunitat Valenciana", Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1007-1020.

[164]. Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 145, de 18 de junio.

En cualquier caso, el artículo 49.6 del Código Penal establece que los servicios sociales penitenciarios realizarán el seguimiento de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Importa destacar aquí que, conforme al Real Decreto mencionado, los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena, a los efectos y en los términos previstos en el artículo 49.6 y 7 del Código Penal.

Por lo que a esta pena respecta, hay que estar al artículo 49 del Código Penal[165].

Así pues, con relación a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, también cuando la misma hubiera sido impuesta como pena sustitutiva, deberá ser el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el que se

[165]. Artículo 49 del Código Penal: "Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes: 1. ª La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios. 2. ª No atentará a la dignidad del penado. 3.ª El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin. 4.ª Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social. 5. ª No se supeditará al logro de intereses económicos. 6.ª Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado: a) Se ausenta de trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga por su parte un rechazo voluntario al cumplimiento de la pena. b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible. c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieren por el responsable de la ocupación, referidas al desarrollo de la misma. d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndole en el centro. Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el art. 468 . 7.ª Si el penado faltara al trabajo por causa justificada, no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto".

ocupe de controlar su ejecución y, en su caso, también será este órgano jurisdiccional quien deberá determinar la eventual existencia de un incumplimiento de la pena, sobre la base de los patrones o parámetros establecidos en el artículo 49 del Código Penal.

En éstos, en realidad, se trata de determinar si aquellos supuestos en los cuales, aunque el penado haya expresado su conformidad con la realización de los trabajos en beneficio de la comunidad que le fueron impuestos, bien de modo deliberado, bien como consecuencia de su imposibilidad de adaptación, no resulta capaz de desarrollar aquellos trabajos de forma mínimamente satisfactoria (ausencias continuadas, falta ostensible de rendimiento, obstruccionismo, etc.). En tales supuestos, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deberá proceder a valorar si esa actitud o aptitud del condenado obedece al concreto puesto de trabajo que le ha sido facilitado por la Administración penitenciaria o si, por el contrario, la conducta del penado, su declarada falta de voluntad o de capacidad, para colaborar al desarrollo de la ejecución de la pena, tienen carácter genérico, independiente del puesto de trabajo en concreto. En este último caso, así como cuando el propio condenado manifieste de forma explícita o inequívoca su falta de consentimiento con la continuación de la realización de los trabajos en beneficio de la comunidad, el Juez de Vigilancia deberá proceder a declarar por auto incumplida la pena, con independencia del posible recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la misma. Firme dicha resolución, deberá procederse a actuar la denominada “cláusula de retorno”, acordándose, naturalmente ya por el órgano competente para la ejecución, el efectivo cumplimiento de la pena de prisión inicialmente sustituida.

Pese al tenor literal del artículo 49.6ª[166]del Código Penal, en su último inciso, existe cierto consenso doctrinal acerca de que el incumplimiento de la pena sustitutiva, tanto si se trata de la pena de multa como si se refiere a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no debe, sin embargo, dar lugar a la deducción de testimonio por la eventual comisión de un posible delito de quebrantamiento de condena[167].

Consideran la mayor parte de los autores que se han ocupado de la cuestión, a cuya opinión me sumo, que el artículo 88.2 del Código Penal resulta un precepto especial y que, en consecuencia, el incumplimiento de la pena sustituida únicamente dará lugar a la aplicación de la "cláusula de retorno", es decir, al efectivo cumplimiento de la pena de prisión inicialmente impuesta, sea en su totalidad, sea en la parte que todavía tiene pendiente, descontadas las «cuotas» cumplidas de la pena sustitutiva.

Se considera, de ese modo, que proceder, además, a la eventual sanción por un delito de quebrantamiento de condena supondría una vulneración del principio *ne bis in idem*. En este sentido, *Manzanares Samaniego*[168]claramente se manifiesta partidario de descartar la comisión del delito de quebrantamiento de condena, tanto con relación al impago de la multa sustitutoria como respecto al

[166] . Articulo 49.6ª ultimo inciso establece que:" Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468".

[167]. Benítez Ortúzar, I.F., "La nueva medida de seguridad de libertad vigilada aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena de privativa de libertad. La admisión de los postulados del derecho penal del enemigo por la Ley Orgánica 5/2010" *Revista Cuadernos de Política Criminal*, número 103, 2011, pp. 95-132.

[168]. Manzanares Samaniego, J. L., "Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (II): de la suspensión de la ejecución, de la sustitución de penas y de la libertad condicional", *Diario La ley*, número 7991, 2012.

incumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad, “debiendo estarse en ambos casos a las incidencias en las penas sustituidas”.

En la misma línea de razonamiento, *Serrano Pascual y Poza Cisneros*[169]entienden que pretender la existencia en estos casos de un delito de quebrantamiento de condena supondría dotar de una doble eficacia jurídica represiva a un mismo hecho, «uno para fundamentar la modificación del cumplimiento y otro para deducir testimonio, lo cual supone cuando menos una fricción con el principio *non bis in idem*».

También *Mapelli Caffarena*[170]entiende que el incumplimiento de la pena sustitutiva no dará lugar, en ningún caso, a la eventual existencia de un delito de quebrantamiento de condena, siendo que, a su juicio, únicamente se producirá ante el incumplimiento de la pena efectivamente ejecutada, la recuperación de la pena desplazada (cláusula de retorno). Por su parte, *Lascurain Sánchez*[171] entiende que en el caso de incumplimiento de la pena sustituida no se produce, propiamente, el quebrantamiento de una pena, sino que se incumple una forma de la misma, razonamientos que hacen propios *Magro Servet* y *Solaz Solaz*[172].

En consecuencia, incumplida la pena sustitutiva, también cuando se trate de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y a pesar del tenor literal del artículo 49.6ª del Código Penal, no deberá procederse a la deducción de testimonio por la posible comisión de un delito de quebrantamiento de condena, sino actuarse simplemente

[169]. Serrano Pascual, M., *Formas sustitutivas de las penas privativa de libertad*, Madrid, Trivium, 1999. Poza Cisneros, M., «Formas sustitutivas de las penas privativa de libertad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 24, 1996, pp. 185-300.

[170]. Vid. nota número 104.

[171]. Lascurain Sánchez, J. “Principios del Derecho Penal (I)”, en J. Lascurain Sánchez, *Introducción al derecho Penal*, Civitas, 2012, pp. 53-79.

[172]. Magrot Servet, V.; Solaz Solaz E., “La sustitución de la pena por la expulsión del territorio Nacional”, en *Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La ley, Madrid, 2010.

conforme a las previsiones establecidas en el artículo 88.2 del Código Penal[173]. Así, cuando el incumplimiento es inicial la pena sustituida se ejecuta en su totalidad; si el incumplimiento es parcial, se empleará la misma regla de conversión, pero en sentido inverso.

Observa *Mapelli Caffarena*[174]que cuando como resultado de esta conversión resten tiempos de pena de prisión por ejecutar que estén por debajo de los tres meses, éstos tendrán que ser cumplidos, a pesar de las prevenciones contenidas en el artículo 71.2 del Código Penal[175], por cuanto no tendría sentido proceder a una nueva sustitución, tras el incumplimiento de la primera pena sustitutiva.

Por el contrario, y en posición minoritaria en este punto, *García Arán*[176]considera que cuando resulte incumplida la pena sustitutiva, y aun cuando el art. 88.3 del Código Penal[177]establece como única consecuencia el regreso a la pena inicialmente impuesta con los abonos que correspondan, el hecho de que la ley no haga referencia expresa a la deducción de testimonio por quebrantamiento de condena no impide deducir tal testimonio si se dan las condiciones necesarias para ello. Así, la profesora citada distingue entre aquellos supuestos en los cuales existe únicamente un "incumplimiento" que no expresa voluntad de sustraerse definitivamente al cumplimiento de la condena, de aquellos otros que se producen en circunstancias tales que permiten apreciar las características objetivas y subjetivas del delito de quebrantamiento de condena regulado en el artículo 468 del Código Penal[178], "en cuyo

[173]. Articulo 88. 2: "En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente".

[174] .Vid. Nota número 104.

[175]. Vid. Nota número 24.

[176]. García Arán, M. y De Alfonso Laso, D., "La sustitución", *Revista Studia iuridica*, número 17, 1999, pp. 133-144.

[177]. Artículo 88.3: "En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras."

[178]. Artículo 468:"1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión

concepto debe incluirse la voluntad de hacer ineficaz definitivamente la pena, sustrayéndose totalmente a su cumplimiento y lesionando con ello la eficacia de la Administración de Justicia (por ejemplo, evitando ser localizado por los órganos competentes)".

A mi parecer, sin embargo, revocada la sustitución de la pena y, en consecuencia, ordenado el cumplimiento de la pena de prisión sustituida, únicamente procedería, en la hipótesis descrita, que el órgano jurisdiccional acordase, lógicamente, impartir las correspondientes órdenes para la inmediata localización e ingreso en prisión del condenado, del mismo modo que lo haría si, una vez firme la sentencia condenatoria, el penado no pudiera ser hallado.

Particularmente controvertida resulta la cuestión relativa a cuál haya de ser el efecto jurídico asociado al eventual incumplimiento de los deberes u obligaciones, de entre los prevenidos en el artículo 83 del Código Penal, que pudieran haberse establecido acompañando la sustitución. Es claro, en primer lugar, que la aplicación de la que venimos denominando "cláusula de retorno" se reserva, exclusivamente, en el art. 88.2 del Código Penal, al incumplimiento, total o parcial, de la pena sustitutiva. Por esta razón, a juicio de Puente Segura[179], el principio de legalidad impide el éxito de cualquier intento de asociar ese mismo efecto al incumplimiento de los deberes u obligaciones que hubieran podido imponerse al condenado.

Más discutible parece, en mi opinión, si podrían resultar de aplicación en este caso los demás efectos comprendidos en el artículo

---

de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada".

[179]. Vid Nota número 105.

84.2 del Código Penal[180]. Si la revocación de la sustitución no es posible, porque no aparece expresamente contemplada en el art. 88 del Código Penal, no lo es tampoco la posibilidad de prorrogar el plazo de suspensión (toda vez que la sustitución no se sujeta al cumplimiento de plazo alguno), restando como única posibilidad operativa la contemplada en el articulo 84.2.a), cuando señala que el incumplimiento de los deberes o reglas de conducta podrá determinar la sustitución del impuesto por otro distinto. Este efecto, extremadamente limitado en sus consecuencias, máxime teniendo en cuenta la diferente naturaleza de los deberes u obligaciones que pueden ser impuestos, creo que, acaso, podría ser aplicado, al menos en aquellos supuestos en los cuales el cumplimiento de la obligación o deber establecido no resulte, por cualquier circunstancia, ya posible. Fuera de esa eventualidad, extremadamente excepcional, creo que en la actual regulación del art. 88 del Código Penal, el incumplimiento de los deberes o reglas de conducta que pudieran haber sido impuestos no tendrá efecto jurídico inmediato alguno, sin perjuicio de que esa circunstancia pueda ser valorada con relación a la posibilidad de otorgar o no futuras sustituciones. Sobra decir que, en cualquier caso, resultaría extremadamente conveniente que el legislador procediera a modificar, al menos en este punto, el texto del art. 88 del Código Penal, bien para suprimir en el ámbito de la sustitución de la pena la posibilidad de establecer los deberes u obligaciones contempladas en el artículo 83, bien para anudar a su eventual incumplimiento algún efecto jurídico inmediato.

En este mismo sentido, *Poza Cisneros*[181]opina también que en caso de inobservancia de alguna de las obligaciones o deberes del

[180]. Artículo 84.2: "Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos: a. Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta. b. Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años. c. Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado".

[181]. Vid. Nota número 106.

artículo 83 del Código Penal, no procederá la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 84.2 "por cuanto sólo la opción de sustitución de la regla de conducta impuesta por otra distinta conserva vigencia en relación con la sustitución. En efecto, la prórroga del plazo carece de sentido, puesto que en la sustitución no se fija plazo alguno y la revocación, entendida como retorno a la pena sustituida, no puede encajarse en lo previsto en el artículo 88.3 referido sólo al quebrantamiento, en todo o en parte, de la pena sustitutiva". Por su parte, *Peramato Martín*[182]afirma también que al no preverse, ante el eventual incumplimiento de los deberes o reglas de conducta impuestos, la revocación de la sustitución, "hemos de concluir que tal incumplimiento no produce ningún efecto sobre la sustitución acordada". *Mapelli Caffarena*[183], no sin reconocer que es inimaginable obligar a hacer algo si no está prevista una sanción para los casos de incumplimiento, entiende que de las tres opciones que se contemplan en el artículo 84.2 del Código Penal, "es seguro que el órgano judicial puede aplicar la primera y proceder a su sustitución por otra"; no cabe, en cambio, ampliar los plazos de suspensión y es, cuando menos, dudosa desde la óptica del principio de legalidad, la posibilidad de aplicar la tercera y revocar el beneficio, ya que el artículo 84.2.c) del Código Penal menciona sólo la revocación de la suspensión, pero no la de la sustitución.

También *García Arán*[184]considera que no parece posible otra conclusión que la ausencia de consecuencias sancionadoras para el incumplimiento de las obligaciones o deberes de conducta que pudieran haber resultado impuestos.

[182]. Peramato Martin, T., "Medidas cautelares y penas en el ámbito de la violencia de género", *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 1, 2007, pp. 151-194.

[183]: Vid. Nota número 104.

[184]. García Aran, M. La sustitución, *Revista Studia Jurídica*, número 17, 1999, pp. 133-144.

No es de la misma opinión *Manzanares Samaniego*[185], que, por el contrario, entiende que, aunque nada indica el artículo 88 del Código Penal acerca de las consecuencias de la inobservancia de los deberes o reglas de conducta que se hubieran impuesto, y tras reconocer que la laguna es grave, añade que "si se admite aquella imposición conforme al artículo 83, resulta inevitable valorar su infracción siguiendo el ejemplo del artículo 84.2, bien para sustituir la regla de conducta por otra distinta, bien revocando la sustitución si el incumplimiento fuera reiterado. Son las previsiones de las letras a) y c), decayendo la letra b) (prorrogar el plazo de suspensión) por falta de objeto".

Igualmente, *López Lorenzo*[186]considera que el incumplimiento reiterado de las reglas de conducta impuestas equivale al incumplimiento de la pena sustitutiva, por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 84 del Código Penal y llevará consigo, en consecuencia, el necesario cumplimiento de la pena de prisión. Y son de esta misma opinión, *Ceres Montes, Tena Aragón* y *Magro Servet* y *Solaz Solaz*[187]*,* para el caso de incumplimientos reiterados de las reglas de conducta, por aplicación analógica del artículo 84 del Código Penal.

Lo que está fuera de toda duda es que, producido el incumplimiento, se aplica el mecanismo especifico del artículo 88.2, mecanismo preferente y excluyente de la deducción del testimonio por quebrantamiento de condena, pues en realidad, como se ha afirmado,

---

185. Vid. Nota número114.

186. López Lorenzo, V., «La sustitución y al suspensión de la pena tras la LO 15/2003 de 25 de noviembre de reforma del Código Penal", *Revista La Ley Penal*, número 9, 2004, pp. 31-48. López Lorenzo, V., "Expulsión de extranjeros. Comentario a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo número 901/2004, de 8 de Julio", *Ley Penal: revista de Derecho Penal, procesal y penitenciaria*, número 18, 2005, pp. 78-86.

187. Ceres Montes, J. F., "Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional", *Cuadernos de Derecho Judicial*, numero 3, 2005, pp. 283. Tena Aragón, M. F., "La sustitución de la pena de prisión", *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 14, 2006, pp. 389-408.Magro Servet, Vicente y Solaz Solaz, Esteban, *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, Madrid, La Ley,2008.

aquí no se produce quebrantamiento de una pena sino que se incumple una forma de la misma (la de la sustituta) procediéndose, entonces, a cumplirse en la forma originaria (pena de prisión). A ello habría que añadir, a fortiori, el hecho de que en la redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 15/2003 haya desaparecido la mención expresa a quebrantamiento[188].

5. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

No podemos terminar este capítulo sin hacer una breve referencia al proyecto existente a fecha de hoy de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Organiza 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

La reforma por el proyecto de la Ley Orgánica está orientada a incrementar la eficacia de la justicia penal, ya que, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas. De este modo se pondrá fin a la situación actual, en la que habitualmente los Jueces y Tribunales penales se ven obligados a resolver de forma repetida sobre la procedencia de la suspensión o sustitución[189].

Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo se asegura que Jueces y Tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no

[188]. Decía el anterior 88.3 “en el supuesto de quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte…”.

[189]. Jueces para la Democracia denuncia la “crueldad” del Código Penal de Gallardón y lo ve el “más represivo de la historia de la democracia”, 2013.

una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas.

Con esta misma finalidad, se modifica el régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil[190]. Se introduce un sistema inverso al actual: el pago de la responsabilidad civil (y también, que se haya hecho efectivo el comiso acordado por los Jueces o Tribunales) continúa siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución; pero es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada.

Como alternativas posibles, dentro del régimen único de suspensión de condena que se establece, se mantienen los supuestos de delincuentes que cometen el hecho delictivo a causa de su grave adicción a drogas o sustancias tóxicas; y la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Pero se introducen algunas modificaciones que intentan hacer más efectivo el sistema y que ofrecen a los Jueces y Tribunales una mayor flexibilidad para la resolución justa de las diversas situaciones que puedan plantearse[191].

Se mantiene un régimen de suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta a penados que cometen un hecho delictivo a causa de su grave adición a los tóxicos similar al actual, si bien con algunas mejoras destacables.

[190]. El sistema actual de comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia.

[191]. Del Moral García, A., "Presupuestos y problemas de la sustitución de las penas privativas de libertad", *Revista Iuris: Actualidad y Practica del Derecho*, número 137, 2009, pp. 41-45.

Se concede libertad a los Jueces y Tribunales para resolver sobre cuáles son las comprobaciones que deben llevarse a cabo para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales, y este régimen de suspensión se complementa con la introducción de una regulación flexible de las medidas de seguridad que, en los casos de peligrosidad derivada de la toxicomanía, permite la imposición conjunta de pena y medida de seguridad con arreglo al siguiente sistema: de modo general, el cumplimiento se lleva a cabo conforme al sistema vicarial, lo que significa que se cumple en primer lugar el internamiento en el centro de deshabituación, que el tiempo de internamiento se computa como tiempo de cumplimiento de la condena, y que puede renunciarse finalmente a la ejecución del resto de la pena cuando ésta resulta innecesaria o puede poner en peligro el éxito del tratamiento; y, en los casos de imposición de penas de más de cinco años de prisión, se abre la posibilidad de que el Juez o Tribunal ordene el cumplimiento de una parte limitada de la pena y el ingreso posterior en un centro de deshabituación, de modo tal que la suma del período de prisión y del tiempo que previsiblemente deberá durar el tratamiento en el centro de deshabituación alcance la duración suficiente como para que el penado pueda acceder a la libertad condicional cuando el tratamiento haya resultado satisfactorio.

Por otra parte, el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que, el Juez o Tribunal, pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

Sin embargo, la conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a Jueces o Tribunales la posibilidad de moderar su importe dentro del límite máximo representado por la aplicación del módulo de conversión.

Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación. El sistema también resulta más ágil en el supuesto de impago de la multa sustitutiva impuesta y, al igual que en el supuesto anterior, será la ocultación de bienes o la falta de aportación de información veraz por el penado lo que determinará la revocación de la suspensión.

Principalmente, se modifica la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, que la veremos en el siguiente capítulo. De nuevo, la reforma combina la máxima eficacia y sencillez, con un escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión, a la regulación contenida en la legislación de extranjería.

Finalmente, deben destacarse algunas mejoras técnicas en la regulación, como que se precisa cuál es el momento de inicio de los plazos de suspensión; se impone a Jueces y Tribunales el deber de resolver en sentencia sobre la posible suspensión de la ejecución siempre que ello resulte posible; y se soluciona el problema que (con cierta frecuencia) se plantea cuando se cometen nuevos delitos durante el período de suspensión, pero esos hechos son condenados en firme cuando el plazo de suspensión ya ha terminado.

La nueva regulación mantiene, sin modificaciones, los supuestos de concesión de libertad condicional de la legislación anterior. Se introducen, sin embargo, tres modificaciones de extraordinaria relevancia.

En primer lugar, se incluye un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional que será aplicable a los penados primarios, es decir, a aquéllos que cumplen su primera condena en prisión, que cumplen penas cortas de prisión. En estos casos, se

adelanta la posibilidad de obtener la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la condena.

Esta modificación refleja el sentido general de la reforma en el sistema de penas y medidas de seguridad: se introducen mecanismos e instituciones que pretenden ofrecer una respuesta contundente a los delincuentes multirreincidentes; y, de un modo coherente, se ofrecen nuevas posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presentan un pronóstico favorable de reinserción.

En segundo lugar, la libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. Al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo: si, durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese período de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba. Por esta razón, el régimen de la libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena.

En la libertad condicional propiamente dicha, como último grado del cumplimiento de la pena, no existen plazos. La pena se está cumpliendo (no está suspendida), de forma que habría en su caso una regresión a partir del incumplimiento de las condiciones impuestas, pero sin descuento alguno del tiempo que ya se hubiese cumplido en libertad condicional.

En el proyecto se inserta una nueva redacción en el articulo 318 bis. Estas normas penales fueron inicialmente pensadas para la proteccion de las personas envueltas en los flujos migratorios (trata de seres humanos y trafico de inmigrantes) pero se vuelven contra aquellos a quienes dicen defender y contra aquellos que les socorren por motivos estrictamente humanitarios[192].

Hasta ahora el articulo 318 bis[193]era un precepto abierto, generador de tantas incertidumbres, y sobre todo, tan inhumano, pero afortunadamente, tampoco le gusto a muchos tribunales, incluyendo al Tribunal Supremo, que, en uso de sus facultades de interpretacion de la norma, han venido considerando impunes estos comportamientos cuando han estado animados por moviles de estricta solidaridad humana, por no comprometer el bien juridico protegido por el tipo penal[194].

La reforma pretendida alcanza algo más escandaloso, pues busca sancionar a cualquier persona o institución que ayude a quien no sea nacional a entrar en el territorio de otro Estado, a transitar por él o a permanecer en el mismo, dejando en manos del Ministerio Fiscal la decisión política de no acusar. Conductas como la acogida, el alquiler de habitación, la facilitación de alimentos, hasta la limosna o la atención médica… abren la puerta a una eventual acusación, atribuyendo a quienes la realizan, incluso por pura decisión solidaria, la posibilidad de

[192]. Ríos Martin, J.C., "Salvemos la hospitalidad": dar la mano al diferente no puede ser delito. *Revista Sal Terrae*, número 1176, 2013, pp. 263- 267.

[193]. El actual Código Penal se sanciona a quienes promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal o la inmigración clandestina y si, además, se realiza la conducta con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad o de la especial vulnerabilidad de la víctima o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas; la pena puede alcanzar el grado superior, es decir, de 8 a 12 años de prisión.

[194]. El alto tribunal establece en su reciente sentencia de 28 de mayo de 2012: "Cuando el comportamiento que aparentemente podría encajar en el artículo 318 bis del Código Penal solo atenta contra la regulación controlada de los flujos migratorios y no se detecta el más mínimo atisbo de lesión, presente o eventual, de los derechos del ciudadano extranjero, falta la ratio de la sanción penal, y ha de buscarse en el derecho administrativo sancionador el instrumento adecuado para dar respuesta a esa conducta, ilícita en todo caso".

ser considerados como criminales, a imponerles una pena de multa o de prisión, a arriesgarse a la disolución de la organización a la que pertenezcan, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar actividades de la misma naturaleza en el futuro, o la intervención judicial con clausura de locales y establecimientos, cuando se tratase de organizaciones o personas jurídicas.

En resumen, por todo ello se puede que la reforma es, filosóficamente contradictoria, ya que tiene su origen en la desconfianza mutua entre los ciudadanos y sus rectores, asigna naturaleza diferente a derechos contrapuestos: la seguridad y aún más la humanidad limita con la libertad por los cuatro costados. La democracia exige riesgos y estos hay que correrlos. En el proyecto se confunden conductas ilícitas e inmorales de trata de seres humanos y abuso sobre personas vulnerables migrantes con prácticas humanitarias de solidaridad, hospitalidad y asistencia, en segundo lugar, es jurídicamente innecesaria con la legislación vigente existe un sustrato normativo suficiente para proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros y en cualquier caso resulta una desvergüenza afirmar que con conductas como las que se pretenden castigar se esté protegiendo a quienes quieren entrar, transitar, permanecer y alcanzar un mejor grado de protección de sus derechos en un mundo con mayores recursos para ello. Debe mantenerse atípica cualquier forma de ayuda altruista si se efectúa una correcta trasposición de la previsión del artículo 1.2 de la Directiva 2002/90/CE. Es ajustada a derecho la declaración de que todos los supuestos de auxilio por motivos humanitarios carecen de relevancia penal (Comisión de estudios e informes del Consejo General del Poder Judicial). Reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares en el ámbito de las Comunidades Europeas (informe de la Comisión de 2006 y Decisión Marco del Consejo de 2002), permite a los Estados miembros a decidir la

forma y los medios de aplicación, en ningún caso mediante la represión desaforada[195].

En tercer grado es técnicamente defectuosa ya que es manifiesto el eufemismo que envuelve la descripción del tipo penal, que convierte en intolerable lo que es puro ejercicio de lo intolerante. Lo relevante no es tanto presumir de la paternidad de la reforma del derecho penal, necesariamente de mínimos, sino saber bucear en las realidades subyacentes, que puedan justificar una mayor protección de los ciudadanos, -también del Estado, por qué no-, pero en ningún caso a costa de la privación de derechos tan elementales como el de la supervivencia. La ayuda a la permanencia con ánimo de lucro está recogida en el artículo 54 de la Ley de Extranjería, lo que no explica la incorporación al Código Penal. Por otro lado es policialmente ineficaz y peligrosa, porque con una descripción típica como la que se contiene en el anteproyecto se está trasladando a los agentes de la autoridad la responsabilidad de tomar decisiones que atentan contra otros bienes, en cuyo juicio de ponderación no siempre va a ser posible entrar con equilibrio. No se trata tanto de desconfiar del buen trabajo policial[196] cuando éste se presta con directrices claras y valores innegociables, sino de conceder un instrumento que en sí mismo contiene un alto grado de riesgo, sometido a otros intereses, incluso aunque sean legítimos y el margen de la discrecionalidad es verdad que genera un espacio policial autónomo, pero también el derecho a la indignación y a la rebelión contra comportamientos que necesariamente van a ser evaluados como arbitrarios, en tanto que chocan con valores profundos de quienes creemos en el necesario trato privilegiado de los más vulnerables[197].

[195]. Tomas Tío, J.M., “Salvemos la hospitalidad”,“www.Lolamentable.org”, publicado el 15 de mayo de 2013.

[196]. Salido Valle, C., *La detención policial, Bosch,* 1997.

[197]. Faraldo Cabana, P., “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género”, R. Castillejo Manzanares, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación,* La ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

Socialmente demagógica: descubrir el trasunto que justifica una modificación de esta naturaleza implica saber y conocer la realidad, no sólo del país que recibe sino de los países de origen, donde en ocasiones la vida, la dignidad, la libertad, la integridad, etc. están en permanente riesgo. No puede justificarse una modificación de tal clase y profundo calado atribuyendo a la intervención penal la panacea en la solución de problemas que no le corresponden, esencialmente los de orden social (vinculados con la marginalidad), humano (vinculado con la supervivencia), criminógeno (vinculado con escenarios de exclusión) o penal (vinculados con la comisión de delitos a los que se orienta la represión). De mantenerse el texto, muchos que hasta ahora han convertido su vida en un proyecto solidario tendrán que debutar como villanos. Tendrán que ponerse en guardia los comerciantes, posaderos, hoteleros, conductores de autobús, médicos, curas, organizaciones no gubernamentales, incluidas algunas administraciones públicas y sus servicios sociales…

Judicialmente insatisfactoria**:** se amplía la competencia jurisdiccional de un Poder del Estado que debiera hacerlo como última ratio, según reconocimiento constitucional consagrado; se atribuye a un Cuerpo del Estado la decisión discrecional de la eventual acusación o archivo por criterios puramente ocasionales; y se produce, mediante una regulación tan desaforada, la intromisión en lo que deba constituir no ya la aplicación del derecho sino incluso las posibilidades de hacer valer la justicia[198].

Una vez hecha una breve referencia al proyecto, pasamos a estudiar en el siguiente capítulo la expulsión a los extranjeros de la pena privativa de libertad como sustitutiva.

[198]. Ruiz Vadillo, E., “El futuro inmediato del derecho penal, las tendencias discriminatorias y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración”, *Revista del Poder Judicial*, número 7, 1987, pp.25-38.

OBJETIVOS

“Uno de los principales objetivos de la educación debe ser ampliar las ventanas por las cuales vemos al mundo”.

Arnold H.Glasow.

CAPITULO SEGUNDO: LA SUSTITUCION DE LA PENA POR LA EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL

En el anterior capitulo he analizado la sustitución de la pena privativa de libertad de manera general, haciendo referencia a su regulación, normativa aplicable, naturaleza de la misma, clases y los efectos que produce la adopción de dicha sustitución.

El objetivo del presente capitulo es el análisis del panorama normativo de los extranjeros en España en relación con el delito y desde el punto de vista político-criminal. Es decir, no se abordada de forma genérica la problemática de la inmigración, sino su tratamiento en la medida en que un ciudadano extranjero tenga una cierta relación con el delito como sujeto activo por encontrarse inmerso en una causa penal, con o sin sentencia firme condenatoria. Especialmente se examinara la expulsión como pena sustitutiva de la pena privativa de libertad impuesta a los extranjeros[199].

La incorporación de la expulsión de extranjeros en situación irregular al ámbito punitivo tiene lugar a través de su inclusión como una alternativa a la ejecución de las consecuencias penales aplicables, en el marco de los sustitutivos penales, caracterizados por la búsqueda de la humanización de la intervención penal a través de la reducción del uso de prisión, diversificando los medios de respuesta penal. No obstante, en los dos últimos decenios se constata un cierto abandono del planteamiento propio de las “alternativas de prisión” en el debate político criminal, que lejos de que sea casual, como señala Larrauri Pijoan, “refleja una serie de variaciones”[200]que pueden resultar esclarecedoras

[199]. Torres Fernández, M.E., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2012.

[200]. Larrauri Pijoan, E., “populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”, en S. Bacigalupo, M. Cancio, *Derecho penal y política transnacional,* Atelier, Barcelona, 2005, pp. 288.

para comprender el significado de la expulsión sustitutiva en el catálogo de las alternativas del Código Penal.

Hay que ver el trato que nuestro ordenamiento jurídico ha concedió al expulsado, su evolución, teniendo presente que las normas no surgen porque si, sino que son fruto de una política y demanda social. En este sentido, la proliferación de normas, en ocasiones vertiginosa, habidas en los últimos años en materia de extranjería es fiel reflejo de la importancia político-social de este tema[201].

1. INTRODUCCION

En una primera aproximación al significado de la expresión expulsión de extranjeros, y desde la perspectiva del uso común del lenguaje, hay que señalar que con ella se hace referencia al acto de excluir del territorio nacional a una persona extranjera[202]. Tradicionalmente se ha considerado de manera pacífica que ello tiene lugar como una manifestación de la soberanía estatal, cuyo fundamento se encuentra en el derecho de conservación del Estado. Sin embargo, tal facultad no se considera ilimitada, sino que se reconoce desde finales del siglo XIX, la existencia de ciertos principios universales que limitan la discrecionalidad estatal en su ejercicio sobre la base de consideraciones humanitarias[203]. Así se define la expulsión como "aquella resolución de las autoridades de un Estado por cuya virtud se ordena la salida del territorio nacional de aquellos extranjeros que han

[201]. Miro Llinares, F, "Política comunitaria de inmigración y política criminal en España", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 10, 2008.

[202]. El Diccionario de la Real Academia Española define expulsar como echar a una persona de un lugar.

[203]. Bueno Arus, F., "Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigente", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999, pp. 565-586.

desarrollado determinadas actividades o se han constituido en situación de perturbación o peligro"[204].

Si se aborda la definición de la expulsión a la luz de los elementos que conforman su contenido de acuerdo con la legislación en vigor, se trataría de un acto cuya ejecución material tiene, en todo caso, un régimen jurídico unitario cuya competencia está encomendada a los órganos policiales y que consiste en la salida coercitiva del territorio nacional, acompañado de la prohibición de entrada en el durante un determinado periodo de tiempo[205]. En este punto hay que partir de la previsión legal de la expulsión en normas de distintos sectores del Ordenamiento Jurídico, lo que da lugar a distintas modalidades de ella, en función de la rama a la que pertenece, permitiendo una caracterización jurídica diferenciada de la decisión sobre la expulsión, que versa sobre la realización de ese acto conforme a Derecho por el órgano competente en cada caso. Ello ha permitido a algunos autores definirla, en atención a esa diversidad de clases, como "una sanción gubernativa o judicial, según los casos, consecuencia de infracciones de cierta entidad del régimen de permanencia o de actos contrarios al orden público o a los intereses de los españoles"[206].

[204]. Bueno Arus, F., "Expulsión de extranjeros", en M. Cobo del Rosal, *Comentarios a la Legislación Penal*, Comares, 1998, pp. 1041, siguiendo la definición de Puig Peña.

[205]. García Catalán, J.M., "Infracciones, sanciones y procedimientos en la Ley y el Reglamento de extranjería", Barcelona, 2002, pp. 318-319. O como señala Fernández Arévalo, "una medida repatriativa acordada respecto de ciudadanos extranjeros en cuya virtud se determina un mandato de salida del territorio nacional, que determina el cese de cualquier autorización habilitante para su permanencia o residencia en España, así como el archivo de cualquier procedimiento pendiente sobre autorización en dicho sentido, y que lleva aparejada la prohibición de regreso por un plazo temporal determinado", Vid Fernández Arévalo, L., "Tutela judicial del extranjero: examen especial de la tutela del derecho a la libertad en el marco de las medidas repatriativas", Seminario de Fiscales especialistas en extranjería. Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 2004, pp. 2953.

[206]. Mateo Menéndez, F., "comentario al artículo 57 de la LOEX", en Tratado practico de los procesos de extranjería. Con referencias a la ley 38/2002 de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, formularios, jurisprudencia, Legislación y normas comunitarias, Número 2, 2002, pp. 1915.

La Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979[207], no hace referencia alguna a los internos extranjeros, es decir, no tiene en cuenta la condición de extranjero para anudar a las mismas consecuencias específicas en materia de régimen y tratamiento penitenciario, que deben regirse por el principio general de igualdad y no discriminación, conforme al artículo 3 de la citada Ley. En el momento en que nuestra Ley Orgánica General Penitenciaria vio la luz, la situación penitenciaria era bien distinta a la actual y el número de internos extranjeros era una cuestión incidental, al igual ocurrió con la aprobación del Reglamento Penitenciario de 1981[208], en el que las referencias a este colectivo no son muy numerosas a lo largo de su articulado.

El panorama ya empezaba a ser distinto quince años después, cuando se aprueba el Reglamento Penitenciario de 1996[209], que ya en su propia exposición de motivos hace referencia al profundo cambio experimentado por la realidad penitenciaria en los últimos años para fundamentar la necesidad de un nuevo texto legal, entre otras causas por los cambios sufridos en la sociedad española y la mayor presencia de reclusos extranjeros, sin olvidar la necesidad de asegurar los intereses y derechos sociales[210] así como las condiciones básicas de la economía[211]

En los últimos diez años el número de extranjeros se ha triplicado; sin embargo, en el año 2010 comenzó a estabilizarse e

---

[207]. Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 239, de 5 de octubre.

[208]. Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General Penitenciario, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 149.

[209]. Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 40, de 15 de febrero.

[210]. González Cussac, J.L., "Inteligencia Jurídica: el valor estratégico del derecho en la seguridad económica", *Cuadernos de estrategia*, número 162, 2013, pp. 103-133.

[211]. Miro Llinares, F., *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 115-138.

incluso a disminuir, ya que el 31 diciembre de 2000 la población reclusa era de cuarenta y cinco mil ciento cuatro, siendo extranjeros ocho mil novecientos noventa, es decir un veinte por ciento[212]. El 31 de diciembre de 2009 la población reclusa era setenta y seis mil setenta y nueve, siendo extranjeros veintisiete mil veintitrés, un treinta y seis por ciento. El 30 de septiembre de 2010, la población reclusa era de setenta y tres mil novecientos veintinueve de los cuales veintiséis mil ochocientos diecisiete son extranjeros, lo que supone un treinta y cinco con cinco por ciento. El año 2011 la población reclusa total era de setenta y un mil trescientos ochenta y tres, siendo extranjeros, veinte y cuatro mil ochocientos diecisiete, es decir, el treinta y cuatro con setenta y siete por ciento[213].

En el año 2011, los extranjeros representaban alrededor del treinta y cinco por ciento de la población reclusa. Alrededor de un veinte por ciento son nacionales de países de la Unión Europea y la estimación es que entre un cuarenta y cincuenta por ciento no tiene autorización de residencia ni familia directa en España[214], por lo cual, sobre todo para estos últimos, su inserción social resulta extremadamente difícil ante las escasas perspectivas laborales y la carencia de medios lícitos de subsistencia, lo que les aboca, en algunos casos, al delito o a depender económicamente de instituciones asistenciales.

---

[212]. Entre medio, en el año 2001 la población extranjera en centros penitenciarios era de once mil noventa y cinco personas, en el 2002 de trece mil cuatrocientos trece presos, en 2003 de quince mil dos cientos cinco presos, en 2004 de diecisiete mil trescientos dos internos, en 2005 de dieciocho mil seiscientos dieciséis, en 2006 de veinte mil seiscientos cuarenta y tres extranjeros, en el año 2007 de veinte y dos mil novecientos setenta y siete internos, y por último en 2008 de veinte y seis mil doscientos uno. 201. Datos proporcionados por la Agrupación de los cuerpos de la administración de Instituciones Penitenciarias.

[213]. Dato obtenido en "http://www.institucionpenitenciaria.es". Porcentaje similar al de otros países de Europa occidental, sobre la particular vid. Del Grande, N.; Aebi, M.F., "Las estadísticas sobre los reclusos extranjeros en Europa (1989-2006)", en J.A. Brandariz García, Salvatore Palidda, *Criminalización racista de los migrantes en Europa,* Comares, Granada, 2010, pp. 135-150.

[214]. García García, J., "Extranjeros en prisión y medidas repatriativas". Jornadas de ATIP: Nuevas realidades penales y penitenciarias: los retos en un escenario de cambios, Almagro, 2010, pp. 66.

La población extranjera en España representa poco menos de un doce por ciento del total, mas, sin embargo, esa proporción no se corresponde con el porcentaje de extranjeros privados de libertad en nuestras cárceles, que alcanza el treinta y cinco por ciento. De las cifras anteriores aparentemente se deja entrever que el índice de criminalidad en la población extranjera es superior al de la población española. Pero esta conclusión no es correcta por varios motivos.

En primer lugar es relevante considerar la proporción entre población reclusa nacional y extranjera en función de su situación procesal (penados/preventivos). Si en 1996 los internos españoles preventivos representaban sobre el total de los internos de tal nacionalidad el veintinueve por ciento y en 2005 el veintitrés por ciento, tales cifras referidas a los no nacionales eran del cuarenta por ciento y treinta y nueve por ciento para tales años. La extranjería, no cabe duda, es un factor relevante a la hora de acordar medidas cautelares en el curso de un proceso penal pues la misma suele conllevar la falta de un arraigo fuerte, con lo cual el riesgo de fuga es más elevado que en los nacionales. También la situación jurídica de los mismos influye si su permanencia en España está regularizada o no, así como si existe o no procedimiento o resolución administrativa de expulsión, pues en tal caso hay un patente interés en la ocultación.

En segundo lugar, otro dato importante a considerar es la duración de las condenas. Obviamente, cuanto mayor duración tienen las condenas, más tiempo se permanece en prisión, por lo que, si no se da homogeneidad en tal aspecto en ambos colectivos se puede dar la falsa impresión de un mayor índice de criminalidad en el grupo observado que tenga condenas de mayor entidad[215].

[215]. Así como en los internos españoles las condenas por delitos contra la salud pública representan un veinte por ciento y los delitos contra la propiedad un

Como se ve, hay un mayor índice de prevalencia en la comisión de delitos contra la salud pública en el caso de la población reclusa extranjera, tipología ésta que conlleva generalmente penas de especial entidad, con lo cual cabe deducir que hay un mayor índice de permanencia en prisión de los extranjeros delincuentes.

Un tercer elemento a considerar vendría condicionado por la cuantía de las condenas y la posibilidad de acceder a formas sustitutivas de cumplimiento de las penas privativas de libertad (artículo 88 del Código Penal), a suspensión de la condena (artículos 80 y siguientes Código Penal). En la medida en que no quepa la sustitución o la suspensión de la condena, ya sea por la entidad de la pena impuesta, ya por la tipología delictiva o bien por las circunstancias personales concurrentes, procederá el ingreso en prisión.

Si, como acabo de decir, el índice de delitos contra la salud pública por el que cumplen condena los reclusos extranjeros es más elevado que en el caso de los nacionales, dado que la pena impuesta suele ser de más de dos años de privación de libertad, las posibilidades de suspensión o sustitución de la pena son bajas. Es más, en esta tipología la sustitución por expulsión del artículo 89 Código Penal, por razones de política criminal, no es frecuente.

Por otro lado, el supuesto de suspensión del artículo 87 del Código Penal[216](condenas de hasta cinco años de privación de libertad impuestas a drogodependientes) tiene una menor incidencia en el caso de la población penitenciaria extranjera, pues la misma presenta un

cincuenta por ciento, en los internos extranjeros el porcentaje alcanza el cuarenta por ciento y el treinta por ciento respectivamente.

[216]. Artículo 87: "1.Aun cuando no concurran las condiciones 1 y 2 previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20".

menor índice de adicción a las drogas ilegales, no así a las socialmente aceptadas.

Por último, para conocer los índices reales de criminalidad en la población extranjera también habría que considerar, los supuestos de expulsión, medie o no sentencia firme (artículo 57.7 Ley Orgánica de Extranjería)[217].

La expulsión judicial aparece así como una opción del legislador cuyo fundamento teórico es doble. De una parte, la consideración de que el delito perpetrado por el extranjero infractor le señala como una amenaza para la seguridad y/o el orden público de nuestra sociedad[218]; y de otra parte la convicción de la inutilidad de una intervención reeducadora y de reinserción social durante el cumplimiento material de una pena privativa impuesta a un extranjero no residente legalmente en España, que no se ha integrado en nuestra sociedad o lo ha hecho con una contrastada incapacidad o ausencia de voluntad de respetar las leyes penales españolas, si está abocado a una expulsión gubernativa posterior.

La realidad es que muchas de las resoluciones de expulsión administrativa no acaban nunca ejecutándose. Son numerosas las ocasiones en que las órdenes de expulsión decretadas no pueden hacerse efectivas. Aparece así lo que algunos autores denominan ya la cuarta criminalización, grupo de personas extranjeras en situación irregular y pocas posibilidades de regularización.

---

[217]. En el año 2009 fueron expulsados siete mil quinientos noventa y uno extranjeros incursos en actuaciones penales, con o sin mediar condena firme, implicados en veinte tres mil novecientos dieciocho delitos, de los cuales el cuarenta y seis por ciento lo eran contra el patrimonio, el diecinueve por ciento contra las personas, el ocho por ciento contra la salud pública, el cinco por ciento por violencia doméstica y un veintidós por ciento que correspondería a otros comportamientos ilícitos.

[218]. Rodríguez Balado, E., "La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión del extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 26, pp.40.

Frente a esta situación, legislador y Administración penitenciaria han actuado en varios frentes. De un lado, evitando la entrada o estancia prolongada en prisión de los extranjeros irregulares, con expediente de expulsión decretado (artículo 57.7 Ley Orgánica de Extranjeros[219]) o sin él (artículo 89 Código Penal)[220], de otro, a través de *terceros grados instrumentales*, procurando el regreso a su país, en condiciones más beneficiosas que las previstas en el Convenio de Estrasburgo, de aquellos extranjeros irregulares cuyo ingreso en prisión no haya podido evitarse (expulsión penal por sustitución de condena según el artículo 89 Código Penal o, con similares efectos, la libertad condicional en país de origen del articulo 197 Reglamento Penitenciario)[221].

2.- EVOLUCION JURIDICO LEGAL.

Una vez hecha una breve introducción de la expulsión como sustitución a la pena privativa de libertad, voy a exponer su regulación legal en nuestro Derecho, comenzado por sus antecedentes penales y terminando con su regulación actual.

2.1. Antecedentes legales.

[219]. Rodríguez Lainz, J.L., "La posición jurídica del perjudicado frente a la autorización judicial de expulsión del artículo 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería". *Diario La Ley*, número 7767, 2012.

[220]. Sentencia del Tribunal Supremo número 1231/2006, de 23 de noviembre: "Lo normal es que el cumplimiento de la pena y, en todo caso, cuestión discutible, lo accidental será la expulsión del territorio nacional. La solución adoptada por el legislador es tan asimétrica y tan perturbadora de la legalidad penal que en el apartado tercero del artículo 89 establece, sin tener en cuenta la subordinación al propio contenido y exigencia de la naturaleza de las penas en el texto legal, que el extranjero intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada, será devuelto por la autoridad gubernativa. La expulsión resulta totalmente anómala e incompatible con las posibilidades punitivas que se han adoptado por el legislador a través de la formula combinada de penas y medidas de seguridad. Incuestionablemente la expulsión no se considera por el legislador ni como una pena ni como una medida de seguridad, lo que le convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar las conductas delictivas".

[221]. Bertán Damián, A., "Comentario al artículo 572", en J. Asensi Sabater, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Edijus, 2001, pp. 443-444.

La expulsión, como medida política, se ha practicado desde los tiempos más remotos, encauzándose la evolución hacia la limitación en principio de la expulsión del territorio nacional a los extranjeros (con exclusión de los nacionales, salvo la conversión de la pena de extrañamiento), y hacia la sumisión al derecho la facultad estatal de expulsar a los extranjeros.

Con naturaleza de pena[222], se contempla en el Código penal suizo[223]; y con mayor extensión en el Código penal italiano (artículo 235) en los casos especialmente previstos (como los delitos contra el Estado) o cuando el extranjero fuere condenado a pena de reclusión por un tiempo no inferior a diez años; y aún más detalladamente en actual Código penal francés (artículo 131-30) con la denominación de *interdiction de territoire*, y a título definitivo o por una duración de diez años o superior; tiene el carácter de pena complementaria e implica en su ejecución la conducción a la frontera del condenado, a la expiración de su pena de privación de libertad[224]. Cada vez con mayor frecuencia acompaña a las penas privativas de libertad en las conductas delictivas que conllevan un mayor reproche ético-social, como sucede en la actualidad con el narcotráfico, supuesto de Francia, Grecia,

[222]. Palomo del Arco, A., "La expulsión de extranjeros en el proceso penal", *Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial*, número 5, 1999, pp. 139-207.

[223]. Se recoge en su artículo 55, cuyo actual contenido se debe a Ley federal de 5 de octubre de 1950; su tenor es como sigue: "El juez podrá expulsar del territorio suizo por un tiempo de tres a quince años, a todo extranjero condenado a reclusión o a prisión. En caso de reincidencia, la expulsión podrá ser pronunciada de por vida".

[224]. Si bien por Ley número 98-349 de 11 de mayo de 1998, se obliga al Tribunal a motivar su adopción (que se excepciona en crímenes contra la humanidad, atentados a los intereses fundamentales de la nación, terrorismo, explosión o falsedad de moneda), especialmente en atención a la gravedad de la infracción y a la situación familiar y personal del condenado, especialmente cuando el extranjero es padre de niño francés residente en Francia, tiene cónyuge francés, reside en Francia desde que contaba al menos diez años, o justifica su residencia habitual en Francia en un tiempo superior a quince años, recibe pensión por incapacidad laboral de organismo francés o recibe atención médica en Francia que la expulsión podría hacer peligrar. Además de las infracciones excepcionadas de la especial motivación, se encuentra prevista para determinadas conductas delictivas especialmente graves como asesinato, agresiones sexuales, atentados a la defensa nacional o a la integridad del territorio, participación armada, blanqueo, etc.

Luxemburgo[225], e Italia (Ley número 163, de 26 de junio de 1990) y no hace mucho tiempo ocurría con el proxenetismo[226]; muy criticadas por la doctrina por inconstitucionales, cuando su imposición por ley devenía automática[227], e inclusive ha sido objeto de declaración de inconstitucionalidad[228].

En España a partir de la conquista de América se enviaron numerosos delincuentes a aquellas tierras, teniendo la pena de deportación mucha importancia durante los siglos XVI y XVII para el mantenimiento de las colonias en América.

En el Código Penal de 1822[229]figuran tanto la pena de deportación como la de destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español; en códigos posteriores encontramos la pena de extrañamiento como pena restrictiva de libertad consistente en la expulsión del condenado del territorio español por el tiempo de la condena[230]. La expulsión de una persona del territorio de un Estado sería una medida destinada a ser

[225]. Cifr. Cuesta Arzamendi, J.L.: "Drogas y política criminal en el derecho penal europeo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, pp. 30.

[226]. La Ley argentina 12.331 del 17 de diciembre de 1936, sobre profilaxis antivenérea, castigaba a los reincidentes en sostener, administrar o regentar casas de tolerancia, si fuesen extranjeros, con la expulsión, una vez cumplida la pena de prisión que les fuera impuesta (Cifr. Fierro, op. cit., pp. 395); también el Decreto-Ley italiano número 416, de 30 de diciembre de1989, especificaba como causa de expulsión (además de las previsiones del propio Código Penal), la condena, entre otros delitos el de intermediación de la prostitución.

[227]. Figueiredo Dias, J., [*Direito Penal Português (As consequências jurídicas do crime)*, Lisboa, Noticias, 1993, pp. 175 y ss.], respecto del artículo 43 del DL número 264-B/81.

[228]. Sentencia de 24 de febrero de 1995 de la Corte Constitucional italiana, en cuanto se obliga al Juez a emitir conjuntamente con la condena, sin la certeza de la subsistencia de la peligrosidad social, la orden de expulsión del país.

[229]. Tuvo una vigencia muy breve. Basado en las doctrinas de la Ilustración, particularmente en las de Bentham y Beccaria. Constaba de un Título Preliminar y dos Partes, la primera dedicada a los "Delitos contra la Sociedad" y la segunda a los "Delitos contra los Particulares". Establece el principio de legalidad de los delitos y las penas, y en muchos aspectos ha sido seguido por los Códigos posteriores como la definición legal del delito, catálogos de atenuantes y agravantes, o la responsabilidad civil. Curiosamente, se atenía en el castigo de las "culpas" (o delitos culposos) al principio de excepcionalidad o concreción caso por caso, criterio abandonado posteriormente hasta el Código de 1995.

[230]. Esteban Meilan, M., “La facultad judicial de sustitución de penas privativas de libertad por la expulsión de los extranjeros”, *Revista El Derecho* número 4, 2005.

aplicada a los extraños, a los extranjeros. Con los nacionales hay que recurrir a la ficción de considerarlos “extraños” para poder expulsarlos. En cambio, respecto a los extranjeros, el Estado dispondrá de una capacidad de expulsar a los extraños que considere. Esta posibilidad de expulsión ha existido históricamente y pervive en distintos países como medida penal y como medida administrativa.

El artículo 130 del Código Penal de 1928[231]establecía ya que la expulsión de extranjeros decretado por los Tribunales como medida de seguridad, será comunicada a las autoridades gubernativas del lugar en que el reo deje extinguida la condena que le haya sido impuesta, o del en que residiere, para que se lleva a efecto en el plazo en que el Tribunal haya fijado para ello.

Por su parte, el Código Penal de 1944[232]preveía la pena de extrañamiento prevista en su artículo 86. Posteriormente, el Decreto 522/1974 de 14 de febrero, reguló las normas sobre el régimen de entrada, permanencia y salida de territorio español.

El precedente inmediato del artículo 89 del Código Penal de 1995 lo constituye la Ley Orgánica 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los

[231]. El Código de 1928 fue promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera, y su redacción fue encomendada a Cuello Calón, Galo Ponte y Quintiliano Saldaña. Apartándose de la línea clásica y liberal, incorpora el principio de defensa social, lo que se traduce en la introducción del "dualismo", que sitúa junto a las penas las medidas de seguridad.

[232]. El Código Penal de 1944 experimentó numerosas reformas a lo largo de los años, llegándose a publicar un texto revisado en 1963 y otro refundido en 1973, así como modificaciones inspiradas en el nuevo sistema democrático, previstas en los Pactos de la Moncloa y una copiosa legislación en materia de terrorismo. Estas reformas culminan en la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, que proclama el principio de culpabilidad frente al de la responsabilidad objetiva, actualiza la parte general en materias como el error o el delito continuado y modifica sustancialmente la parte especial, incorporando numerosas mejoras técnicas ya previstas en el proyecto de 1980.

Extranjeros en España[233], en concreto esta ley permitía dicha sustitución con relación a cualquier extranjero (no solo respecto de los extranjeros no residentes legalmente en España), y exigía que, antes de acordarse la expulsión en sustitución de la pena impuesta, se diera audiencia al extranjero condenado. Además, a diferencia de la regulación posterior, solo cabía acordar la sustitución cuando se asegurara la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar[234].

El tema de la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del extranjero pasó a regularse en el artículo 89 del Código Penal, redacción dado por la Ley Orgánica 10/1995[235], presentando las siguientes características: En primer lugar, solo cabía la sustitución con relación a los extranjeros no residentes legalmente en España (requisito que no ha cambiado tras la reforma que este precepto ha sufrido). En segundo término, las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España se sustituyen por la expulsión del territorio Nacional, siendo necesario oír previamente al penado.

Como tercera característica, en el caso de que la pena impuesta al extranjero (aunque no se encontrare ilegalmente en nuestro país) fuera de prisión igual o superior a seis años, los jueces y tribunales a instancia del Ministerio Fiscal, pueda acordar su expulsión del territorio nacional una vez que hubieran cumplido las tres cuartas partes de la condena. Por último, el extranjero expulsado no podía regresar a España en el plazo

[233]. Ley 7/1985 de 1 de Julio sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 158, de 3 de julio, pp. 20824- 20829.

[234]. Artículo 21.2.2º: "Si es extranjero fuera condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquel, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiera lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta".

[235]. Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 281, de 24 de noviembre, pp. 33987-34057.

que se le hubiere fijado, atendida la duración de la pena, entre tres y diez años. Es decir, los jueces tenían libertad para graduar el plazo de prohibición de regreso en función de la pena impuesta. Si el extranjero regresare antes del citado plazo, tendría que cumplir la pena que le hubiera sido sustituida, si bien en el caso de ser localizado en la frontera, sería expulsado por la autoridad gubernativa[236].

Las diferencias entre el artículo 21 de la Ley de extranjería y el artículo 89 en su redacción original eran profundas, significando un cambio en el enfoque del tratamiento de la delincuencia de extranjeros. Tales cambios afectaban fundamentalmente, en primer lugar, desde el punto de vista objetivo, porque el artículo 89.1 Código Penal establecida la previsión legal en función de la duración de las penas privativas de libertad impuesta y no en relación con la naturaleza en abstracto del delito. En segundo término, desde el punto de vista de la víctima porque el artículo 89.1 del Código Penal no exigía el aseguramiento de las responsabilidades civiles; y por último, desde el punto de vista subjetivo, el artículo 89.1 se limitaba al no residente legalmente en España frente al artículo 21.2, que era aplicable a todos los extranjeros. Este distinto tratamiento se basó directamente en la doctrina del Tribunal Constitucional.

[236]. Articulo 89 Código Penal (Redacción Ley Orgánica 10/1995): *"*1. Las penas privativas de libertad inferiores a los seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces y Tribunales a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional de extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho termino, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuere sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa".

La Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1993[237]declaro que los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tuvieron derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 Constitución Española, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el artículo.

Antes de la reforma que la Ley Orgánica 5/2010[238], ha efectuado del articulo 89 Código Penal, dicho precepto ya había sido modificado en dos ocasiones.

La primera por la Ley Orgánica 8/2000[239], de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero sobre Derechos y Libertades en España de los extranjeros y su integración social, se añade un apartado cuarto a dicho artículo 89 Código Penal, conforma al cual, "las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6 y 517 y 518 del Código Penal". Se trataba, de esta forma, de evitar que los extranjeros implicados en dichos delitos, relativos a mafias vinculadas con el tráfico ilegal o la inmigración clandestina, pudieran resultar beneficiados por la expulsión.

[237]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 94/1993, de 22 de marzo.

[238]. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 152, de 23 de junio, pp. 54811-54882.

[239]. 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, publicada Boletín Oficial del Estado número 307, de 23 de diciembre, pp. 45508- 45522.

La segunda por la Ley Orgánica 11/2003[240], de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Domestica e Integración Social de los extranjeros, se introdujo una relevante modificación del artículo 89 del Código Penal[241], que se caracterizó por las siguientes notas:

Frente al sistema original de la Ley Orgánica 10/1995[242](los jueces podían acordar la sustitución), en la Ley Orgánica 11/2003 la regla general es que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas por su expulsión[243], salvo en supuestos excepcionales en los que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Se establece, por tanto, como regla general, que los jueces de forma bastante automática sustituirán las

[240]. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 234, de 30 de septiembre.

[241]. Articulo 89 Código Penal (redacción Ley Orgánica 11/2003): "Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por la 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. La expulsión se llevara a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal. La expulsión así acordada llevara consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo 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, esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente.2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.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.4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312,318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código penal".

[242]. Vid. Nota número 17.

[243]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera, número 19/2012, de 20 enero: Abusos sexuales. Penetración sobre la victima inconsciente por la ingesta de alcohol. Sentencia de conformidad. Penalidad en el caso de extranjero no residente condenado a pena de prisión inferior a seis años se impone como norma general la expulsión salvo excepción motivada. Abunda en la legalidad de la condena la falta de arraigo del penado en el territorio nacional. La Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera, condena al acusado como autor de un delito de abusos sexuales.

mencionadas penas por la expulsión. Además, el precepto no exige la previa audiencia del condenado ni menciona la posibilidad de que las circunstancias personales del condenado pudieran justificar el cumplimiento de su condena en España[244].

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, que dio la vigente redacción al artículo 89 del Código Penal, explica los objetivos de la reforma al señalar que 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 este sentido la Audiencia Provincial de Cádiz número 86/2005[245]expone que es evidente que la motivación principal de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión no responde a las finalidades de la pena (implica más bien su no imposición), sino a intereses económicos y de política penitenciaria, para disminuir el número de penados extranjeros, que son los que tienen mayores problemas de adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción o resocialización.

También se dispone que si la pena impuesta al extranjero fuera de prisión igual o superior a seis años, los jueces y tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordaran su expulsión del territorio nacional una vez que hubieren cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo en los supuestos excepcionales mencionados en el párrafo anterior. No obstante, a diferencia de la regulación anterior, sola cabe la expulsión en estos casos cuando se trate de extranjeros no residente legalmente en España. Además, se introduce la novedad de que la expulsión solo procede cuando se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la

[244]. Terradillos Basoco, J.M., "Marginalidad social, inmigración, criminalización", en L. Zúñiga, C. Méndez, Diego, M.R. *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2002, pp. 142.

[245]. La Audiencia Provincial de Cádiz, número 86/2005, de 18 de mayo.

condena sino también cuando el penado haya accedido al tercer grado penitenciario.

En consecuencia, como puso de manifestó la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 11/2003, “se establece que, en caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión”[246], y “si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, o, se acordara, también como regla general, la expulsión”. “De esta forma se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa 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 forma de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”.

Por lo demás, la Ley 11/2003[247]introduce algunas precisiones ausentes en la regulación anterior, en primer lugar, la expulsión se llevara a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal, es decir, la expulsión no puede “dejarse de practicar

[246]. Sentencia del Tribunal Supremo número 844/2010, de 13 de octubre establece que el artículo 89 del Código Penal es impreciso en algunos aspectos, dejando en la penumbra ciertos interrogantes, tales como si el límite de los seis años de prisión ha de referirse a la pena asignada a cada uno de los delitos o hace referencia a la suma de todas por las que se condena en una sentencia, o si el computo de la condena impuesta se refiere a la establecida en una sentencia o en varias si los delitos pudieran haberse juzgado conjuntamente. La Sala de instancia se enfrenta a una hipótesis en que amen de las penas por tenencia ilícita de armas se impongan seis a razón de cinco años cada una, en total treinta años con un límite de cumplimiento de quince años (artículo 76 del Código Penal). Lógicamente el tribunal ha recogido el criterio legal estampado en el artículo 81-2ª del Código Penal, incluido dentro del mismo capítulo, que habla de “la pena o penas impuestas o la suma de las impuestas”. Esa interpretación, claramente deducible del fundamento cuarto bis y del tenor de la sentencia, justifica la denegación”.

[247]. Vid Nota Número 22.

por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello" (Acuerdo del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2006). En segundo término, la expulsión así acordada llevara consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España y por último, en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente.

Tras la Ley Orgánica 11/2003[248]el plazo de prohibición de regreso a España es como mínimo de diez años y la duración de la pena impuesta puede suponer un incremento de dicho plazo en función del plazo de prescripción de la misma. Por tanto si el extranjero regresara a España antes de trascurrir el plazo de prohibición se ha de proceder a su devolución y a computar de nuevo el plazo de prohibición, tanto si el extranjero era sorprendido en la frontera, como si lo es dentro del territorio español[249].

2.2. Regulación Actual

Visto los antecedentes penales de la sustitución de las penas privativas de libertad impuesta al extranjero, pasamos a examinar el marco normativo actual.

[248]. Vid Nota Número 17.

[249]. Tome García, J.A., "Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros", Colex, 2006, pp. 155 y ss.

Tras la Ley Orgánica 5/2010[250], de reforma del Código Penal (que entro en vigor el 23 de diciembre de 2010), el artículo 89 ha quedado redactado de la manera que pasamos a exponer, debido a su importancia en el presente Capitulo:

"*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 su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciaria en España.*

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2.- El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3.- La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España[251].

[250]. Vid. Nota número 20.

[251]. Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 24/2000, de 31 de enero. Denegación del recurso de amparo interpuesto contra auto de Juzgado de Instrucción que autorizó la expulsión de ciudadano extranjero del territorio nacional. Extranjeros. Orden de expulsión. Sanción administrativa. Cobertura legislativa. Respeto del derecho de defensa. Audiencia. Tramitación del proceso penal hasta su conclusión. Sustitución por la autorización judicial. Residencia en España. Subordinación al

4.- Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad[252]*.*

5.- Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6.- Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en

---

cumplimiento de determinadas condiciones. Amplia potestad de control por los poderes públicos. Predeterminación normativa de las condiciones de la expulsión. Posibilidades de defensa. Intervención autorizadora del juez penal ante hechos que pudieran ser delictivos. Condición de imputado. Resolución de la petición en las diligencias previas. Efecto procesal inmediato. Paralización del proceso penal. Derechos Fundamentales y libertades públicas. Vulneración de la presunción de inocencia. Invocación carente de sentido. Tutela judicial efectiva. Decisión fundada en Derecho.

[252]. Torres Fernández, M.E., *La expulsión de extranjeros en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012.

los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa[253]*.*

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7.- Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código".

Sin perjuicio del comentario detallado que, con relación a este precepto, vamos a efectuar en las siguientes páginas, podemos destacar desde este momento algunas de las novedades más relevantes que la Ley Orgánica 5/2010[254]ha introducido en la materia, en primer lugar, aunque se mantiene como regla general la sustitución de la pena por la expulsión (las penas….serán sustituidas), se amplían considerablemente los motivos por los que el Juez o Tribunal puede no acordar la sustitución. Hasta ahora el legislador limitaba dicha posibilidad a supuestos excepcionales en los que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

[253]. Sentencia del Tribunal Constitucional, número 132/2006, de 4 abril. Adopción de medidas alternativas al ingreso en prisión para el extranjero sin residencia legal que haya cometido un delito y no pueda ser expulsado.
Cuestión de inconstitucionalidad. Inadmisión a trámite. Último párrafo del artículo 89.1 Código Penal 1995, en la redacción dada por Ley Orgánica 11/2003, que no supone vulneración del derecho a la igualdad en relación con el derecho a la libertad. Caben medidas alternativas al ingreso en prisión para el extranjero sin residencia legal que haya cometido un delito y no pueda ser expulsado.

[254]. Vid. Nota número 20.

En cambio, el nuevo artículo 89, además de suprimir la referencia a la excepcionalidad, menciona como fundamento de la decisión judicial de no acordar la sustitución cualesquiera "razones" que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Entre dichas razones se encuentran, por supuesto, las circunstancias personales del condenado como puede ser el arraigo personal, familiar y laboral, causa humanitaria, situación del país del extranjero, riesgo para su vida o integridad física, entre otras.

La misma novedad se introduce con relación a la posibilidad de que los jueces acuerden la expulsión judicial sustitutiva parcial de la pena impuesta cuando esta sea igual o superior a seis años de privación de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena. Además, por primera vez el legislador menciona expresamente que lo anterior se puede acordar cualquiera que sea la pena privativa de libertad que el extranjero hubiere de cumplir o estuviere cumpliendo.

Es decir, que los jueces y tribunales pueden decidir que el extranjero cumpla la pena privativa de libertad que le ha sido impuesta (aunque sea inferior a seis años) en un centro penitenciario en España y que, tras acceder al tercer grado penitenciario o cumplir las tres cuartas partes de la condena, se proceda a su expulsión[255].

[255]. En este sentido puedo hacer referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, número 12/2013, de 11 de febrero. Se condenó a la autora responsable de un delito contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de cuarenta mil euros, y pago de las costas del procedimiento En lo que se refiere a la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, se acordará conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal al amparo del número 5 del artículo 89 del Código Penal, cuando la penada hubiera alcanzado el tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena. Dicha solución es la adoptada con carácter general en esta Audiencia Provincial, según se refleja en Acuerdo de las Secciones Penales de esta Audiencia

En segundo término, se exige la previa audiencia del condenado[256], así como la del Ministerio Fiscal y de la víctima para acordar la expulsión para que aleguen lo que estimen oportuno, considero que es una modificación a tener muy en cuenta debido a la evolución que supone en la tutela de la víctima[257].

Como tercera novedad, la expulsión podrá acordarse en la sentencia que se dicte así como en auto motivado posterior[258].

En cuarto lugar, al igual que establecía la Ley Orgánica 10/1995[259], se concede a los jueces libertad para graduar el plazo de prohibición de regreso en función de la pena impuesta. Dicho plazo podrá ser de cinco a diez años[260]. Además se añade como criterio que han de

---

Provincial adoptado en fecha 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 los tres años, y con más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estima razonable la concesión de la expulsión hasta que se 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 caso concreto".

[256]. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, número 159/2013, de 26 de febrero. La cuestión alegada en el escrito de recurso se basa en infracción de ley por indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal, al no haberse dado audiencia al interesado (el acusado). El principio de audiencia específica para garantizar la adecuación del precepto al marco de garantías constitucionales (así lo estableció la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004 y, en su desarrollo, las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005, 24 de julio de 2006 y de 25 de enero de 2007). En la actualidad, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 5/2010 permite la expulsión en un momento ulterior al dictado de la Sentencia firme, de forma que se precisa una audiencia previa y real. Por lo que en el presente caso se estimó el recurso y se dejó sin efecto la expulsión en Sentencia sin perjuicio de que pueda diferirse a la fase de ejecución, previa audiencia del penado.

[257]. Roig Torres, M., "Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito", *Estudios penales y criminológicos*", número 22, 1999, pp. 153-308.

[258]. Previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

[259]. Vid. Nota número 17.

[260]. Frente al mínimo de diez años que estableció la Ley Orgánica 11/2003.

tener en cuenta para fijar dicho plazo el de las circunstancias personales del condenado.

En quinto, si el extranjero expulsado regresa a España antes de trascurrir el plazo de prohibición, se establece, al igual que disponía el articulo 89 antes de la reforma de 2003, que cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo si fuere sorprendido en la frontera, en cuyo caso se ha de proceder a su devolución por la autoridad gubernativa.

En sexto, se prevé expresamente que cuando, al acordarse la expulsión, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros.

Por último, en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente. Además, la Ley Orgánica 5/2010[261]precisa, en la línea marcada ya por nuestro Tribunal Constitucional, que en estos casos cabe la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 del Código Penal.

Las novedades que introduce la Ley Orgánica 5/2010 son, por tanto muy relevantes. Se trata de una reforma que venía siendo exigida imperiosamente ante las continuas críticas[262]que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de nuestros tribunales venían haciendo a la redacción del artículo 89 resultante de la reforma efectuada por

[261]. Vid. Nota número 20.

[262]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, número 86/2005, de 18 de mayo.

nuestro legislador por Ley Orgánica 11/2003[263]. Dicha crítica se centró fundamentalmente en el hecho de que el legislador impusiera como regla general la expulsión, sin exigir la previa audiencia del extranjero y sin tener para nada en cuenta sus circunstancias personales[264].

Como con notoria claridad expone la Audiencia Provincial de Cádiz, número 86/2005, es evidente que la motivación principal de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión no responde a las finalidades de la pena (implica más bien su no imposición), sino a intereses económicos y de política penitenciaria, para disminuir el número de penados extranjeros, que son los que tienen mayores problemas de adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción o resocialización. Con la finalidad de evitar el fuerte automatismo con que venía configurada la medida de expulsión de extranjeros, y paliar el efecto criminógeno que podía provocar al resultar un beneficioso modo de escapar del castigo, a la vez de que, en no pocas ocasiones, la medida resultaba excesivamente aflictiva en comparación con la pena que puedan sufrir otros individuos con análoga responsabilidad, se redactó el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2006 que contenía una previsión de modificación del artículo 89. En el texto del Proyecto, y de acuerdo en este punto con la jurisprudencia, la principal novedad consistía en que la expulsión del territorio nacional dejaba de tener carácter obligatorio para pasar a ser potestativa sustituyendo la expresión “serán sustituidas” por la de “podrán ser sustituidas”. Con esta modificación se pretendía volver a la regulación previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1989, de forma que el Juez o Tribunal sentenciador debería analizar las circunstancias concretas, como presupuesto para pronunciarse sobre la expulsión. Aunque se establecía el carácter facultativo de la decisión, se matizaba a continuación que la expulsión tendrá carácter preferente, salvo que el

[263]. Lopez-Muñiz Goñi, M., *La nueva ley de extranjería*, Colex, Madrid, 2000.

[264]. Encinar Del Pozo califico el cambio que introdujo la Ley Orgánica 11/2003 de “un ejemplo de infortunio de legislador”. Encinar Del Pozo, M.A.,“extranjeros y prisión”, *Estudios de derecho judicial*, número 84, 2005, pp. 287-300.

Juez o Tribunal, y previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España[265].

A estos efectos debemos destacar en particular la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en una línea jurisprudencial que se inicia con la Sentencia 901/2004[266] en virtud de la cual, se anula la expulsión automática por omisión de audiencia del interesado. Dicha resolución estimo parcialmente el recurso impuesto contra la Sentencia de la Audiencia de Madrid, Sección Primera de 19 de noviembre de 2003 (recurso número 50/2003) y que continúa con otras posteriores como sentencia del Tribunal Supremo 1249/2004, 1546/2004 de 21 de diciembre, 1162/2005[267].

Debemos advertir que, posiblemente, nuestro Tribunal Supremo se haya excedido en su papel y que ante las dificultades que ha tenido para acomodar lo dispuesto en dicho precepto a nuestro ordenamiento constitucional lo que debería haber hecho es plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, tal y como dispone el artículo 5.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial[268], en lugar de hacer una interpretación del precepto que podríamos calificarla de contraria a su texto y al deseo del legislador.

[265]. Onega López, J.R., "Inmigración Ilegal", *Revista del Ministerio Fiscal*, número 6, 1999, pp. 66.

[266]. Climent Dura, C. "Código Penal jurisprudencia sistemática", 2011, Tirant lo Blanch, pp. 531.

[267]. Sentencia número 901/2004, de 8 de Julio. Sentencia del Tribunal Supremo número 1249/2004, de 28 de octubre. Sentencia del Tribunal Supremo número 1546/2004, de 21 de diciembre y Sentencia del Tribunal Supremo número 1162/2005, de 11 de octubre.

[268]. Articulo 5.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional".

Señala Arias Senso[269]que “frente a ese producto normativo de baja calidad, que dificulta, incluso, la interpretación de los conceptos más elementales, cabe objetar el propio papel que se atribuye el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos, pues las dudas de constitucionalidad que afectan a estos preceptos no pueden resolverse en el sentido estricto por el Tribunal Supremo del modo que lo ha hecho en la única sentencia dictada sobre la materia (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004), si se tiene bien entendido que el límite de interpretación de la norma es el literal posible, de forma que no puede ir el Tribunal Supremo mas allá de lo que realmente quiso el legislador y en este caso el legislador pudo (pero no quiso deliberada y conscientemente) decir otra cosa, porque advertido de los problemas que planteaba la redacción de los preceptos en estudio por los Informes emitidos por diversas instituciones al Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Domestica e Integración Social de los Extranjeros opto por hacer caso omiso directamente, de donde se concluye que el Tribunal Supremo por vía interpretativa propone una lectura constitucionalizada del precepto que en buena lógica correspondería al Tribunal Constitucional conforme al esquema diseñado por el artículo 163 de la Constitución Española y 35 a 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1003/2005[270], lo que ha hecho nuestro Tribunal Supremo con la citada interpretación “no es acomodar el artículo 89 del Código Penal, a las exigencias constitucionales, sino la de crear un precepto ex novo”.

[269]. Arias Senso, M.A.; “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004”, *Diario La Ley*, número 6160, 2005, pp. 1-4.

[270]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 1003/2005, de 11 de octubre.

Según la sentencia del Tribunal Supremo 901/2004[271], desde la reforma efectúa por la Ley Orgánica 11/2003[272] se produce un cambio importante en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos, pues lo que desde la vigencia del actual código era una decisión discrecional que podía adoptar el Tribunal Sentenciador respecto de los condenados a penas inferiores a seis años, "…las penas privativas de libertad podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional…" se convierte en una conminación legal dirigida al juzgador en el actual articulo 89.1º del Código Penal "las penas privativas de libertad serán sustituidas", de suerte que lo que antes de la Ley Orgánica 11/2003 era una excepción frente a la regla general de cumplimiento de las penas de prisión, ahora se invierte, de modo y manera que solo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario.

No es difícil buscar la razón de tan importante giro en una filosofía puramente defensista de devolver a sus países de origen a los que hayan cometido en España dentro del marco legal previsto en el artículo, con el propósito confesado en la Exposición de Motivos de la Ley que se comenta, 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*", justificándose tal decisión porque la expulsión "se alcanzaría de todas las maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido".

En todo caso no debe olvidarse la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión.

[271]. Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio.
[272]. Vid. Nota número 22.

Aunque, sin duda alguna, la Ley Orgánica 5/2010[273]ha mejorado la redacción del artículo 89 del Código Penal, debemos ya desde este momento destacar que, sin perjuicio de otros aspectos mejorables, la principal crítica imputable al nuevo texto es el mantenimiento de un cierto automatismo a la hora de acordar la sustitución, frente al sistema previsto inicialmente por la Ley Orgánica 10/1995[274].

Conforme a lo dispuesto por el artículo 89 primero del Código Penal, la regla es la sustitución de la pena por la expulsión, y solo procede no acordar dicha sustitución cuando el Juez o Tribunal, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España[275].

En mi opinión, hubiera sido más acertado, tal y como se preveía en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006, que los jueces decidieran la sustitución de la pena impuesta por la expulsión facultativamente, frente al carácter semiautomático que recoge la Ley Orgánica 5/2010. En este sentido son significativas las palabras que recogía la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto[276].

[273]. Vid nota número 20.

[274]. Vid., también, en esta línea: Cugat Mauri, M., "La desaprovecha reforma de la expulsión de extranjeros (artículo 89 Código Penal)", G. Quintero Olivares, *La reforma penal de 2010*: *Análisis y comentarios,* Aranzadi, 2010, pp. 99 y ss. Guisasola Lerma, C., "La reforma del Código Penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad", J.L. Álvarez García y J.L. González Cussat, *Comentarios a la reforma penal de 2010*,Tirant lo Blanch, 2010, pp. 131 y ss.

[275]. Sentencia del Tribunal Supremo número 853/2010, de 15 de octubre: "se considera que con una aplicación automática y rutinaria (sin atender a las 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 los tres años, y con más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estime razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena. Sin embargo, cada caso tiene sus connotaciones especiales.

[276]. La Exposición de Motivos del citado Anteproyecto: "Gran fuente de conflictos en la reciente experiencia penal ha sido contradictoria función de la medida de expulsión de extranjeros, especialmente cuando se configura con un fuerte automatismo

En otras palabras, podemos afirmar que dejar en manos de los jueces la decisión sobre si procede o no la sustitución de la pena por la expulsión es la mejor manera de evitar que la expulsión, como medida sustitutiva de la pena, constituya un desproporcionado beneficio o un excesivo perjuicio para el extranjero condenado. Resulta evidente que cuando la pena impuesta que se sustituye es de cierta entidad, la expulsión puede constituir un beneficio para el extranjero ilegal en comparación al español o extranjero residente legalmente en España que no tendrá más remedio que cumplir la pena impuesta en un centro penitenciario. Incluso, el automatismo en aplicar la sustitución en este caso puede provocar que se incremente la comisión de delitos menos graves por parte de los extranjeros sin residencia legal en España ante la convicción de estos últimos de que no van a tener que cumplir la pena que, en su caso, se les pueda imponer por la comisión de los citados delitos, sino que simplemente se procederá a acordar su expulsión del territorio español.

Lógicamente, en estos casos, es frecuente que sea el propio acusado quien solicite la sustitución[277].

---

que da lugar a que sea imposible imaginar anticipadamente el efecto que su aplicación vaya a causar en cada concreto sujeto, abriéndose tanto la posibilidad de que la medida resulte excesivamente aflictiva en comparación con la pena que puedan sufrir otros individuos con análoga responsabilidad hasta todo lo contrario, provocando entonces un efecto criminógeno al resultar de nulo poder preventivo y ser, incluso, un beneficioso modo de escapar del castigo, amén de desigual en comparación también con las situaciones similares. La búsqueda del imprescindible carácter especialmente preventivo a la par que disuasorio de esa amenaza penal exige, por todo ello, que se permita a los Tribunales que puedan valorar la oportunidad de acordarla, lo que ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por el Tribunal Supremo".

[277]. Según nuestro Tribunal Constitucional, "cuando la expulsión la solicita el afectado, lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal, al adquirir esta consecuencia una evidente prevalencia sobre la limitación consistente en la privación de libertad de residencia por el territorio nacional" (Acuerdo del Tribunal Constitucional número 33/1997, de 10 de febrero). Ahora bien en estos casos, ante la petición de la adopción de la expulsión el propio condenado, "no cabe….hablar de un derecho fundamental a la aplicación de la sustitución de la pena por expulsión…., sino que se trata de una medida que, además del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Ley…., exige una valoración del Juez, dada su configuración legal, que ha de realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos en la

Por el contrario, cuando la pena impuesta sea poco relevante su sustitución por la expulsión puede ser consecuencia excesivamente gravosa respecto de extranjeros en quienes concurran determinadas circunstancias (arraigo personal, familiar y laboral en España….); riesgo que se incrementa cuando el legislador impone la sustitución de la pena como regla general y de forma más o menos automática[278].

Por todo ello, insisto en mostrar mi desacuerdo con la reforma que ha introducido el legislador en esta materia al desaprovechar la ocasión de haber concedido a los jueces la facultad de sustituir o no la pena impuesta teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. No

---

Constitución, y que, ni está obligado a otorgarla, ni sujeto a una interpretación favorable en virtud, exclusivamente, del principio pro libertate" (Sentencia Tribunal Constitucional número 203/1997, de 25 de Noviembre).

[278]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo novena, número 651/2010, de 9 de diciembre. Se dictó auto en virtud del cual se autorizaba el internamiento del extranjero en el Centro de Internamiento de Extranjeros, por plazo no superior a 60 días, para cumplimiento de la orden de expulsión acordada. Por el interesado se interpuso recurso de apelación contra la citada resolución por entender la parte que existiendo arraigo acreditado en territorio español resulta improcedente el internamiento acordado, aportando la documentación en la que basa su pretensión. El recurso tiene que prosperar al acreditarse un arraigo familiar suficiente con la documentación aportada y en particular, con la acreditativa de la existencia de un hijo menor, con residencia legal en España, nacido antes de la incoación del expediente de expulsión que motiva el internamiento combatido. Como señalan las Ssentencia del Tribunal Supremo de número 1007/2007, de 23 de noviembre y número 1365/2004, de 24 de noviembre, "el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general. Es más, en un caso así, el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el artículo 130.1 de la actual Ley de la Jurisdicción." Estos criterios deben servir también en el presente caso para resolver la cuestión objeto de recurso de manera que estando acreditado un arraigo familiar con paternidad de hijos menores nacidos en España, con anterioridad a la incoación del expediente de expulsión, consideramos que el internamiento acordado resulta excesivamente gravoso a las circunstancias personales del extranjero afectado y de su familia, cuya situación actual debe preservarse hasta que se proceda, en su caso, a la efectiva expulsión administrativa, evitando perjuicios excesivos a la parte y a su familia. Existen otros elementos acreditativos del arraigo del recurrente en territorio español, como la existencia de una vida laboral que se remonta al año 2005, siendo que al mes de febrero de 2010 la situación de vida laboral es activa y que incluso tiene atribuido el recurrente el número de la seguridad social, expresivo de haber tenido, al menos, a dicha fecha residencia legal en España y, por tanto, demostrativa de arraigo en territorio español. A las circunstancias de arraigo anteriormente expuestas debe añadirse que tiene otros familiares con residencia legal en España, entre ellos su madre.

obstante, y sin perjuicio de lo anterior, no podemos negar que el legislador de 2010 ha dado un paso relevante en la línea que defendemos al permitir que los jueces puedan no acordar la sustitución al apreciar "razones" que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, frente al sistema impuesto a partir del 2003 en el que los jueces solo podían no acordar la sustitución "excepcionalmente" y únicamente cuando aprecien que "la naturaleza del delito" justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Por último, debemos resaltar que, de forma incomprensible e incoherente, la Ley Orgánica 5/2010[279] no ha reformado el artículo 108 del Código Penal, precepto que contempla la expulsión judicial como medida sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables al extranjero no residente legalmente en España. Dicho precepto redactado por la Ley Orgánica 11/2003[280], adolece de los mismos defectos de que adolecía el artículo 89 del Código Penal antes de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010[281], defectos que se mantienen al no haber sido reformados.

[279]. Vid. Nota número 20.

[280]. Vid. Nota número 22.

[281]. Articulo 108 Código Penal: "1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 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. "Sobre la expulsión judicial como medida sustitutiva de las medidas de seguridad, vid. Nuestro trabajo "Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros", pp. 215 y ss.

3. NORMATIVA, NATURALEZA.

Visto los antecedentes penales y la regulación actual de la sustitución por expulsión es necesario detallar la legislación aplicable, la naturaleza de la sustitución así como las clases de la misma.

3.1.- Normativa aplicable

En cuanto la regulación de la expulsión hay que indicar que los mecanismos de expulsión de extranjeros condenados y no condenados no se reducen a las normas contenidas en el artículo 89 y 108 del Código Penal.

El contexto normativo, dada la interacción de conceptos ajenos a la Ley Penal, comprende, la totalidad de la regulación de la extranjería en nuestro país. La regulación de esta materia presenta caracteres de variabilidad y escasa estabilidad conocidos por todos,[282]lo cual contribuye a que sea realmente complejo el conocimiento del sistema normativo, y permite adivinar problemas de coherencia, dado el acarreo de materiales de diversa procedencia y finalidad.

Sobre estas premisas, podemos señalar la normativa que rige en esta materia es, en primer lugar la Legislación General de Extranjería, en concreto la Ley Orgánica 4/2000 de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social[283], que deroga la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio y que han sido objeto de modificación por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre; la Ley Orgánica 11/2003 de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia

[282]. El articulo 89 Código Penal ostenta el mismo dudoso record que al menos otros 20 artículos del Código Penal de ir ya por su cuarta redacción desde 1995, fruto de ese proceso novedoso que se ha venido en llamar motorización legislativa.

[283]. Vid. Nota número 16.

Domestica e Integración Social de los Extranjeros y la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre.

En particular, sobre la ejecución de expulsiones de extranjeros con resolución de otros países de la Unión Europea tenemos el articulo 64[284] y sobre el internamiento de extranjeros en centro de extranjería no penitenciarios el artículo 62[285].

El Decreto 864/2001[286], por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000. Así como el Real Decreto 187/2003 de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo Económico Europeo.

Por último, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sustituye el articulo 136.3 Ley Orgánica del Poder Judicial, declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2003[287], y establece como normas de ejecución provisional en tanto se materializa la ejecución de la

[284]. Artículo 64: "Cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión. Se podrá solicitar la autorización del juez de instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley".

[285]. Artículo 62: "El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de sesenta días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente"

[286]. Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 174, de 21 de julio de 2001, pp. 26552-26603.

[287]. Sentencia del Tribunal Supremo número 987/2002, de 20 de marzo.

pena o la medida de seguridad ya acordada en la sentencia, siendo el complemento natural de lo dispuesto en el artículo 89 Código Penal[288].

3.2.- Naturaleza Jurídica y finalidad de la expulsión sustitutiva.

Una vez vista la legislación aplicable, es necesario analizar la naturaleza y la finalidad de la expulsión, para tener una mejor comprensión de la materia.

La expulsión sustitutiva no es una pena que derive directamente del hecho, al no venir expresamente mencionada en el catálogo de las mismas[289], que establece el artículo 33 del Código Penal de 1995. Tampoco se trata de una sanción sustitutiva, ya que la expulsión no sustituye la condena, sino que la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de la política de extranjería forzando la salida de quienes no se hallen debidamente autorizados para residir en España[290]. Es una forma sustitutiva de la ejecución de las

[288]. Disposición Adicional Decimoséptima: "Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador. Igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial".

[289]. Orts Berenguer, E.; González Cussac J.L. "Compendio de Derecho Penal. Parte General",2011, Tirant lo Blanch, pp. 470.

[290]. Abordando ya el análisis de esta institución, se hace necesario, en primer lugar, distinguir entre, de una parte, la expulsión a instancia del interesado, en la que este manifiesta su deseo y voluntad de que se le sustituya la pena por esa otra medida, y, de otra, la expulsión de oficio, decretada al margen de la voluntad del afectado, pues fácilmente se aprecia que la relevancia constitucional de los problemas que se plantean en uno u otro caso es bien distinta.

penas privativas de libertad[291]. Como apunta Sánchez García De Paz[292], la expulsión se trata de una consecuencia jurídica atendiendo únicamente a un criterio asegurativo o inocuizador para proteger a la sociedad.

La expulsión se considera por el Código Penal como una medida de seguridad no privativa de libertad[293], solo aplicable a los extranjeros no residentes legalmente en España. Las dudas que habían surgido antes respecto a la naturaleza de la expulsión han quedado aclaradas.

La aplicación del artículo 89 del Código Penal supone, por tanto, la renuncia del Estado a ejercitar el ius puniendi, se suspende la ejecución de la pena impuesta para expulsar al extranjero que ha delinquido y todo ello por razones de oportunidad.

En esta línea, la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado[294], sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, señalaba lo siguiente: "la inclusión de este precepto en la Sección del Código dedicada a regular las formas de sustitución de las penas cortas privativas de libertad pueden inducir a la errónea consideración de que la medida de expulsión es una suerte de pena o sanción sustitutiva que realiza por una vía alternativa las exigencias del ius puniendi. No es éste sin embargo el verdadero alcance y sentido de la medida de expulsión que en estos casos se configura como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras de

[291]. Fernández Arévalo, L., "Expulsión judicial y reforma de la Ley Orgánica 5/2010", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 23, 2010, pp. 16.

[292]. Sánchez García de Paz, M.I., "El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal", *Diario La Ley*, número 3676, 1994, pp. 1-3.

[293]. Calvo-Rubio Burgos, J.B., "Tratamiento del extranjero ante la jurisdicción penal: autorización judicial para la expulsión administrativa. La expulsión como sustitutivo penal y como medida de seguridad. Su quebrantamiento". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, II, 1999, pp. 259.

[294]. La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con la política de extranjería, fines respetables, que podrá adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la mediad de expulsión*".*

Como expresa el Tribunal Constitucional en su Auto 106/1997, la expulsión no persigue a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, porque en rigor no es una pena, ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de finalidades preventivo-especiales[295] que, desde luego, no están garantizados por el simple regreso del penado a su país. La expulsión no sustituye la condena, la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de la política extranjería forzando la salida de quienes no se hallen debidamente autorizados para residir en España.

Señala Del Moral García[296]que "no estamos ante una pena, sino ante una medida administrativa que sustituye la ejecución de la pena". Así lo sostiene la mayoría de la doctrina.

La controversia que afecta a esta institución se ha reflejado en que pueda considerarse como una medida restrictiva de derechos o como un beneficio, según que se impongan contra voluntad del reo o a

[295]. Duran Seco, I., "El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2004)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 15, 2005, pp. 341.

[296]. Del Moral García, A., "Modificaciones en materia de ejecución de sentencia penal", *Revista Iuris: Actualidad y practica del derecho*, número 92, 2005, pp. 56-5

petición del mismo, o cuando la pena impuesta sea de cierta entidad o poco relevante, anteriormente mencionado.

Cuando la pena impuesta sea poco relevante, la expulsión puede ser una consecuencia gravosa respecto del extranjero en quienes concurran determinadas circunstancias (arraigo personal[297], familiar y laboral en España….)[298]. Este riesgo se incrementa, sin duda alguna, cuando, como es el caso hoy día, el legislador impone la sustitución de la pena como regla general, permitiendo solo que no se acuerde excepcionalmente cuando "la naturaleza del delito" justifique el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, sin aludir para nada a las mencionadas circunstancias personales del condenado.

En este sentido, si se considera como medida restrictiva, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 242/1994, seguida por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 203/1997[299], declara que no se concibe como modalidad de ejercicio del ius puniendi del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que aquel incumbe legítimamente

[297]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número 10/2009, de 23 de Enero. Improcedencia de la sustitución conforme al artículo 89 del Código Penal. "Conforme a las tesis sustentadas por el Ministerio Fiscal y que esta Sala asume plenamente pro encontrarse perfectamente ajustadas a derecho, diré que el penado tiene acreditado su arraigo en España, entendiendo por dicho concepto , el sostenido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que ha fijado circunstancias de suficientemente entidad que acreditan arraigo e impiden la expulsión administrativa, y que son las que expresamente se dan en el presente supuesto y que no son otras que el matrimonio con residente legal y con hijos en España, consta igualmente mediante la certificación de matrimonio y empadronamiento que existe una prolongada convivencia y que el penado y su esposa trabajan regularmente, se ha aportado igualmente contrato de trabajo, en definitiva nos encontramos ante circunstancias excepcionales que lleva al ánimo de la Sala la no procedencia de la expulsión y si la sustitución de la pena de prisión por la de multa y como se establece en el artículo 88 del Código Penal".

[298]. Manzanares Samaniego, J.L. "Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad", 2008, Comares, pp. 157.

[299]. La Sentencia del Tribunal Constitucional número 242/1994, de 20 de julio, y la Sentencia del Tribunal Constitucional número 203/1997, de 25 de noviembre.

diseñar, pues no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso, del derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal[300].

Cuando la pena impuesta es de cierta entidad, la expulsión puede constituir un beneficio para el extranjero ilegal en comparación al español o extranjero residente legalmente en España que no tendrá más remedio que cumplir la pena impuesta en un centro penitenciario. Ello conlleva al evidente riesgo de que se incremente la comisión de delitos menos graves por parte de los extranjeros sin residencia legal en España ante la convicción de estos últimos de que no van a tener que cumplir la pena que, en su caso, se les pueda imponer por la comisión de los citados delitos, sino que simplemente se procederá a acordar su expulsión del territorio español.

Lógicamente, en estos casos, es frecuente que sea el propio acusado quien solicite a la sustitución. Como señala nuestro Tribunal Constitucional, "cuando la expulsión la solicita el afectado, lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personas, al adquirir esta consecuencia una evidente prevalencia sobre la limitación consistente en la privación de la libertad de la libertad de residencia por el territorio nacional"[301].

[300]. Tome García, J.A., "Intervención del Juez penal en la expulsión de extranjeros", Colex, 2006. Magro Servet, V.; Solaz Solaz, A., "La sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional", Madrid, 2010. Velázquez Vioque, D., "expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España". Memento Experto. Reforma penal de 2010. Ley orgánica 2/2010. Madrid, 2010, pp. 683; Tome García, J.A., "Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión", F. Gascon Inchausti, *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código Penal*, Pamplona. 2010.

[301]. Acuerdo del Tribunal Constitucional número 33/1997, de 10 de febrero.

Ahora bien en estos casos, ante la petición de la adopción de la expulsión por el propio condenado, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 203/1997[302]dice que no cabe hablar de un derecho fundamental a la aplicación de la sustitución de la pena por la expulsión prevista en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, sino que se trata de una medida que, además del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Ley exige una valoración del Juez, dada su configuración legal, que ha de realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos en la Constitución y que, ni está obligado a otorgarla, ni sujeto a una interpretación favorable en virtud, exclusivamente, del principio “pro libértate”.

Por esta doble dimensión no pueden aplicarse criterios homogéneos de interpretación, como señala De la Rosa Cortina[303], la esquizofrenia jurídica que afecta a esta institución se refleja en que, como asume el Tribunal Constitucional, puede considerarse como una medida restrictiva de derechos o como un beneficio, según se proponga en contra de la voluntad del reo o a petición del mismo.

De ahí la perplejidad del intérprete, que en ocasiones utiliza parámetros basados en el principio *odiosa sunt restingenda*, pues puede ser una reacción de especial dureza frente a los delitos de escasa entidad y en otras utiliza criterios interpretativos extensivos conforme al principio *pro reo*, pues puede la expulsión ser una medida especialmente privilegiada frente a la pena que lo sustituye. Además el carácter aflictivo o no de la expulsión no solamente está en función de la pena a la que sustituye, sino también de si la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a los seis años tras la ley orgánica 11/2003.

[302]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 203/1997, de 25 de noviembre

[303]. De la Rosa Cortina, J.M. “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003”. *Diario la Ley*, número 6042, 2004.

En una línea más directa[304], que es evidente que la motivación principal de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión no responde a finalidades de la pena (implica más bien su no imposición), sino a interés económico y de política penitenciaria, para disminuir el número de penados extranjeros, que son los que tienen mayores problemas de adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción o resocialización[305].

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es evidente, no obstante, que para nuestro legislador "la expulsión del territorio nacional del extranjeros no residentes legalmente en España" constituye una medida de seguridad no privativa de libertad. Así lo señala expresamente el artículo 96.3.2ª del Código Penal[306].

No obstante, como precisa nuestro Tribunal Supremo, "aunque la expulsión no viene considerada como una pena sino como una medida de seguridad en el Código Penal, articulo 96.3.2ª, sus efectos son similares, aunque multiplicados en su dimensión, a los de la pena consistente en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, en este caso referidos a la totalidad del territorio nacional. En cualquiera de los casos, y sin perjuicio de las medidas que pudieran proceder con arreglo a la legislación de extranjería, se trata de una consecuencia de la comisión de un delito que implica una restricción

[304]. Vid. Nota número 5.

[305]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, número 949/2009 de lo Penal, de 28 de septiembre. Nulidad de la denegación de expulsión de extranjeros condenado a pena de prisión de seis años del territorio nacional por falta de motivación. Penalidad, expulsión de extranjeros del territorio nacional como forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad. Exigencia de ponderación de las concretas circunstancias del penado. Exigencia de motivación de la decisión denegatoria de la expulsión. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona que condeno al acusado por delito de agresión sexual, declarando su nulidad parcial por falta de motivación de la denegación de la medida de expulsión del acusado del territorio nacional, anulando la mismo solo en ese extremo, devolviéndose la causa al Tribunal de procedencia para que se dicte nueva sentencia motivando debidamente la denegación de la sustitución punitiva.

[306]. Artículo 96: "3. Son medidas no privativas de libertad: 2ª.- La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España".

de los derechos del condenado, aunque con efecto diferentes a los de una pena privativa de libertad"[307].

4. CLASES

Una vez detallada la naturaleza de la medida pasamos a examinar las distintas clases de la sustitución de la pena por expulsión.

La Ley Orgánica 5/2010[308], conlleva la producción de importantes modificaciones en el mecanismo de sustitución de las penas privativas de libertad impuesta a extranjeros sin residencia legal en nuestro país contemplado en el artículo 89 del Código Penal.

Se trata de una alternativa penal que es de aplicación preferente y excluyente de los mecanismos de suspensión (salvo la legal del artículo 71 del Código Penal) y sustitución del artículo 88 del Código Penal, salvo en los supuestos en que acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, esa no pudiera llevarse a efecto y se proceda a la ejecución de la pena originariamente impuesta, en cuyo caso sí podrían ser aplicables las reglas sobre la suspensión o sustitución de la pena (artículo 89.6.II).

En el artículo 89 del Código Penal se distinguen dos supuestos de sustitución de la pena impuesta al extranjero por su expulsión, según que la expulsión acordada sustituya íntegramente la pena impuesta o solo parte de ella[309].

---

[307]. Sentencia del Tribunal Supremo número 165/2009, de 19 de febrero.

[308]. Vid. Nota número 20.

[309]. González Cussac, J.L., Matallin Evangelio, A., Orts Berenguer, E., Roig Torres M, *Esquemas de Derecho Penal parte general*, Tirant lo Blanch, valencia, 2010, pp 176.

En primer lugar, el apartado primero del artículo 89 del Código Penal se refiere a la expulsión que puede acordar el Juez o Tribunal como medida por la que sustituye totalmente las penas privativas de libertad impuestas al extranjero ilegal siempre que, además de otros requisitos que luego veremos, dichas penas sean inferiores a seis años[310].

En segundo término, el apartado quinto del artículo 89 del Código Penal[311]alude a aquellos supuestos en los que el Juez no considera oportuno acordar la sustitución integra de la pena impuesta al extranjero por su expulsión, sino que decide que el cumplimiento de la pena privativa de libertad se lleve a cabo en un centro penitenciario en España y solo respecto del cumplimiento de la última parte de la condena se proceda a su sustitución por la expulsión.

Tradicionalmente, la expulsión como medida sustitutiva parcial de la pena impuesta se acordaba (o se podía acordar) cuando la pena impuesta al extranjero fuera igual o superior a seis años. Es decir, en estos casos el extranjero debía cumplir su pena en España y una vez que hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena (o accedido a tercer grado penitenciario) se procedía a su expulsión.

[310]. Artículo 89.1: "Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior".

[311]. Artículo 89.5: "Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España."

Hoy en día, sin embargo, la ley también prevé expresamente que la solución anterior, es decir, cumplimiento parcial de la pena en España y posterior expulsión, se pueda acordar no solo cuando la pena sea igual o superior a seis años de prisión, sino también cuando fuera inferior y no se hubiera acordado la expulsión como medida sustitutiva total de la pena impuesta.

De ahí que el artículo 89 quinto del Código Penal se refiera a la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, "que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad".

A diferencia de la expulsión sustitutiva total que, como hemos visto, dependiendo de las circunstancias concurrentes puede constituir beneficio o un perjuicio para el extranjero condenado, la expulsión como medida sustitutiva parcial frecuentemente va a resultar perjudicial para el condenado, ya que en lugar de que se le condena la libertad condicional, se le expulsa.

Según González Campo[312], la configuración del artículo 89 del Código Penal según Ley 11/2003 "al imprimir un carácter semiimperativo a la decisión de sustitución del último cuarto de la condena de prisión y exigir del tribunal sentenciador que resuelva sobre la expulsión anticipadamente en la misma sentencia condenatoria, bloquea al acceso de los extranjeros no residentes legalmente en España a la libertad condicional ordinaria, pues la opción por la expulsión en el último cuarto de condena efectuada por el tribunal sentenciador vinculara al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que no podrá aprobar en su día una propuesta de libertad condicional basada en el consentimiento del propio penado

[312]. González Campo, E., "La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre". *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, número 4, 2003, pp. 512.

para regresar a su país de origen, como prevé el artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario, ni mucho menos otorgar la libertad condicional para que el penado permanezca en España durante el último cuarto de la condena".

Por su parte, Arias Senso[313]advierte de "las dificultades de compatibilizar esta figura con la institución de la libertad condicional, con el cumplimiento del último cuarto de la pena en el país origen y con las previsiones contenidas en el Tratado sobre Traslado de Personas Condenadas hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 y ratificado por España el 10 de junio de 1985".

Pasemos a analizar seguidamente cada una de ellas detalladamente.

4.1. Expulsión total

La sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de duración, es la posibilidad legal prevista en el artículo 89.1 Código Penal[314].

Los requisitos necesarios que deben concurrir para que sea posible la expulsión, en primer lugar que sea extranjero con residencia ilegal en España, en segundo término que sea condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años, el tercer requisito que no haya

[313]. Arias Senso, M.A., "Expulsión de extranjeros condenados", *Estudios Jurídicos*, número 2006, 2006.

[314]. Artículo 89. 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 su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*".*

sido condenado por delitos tipificados en los artículos 312, 313 y 318 bis del Código Penal y por último que no se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en España en sentencia o en auto motivado posterior.

4.1.1. Requisitos

Vamos a examinar cada uno de los requisitos.

A) Sea extranjero con residencia ilegal.

En primer lugar se exige que sea extranjero con residencia ilegal en España, para entenderlo es necesario detallar quien es extranjero no residente legalmente en España.

a) Concepto

Según el Diccionario Jurídico[315], extranjero son los que carecen de nacionalidad española. Las situaciones en que pueden encontrarse los extranjeros son las de estancia (que no puede superar los noventa días, salvo prorroga) y la de residencia, que supone la obtención de un permiso, prorrogable, que no puede exceder de cinco años. Si el extranjero quiere ejercer en España actividades laborales o profesionales por cuenta propia o ajena, debe tener además del permiso de residencia, el de trabajo, si bien existen excepciones a ello cuando se trate de técnicos, científicos, profesores invitados o contratados por el Gobierno, funcionarios extranjeros, corresponsales, artistas, ministros religiosos. Etc.

[315]. Martínez Esteruelas, C.; Diez Moreno, F.; “Diccionario Jurídico Espasa”. Madrid. 1993, pp. 404.

En primer lugar hay que saber que se entiende por extranjero residente ilegal en España, para ello debemos remitirnos a lo establecido en los artículos 29 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social[316], preceptos de los que se deduce que el extranjero "*no residente legalmente en España*" es aquel no titular de una autorización para residir (artículo 30 bis 1º Ley Extranjería), tanto de residencia temporal (artículo 31 y 31 bis Ley Extranjería), como de residencia de larga duración (artículo 32 Ley Extranjería).

Avanzando en la búsqueda del concepto de extranjero residente ilegal en España me pregunto si son equiparables "residencia legal" y "estancia regular" a los efectos del artículo 89 del Código Penal.

Aunque existen opiniones discrepantes en la doctrina (*Arias Asenso*, M. A.[317]) y en la denominada jurisprudencia menor (la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, número 837/2005, de 28 de Septiembre, afirmó que "como los condenados se encontraban en el plazo de estancia legal, no tenían la condición administrativa de

[316]. Los extranjeros pueden encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia, y su situación podrá acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda (artículo 29 Ley de Extranjería). Estancia es la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo ni superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambios de alumnos, practicas no laborales o servicios de voluntarios (artículo 30 primero). Trascurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener una prórroga de estancia o una autorización de residencia (artículo 30 segundo de la Ley de Extranjería). En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de este sea inferior a tres meses se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un periodo de seis meses (artículo 30.3 Ley de Extranjería). En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses. (artículo 30.4º Ley de Extranjería). Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. Los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración (artículo 30 bis Ley de Extranjería).

[317]. Arias Senso, M., "Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Supremo 8 de julio de 2004", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Número 1,2005, pp. 1497-1509.

expulsables"), tanto la doctrina mayoritaria (Tomé García, Poza Cisneros, Fernández Arévalo, entre otros[318]) como la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, concluyen en que no puede confundirse residencia legal y estancia regular, y por ello no residen legalmente en España ni los extranjeros que se encuentran en situación irregular ni los que se encuentran en situación de estancia, pese a que estos últimos se encuentran legalmente en España conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica de Extranjería (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días), por lo que, en principio, puede aplicarse la expulsión sustitutiva tanto a unos como a otros.

De manera negativa, nos lo aporta el propio artículo 1.1 de la Ley Orgánica de Extranjeros[319]. Para determinar quien posee nacionalidad española hemos de acudir al Código Civil (la adquisición y perdida de la nacionalidad española está regulada en el Titulo Primero del Libro Primero del Código Civil, bajo la rúbrica "De los españoles y extranjeros").

Por lo que de esta definición podemos sacar consecuencias, como quienes quedan excluidos, que son, quienes conforme a los artículos 17 y siguientes del Código Civil[320], posean nacionalidad

[318]. *Tomé García*, J. A., *Intervención del Juez Penal en la expulsión de extranjeros*, Colex, 2006, pp 155. Poza Cisneros, M., "Formas sustitutivas de las penas privativa de libertad", *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 24, 1996, pp. 225. Fernández Arévalo, L., "Expulsión judicial y reforma de la Ley Orgánica 5/2010" *Revista del Derecho Migratorio y Extranjería*, número 23, 2010, pp. 11-50.

[319]. Artículo 1.1: "Se considera extranjeros, a los efectos de aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española".

[320]. Artículo 17: "Son españoles de origen: Los nacidos de padre o madre españoles. Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España. Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español. 2. La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación".

española, a la que puede accederse, entre otras vías, por residencia legal y efectiva, en nuestro país, continuada e inmediatamente anterior a la petición, los propios sujetos exceptuados en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Extranjería[321]y quienes tengan la nacionalidad de otro Estado si además poseen la nacionalidad española (supuesto de doble nacionalidad).

Los extranjeros que sean nacionales de Países de la Unión Europea[322] no son considerados extranjeros con residencia ilegal en España a efectos del artículo 89 del Código Penal, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 3.1 Ley de Extranjería y en la Directiva 2004/38 CE del Parlamento Europeo y del Consejo[323].

[321]. Artículo 2**.** "Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley: Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, están exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención de la autorización de residencia. Los representantes, delegados y demás miembros de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares. Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo".

[322]. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Quinta, número 628/2008, de 13 de febrero. Acordó que no procedía la expulsión del extranjero nacional Búlgaro pues desde 1 de enero de 2007 goza del estatuto de ciudadano de la Unión. Retroactividad de normas sancionadoras favorables. Denegación de medios de prueba pertinentes. Tales circunstancias son las que derivan del ingreso de Bulgaria, país de origen del recurrente, en la Unión Europea; cuestión ya estudiada y resuelta en nuestra reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008. En efecto, con fecha 25 de abril de 2005 se firmó en Luxemburgo el Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea. Este Tratado fue ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación del Tratado de 26 de mayo de 2006, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 17, de 19 de enero de 2007, y entró en vigor el día 1 de enero de 2007, conforme a lo dispuesto en su artículo 4. Por consiguiente, a partir de esa fecha de 1 de enero de 2007, los nacionales de Rumanía y Bulgaria pasaron a tener la consideración de ciudadanos de la Unión Europea. Condición esta, la de ciudadano de la Unión Europea que, como es bien sabido implica el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Así pues, a los ciudadanos rumanos y búlgaros no se les puede sancionar actualmente con la expulsión por el simple hecho de no poseer la documentación personal en regla.

[323]. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en territorio de los Estados miembros.

En concreto, conforme a esta Directiva, “el Estado miembro de acogida solo podrá emitir una orden de expulsión del territorio como pena o medida accesoria a una pena privativa de libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos 27, 28 y 29” (artículo 33.1º), es decir, por razones de orden público o seguridad pública, ajustadas al principio de proporcionalidad y basada exclusivamente en la conducta personal del interesado, o de salud pública (Sentencia del Tribunal Supremo 1116/2007[324]).

En dicha Directiva se exige para los ciudadanos de la Unión Europea únicamente la inscripción en un registro para periodos de residencia superiores a tres meses y para sus familiares nacionales de terceros Estados la obtención de una tarjeta de residencia, disponiendo para su incumplimiento la posibilidad de “castigos con sanciones proporcionadas y no discriminatorias”. En el Capítulo Cuarto, artículos 27 a 33 se regulan las “limitaciones al derecho de entrada y residencia por razones de orden público, seguridad pública y salud pública”, entre las que se cuenta la expulsión.

Ello ha dado lugar a la aprobación del Real Decreto 240/2007[325], sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que desarrolla lo previsto en la Directiva 2004/38/CE. En dicho Decreto se condiciona el derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español de los

[324]. Sentencia del Tribunal Supremo 1116/2007, de 29 de noviembre.

[325]. Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 51,de 28 de febrero, pp. 8558-8566.

destinatarios de esa norma, al cumplimiento de “las formalidades”, que es como califica en su artículo 3.1 los requisitos previstos en su texto[326].

Así respecto los ciudadanos de la Unión Europea, cuando se trate de fijar su residencia por un periodo superior a tres meses, habrán de solicitar su inscripción en el Registro Central de Extranjeros, de la que se les expedirá un certificado de registro.

Si la estancia en el país es inferior a ese periodo, será suficiente la posesión del pasaporte o documento nacional de identidad en vigor. Situación que puede pasar a ser la de residente con carácter permanente, lo cual tiene lugar después de haber residido legalmente en España por un periodo continuado de cinco años. En tal caso, la Oficina de Extranjeros de la provincia de residencia expedirá al extranjero un certificado del derecho a residir con carácter permanente.

El incumplimiento de tales requisitos administrativos no es sancionable con la expulsión, como se establece en el artículo 15.7 del Real Decreto 240/2007[327]. El artículo 15.8[328]establece las consecuencias en relación con la falta de tales requisitos. Sobre el particular, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de 2005[329] en relación con la regulación precedente, declara que: “la salida del territorio nacional no puede decretarse por el simple hecho de denegar la expedición o

[326] Fernandez Segado, F., “El derecho a la libertad y a la seguridad personal en España”, *revista “Ius et praxis*”, número 11, pp. 15-62, 1999

[327]. Artículo 15. 7: “La caducidad del documento de identidad o del pasaporte con el que el interesado efectuara su entrada en España, o, en su caso, de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión”.

[328]. Artículo 15.8: “El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad”.

[329]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, número 39/2005, de 10 de enero, por la que se anula el inciso “o de denegación de tarjetas” del apartado 2 del artículo 18 del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

renovación de la tarjeta de residente, que solamente constituye soporte formal y no elemento constitutivo, del derecho de residir"[330].

Sobre la cuestión de si es posible expulsar a ciudadanos comunitarios sobre la base de los articulo 89 y 108 del Código Penal, la doctrina de manera generalizada considera que no cabe tal posibilidad por entender que su residencia es legal en virtud del derecho, de origen comunitario, a la libertad de circulación en todo el territorio de la Unión[331]. Sin embargo, al respecto cabe una matización, pues no cabe identificar el derecho a la libre circulación en el territorio de la Unión reconocido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los nacionales de los Estados Miembros, con la posesión de la condición jurídica situación de residencia autorizada, para cuya obtención es necesario observar los requisitos establecidos en la legislación interna de cada Estado de conformidad con la Directiva 2004/38/CE[332].

[330]. Rodriguez-Tarduchy, M., "Entrada y Residencia de los ciudadanos de la Unión Europea en otros Estados Miembros, con especial referencia al Derecho Español", en M. Balado Ruiz-Gallegos *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el Siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1018.

[331]. En este sentido, Almeida Herrero, C., Pena de prisión y extranjería: algunas especificidades legislativas". *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, número 16, 2009, pp. 6.; Díaz y García Conlledo, M.; Olaizola Nogales, I; Trapero Barreales, M.A.; Duran Seco, I.; Barber Burusco, S.; Jerico Ojer, L., "La expulsión como sustitutivo de la pena y de la medida de seguridad en el Código Penal de 1995". M. Díaz y García Conlledo, *Protección y expulsión de los extranjeros en Derecho Penal, La Ley,* Madrid, 2007, pp. 636; Fernández Arévalo, L., "Expulsión judicial y reforma de la Ley Orgánica 5/2010" *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 23, 2010, pp. 20-21; Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. La Madrid, 2011, pp. 152; Maza Martin J.M.; "El tratamiento del delincuente extranjero en el Derecho Penal español", M. Balado Ruiz-Gallegos, *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el Siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 847; De la Rosa Cortina, J.M., La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003", *Estudios jurídicos*, número 2004,2004, pp. 3; Tome García J.A., "La sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión", F. Gascon Inchausti, *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal,* Pamplona, 2010, pp. 121-122. También la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, número 1116/2007 de 29 de noviembre.

[332]. También hace ese matiz, si bien considera a los ciudadanos europeos susceptibles de expulsión Cugat Mauri, M., "La expulsión del extranjero: política migratoria y funciones del derecho penal", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 6, 2001, pp. 33.

Hay que tener en consideración que el artículo 1.3 de la Ley de Extranjería determina que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea[333], siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables. Por esta razón y por lo que respecta a los ciudadanos nacionales de países integrados en la Unión Europea, con fecha 29 de mayo de 2004[334], los Magistrados integrantes de la Audiencia Provincial de Madrid adoptaron el Acuerdo no jurisdiccional de que los ciudadanos comunitarios, es decir, los nacionales de un Estado perteneciente a la Unión Europea, debido al espacio común europeo y al principio de libre circulación por todos los países de la Unión Europea, no son equiparables 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. Según este criterio, por lo tanto, nunca resultarían de aplicación las prevenciones contenidas en el artículo 89 del Código Penal a los extranjeros que sean nacionales de un país perteneciente a la Unión Europea.

[333]. En el sentido previsto por Morote Sarrion, J.V, "La compatibilidad de la normativa europea y de la legislación básica estatal en materia de contratación administrativa con la nueva ley urbanística Valenciana", *Revista española de la función consultiva,* número 5, 2006, pp. 133-166.

[334]. 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 supriores 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".

El Tratado de Ámsterdam[335]recogió ya el concepto de ciudadano europeo al decir que: "Será Ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro". En consecuencia[336]y a los efectos del contenido del Tratado de Schengen[337], extranjero será toda persona que no sea nacional de uno de los Estados miembros pertenecientes al referido ámbito. Definitivamente, en el artículo 20 del Tratado de Lisboa se recoge el concepto de ciudadano de la Unión[338].

Igualmente, en la reunión de los Magistrados integrantes de la Audiencia Provincial de Madrid, éstos alcanzaron por unanimidad el día 30 de enero de 2007, un Acuerdo no jurisdiccional, referido, en este caso, en concreto a los ciudadanos nacionales de Rumania y Bulgaria, como consecuencia de la incorporación de estos países a la Unión Europea, decidiendo que: No pueden ser expulsados los extranjeros de esas dos nacionalidades desde el día 1 de enero de 2007, ni siquiera cuando (con anterioridad) hubiera sido acordada en sentencia su expulsión.

Si fuera detenido alguno de estos nacionales de Rumania o Bulgaria en cumplimiento de una sentencia y para su expulsión, deberá ser puesto inmediatamente a disposición judicial, debiéndose

[335]. El Tratado de Ámsterdam fue aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam (16 y 17 de junio de 1997) y firmado el 2 de octubre de 1997 por los ministros de Asuntos Exteriores de los quince países miembros de la Unión Europea. Entró en vigor el 1 de mayo de 1999 tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros, según sus propias normas constitucionales.

[336]. Bermejo Romero de Terreros J.A., "Tratamiento Penal de la extranjería. Extranjeros y centros penitenciarios", *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*, 2010, pp. 40.

[337]. El Acuerdo de Schengen firmado en 1985 y en vigor desde 1995, tiene como objetivo finalizar con los controles fronterizos dentro del espacio Schengen y armonizar los controles fronterizos externos. Al Acuerdo de Schengen se han adherido la mayoría de los Estados miembros de la Unión (excepto Bulgaria, Chipre y Rumania) y algunos terceros países como Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

[338]. Bermejo Romero de Terreros J.A., "Últimas novedades en derecho de extranjería", *Revista Estudios jurídicos* número 2012, 2012.

posteriormente adoptar la decisión que proceda analizando individualizadamente cada caso concreto.

En el supuesto de que un búlgaro o rumano, expulsado con anterioridad a la fecha de su incorporación a la Unión Europea, regresara de nuevo a España, deberá ponerse en conocimiento tal circunstancia del Juez o Tribunal sentenciador, a los efectos de que éste adopte la decisión que proceda.

Como ya se ha advertido si el sentido de la expresión legal empleada por el Código Penal en los artículos 89 y 108 del Código Penal "extranjero no residente legalmente en España" es la vía para dar entrada en la aplicación del Derecho Penal a consideraciones de política de gestión de los flujos migratorios, solo se justificara la posibilidad de optar por la expulsión de los extranjeros en sede penal, cuando ello sea posible, también, en el concreto régimen jurídico, que le corresponde al extranjero de que se trate. En este caso tales consideraciones habrán de venir dadas, por lo establecido en el régimen jurídico de entrada y permanencia los ciudadanos de la Unión Europea en España y de ciudadanos nacionales de países del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[339]. Régimen que se caracteriza por suponer un trato privilegiado frente al que se dispone con carácter ordinario para nacionales de terceros Estados[340].

Es por ello que si el contenido de los requisitos fijados en las normas que regulan la permanencia en España de los ciudadanos comunitarios u asimilados se reduce al de simples formalidades, y su incumplimiento, no es en si mismo causa de expulsión, como

[339]. Estados que integran el Espacio Económico Europeo: Estados de la Unión Europea, Islandia, Liechtenstein, Noruega.

[340]. Torrubia David, F.J., "La extranjería desde el punto de vista de la administración periférica del estado: autorizaciones y sanciones administrativas en materia de extranjería", *Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial*, número 39, 2006, pp. 119-120.

expresamente dispone el artículo 15.7 del Real Decreto 240/2007, de acuerdo con el régimen administrativo ordinario de permanencia de ciudadanos comunitarios en España y miembros de sus familias, no tiene sentido que en el caso del extranjero comunitario condenado por delito, se proceda a la expulsión, pues la ilegalidad de su estancia en España, que fundamenta la posibilidad de expulsar en los casos del artículo 89 del Código Penal, no es causa de expulsión con carácter general frente a cualquier extranjero comunitario.

En sentido contrario, considerando que cuando los ciudadanos de la Unión se encuentren incursos en alguno de los supuestos en los que procede la expulsión del artículo 15 del Real Decreto 240/2007 les sería aplicable la expulsión sustitutiva de penas del artículo 89 del Código Penal, caso de ser además condenado penalmente, se manifiesta la Circular 5/2011 de la Fiscalía[341]; no obstante, dado que lo desvalorado en los artículos 89 y 108 del Código Penal para fundamentar la sustitución por expulsión es únicamente una irregularidad de la estancia en sí misma, no aparece que ese supuesto de hecho sea coincidente con los "motivos graves de orden público o seguridad pública" a que se refiere el artículo 15 primero letra c) del Real Decreto 240/2007 para fundamentar la expulsión de ciudadanos comunitarios[342].

Quedan incluidos, los apátridas, en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 666/2011[343]establecía como Razonamiento Jurídico que el Juez de Instrucción le corresponde comprobar que existe una resolución administrativa de expulsión, recaída en el seno de un expediente administrativo, y dictada por autoridad competente o, al menos, si ese expediente se ha incoado de suerte que

[341]. Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, pp. 84-85.

[342]. En esa línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, número 1116/2007, de 29 de noviembre.

[343]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, número 666/2011, de 5 Diciembre.

nadie sea expulsado por vía de hecho o por decisión de funcionario notoriamente incompetente; le corresponde, en segundo lugar, decidir si es preciso el internamiento en orden a la expulsión, lo que supone, de un lado, comprobar que la expulsión sea posible (no lo será por ejemplo si se ignora la nacionalidad del afectado, o si éste es apátrida o es notorio que el país de origen no acepta a sus propios nacionales...), y, de otro lado, verificar que no existe un medio menos gravoso para lograr la expulsión que el internamiento, de forma que, si es posible aquélla sin esta restricción de libertad, debe denegar el internamiento.

Lo trascendente no es poseer una nacionalidad distinta a la española, sino no ostentar esta, si bien el artículo 31, que permite su documentación, se remite al artículo 27 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y a una futura reglamentación de su situación. Para ser considerado apátrida resulta necesario el reconocimiento del Ministerio del Interior, siempre que concurran los requisitos contemplados al efecto en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954.

En situación especial, aquellas personas cuya situación viene regulada por las leyes específicas, respecto de las cuales la Ley Orgánica de Extranjería solo tiene carácter supletorio[344]: como las personas que han obtenido la condición de asilados o refugiados políticos, regulada por la Ley 5/1984 de 26 de marzo, de Derecho de Asilo y Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994 de 19 de mayo.

[344] Moya, D. y Aguelo Navarro, P., "La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Foro Inmigración y Ciudadanía, número 22, 2011.

El Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, número de recurso 25/2011[345]ha confirmado el Auto revocado por la Sentencia número 232/2012 del Tribunal Constitucional, ha confirmado el presente auto. La concurrencia del principio de reciprocidad extradicional exige el desarrollo de un examen de comprobación acerca de si el Ordenamiento Jurídico del Estado reclamante (en este caso, Egipto) no prohíbe la extradición de personas de la misma condición que aquella cuya extradición se pide; es decir, de nacionales egipcios, o bien de nacionales egipcios que ostenten a su vez otra nacionalidad. Debe tenerse en cuenta o que el Tribunal Constitucional viene manteniendo que el análisis de las normas internas del país requirente ha de hacerse sobre nemas jurídicas vigentes y no sólo sobre declaraciones de representantes del Estado reclamante, que es lo que alega la defensa del reclamado que ocurre en este procedimiento de extradición. La Sentencia del Tribunal Constitucional número 292/2005, de 10 de noviembre, al respecto indica que la extradición ha de quedar sometida básicamente a reglas jurídicas y no exclusivamente a la voluntad de los Estados, que no pueden extraditar arbitrariamente a quienes se encuentran en su territorio, añadiendo más adelante que la decisión judicial de extradición sin soporte legal constituyo un vacío de tutela judicial efectiva en cuanto decisión no fundada en Derecho. En las actuaciones se suceden hasta tres compromisos formales de reciprocidad, cuya intensidad ha venido acrecentándose conforme el procedimiento ha ido avanzando. Este Tribunal entiende que la suscripción por Egipto y España de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de Octubre de 2003), incorporada por tanto al Derecho interno por ambos Estados, sirve asimismo de base para apoyar la concurrencia del principio extradicional que analizamos. El artículo 44 de la Convención está dedicado a la extradición, donde se recogen hasta 8 párrafos con las distintas situaciones jurídicas que pueden darse. Por otro lado, el artículo

[345]. El Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, número 25/2011, de 2 Marzo ha confirmado el Auto revocado por la Sentencia número 232/2012 del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 3251/2012, de 10 de diciembre.

43.2 de la Convención hace referencia al requisito de la doble incriminación, debiendo atenderse a las conductas perpetradas y no a la terminología empleada. Por lo tanto, la inexistencia de normas constitucionales que prohíban la extradición de nacionales egipcios, la suscripción de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la propia voluntad manifestada por las autoridades competentes del Estado requirente, contribuyen a dar solidez a la conformación del principio de reciprocidad.

La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984 y su normativa de desarrollo[346]. Los miembros de fuerzas extranjeras destacadas en España en virtud de Tratado (personas incluidas en los Convenios de Londres de 19 de junio de 1951 y Ottawa de 20 de septiembre de 1951 referidos al personal civil y militar al servicio de la OTAN, así como las incluidas en el Convenio Bilateral sobre Cooperación para la Defensa suscrito entre España y los Estados Unidos, de 1 de diciembre de 1969), alistados en la Legión en cuanto contratados por el Ejército español etc., se regirán por su normativa especial en cuanto no se opongan a lo establecido en la Ley (Disposición Derogatoria Única). En ambos casos, el artículo 34 de la Ley de Extranjería[347]establece que su residencia en España es legal, no siendo posible su expulsión por aplicación del artículo 89.1 Código Penal.

[346]. Agamben, G., "Política del Exilio", en G. Silveira, *Identidades Comunitarias y Democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 81-93.

[347]. Artículo 34: "1. El Ministro del Interior reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención. El estatuto de apátrida comportará el régimen específico que reglamentariamente se determine. 2. En cualquier caso, el extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior acreditando que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país y que desea ser documentado por España, una vez

En segundo lugar, la definición de "*extranjero sin residencia legal en España*" nos la da el articulo 29.1 Ley Orgánica de Extranjería[348]. Como reverso, el artículo 53.a) de la misma Ley, considera infracción grave 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. A falta de esta situación administrativa se tendrá la condición de residente ilegal contemplada en el artículo 89.1 Código Penal.

En la búsqueda del concepto de extranjero residente ilegal en España nos preguntamos si son equiparables "residencia legal" y "estancia regular" a los efectos del artículo 89 Código Penal. Aunque existen opiniones discrepantes en la doctrina, Arias Senso[349]y en la denominada jurisprudencia menor, en concreto la Sentencia de la

---

verificada la pertinente información y siempre que concurran y se acrediten razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, podrá obtener, en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias. En todo caso, se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 26, o se haya dictado contra él una orden de expulsión. 3. La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/199, de 19 de mayo, y su normativa de desarrollo. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

[348]. Artículo 29.1: "Son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente".

[349]. Arias Asenso, M.A., *"*Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2005. Establece que por *extranjero que no reside legalmente en territorio español* debemos entender todo aquel que estando obligado a ello no haya obtenido un permiso de residencia temporal o permanente, conforme al artículo 29 de la Ley de Extranjería. Los ciudadanos de la Unión Europea se encuentran a salvo de la posibilidad de encontrarse irregularmente en territorio español dada la especificidad de su régimen jurídico, de modo que no procede incoarse contra ellos expediente sancionador que concluya con una resolución de expulsión nada más que cuando así se permita por su legislación específica, siéndole de aplicación el régimen jurídico que resumida.

Audiencia Provincial de Gerona, número 837/2005[350], afirmo que "como los condenados se encontraba en el plazo de estancia legal, no tenían la condición administrativa de expulsables", tanto la doctrina mayoritaria, Tome García, Poza Cisneros, Fernández Arévalo[351], entre otros, como la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado[352], concluyen en que no puede confundirse residencia legal y estancia regular, por ello no residen legalmente en España ni los extranjeros que se encuentran en situación irregular ni los que se encuentran en situación de estancia, pese a que estos últimos se encuentran legalmente en España conforme al artículo 30 Ley Orgánica de Extranjería por lo que en principio puede aplicarse la expulsión sustitutiva tanto a unos como a otros.

La ratio del precepto parece inspirarse en la no expulsión para los extranjeros que a través de su residencia legal demuestra su arraigo. Tal arraigo les supondría, por un lado, el privilegio de unas vías de expulsión más restrictivas, y por otro lado, la carga de cumplir las penas que pudieran imponérseles en igual trato respecto de los españoles. Por ello, se respetaría la finalidad de la norma admitiendo la expulsión sustitutiva para quienes siendo extranjeros y habiendo entrado en España para una estancia no superior a noventa días cometen un delito.

No obstante, en el caso de que la comisión del delito hubiera estado planificada desde antes del ingreso en España, por evidentes razones político-criminales, no sería conveniente generalizar sin más la expulsión. También debiera restringirse la aplicación de la expulsión,

---

[350]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, número 837/2005, de 28 de septiembre.

[351]. Tome García, J.A., "Sustitución de las penas privativas de libertad impuesta al extranjero por su expulsión", en F. Gascon Inchausti, *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2010; Poza Cisneros, M., "Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal". *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999 y Fernández Arévalo, L., "Expulsión judicial y reforma de la Ley Orgánica 5/2010", *Revista del Derecho Migratorio y Extranjería*, número 23, 2010, entre otros.

[352]. Circular 2/2006, de 27 de julio de la Fiscalía General del Estado sobre "diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España".

pues si ningún *animus manendi* puede detectarse en el extranjero estante que ha delinquido, el efecto aflictivo de la expulsión es cero. En definitiva, solamente quedaría vedada la expulsión sustitutiva, como garantía o privilegio, pero también como carga, a los españoles y a los extranjeros con residencia legal en España.

Además, la expulsión de estantes debe atemperarse a la circunstancias de cada caso y a la necesidad de preservar mínimamente los fines del Derecho Penal[353]y evitar praxis con efectos claramente criminógenos, aunque este pretendido casuismo no se cohonesta con la automaticidad de la sustitución derivada de la explicitada *voluntas legis*, que solamente admite excepciones por la naturaleza del delito.

En definitiva, por extranjero no residente legalmente en España debemos entender aquel que, estando obligado a ello, no ha obtenido un permiso de residencia temporal o definitivo conforme al artículo 29 Ley Orgánica de Extranjería, lo que excluye siempre a los ciudadanos comunitarios y asimilados.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña[354] ha venido aplicando tradicionalmente el concepto legal de "residencia" y así, por ejemplo, su sentencia aplicando la Ley Orgánica 7/1985, denegaba la pensión a un marroquí que, aunque llevaba viviendo en España más tiempo del requerido, el permiso de residencia lo obtuvo después, y desde entonces no alcanzaba el período mínimo exigido. Otra resolución de la misma Sala[355], aplicando también la Ley Orgánica 7/1985, distingue entre "estancia" (a la que no concede el valor de "residencia" a los efectos de obtener prestaciones no contributivas) y

[353]. Álvarez García, F.J. "Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español", Colmares, 2001.

[354]. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 2229/97, de 26 de mayo.

[355]. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 4668/99, de 8 de noviembre.

«residencia» en sentido legal; y como quiera que el demandante marroquí no superaba los diez años mínimos como residente en España, aun computando los períodos en los que trabajó y estuvo en alta en la Seguridad Social española (a los que atribuye presunción de «residencia»), más los períodos en los que tenía solicitada la renovación de dicho permiso, que, según se dice, "surte [la solicitud] los mismos efectos que éste mientras no se resuelva el expediente", no se la concede[356].

La Sentencia de 2000[357]de la misma Sala de Cataluña aplica también el sentido técnico y legal del término «residencia» y desestima la demanda en solicitud de una pensión de jubilación no contributiva porque el actor no reunía el período necesario y, según se dice, «confunde el concepto de residencia genérica con residencia legal que es lo que realmente exige el precepto invocado». La sentencia de dicha Sala de 2002[358]deniega también la pensión no contributiva porque, además de reiterar los argumentos de la de la Sala de Madrid de 22 de julio de 1999[359], «el demandante no tenía concedido permiso de residencia por las autoridades del Ministerio del Interior cuando solicitó la pensión de invalidez no contributiva controvertida, y dado que dicho permiso es el

[356]. Torres Andrés, J.M., Uribe Ubago C.J., Gilolmo López J.L., Lozano Álvarez M.A., Segura Rodríguez, M.L., Díaz de Rabago Villar M., Hernández Vitoria, M.J., "La situación de los extranjeros en relación con el orden social", *Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial*, número 30, 2004, pp 11-178.

[357]. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 2566/2000, de 12 de julio.

[358]. La sentencia de dicha Sala número 2872/02, de 9 de julio.

[359]. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencias, entre otras, número 2566/99, de 22 de mayo, número 2178/99, de 22 de julio, número 2939/01, de 12 de junio y número 6251/03, de 22 de enero, ha señalado que cuando el artículo 167.1 de la LGSS/1994 exige a los posibles beneficiarios de la pensión de jubilación no contributiva que «residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión», no está limitando exclusivamente dicho requisito (el de la residencia legal) al momento de la solicitud, sino que también lo requiere para la totalidad del período computable, ya que los términos «lo hayan hecho», es decir, el tiempo en el que se conjuga el verbo «residir», al igual que el adverbio «legalmente» que lo califica, están claramente referidos al concepto de residencia legal que lo precede, como por otra parte, y sin que por ello incurra en «ultra vires», se deduce con mayor claridad aún del contenido del art.10, números 1 y 2, del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, que desarrolló la Ley 26/1990, hoy incorporada al vigente Texto Refundido de la LGSS.

que reconoce y otorga la condición de «residente legal» sin que tal declaración deba ni pueda efectuarse por este orden social de la jurisdicción supliendo su ausencia a efectos de la concesión de una invalidez no contributiva, por lo que partiendo de esa carencia de residencia legal no puede ser equiparada a la misma los hechos tan impactantes que concurren en el presente procedimiento, tales como pueden ser que el demandante se casó en España en el año 1975, haya tenido tres hijos, haya estado ingresado en centros penitenciarios en los períodos, 16 de febrero de 1992 a 17 de octubre de 1995 y 15 de abril 1997 a 25 de octubre de 1998, habiendo percibido subsidio de desempleo en el período 24 de agosto de 1999 a 27 de julio de 2000, constando inscrito como demandante de empleo desde el 27 de junio de 2000, y habiéndole sido librada en fecha 11 de noviembre de 1999 «la tarjeta de familiar de residente comunitario » válida hasta el 10 de noviembre de 1994, o que desde el día *Juan Miguel Torres Andrés y varios autores* 115 10 de mayo de 1999 reside en una pequeña residencia de la Obra social de las hijas de la Caridad, ya que todo ello demuestra su permanencia en territorio español, pero no que haya residido legalmente en el mismo en el período mínimo exigido por el art. 144.1.b) de la LGSS».

Conforme a estos criterios, la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado[360]señala los siguientes supuestos en los que puede entenderse que un extranjero se encuentra irregularmente en España:

1º.- *"Permanencia irregular originaria",* que comprendería los supuestos de entrada ilegal consumada. Los artículos 25 a 27 Ley Orgánica de Extranjería regulan las condiciones de entrada legal en España. En este punto deben tenerse en cuenta los supuestos en los que conforme al artículo 45 Reglamento de Extranjería cabe otorgar autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

[360]. Vid. Nota número 83.

2º.- "*Permanencia irregular sobrevenida por no obtención de prórroga de estancia"*, conforme a los artículos 30 Ley Orgánica de Extranjería[361] y 30 del Reglamento.

3º.- "*Permanencia irregular sobrevenida por caducidad de documentos autorizantes de residencia sin haber solicitado la renovación en plazo reglamentario*".

Como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado puede aplicarse la expulsión sustitutiva "a los extranjeros en situación de estancia, conforme al artículo 30 de la Ley de Extranjería (permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a sesenta días)".

Doctrinalmente, la cuestión no es del todo pacífica. Así como señala Campos Cabal,[362]considera que no cabe la expulsión ya que aunque no son situaciones de residencia legal en sentido estricto de acuerdo con la normativa de la Ley de Extranjería y su Reglamento, pero tampoco constituyen circunstancias de ilegalidad, en las cuales aplicando siempre el principio "*in dubio pro reo*", debe entenderse que no resulta aplicable el sustitutivo del artículo 89 del código Penal.

[361]. Artículo 30: "1. Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado. 2. Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia. 3. En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis meses. 4. En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurran circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses*".*

[362]. Campo Cabal, J.M., *Comentarios a la Ley de Extranjería:* Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000*,* Civitas, Madrid, 2001, pp. 426.

Mientras que De la Rosa[363]considera que no cabe la expulsión de los extranjeros que están en España ya que "la ratio del precepto parece inspirarse en la no expulsión para los extranjeros que a través de su residencia legal demuestran su arraigo…la expulsión de estantes debe atemperarse a las circunstancias de cada caso y a la necesidad de preservar mínimamente los fines del Derecho Penal y evitar la praxis con efectos claramente criminógenos, aunque este pretendido casuismo no se cohonesta con la automaticidad de la sustitución derivada de la explicitada voluntas legis".

Según Lafont Nicuesa[364]el fundamento del requisito de la no residencia legal para no expulsar es una presunción legal *uris et de iure* de que quien ha obtenido la residencia legal tiene una situación de arraigo. Tal presunción no parece que pueda extenderse a los estudiantes, de forma que se establezca sin posibilidad de admitir prueba en sentido contrario que una situación administrativa que habilita estar en España tan solo sesenta días se corresponda con un arraigo de su titular en nuestro país.

Los estudiantes, tal y como manifiesta la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado[365], con autorización de estancia, conforme al artículo 33 de la Ley de Extranjería, deberán considerarse como extranjeros residentes legalmente en España, pues pese a que nominativamente tienen la consideración de estantes, la nota de permanencia que acompaña a su régimen los hace materialmente asimilables a la situación de los residentes, en tanto la duración de estas autorizaciones se acomodan a la del curso para el que estén matriculados, con posibilidad de prorrogas anuales. Por consiguiente,

[363]. De la Rosa, J.M., "La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003". *Estudios jurídicos*, número 2004, 2004.

[364]. Lafont Nicuesa, L., "*Extranjería. Legislación, Comentarios y Jurisprudencia"*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 190-217.

[365]. Vid. Nota número 96.

habrá de partirse de la no aplicabilidad de la expulsión sustitutiva a los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, pues en definitiva, su régimen se asemeja al de los residentes temporales más que al de los estantes".

b) Prueba

Una vez visto el problema del concepto pasamos a detallar que es necesaria la prueba de falta de residencia legal ya que no puede presumirse. Como ya señaló la Sentencia del Tribunal Supremo 919/1999[366], este dato debe estar debidamente acreditado en la causa.

La carga de la prueba de la residencia ilegal del extranjero corresponde a la acusación. Por tanto, si el acusado no prueba la residencia legal pero la acusación tampoco acredita su residencia ilegal, la duda en torno a este asunto ha de interpretarse a favor del acusado[367].

En principio, según la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado[368]manifiesta que en principio la certificación expedida por funcionarios de las Brigadas de Extranjerías y Documentación sobre la existencia o inexistencia de autorización de residencia, que en estos supuestos debe incorporarse a la causa penal, será como documento oficial expedido por los órganos del Ministerio de Interior, constituye prueba suficiente para acreditar la aplicabilidad o inaplicabilidad del régimen legal del artículo 89 Código Penal. La inexistencia no presentación por el extranjero de la mencionada documentación arroja una fuerte presunción de ilegibilidad. Por el contrario, la posesión del

[366]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, número 919/1999 de 2 de junio.

[367]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Badajoz, número 108/2004, de 22 de junio; Acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid, número 493/2004 de 2 Noviembre y Acuerdo de la Audiencia Provincial de Zaragoza, número 171/2005, de 16 Febrero.

[368]. Vid. Nota número 96.

número de identidad del extranjero no acredita la residencia legal en España, como se desprende del artículo 101.1 Reglamento de Extranjería[369].

c) Momento procesal

Para poder probar la carencia de residencia legal es necesario saber el momento procesal oportuno.

El momento procesal para determinar la condición de residente ilegal del extranjero, es una cuestión que tiene especial interés en la actualidad, sobre todo con relación a la constante ampliación de la Unión Europea (en particular de extranjeros rumanos).

Hay que tener presente la disposición Adicional diecisieteava de la Ley Orgánica 19/2003[370], que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El momento que debe tenerse en cuenta para calificar de residente regular o irregular al delincuente extranjero según la doctrina, a los efectos de calificar la carencia de residencia legal parece que el momento jurídicamente relevante será el de enjuiciamiento de los hechos, el de decidir sobre la expulsión, de forma que si el imputado inicialmente carente de residencia para quien se solicita la expulsión

[369]. Ramos Quintana, M., Comentarios al Reglamento de Extranjería, Lex Nova, 2007.

[370]. Disposición Adicional 17ª establece que: "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".

obtuviere residencia legal durante la tramitación de la causa, no podrá ser objeto de expulsión sustitutiva y a la inversa[371].

El criterio seguido en la expulsión es el que se ha seguido en el caso de un requisito de aplicación de la suspensión de la pena del articulo 87 y siguientes del Código Penal como la no habitualidad es apreciada en el momento en que se decide sobre la suspensión y no en el de la comisión del delito, al no existir razones de fondo que justifiquen una diferencia interpretativa.

Si se diera el caso de que, al incoarse el proceso penal, el extranjero al que se le imputa el delito careciera de residencia legal, pero durante la tramitación del mismo la adquiere, habrá que entender que no cabe sustituirle la pena impuesta por expulsión.

B) Condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años.

Examino el primer requisito, que sea extranjero con residencia ilegal, pasamos a detallar el segundo requisito exigido para que sea posible la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión que consiste en que haya sido condenado a una pena privativa de libertad inferior a seis años, ya que el articulo 89.1 Código Penal permite la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores de seis años impuestas a un extranjero, por lo que quedan fuera de su ámbito de aplicación las penas impuestas que no fuera privativas de libertad o cuando siendo privativas de libertad sean de seis o más años.

[371]. Tome García, J.A.; De la Oliva Santos, A.; Aragoneses Martínez, S.; Hinojosa Segovia, R. y Muerza Esparza, J., *Derecho Procesal Penal*, Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 476.

La referencia del articulo 89.1 Código Penal debe entenderse a la pena efectivamente impuesta y no a la pena en abstracto, operando dicho límite de seis años como tope máximo posible, al igual que en la sustitución de la pena vista y examinada en el anterior capitulo por lo que no vamos a reiterar lo ya dicho.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 1400/2005 se refería a "la polémica doctrinal sobre si es aplicable el artículo 89.1 del Código Penal en el caso de varias penas impuestas en la misma condena[372], inferiores cada una de ellas a seis años, pero que conjuntamente lo superan, dado que el citado precepto a diferencia del artículo 81.2 , relativo a la suspensión, no especifica si se refiere a la suma o conjunto de penas impuestas en la misma sentencia, o a cada una de ellas individualmente consideradas, inclinándose la doctrina más autorizada porque lo definitivo es la pena impuesta por cada delito, por cuanto el tenor literal del precepto al usar el plural ("las penas privativas de libertad inferiores a 6 años...") aboga por este criterio".

El actual articulo 89 Código Penal permite la expulsión de extranjeros que puede acordarse no solo en sustitución de penas privativas de libertad por la comisión de delitos menos graves, sino también graves que tengan prevista pena de prisión inferior a seis años, e incluso por delitos que teniendo prevista pena igual o superior a seis años hayan conducido en función del grado de desarrollo, participación o concurrencia de eximentes incompletas o atenuantes a la imposición en sentencia de una pena de prisión de menos de seis años de duración[373].

[372]. Colmenero Menéndez de Luarca, M., “La expulsión del extranjero infractor como respuesta penal”, *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*, número 16, 2010, pp. 22

[373]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Zaragoza, número 171/2005, de 16 febrero.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado[374]establece que el texto del artículo 89 no deja lugar a dudas sobre su ámbito de aplicación. Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, en principio cabra aplicar la expulsión sustitutiva cuando el extranjero sea condenado a una pena inferior a los seis años, ya como consecuencia de la concurrencia de eximente, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia de la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, independientemente de que la condena lo sea por un delito que en abstracto lleve aparejada pena superior a los seis años.

No puede sumarse las distintas condenas impuestas en una sentencia para alcanzar el límite de los seis años previsto en el artículo 89.1 Código Penal, de suerte que cabría la sustitución cuando al condenado se le impusieran penas por varios delitos inferiores a seis años de privación de libertad pero que sumadas supusieran seis o más años.

En defensa de esta idea, Palomo del Arco, Tomé García[375]han sostenido que lo definitivo es la pena impuesta por cada delito y que, efectivamente, el tenor literal del precepto al usar el plural aboga por este criterio; en efecto, la literalidad del articulo 89 Código Penal no lo impide al referirse a las penas que se impongan, con carácter general, y nunca al resultado globalmente considerado de la resolución condenatoria, mientras que en otros supuestos si se establece como limite la suma de

[374]. Vid. Nota número 96.

[375]. Palomo del Arco, A., “Sistemas penales europeos”. Consejo General del Poder Judicial. 2002, Tomé García J.A., “Sustitución de las penas privativas de libertad impuesta al extranjero por su expulsión”, F. Gascón Inchausti, Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal, Aranzadi, Pamplona, 2010. Magro Servet, V. “La sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional”, La Ley, Madrid, 2010.

las penas impuestas (artículo 81.2ª Código Penal para la suspensión y el artículo 801.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al referirse a la conformidad premiada). Además, para el legislador lo que justifica la no sustitución y el cumplimiento de la condena en España es la naturaleza del delito[376].

No obstante, tal estimación conlleva que la suma de las penas resultantes al delito de detención ilegal y a la falta de lesiones ni superarían el límite de seis años, por lo que no se plantearía la polémica doctrinal sobre si es aplicable el articulo 89.1 Código Penal en el caso de varias penas impuestas en la misma condena, inferiores cada una de ellas a seis años, pero que conjuntamente lo superan, dado que el citado precepto a diferencia del artículo 81.2, relativo a la suspensión, no especifica si se refiérase a la suma o conjunto de penas impuestas en la misma sentencia, o a cada una de ellas individualmente consideradas, inclinándose la doctrina más autorizada por que lo definitivo es la pena impuesta por cada delito, por cuanto el tenor literal del precepto al usar el plural (las penas privativas de libertad inferiores a 6 años….)aboga por este criterio.

La Circular 2/2006 de Fiscalía General del Estado[377]se manifiesta también a favor de admitir la posibilidad de la expulsión sustitutiva en caso de varias penas que sumadas superen los seis años de privación de libertad. Dice la circular que una interpretación gramatical apunta claramente hacia tal solución al emplear el articulo 89 Código Penal el plural la expresión de “las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas (…)”.

[376]. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, número 1400/2005, de 23 de Noviembre.

[377]. Vid. Nota número 96.

A idéntica conclusión nos lleva una interpretación sistemática del artículo 89 Código Penal en relación con el artículo 57.7 Ley de Extranjería, que cuando regula el otro gran supuesto de renuncia al ius puniendi (autorización de expulsión en causas por delitos penados con privación de libertad inferior a seis años) expresamente incluye el supuesto de pluralidad de causas y por ende de eventuales plurales condenas[378].

En este sentido, conviene advertir, que dada la amplitud de las conductas tipificadas como infracción administrativa, no es infrecuente que unos mismos hechos presenten indicios de ser constituidos de una infracción administrativa sancionable con expulsión y de delito, y que tampoco es extraño, que esos hechos motiven la incoación simultanea de dos procedimientos, uno administrativo y otro penal.

En tales casos la coincidencia de dos procesos sobre un mismo objeto habrá de ser resuelta de acuerdo con el aspecto procesal del principio non bis in ídem[379], y la regla que rige la ordenación de la coexistencia de ambas clases de procedimientos, administrativo y penal, contenida con carácter general para cualquier procedimiento sancionador, que no esté regulado de forma más específica, en el Real Decreto 1398/1993[380]en su artículo 7. Dicho precepto fija la obligación de los órganos administrativos de comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de hechos que pudieran ser constitutivos de delito y suspendes la

[378]. El artículo 57.7 de la Ley de Extranjería dispone que “en el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados (….) la autoridad gubernativa instara de todos ellos la autorización”.

[379]. Roig Torres, M., *El concurso ideal de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.343-398.

[380]. Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, que aprueba el reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

resolución del procedimiento hasta que recaiga resolución judicial, "si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento"[381].

En lo que afecta a la interdicción de dos procesos con un mismo objeto, el principio de non bis in ídem, sirve de instrumentos para la eficacia del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías[382], apareciendo relacionado directamente con el derecho a la presunción de inocencia en las Sentencias del Tribunal Constitucional 159/1985 de 27 de noviembre, 21/1987 de 19 de febrero y la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1987 de 26 de octubre.

Todo ello significa, en relación con el caso que nos ocupa, que la administración no podrá imponer una sanción de expulsión por unos hechos que presentan indicios de constituir una posible infracción administrativa y un posible delito[383], en tanto no haya terminado de conocer de los mismos la jurisdicción penal, quedando vinculada por la resolución judicial en el contenido de hechos probados[384], como se

[381]. Sobre el alcance del aspecto procesal del principio non bis in idem, vid. ampliamente, Corcoy Bidasolo, M.; Gallego Soler, J.I., "Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito medioambiental: ne bis in ídem material y procesal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999 de 11 de octubre)", *Revista Actualidad Penal* número 8, 2000, pp. 159-173; De Vicente Martínez R., "Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999 de 11 de octubre), sobre el principio non bis in ídem", *Revista Actualidad penal* número 22, de 2000, pp. 484 y ss.; Navarro Cardoso, F. "El principio ne bis in ídem a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: exposición y critica", L.A: Arroyo Zapatero, I. Berdugo Gómez de la Torre, *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos. In memoriam, Universidad de Castilla La Mancha,* 2001, pp. 1220-1224; Torres Fernández M.E., "El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional", *La Ley*, número 4, 2000, pp. 1547-1553; Pérez Manzano, M., *la prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp.79-84.

[382]. Vives Antón, T.S., "Ne bis ídem procesal", T.S. Vives Antón, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch 1995, pp. 359.

[383]. Sobre la postura clásica del Tribunal Constitucional al respecto y los nuevos perfiles que adopta el tema al respecto de divergencia entre resoluciones de la misma jurisdicción sobre unos mismos hechos vid. Silva Sánchez, J.M., "Contradicciones entre sentencias penales*", Diario La Ley*, número 7795, 2012.

[384]. En el mismo sentido vid. ampliamente, Noreña Salto, J.R., "Expulsión de extranjeros no sometidos a proceso penal", *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, Numero 4,2002, pp. 251-270; Conde-Pumpido Touron, C., "La autorización judicial de la expulsión de los extranjeros durante la instrucción", en *Tratado practico de los proceso de extranjería*, Bosch 2003, pp. 2441-2442; Rodríguez Candela, J.L., "Las expulsiones

desprende de la doctrina constitucional consolidada a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983 de 3 de octubre[385].

La pena de localización permanente propia de algunas faltas es una pena privativa de libertad, ya que el artículo 35 y el artículo 89 del Código Penal[386]no distingue entre penas que pueden haber sido impuestas, tanto por delitos como por faltas en coherencia con lo dispuesto en el artículo 57 Ley Orgánica de Extranjería, no siendo factible la expulsión de extranjeros por faltas, debiendo tratarse en todo caso, de penas impuestas por delito. Aunque pueden esgrimirse argumentos de apoyo de la posición contraria, desde el punto de vista práctico la expulsión en vía penal por la comisión de una simple falta genera problemas que hacen en todo caso desaconsejable su uso, no debiendo reputarse título suficiente para posibilitar la expulsión sustitutiva una condena a pena privativa de libertad por una simple falta. Pese al silencio de la Ley, una interpretación acorde con la exigencia constitucional de respeto al principio de proporcionalidad veda cualquier otra alternativa.

Personalmente creo que la expulsión como pena por la comisión de una falta es excesiva y en ningún caso persigue el fin perseguido por la expulsión del extranjero como sustitución de la pena privativa de libertad, preventivo-especial.

La causa de expulsión de haber sido condenado por delito doloso castigada con la pena privativa de libertad superior a un año ha sido

---

con intervención judicial en la Ley de Extranjería", *Cuadernos Jurídicos*, número 28, 1995, pp. 30-32

[385]. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1989, de 8 de junio (Fundamento Jurídico cuarto).

[386]. Artículo 35: "Son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa". Y el artículo 89: "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 su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España…".

objeto de múltiples críticas, tanto por considerarse, por una parte, que vulnera el principio non bis in ídem[387], y por otra, que resulta contraria a la finalidad de resocialización que debe orienta la ejecución de las penas privativas de libertad según el artículo 25 de la Constitución Española[388].

La primera de las criticas expuestas, la de ser contraria al principio non bis in ídem, se basa en que la descripción del supuesto de hecho de la infracción administrativa es, precisamente, la previa condena penal, con lo que se estaría sancionando de nuevo, esta vez, administrativamente, a quien ya fue castigado en la vía penal[389]. La valoración de si existe duplicidad sancionadora requiere comprobar si existe la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. En el caso concreto de la disposición del artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería la identidad del hecho resulta evidente, pues el motivo de la expulsión es precisamente el pronunciamiento penal previo materializado en una sentencia condenatoria, lo que presupone la existencia de un hecho desvalorado y ya castigado penalmente.

En contra de esta opinión expuesta, el Tribunal Constitucional ha negado la vulneración del principio non bis in ídem, en la sentencia

---

[387]. Entre otros, García España, E., "Extranjería, delincuencia y legislación penitenciarias", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 4, 2003, pp. 63; Monclus Maso, M., Inmigración y Derecho Penal", ***Revista "Scripta nova***", número 94, 2011; Asua Batarria, A., "Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria", *Revista Actualidad Penal*, número 42, 2001,pp.1021-1022; Hernando Galán, M.B., *Los extranjeros en el sistema penitenciario*, Colex, Madrid, 1997, pp. 77; Vidal Fueyo C., "La nueva Ley de extranjería a la luz del nuevo texto constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional*, número 62, 2001, pp. 217-218.

[388]. García España, E., "Seguridad Ciudadana, inmigración y privación de libertad", en J. Soroeta Licera, *Problemas actuales de la inmigración. Cursos de derechos humanos de Donostia San Sebastián*, Universidad del Pais Vasco, 2006, pp. 69.

[389]. De esta opinión Alonso Pérez, F., "Expulsión administrativa de extranjeros. Innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003 de 29 de septiembre y 14/2003 de 20 de noviembre", *Diario La Ley*, número 6053, 2004, pp. 4; Navarro Cardoso, F., "Expulsión "Penal" de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal "simbólico" y derecho penal del "enemigo"". Revista de Derecho Penal y criminología, número 17, 2006. pp. 167.

236/2007 de 7 de noviembre[390], basándose en la siguiente argumentación: “al margen pues de la naturaleza de la expulsión prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, 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 ídem. El precepto establece la 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 dolora 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 y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria. O, expresado en los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991, de 10 de diciembre no basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos,

[390]. En el mismo sentido, con anterioridad, el Auto 331/1997, de 3 de octubre considera que: “la expulsión del territorio nacional de un extranjero, por incumplir los requisitos que la legislación de extranjería impone a su estancia en España, no puede ser confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue. Una cosa es que el actor haya traficado con droga, y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad y otra cosa es que su derecho a residir en España, y que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad, haya quedado extinguido al incumplir ese requisito legal. A su vez, la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos marcos que atienden a intereses públicos netamente diferentes” (Fundamento Jurídico Sexto)

pues si así fuera, el principio ne bis in ídem no tendría más alcance que el que el legislador quisiera darle. (Fundamento segundo)[391].

En el precepto enjuiciado, la condena y la expulsión están orientadas a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras que 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[392].

De acuerdo con este razonamiento, el Tribunal Constitucional excluye la vulneración del principio non bis in ídem[393] por faltar la triple identidad de la infracción sancionada. Considera expresamente, que falta la igualdad de fundamento, en tanto que la condena penal castiga la comisión de un hecho considerado delito y la expulsión, basada en el condena previa, supone el modo de dar eficacia al requisito legal de la permanencia en territorio nacional de los extranjeros consistente en no haber cometido delitos de cierta entidad. Así entendida, la expulsión administrativa por poseer antecedentes penales, no constituye una nueva infracción, sino la reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de los requisitos que el Estado puede, en el ejercicio de su soberanía, imponer a los extranjeros que pretendan establecer en su territorio[394].

[391]. Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005, de 4 de julio, Fundamento Quinto.

[392]. Acuerdo del Tribunal Constitucional 331/1997, de 3 de octubre, Fundamento Sexto.

[393]. González Cussac, J.L., Orts Berenguer, E., Compedido de Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 135-144.

[394]. De esa opinión, García Catalán, J.M., infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería, Barcelona, 2002, pp, 325-330; Cordero Lozano C. Expulsión, devolución y retorno de extranjeros, Barcelona, 2011, pp. 32.

No puede suspenderse la expulsión del territorio nacional por la solicitud de un indulto al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.4 del Código Penal[395], la suspensión de la ejecución de las penas y la expulsión del territorio no tienen esa naturaleza, al tratarse de una medida de seguridad no privativa de libertad.

Además el automaticismo legal impuesto en el artículo 89 del Código Penal y la efectividad de su ejecución a que se refiere la Disposición decimoséptima de la Ley Orgánica 11/2003[396]abogan la imposibilidad de poder acceder a tal suspensión, lo que vendría reforzado en aquellos casos en que la sentencia, la pena y la medida se hayan acordado en un procedimiento de conformidad.

La sustitución de la pena de un extranjero en situación irregular en España por la expulsión de su país no depende de que la ejecución de la pena no hubiera sido iniciada por varias razones, en primer lugar el artículo 89[397], no contemplan el requisito que específicamente si contempla el artículo 88 del Código Penal, siendo además que en supuestos de penas largas no podía verse perjudicada tal medida, que ahora además viene imperativamente impuesta, por la incipiente ejecución de una pena larga que por ejemplo lleve escasos días, perjudicando el sentido de la previsión legal conforme a una política legislativa favorecedora de la expulsión.

En segundo término, la actual redacción del artículo 89[398], supone un importante cambio en la filosofía general que inspirada la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos, tal y como

[395]. Artículo 4.4: “Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada”.

[396]. Vid. Nota número 22.

[397]. En su actual redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, e incluso en las anteriores redacciones dada por las Leyes Orgánicas 11/2003 y 8/2000.

[398]. Similar en este sentido a su redacción por la Ley 117/2003.

nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004, pues lo que desde la vigencia del actual Código Penal era una decisión discrecional que podría adoptar el Tribunal Sentenciador respecto a los condenados a penas inferiores a seis años, se convierte en una conminación legal dirigida al juzgador en el actual 89.1 del Código Penal[399].

Sin embargo, lo que no resulta procedente es que comenzada a ejecutar la pena y cumplido una importante parte de la condena, se proceda posteriormente a sustituir la misma por la expulsión del extranjero, ya que tal sustitución implicaría una sanción añadida al cumplimiento de la pena.

Estas situaciones tienen lugar, a menudo, cuando acogiéndose al Reglamento Penitenciario, los centros penitenciarios solicitan tal sustitución, una vez iniciada y en ocasiones muy avanzada el cumplimiento de la pena. Pueden concurrir también, cuando se haya cumplido una parte importante de prisión preventiva, por lo que, una vez constatado que es de abono a la causa, puede motivar una no sustitución de pena.

En este sentido podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, con número de recurso 11148/2011[400], en virtud de la cual se condena por un delito de tráfico de drogas a una pena superior a seis años. De acuerdo con el articulo 89.5ª del Código Penal, la adopción de la medida sustitutiva puede diferirse al trámite de ejecución de sentencia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia

[399]. El Acuerdo de la Audiencia Provincial de Castellón número 67/2005, de 2 de marzo, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, número 121/2005 de 15 de abril.

[400]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, número 1148/2011, de 25 de enero.

Provincial de Madrid, que condena al acusado como autor de un delito de tráfico de drogas, en el sentido de declarar que la sustitución de la pena privativa por la expulsión puede ser acordada en fase de ejecución.

Por tesis general, para la penas inferiores a los seis años de prisión, el artículo 89.1 del Código Penal, dispone que pueden ser sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior. Obsérvese, por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo 245/2011[401], se trata de sentencias que no alcanza la cuantía de seis años de prisión, ya que esta misma pena no comprende tal posibilidad sustitutiva. Por otro lado, la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, ha atemperado el automatismo y el rigor del texto anterior, al poderse apreciar razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español, para acabar con esa "sensación de impunidad" que se producía con el marco legal anterior, de manera que, en la Sentencia del Tribunal Supremo 245/2011 para los ciudadanos procedentes de donde se comercializa o produce la droga, adquieren la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de acciones delictivas de esa naturaleza, al irrogárseles, como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen.

Para otro tipo de sanciones penales, hay que acudir al apartado quinto del citado artículo 89 del Código Penal, a cuyo tenor, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo

[401]. Sentencia del Tribunal Supremo 245/2011 de 21 de marzo.

cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

C) Que no haya sido condenado por delitos tipificados en los artículos 312, 313 y 318 bis del Código Penal (artículo 89.7º Código Penal).

Por último, vamos a examinar el tercer requisito necesario para llevar a cabo la expulsión como medida sustitutiva.

El legislador, tratándose de los delitos tipificados en los artículos 312, 313 y 318 bis, otorga preferencia a la actuación del *ius puniendi* por parte del Estado, evitando que los extranjeros implicados en los mismos, relativos a mafias vinculadas con el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, pudieran resultar beneficiados por la expulsión[402].

Antes de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, el articulo 89.4º aludía a los delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal. Con la nueva redacción el legislador actualiza lo anterior, por un lado, en cuanto que el articulo 515.6º ya había sido suprimido por la Ley Orgánica 15/2i003 de 25 de noviembre, y dicha supresión también afectaba a los artículos 517 y 518 en la medida que aluden al citado 515.6º (hoy día, tales supuestos se incorporan en el artículo 318 bis 4º); por otro lado, en cuanto se que se incorpora entre los mencionados delitos el recogido en el artículo 313, cuya ausencia ya había sido ampliamente criticada (en este sentido la Circular 1/2002 de la

[402]. Trapero Barreales, M.A., "Un ejemplo de mala praxis legislativa: los fallos por olvidos en las reformas penales", *Revista la Ley* número 7735, 2011, pp. 8.

Fiscalía General del Estado[403], así como la Circular 2/2006 de la Fiscalía General de Estado[404]en la que expresamente se recomendaba a los Fiscales que en estos supuestos valoren muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena puesto que el delito contemplado en el articulo 313 sanciona otro supuesto de inmigración clandestina y concurre la misma ratio que justifica el singular tratamiento de los artículos 312 y 318 bis).

Por lo tanto, tratándose de dichos delitos no cabra expulsión sustitutiva (ni total ni parcial) de la pena impuesta, articulo 89.7 Código Penal[405]. En estos casos, el extranjero habrá de cumplir dicha pena, y una vez cumplida, se llevara a efecto la expulsión gubernativa si esta hubiera sido o es acordada conforme a lo dispuesto en el artículo 57.8º de la Ley de Extranjería[406].

El articulo 312 Código Penal se refiere al delito cometido por los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra o los que recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contracto individual[407].

---

[403]. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002, de 19 de febrero, sobre "aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería".

[404]. Vid. Nota 96.

[405]. Artículo 89.7: "Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312,313 y 318 bis de este Código".

[406]. Artículo 57.8: "Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad".

[407]. Monteserín, E., *"*Encarcelar el problema*"*, Revista *Claves de razón práctica*, número 139, 2004, p. 76-80.

El artículo 313 del Código Penal castiga al que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante.

Por último el artículo 318 bis del mismo cuerpo legal, alude al delito cometido por el que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con depósito a España, o con destino a otro país de la Unión Europea.

La Ley Orgánica 5/2010[408]ha modificado los supuestos en los que no procede acordar la expulsión añadiendo el articulo 313 a los artículos 312 y 318 bis del Código Penal y desaparecen los artículos 515.6º (que esta derogado), 517 y 518 del Código Penal, que se encontraban mencionados en la anterior regulación.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado[409]expone que dentro del grupo de delitos que exigen cumplimiento ordinario estarán normalmente aquellos en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos. Los efectos criminógenos y la neutralización de la finalidad preventivo-general y preventivo-especial del ordenamiento penal que derivaría de aplicar a estos supuestos la expulsión aconsejan en principio hacer uso de las posibilidades de cumplimiento de la pena en España.

Estas consideraciones deber ser especialmente aplicables a extranjeros no residentes traficantes de drogas (que causen grave daño a la salud o aun no causándolo, en cantidad de notoria importancia)".

[408]. Vid. Nota número 20.
[409]. Vid. Nota número 96.

Continua diciendo la Circular de la Fiscalía General del Estado que no obstante, los supuestos de tráfico de drogas de menor entidad (menudeo), aunque se refieran a sustancias que causan grave daño a la salud pueden ser susceptibles de expulsión sustitutiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 1546/2004[410], ya señalo que "el análisis de la naturaleza del delito puede aconsejar, dentro de la variedad de tipos penales englobados en el artículo 368 del Código Penal, que se sustituya en la hipótesis de un vendedor callejero de "papelinas" pero no respecto a un importador de droga, en cantidades "considerables". Esta doctrina es expresamente ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo número 366/2006[411].

Respecto a los delitos en el marco de una organización la Circular 2/2006 manifiesta que "Deben excluirse también como pauta general los delitos cometidos por organizaciones criminales, conforme a los criterios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional…".

Habrán de tenerse presentes igualmente los acuerdos adoptados por la Junta General de la Fiscalía especial Antidroga, celebrada en Madrid los días 15 y 16 de diciembre de 2005 en los que se acordó como criterio general oponerse a las sustituciones en todos aquellos casos en los que la calificación jurídica incluya los subtipos agravados de pertenencia a organización del artículo 369.1.2º del Código Penal (en delitos contra la salud pública) o del 302.1 del Código Penal (en el caso de blanqueo de capitales procedentes de narcotráfico), por tratarse de supuestos específicos de asociación ilícita. Respecto a los demás supuestos, en aplicación de los mismos preceptos, debe observarse lo dispuesto en el artículo 3º, apartado Sexto de la Convención de 20 de

[410]. Sentencia del Tribunal Supremo número 1546/2004, de 21 de diciembre.
[411]. Sentencia del Tribunal Supremo número 366/2006, de 30 de marzo.

diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas[412], a cuyo tenor “las partes se esforzaran por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conforme a su derecho interno (como lo es el artículo 89 del Código Penal) se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detención y represión respecto a estos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasorio en lo referente a la comisión de estos delitos”. Ello implica que haya que mantenerse una interpretación restrictiva, atendiendo a la trascendencia y gravedad del delito, en supuestos de concurrencia de alguno de los subtipos agravados de delitos contra la salud pública.

Por último, el culpable extranjero que haya cometido un delito del artículo 313 del Código Penal[413], no lo excluye expresamente el artículo 89 del Código Penal, pero la Circular 2/2006 indica que habrá de mantenerse el criterio de la Circular 1/2002, respecto de las condenas por el tipo contenido en el artículo 313 del Código Penal. Los Sres. Fiscales, en estos supuestos valoraran muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena.

5. EXCEPCION A LA EXPULSION.

Detallada la regla general de la sustitución de la pena por la expulsión prevista en el artículo 89.1 Código Penal, no hay que olvidar que el mismo precepto prevé una excepción a dicha regla general[414].

[412]. Boletín Oficial del Estado de fecha de 10 de noviembre de 1990.
[413]. Vid. Nota número 36.
[414]. El artículo 89.1 establece la no sustitución de la pena al regular el precepto que, “salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

Antes de ver la regulación actual haremos una referencia a la regulación anterior de este artículo.

Como señalaba la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado[415], aunque refiriéndose al artículo 89.1º del Código Penal en la redacción inicial de este precepto en la Ley Orgánica 10/1995[416]no procede la sustitución "en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia bien por su gravedad intrínseca (tráfico de drogas, agresiones sexuales)bien por particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos (grupos de delincuentes organizados especialmente si se trata de grupos transnacionales, bandas armadas y terroristas, etc.), bien por la existencia de una necesidad forzada de protección a la víctima (menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento)".

En la misma línea se manifestó ya nuestro Tribunal Supremo (con relación al artículo 21.2º Ley Orgánica 7/1985 y al antiguo artículo 89.1º Código Penal), en Auto 106/1997 de 17 de abril, precisamente esa valoración particular de las circunstancias de este procedimiento, la de la naturaleza y gravedad de los delitos objeto de condena, salud pública y contrabando, de la alarma social que los mismos comportan, así como de la discriminación que, para los numerosos españoles que sufren prisión precisamente por esos tipos delictivos, representa que se dé a los extranjeros un trato de favor con la sustitución de las penas por la expulsión del territorio nacional, las que llevan a este Tribunal a no considerar pertinente tal sustitución de penas, las cuales, además, representan la posibilidad de someter al penado a un proceso de rehabilitación y reeducación que le preparen para la vida en libertad.

[415].Vid. Nota número 57.
[416]. Vid. Nota número 16.

Según el Acuerdo del Tribunal Constitucional 106/1997[417]ante tal motivación, no puede sino concluirse que el órgano judicial baso su decisión de no aplicar al recurrente el articulo 89.1º Código Penal en el resultado de una correcta ponderación de las necesidades preventivo-generales en las que, frente a lo que se mantiene en la demanda de amparo, es perfectamente encuadrable el criterio de la "alarma social", entendido como efecto nocivo que, en relación con la finalidad de prevención general inherente a toda pena, tendría el hecho de la falta de reacción penal suficiente ante la comisión de un delito grave-y preventivo especiales concurrentes en el caso de autos, sin que, por ello mismo, quepa calificarla de manifiestamente irrazonable o de arbitraria. Ni siquiera la alusión a la "discriminación" que la expulsión del recurrente supondría respecto de otros presos condenados por delitos de la misma índole que, por su condición de españoles, no pueden ser expulsados del territorio nacional, merece la lectura que le ha dado el solicitante de amparo. Ciertamente que, desvinculada de su contexto, tal afirmación vendría a vaciar de contenido al artículo 89.1 de nuestro Código Penal, toda vez que dicho precepto permite 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. Mas, leída en relación con el resto del razonamiento, lo que viene a indicar es que tal situación no estaría legalmente justificada de procederse a una aplicación "indiscriminada" de la medida de expulsión, por el simple hecho de tener el condenado la condición de extranjero no residente legalmente en España, lo que no cabe predicar del auto recurrido.

Cuando el legislador reformó el artículo 89 del Código Penal por Ley Orgánica 11/2003[418]quiso, consciente y deliberadamente, evitar que el Juez, a la hora de decidir la expulsión o no del extranjero condenado, pudiera valorar sus circunstancias personales. Es decir, en ningún caso

[417]. Acuerdo del Tribunal Constitucional número 106/1997, de 17 de abril.
[418]. Vid. Nota número 22.

tales circunstancias podrían motivar la excepción a la regla general de la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero condenado.

Prueba de ello es que el propio Consejo General del Poder Judicial, en el informe emitido al Proyecto de la Ley Orgánica 11/2003[419], comentaba que "cuando el párrafo primero del articulo 89 Código Penal (Ley Orgánica 11/2003) permite que excepcionalmente el Juez o Tribunal, de forma motivada, aprecie la conveniencia de que la pena se cumpla en España, únicamente se refiere a la naturaleza del delito….olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pueden concurrir…..y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la circunstancia de arraigo, que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de tortura o tratos degradante contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión", de tal manera que ya advirtió de esta circunstancia y el legislador no hizo más mínimo caso.

Sin embargo, de nuevo, el Tribunal Supremo, en la Sentencia ya citada en numerosas ocasiones, 901/2004[420]advierte que para "lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado".

La normativa vigente antes de la Ley Orgánica 5/2010, debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona (sea o no inmigrante, irregular o no) que están reconocidos no

[419]. Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley Orgánica 11/2003 aprobado en sesión de 20 de febrero de 2003.
[420]. Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio.

solo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 no solo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretaran conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del artículo 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensitas, 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[421].

Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba (y así está en la actualidad) respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancia directamente relacionadas con la persona del penado olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión.

[421]. Balaguer Callejon, F., Montilla Martos, J.A. y Rodríguez Candela, J.L., *Compendio práctico sobre extranjería e inmigración*, Tecnos, 2006.

En efecto, un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundamentalmente y así en primer lugar la sentencia de 1991[422]declaró contrario al convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vinculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio no podía ceder ante la exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada; en segundo término, la sentencia de 1993[423]se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justifico la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa; en tercer puesto la sentencia de 1997[424]considero 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 Sentencia del Tribunal Europeo del Derechos Humanos de 10 de abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado Francés respecto de lo acordado en aquella sentencia; por último la sentencia de 21 de octubre[425]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 o la de 8 de diciembre de 1998.

También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional 99/1985 de 3 de septiembre, 242/1994 y 203/1997, ciertamente con

[422]. La sentencia de 18 de febrero de 1991-caso Moustaquim Vs Bélgica.
[423]. La sentencia de 24 de enero de 1993-caso Boncheski Vs Francia.
[424]. La sentencia de 26 de abril de 1997-caso Mehemi vs. Francia.
[425]. La sentencia de 21 de octubre. Idéntica es la sentencia de 19 de febrero de 1998-Dalia vs. Francia.

anterioridad a la actual reforma (de la Ley Orgánica 11/2003), pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento[426].

En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible ampliar el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello, habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal tramite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está[427].

Puede ser que, como ya dijimos en otro momento, nuestro Alto Tribunal se haya excedido en su papel; pero, de lo que no cabe duda, es del acierto de sus comentarios. Consecuencia de dicha jurisprudencia es la nueva redacción del artículo 89, que al referirse a las "razones" que puedan justificar que los jueces decidan el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España está pensando, entre otras, en las circunstancias personales del condenado.

---

[426]. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones (tal vez la esencial) es "vivir juntos". Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988, Olsson vs. Suecia, 9 de junio de 1998, Bronda vs. Italia-, entre otras, vida común que pueda totalmente cercenada con la expulsión.

[427]. Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión" (Sentencia del Tribunal Supremo número 901/2004, de 8 de junio).

Entre dichas circunstancias, a título de ejemplo, debemos destacar el arraigo personal, familiar y laboral, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o pueda ser objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[428].

Tales circunstancias pueden justificar que el Juez o Tribunal acuerde el cumplimiento de la condena en España y no la expulsión de nuestro territorio, como ya venía reconociendo de forma reiterada la jurisprudencia de nuestros tribunales[429].

Dichas circunstancias deberán ser probadas, es decir, no vale con la mera alegación sino que se exige su prueba, así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 71/2005[430], frente a la alegación de que el penado tiene arraigo en nuestro país, al llevar aquí aproximadamente un año, y que estaba integrado y en condiciones de acceder a la regularización de su situación, se argumenta que, "sin embargo, el delito se comete contra su propia esposa a la que imputa incluso especial animadversión por querer "deshacer del mismo".

Por ello, el arraigo familiar es más que cuestionable, máxime cuando justamente y en tutela de la víctima, la comisión del hecho lleva aparejada la medida de prohibición de acercamiento. Todo esto, unido a la falta de constancia de mayor prueba sobre la estancia del acusado en

[428]. Artículo 3: "Prohíbe en términos absolutos tanto la tortura como las penas o tratos inhumanos o degradantes".

[429]. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 391/2005, de 2 de mayo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real número 71/2005, de 21 de junio, Acuerdo de la Audiencia Provincial de Vizcaya número 624/2006, de 20 de julio, Acuerdo de la Audiencia Provincial de Álava número 145/2008, de 4 de junio, Acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid número 144/2009, de 13 de marzo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 17/2009, de 5 de febrero, Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón número 371/2008, de 8 de septiembre…

[430]. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real número 71/2005, de 21 de junio.

España y la integración que aduce, la simple alusión a la permanencia en este país durante un año no constituye elemento de juicio suficiente que haga procedente la aplicación del supuesto excepcional[431].

En Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 346/2005[432]se considera procedente la sustitución de la pena por expulsión tratándose de un delito de robo con escalamiento en grado de tentativa; "de conformidad con el vigente artículo 89 del Código Penal (según la Ley Orgánica 11/2003), la sustitución de penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero con residencia ilegal en España, es automática, a diferencia con la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2002 de 29 de septiembre, en que era tal medida una facultad discrecional de los Tribunales; lo dicho no supone que tal sustitución sea imperativa, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004, pero su posible moderación exige la concurrencia de circunstancias de arraigo, situación familiar o salvaguarda de derechos fundamentales, que deben probarse y ponderarse en el juicio oral; en el presente se alega la escasa gravedad del delito objeto de condena, más que el penado tiene un hijo fruto de su unión con una mujer española; pese a que ambos hechos fueron manifestados por el interesado en el plenario, lo cierto es que el Juez acertadamente desestimo lo pretendido, porque lo verdadero es que tiene antecedentes con dilatado historial delictivo, según se desprende de su hoja histórico-penal, que usa identidades distintas y que tiene decretada su expulsión por resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona fechada el 20 de febrero de 2004; lo expuesto impide considerarlo como sujeto predispuesto a integrarse socialmente y además de la situación de ilegalidad en el penado es permanente".

[431] Álvarez Rodríguez, A., *Comentarios a la nueva ley de extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

[432]. En Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona número 346/2005, de 3 de abril.

La duda en torno a la concurrencia de las mismas deberá interpretarse a favor del reo, en virtud del principio general del derecho in dubio pro reo, conforme al cual en caso de duda, de incertidumbre, ha de resolverse a favor del acusado, y, como dice la mayoría de la doctrina, ello debe ser así, tanto si la duda o la incertidumbre afecta a hechos constitutivos, como si se refiere a hechos extrínsecos o impeditivos[433].

Por otro parte, como ya hemos apuntado, la apreciación de tales circunstancias personales puede resultar especialmente relevante para acordar la no sustitución cuando se trate de delitos de escasa gravedad en las que la medida de expulsión pueda resultar excesivamente penosa y desproporcionada.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado[434]recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con cita de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1988, de 1989, de 1992, de 1996, de 1997, julio 2000, de 2 agosto y de 6 de marzo 2001 o la de 2002[435], y de nuestro Tribunal Supremo, sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, tantas veces citada, y otras posteriores), y, además, añade que "dentro de estas circunstancias personales a valorar a efectos de decidir sobre la procedencia de la expulsión sustitutiva habrá de prestarse particular atención a aquellas que conforme al artículo 57.5º y 6º de la Ley de Extranjería restringen las posibilidades de expulsión administrativa…".

[433]. Tome García, J.A., De la Oliva Santos, A., Aragoneses Martínez, S., Hinojosa Segovia, R. y Muerza Esparza, J., *Derecho Procesal Penal*, Ramón Areces. Madrid, 2007, pp. 476.

[434]. Vid. Nota número 96.

[435]. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de junio de 1988, caso Berrehab contra el Reino de los Países Bajos de 18 de febrero de 1991 (caso Moustaquim), de 7 de julio de 1989 (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 2000 (Caso Ciliz contra Reino de los Países Bajos), 502/2001 de 2 agosto (caso Boultif contra Suiza) y de 6 de marzo 2001 (caso Hilal contra el Reino Unido) o la de 31 de octubre 2002 (Caso Yildiz contra Austria).

En esta línea habrán de tenerse en cuenta y ponderarse los casos de extranjeros que pese a no tener regularizada su situación se encuentren en España trabajando por cuenta ajena y devengando derechos prestacionales. Debe a estos efectos recordarse que conforme al artículo 36.3 de la Ley de Extranjería (artículo 36.5º de la Ley de Extranjería tras la reforma efectuada por Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre[436]), aunque para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la correspondiente autorización, la carencia de la misma por parte del empresario, no invalidara el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle"[437].

Frente a la redacción actual del precepto, tenemos el texto resultante de la Ley Orgánica 11/2003[438].

Si comparamos el texto actual con los anteriores textos, se desprende novedades de gran trascendencia que debemos valorar muy positivamente. En primer lugar la Ley Orgánica 11/2003 exigía únicamente que se diera previa audiencia al Ministerio Fiscal, obviando toda referencia al extranjero condenado y a la víctima del delito. En cambio, acertadamente, ahora el legislador exige la previa audiencia no solo del Ministerio Fiscal, sino también del penado e incluso de las partes personadas. En este sentido, debemos felicitar al legislador puesto que,

[436]. Según el actual articulo 36.5º: "La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero".

[437]. Rodríguez-Piñero, M. y Bravo-Ferrer, M., "La nueva legislación de extranjería e inmigración", *Diario La Ley*, número 7423, 2010.

[438]. "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".

por un lado, es evidente que, antes de que se adopte una medida de la trascendencia que tiene la expulsión judicial sustitutiva para el penado se debe conceder a este la oportunidad de alegar lo que considere oportuno al efecto; por otro lado, también debemos aplaudir el que se prevea la audiencia de las partes personadas y, en particular, de la víctima que se hubiera constituido en acusación particular[439].

En segundo término, la Ley Orgánica 11/2003 solo permitía que los jueces pudieran acordar el cumplimiento de la pena en España "excepcionalmente". En cambio, la Ley Orgánica 5/2010 suprime dicho termino. Así, resulta que, aunque el legislador, por un lado, se inclina a favor de la sustitución como regla ("las penas…serán sustituidas..."); por otro lado, al suprimir expresamente la referencia contenida anteriormente a la excepcionalidad de la no sustitución, confiere un mayor grado de discrecionalidad a los jueces a la hora de adoptar la decisión oportuna sobre la sustitución o no de la pena impuesta por la expulsión.

Por último, el legislador de 2010 permite que los jueces puedan no acordar la sustitución al apreciar "razones" que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, frente al sistema impuesto a partir del año 2003 en el que los jueces, en principio, solo podían no acordar la sustitución cuando así lo exija "la naturaleza del delito". Y decimos en principio, ya que, como veremos, a pesar de lo señalado por la ley, nuestro Tribunal Supremo consideraba imprescindible ampliar los supuestos de excepción a la expulsión, incluyendo el estudio de las circunstancias personales del penado.

[439]. Todo ello integrado en la preocupación existente hoy en día por establecer un auténtico estatuto de la víctima que reconozca los derechos básicos que las mismas deben tener en el proceso penal (Tome García, J.A., "El Estatuto de la víctima en el proceso penal según la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento español", M.T. Armenta Deu, *El derecho Procesal Penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Colex 2006, pp. 259 y ss.).

En consecuencia lo que ha venido hacer el legislador de 2010 es plasmar en la ley lo que venía interpretando nuestro Tribunal Supremo, es decir, que la decisión judicial de que el extranjero cumpla su condena en España y que la pena no sea sustituida por la expulsión se puede justificar tanto en la **"**naturaleza del delito" que mencionaba la Ley 11/2003, como en las circunstancias personales del condenado.

CAPITULO TERCERO: LA EXPULSION JUDICIAL

1. INTRODUCION

En el anterior capitulo hemos expuestos los supuestos en los que es posible la expulsión del extranjero del territorio español.

En el presente capitulo, veremos las razones que justifican el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Veamos cada una de ellas.

1.- Razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Hay que analizar cuáles pueden ser las razones que puedan justificar el cumplimiento de la condena y en su caso no acordar la sustitución por la expulsión del territorio nacional[440].

La conclusión a la que se llega es que tras la mencionada Ley Orgánica 5/2010, los jueces no podrán ya obviar la valoración de las circunstancias personales del condenado, a la hora de decidir si procede o no acordar la sustitución de la pena impuesta por la expulsión, datos como lugar de la comisión, modus operandi, frecuencia, así como todos

[440]. Balboa Davila, C., Aspectos Prácticos en la ejecución de la expulsión de extranjeros condenados por sentencia penal tras la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal, *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya,* número 211, 2012

los aspectos que rodean al fenómeno criminal que se trata de evitar con la pena, en base a los principios de prevención general y especial[441].

Examínenos algunas de esas posibles circunstancias personales a tener en cuenta, como el arraigo, que corra peligro su vida o padezca una enfermedad incurable.

1.1. - El Arraigo.

El arraigo es una de las circunstancias a tener en cuenta a la hora de acordar la sustitución expulsiva, por lo que vamos a examinarla.

Las solicitudes de arraigo familiar desde el 30 de junio de 2011 fueron aproximadamente las siguientes: 200 en agosto, 400 en septiembre, 1.300 en octubre, 1.800 en noviembre, 1.000 en diciembre, 1.400 en marzo[442].

Arraigar es “establecer de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas”.

El arraigo es un vínculo entre una persona y un territorio, o un grupo social, un vínculo familiar, laboral, social o estable temporalmente del extranjero en España.

[441]. Vid. Nota número 20.

[442]. Conclusiones del XXII Encuentro de la abogacía sobre derecho de extranjería y asilo, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 30, 2012, pp. 134.

El concepto jurisprudencial permite definirlo como vínculos del extranjero en el lugar en que reside, ya sea de tipo económico, social, familiar, laboral o de otro tipo[443].

Como decía la Circular 2/2006[444], dentro de las circunstancias personales a valorar a efectos de decidir sobre la procedencia de la expulsión sustitutiva habrá de prestarse particular atención aquellas que conforme al artículo 57.5 y 6 de la Ley de extranjería[445]restringen las posibilidades de expulsión administrativa**.**

Continúa diciendo la Circular que en esta línea habrán de tenerse en cuenta y ponderarse los casos de extranjeros que pese a no tener regularizada su situación, se encuentran en España trabajando por cuenta ajena y devengando derechos prestacionales.

El arraigo o la convivencia familiar, por existir esta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y

[443]. Sentencia del Tribunal Supremo número 468/2000, de 11 de abril, número 504/2012, de 14 de marzo y número 1330/2002, de 16 de julio.

[444]. Vid. Nota número 96.

[445]. Artículo 57.5: "La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado. c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo". 6. "La expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre".

dependencia económica del posible expulsado[446], unificación familiar que encajan en los amplios términos del artículo 30 de la Constitución Española[447], convivencia y estabilidad familiar en un enlace matrimonial acabado de celebrar con una dependencia económica con el posible expulsado, vida familiar en común que quedaría cercenada con la expulsión[448].

No se sustituye la pena por la expulsión cuando se acredite un arraigo familiar, pero es evidente que ese arraigo no se puede aceptar sin más, se debe probar[449]. No es prueba suficiente de arraigo la

[446]. Sentencia del Tribunal Supremo número 792/2008, de 4 de diciembre, Sentencia del Tribunal Supremo número 791/2010, de 28 de septiembre.

[447]. Sentencia del Tribunal Supremo número 379/2010, de 21 de abril.

[448]. Sentencia del Tribunal Supremo número 791/2010, de 28 de septiembre.

[449]. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección quinta, número 102/2012, de 21 de febrero. Se llevó a cabo la expulsión del extranjero condenado como responsable de un delito contra subtipo atenuado de escasa entidad, del artículo 368, párrafos primero, inciso primero, y párrafo segundo, del Código Penal, sin circunstancias, a las penas de un año y seis meses de prisión, a sustituir por su expulsión del territorio nacional y prohibición de regreso al mismo por tiempo de cinco años, al carecer el acusado de arraigo domiciliario, familiar y laboral en España y tener una situación de estancia ilegal, procediéndose, al encontrarse en situación de libertad provisional y carecer de arraigo domiciliario, su ingreso en un Centro de Internamiento de extranjeros para asegurar dicha expulsión, y por el plazo máximo legalmente establecido en el artículo 62.2 de la Ley 40/2000, de 11 de enero.

Otro caso similar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Veintinueveava, número 9/2013, de 10 de enero, se condenó como autor responsable de un delito contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, así como multa de 80 euros con arresto sustitutorio de 10 días en caso de impago. La parte recurrente alega arraigo del acusado "ya que tiene mujer e hija en España", pero no constan en el proceso pruebas que acrediten el mencionado arraigo y siendo en el recurso la primera mención que se hace al arraigo para justificar la no aplicación del artículo 89 del Código Penal, aportando una serie de fotocopias de documentos en acreditación del mencionado arraigo. Hay que señalar la falta de regularidad en la aportación de dichos documentos, por cuanto no concurre ninguno de los supuestos de práctica de la prueba en segunda instancia recogidos por el artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: pruebas que no pudieron ser propuestas en primera instancia, las propuestas que fueron indebidamente denegadas, y las admitidas que no fueran practicadas por causas que no sean imputables a la parte. Por todo ello, no podrían ser tomados en consideración los elementos fácticos contenidos en las mencionadas fotocopias de documentos. mayor abundamiento, e independientemente de dicha irregularidad procesal, es necesario tener presente que se trata de meras fotocopias; que los documentos de afiliación a la Seguridad Social caducaron hace años (uno en 1998 y el otro en 2001); y que el documento del Ayuntamiento de Alcalá relativo a la convivencia con su hija es de 1998. También aporta la recurrente fotocopia de dos resoluciones judiciales: el auto del Juzgado de Instrucción número 7 de Madrid de fecha 8 de mayo de 2010; y el auto del Juzgado de Instrucción número 50 de Madrid de fecha 17 de julio de 2010; ambas resoluciones hacen referencia al arraigo en España para justificar

afirmación de que se encuentra en nuestro país viviendo con su hermana y sus hijos, ayudándoles en labores domésticas como alego el recurrente en la sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Número de recurso 1582/2012[450] en el que el razonamiento expuesto por el Tribunal de instancia es correcto por cuanto no existe acreditación de que el recurrente posea este arraigo o vinculación cierta con nuestro país. El recurrente fue condenado por la comisión de un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal, a la pena de tres años de prisión y multa, sustituyéndose la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, con la prohibición de regresar durante siete años a contar desde que se haga efectiva la expulsión. El Tribunal de instancia indica que el recurrente se encuentra en situación irregular en nuestro país, carece de arraigo social, familiar o laboral. La naturaleza del hecho delictivo, justifica la adopción de la medida sustitutiva de la pena, al tratarse de un delito de tráfico de drogas de sustancias que causan grave daño a la salud, esto es, heroína. Además, el recurrente tenía en su domicilio efectos destinados a su manipulación como una báscula digital, bolsas de plástico, notas manuscritas y resguardos de envío de dinero, que demuestran su participación activa en este delito. La medida de expulsión se considera proporcional a la gravedad del delito cometido.

---

sendas denegaciones del internamiento en Centro de Internamiento de extranjeros. Como puede observarse, además de tratarse de meras fotocopias con escasos efectos acreditativos, estos documentos no se refieren en ningún caso a la situación actual de arraigo del acusado. Por todo ello, debe ser también desestimado el motivo de recurso consistente en la vulneración de precepto penal sustantivo por su indebida aplicación del artículo 89 del Código Penal relativo a la sustitución de la pena de prisión impuesta por la de expulsión del territorio nacional. Como expone la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, número 8451/1999, de 23 de octubre, el solicitante de la medida cautelar deberá proporcionar al tribunal un "principio de prueba" de los perjuicios que puedan irrogársele en el caso de que se denegare la tutela provisional para que se tenga por verosímil lo alegado por el mismo, sin que se exija a esos efectos una prueba plena de tales perjuicios, pues basta con la mera probabilidad o verosimilitud de la concurrencia del hecho para que la medida solicitada deba ser concedida, siempre que concurran las restantes circunstancias que la ley reclama.

[450]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto número 368/2013, de 21 Febrero.

Para ello, son necesarias dos notas, la existencia de la vida familiar y una intromisión ilegitima del Estado. Ya que no se debe aplicar de manera automática, debe efectuarse una doble comprobación a los efectos de comprobar si se respeta el artículo 8 de Convenio Europeo de Derechos Humanos[451].

En primer lugar, la existencia de una vida familiar del extranjero en España[452], debe ser un lazo familiar estrecho y efectivo en el país de residencia: matrimonio o unión de hecho, hijos, hermanos o padres. No basta con un vínculo formal, es necesario un contenido material de efecto o cuidado. En el caso del matrimonio es necesario que lleven viviendo juntos un tiempo relativamente amplio. Si tiene hijos debe examinarse la frecuencia y regularidad de las visitas del padre o de la madre al hijo. Debe cumplirse las exigencias de la patria potestad respecto al hijo.

Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 2006[453], expone que "por otro lado, la simple alegación no acreditada en su exacto alcance, de tener un hijo menor de edad residente en territorio español, no puede en cualquier caso estimarse suficiente para dejar sin efecto la sustitución por la expulsión del territorio español acordada, dado que no consta dedicación al cumplimiento de los deberes de la patria potestad que pueda ser calificado como arraigo en el territorio nacional, todo ello, indudablemente, como consecuencia de la ausencia de una prueba solvente al respecto".

[451] Artículo 8: "La vida privada y familiar incluye la intimidad del domicilio y la inviolabilidad de la correspondencia. Regula en qué casos puede haber una injerencia de los poderes públicos en estos derechos".

[452]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, número 200/2007, de 16 marzo. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección diez y seis, que condena al acusado como autor de unos de moneda falsa y estafa, y deja sin efecto la medida de expulsión.

[453]. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, número 101/2006, de 12 de mayo.

En efecto, el arraigo familiar tal como es definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se circunscribe a las relaciones o vínculos que nazcan de la familia fundada por el propio extranjero expulsado[454], pero solo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos (matrimoniales o no) siempre que residan en el país de acogida[455].

Las circunstancias a valorar consisten fundamentalmente en los efectos negativos que puedan producirse como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar provocada por la expulsión, tanto en relación con el extranjero extrañado como para los que de él dependan[456].

En segundo término, la expulsión del extranjero es una intromisión en la vida familiar, ya que debe valorarse si la expulsión o rechazo del extranjero condenado hace imposible que la vida familiar pueda desarrollarse en el país al que el condenado es expulsado. En general se ha estimado que no existe injerencia en el derecho a la vida familiar cuando la familia de la persona expulsada puede acompañarle al país de origen, siempre que ello no origine excesivos trastornos culturales o sociales para los hijos[457].

---

[454]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 23/9/2010 (Bousarra contra Francia).

[455]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 17/02/2009 (Onur contra el Reino Unido).

[456]. Ques Mena, L., "El arraigo social, económico y familiar en el derecho de extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial", *Diario La Ley*, número 7067, 2008, pp. 10-11.

[457]. Hay que tener el cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, número 66/2005, de 26 de enero, respecto la superposición del interés del menor frente al interés de la Administración de expulsar a su padre. Esta sentencia se basa en tres principios rectores: 1. Supremacía del interés del menor, el cual no se presume que siempre será estar con su padre; 2. Mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, que no existe pues el padre estaba en prisión al nacer; 3. Integración familiar y social, que no consta constituida una familia al menos con el padre.

Desde esta perspectiva si el niño es muy pequeño nada impide acompañarle al penado a su país. Si la familia es extranjera también le pueden seguir a su país. Para valorar los posibles trastornos que se causan a los familiares del expulsado debe tenerse en cuenta el tiempo que llevan en España, los viajes de la familia a su país de origen, el dominio del idioma, la existencia o no de otros familiares en el país extranjero, las posibilidades de inserción de los familiares en dicho país.

En definitiva es un juicio de proporcionalidad[458]. Hay que ver que como consecuencia de la expulsión del extranjero no estemos imponiendo simultáneamente una pena de expulsión a su familiar, que supongan una cara desproporcionada.

En todo caso, la práctica judicial tiende a la hora de parecía la existencia de arraigo a cierto automaticismo bastando justificar que tiene hijos o que ha convivido con una persona sin indagar si nos encontramos ante una autentica vida familiar. Así, el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 2004[459], manifiesta: "No ha lugar a sustituir la pena impuesta por la expulsión ya que ha quedado acreditado que el penado tiene una hija española que es menor de edad". Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 2006[460] expone que "no se accede a la solicitud del Ministerio Fiscal en orden a la aplicación del artículo 89 del Código Penal pues si bien el acusado reside ilegalmente en este país resulta tener arraigo familiar al habérsele sido reconocida judicialmente, a su instancia, por sentencia de 2 diciembre de 2005 la paternidad de una menor de dos años, habida en una relación sentimental mantenida con una nacional de este país con la cual convivio, estando registrada la pareja en el Ayuntamiento de Bilbao

[458]. Pérez del Valle, C., "Derecho penal europeo, principio de legalidad y el principio de proporcionalidad", *Revista para el análisis del Derecho*, número 4, 2008.

[459]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, número 67/2004, de 20 de septiembre.

[460]. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, número 39/2006, de 29 de marzo.

según se deduce de los fundamentos de la misma sentencia como "pareja de hecho".

La Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección veinteava, número 57/201, de 24 de abril[461], en la que se condena por delito de malos tratos en el ámbito familiar y es revocada por la Audiencia Provincial la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio por arraigo, por la lectura de la sentencia se constata que no se motiva suficientemente la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del acusado del territorio nacional pues no es suficiente con expresar que el condenado estaba en situación irregular en España y que no existen circunstancias que justifiquen la permanencia del acusado en territorio español, cuando además consta el arraigo familiar y social del acusado máxime cuando consta que el mismo tiene un hijo de corta edad y teniendo en cuenta que la expulsión del condenado debe estimarse desproporcionada porque de llevarse a cabo se truncarían las relaciones paterno filiares del condenado con su hijo, por lo que el interés superior del menor debe prevalecer sobre los términos literales del artículo 89 del Código Penal que no debe aplicarse automáticamente sino ponderando las circunstancias del caso concreto, las relaciones familiares y paterno filiares del condenado, por todo lo cual procede estimar el motivo alegado y dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del condenado del territorio nacional.

La doctrina judicial mayoritariamente no le da relevancia al estar empadronado, sin perjuicio de que alguna sentencia si lo valora entre otros aspectos[462].

[461]. Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección Vigésima, número 399/2011, de 24 de abril.

[462]. La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, número 69/2006, de 3 de julio.

Es admisible el recurso de amparo en el caso de expulsión de un extranjero con arraigo familiar, ya que se considera que es una violación del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución Española[463].

Como señala Pomed Sánchez[464], no obstante pueden existir dudas acerca de su protección por vía de amparo; dudas que acaso quepa disipar considerando la posibilidad de desarrollar vida privada y familiar (con la amplitud reconocida en el Tribunal de Estrasburgo) como presupuesto del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 de la Constitución Española.

Hay que tener en cuenta también, el arraigo social, es decir, la estancia de 3 años, vínculos familiares o informe de inserción social, acreditar medios económicos presentes, futuros, carecer de antecedentes penales y el arraigo laboral, que se puede acreditar mediante un contrato de trabajo[465]. El arraigo labora exige que el extranjero tenga un trabajo estable y perspectivas de continuidad en el mismo, exigiéndose que se trate de un trabajo en el que el extranjero lleve, al menos, un año[466].

[463]. Artículo 18.1: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"".

[464]. Pomed Sánchez, L., "Ciudadana e inmigración en las sociedades multiculturales", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 6, 2003.

[465]. El arraigo social es previsto en el Reglamento de extranjería en su artículo 124.3 en los siguientes términos: "podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años. Además deberá cumplir, de forma acumulativa los siguientes requisitos: a) carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años. b) contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año.

[466]. Previsto en el artículo 124.1 del Reglamento.

Entre otras sentencias, tenemos en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección tercera, Recurso 17/2011[467]en la cual se dicta sentencia de condena por tráfico de drogas se sustituye la pena de privación de libertad la expulsión del territorio nacional. Se hace una aplicación circunstancial en el que debe valorarse el arraigo. La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2010[468], en cuanto a sus principios inspiradores, que señala, en recientes sentencias de esta Sala, número 791/2010, de 28 de septiembre, número 853/2010, de 15 de octubre, el primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión, por la expulsión del territorio nacional cuando sean impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España, salvo que, excepcionalmente y de norma motivada, el Juez o Tribunal aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en España ha sido (como decíamos en Sentencia del Tribunal Supremo número 949/2009, de 28 de septiembre) objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Así, en las Sentencias del Tribunal Supremo número 901/2004 de 8 de julio y la Sentencia número 906/2005, de 17 de mayo, se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del artículo 89 del Código Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen.

[467]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Tercera, número 16/2012, de 8 de febrero.

[468]. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 1016/2010, de 24 de noviembre.

De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto[469].

Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos

[469]. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Castilla-La Mancha, número 16/2012, de 10 de enero. En la cual la se recurre el auto de fecha 14 de julio de 2011 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Toledo por el que se denegó la solicitud de medida cautelar de suspensión de la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 21 de enero de 2011 en el que se acordaba la expulsión de D. Ángel del territorio español por concurrir la causa prevista en el artículo 57.2 Ley Orgánica 4/2000. Al respecto debe indicarse que la doctrina jurisprudencial es favorable a la suspensión de la ejecución de resoluciones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional en el supuesto de que tal medida le cause un perjuicio irreparable, especialmente cuando provoque una situación de desarraigo familiar o "cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos" (Sentencia del Tribunal Supremo, número 765/1996, de 15 de enero), no lo es menos que también tiene declarado, por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo, número 24/2001, de 16 de enero, que no concurre ese arraigo "*cuando no existen auténticas circunstancias subjetivas y personales o elementos objetivos demostrativos de la vinculación del extranjero en nuestro país".* De acuerdo con el criterio recogido en la doctrina del Tribunal Supremo (Autos de 6 de febrero 1988, 6 mayo y 6 junio 1991, 17 septiembre 1992, 28 septiembre 1993, 11 julio 1995 y Sentencias de 15 enero y 14 mayo 1997, 13 febrero 1998, 20 marzo 2000 y 17 noviembre 2004, entre otros) se ha declarado que dicha suspensión no resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión —directamente adoptada o que puede adoptarse como consecuencia del deber de abandonar el territorio nacional que en la resolución administrativa se impone— habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal.
Lo que se dice es que la madre es predicable del padre no privado de la patria potestad. Si se expulsa al padre del español menor de edad que no esté privado de la patria potestad, se coloca al hijo español en la posición de o bien tener que salir de España si ha de mantener la relación paterno filial, o bien en la de criarse en España, pero en ausencia del padre, lo cual atenta, como señala la sentencia del Tribunal Supremo citada, contra elementales principios de protección de la familia. Seguimos en esto, además de la sentencia del Tribunal Supremo mencionada, numerosas sentencias anteriores que ya hemos dictado en el mismo sentido, como son, entre otras, las dictadas en los recursos de apelación 86/2007, 98/2007, 187/2006, 45/2005, 233/2005, 180/2005, 156/2005, 155/2005, 101/2005 o 234/2004.

fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión[470].

A los criterios apuntados con anterioridad para ponderar si procede o no la expulsión, adecuando la decisión al difícil equilibrio entre los distintos intereses en presencia, hay que añadir aquellos otros relacionados con la finalidad de la política de extranjería, que inspira la sanción de expulsión de extranjeros irregulares. En ese sentido se ha aludido expresamente a si la comisión del delito fue instrumental para dilatar la expulsión administrativa[471]o si el arraigo alegado no es real y solo tiene la finalidad de impedir la expulsión[472].

1. 2.- Por enfermedad o corra peligro su vida

El arraigo es una de las razones que justifica el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario, pero hay que tener en cuenta otras posibles causas, como el caso de que el extranjero corra peligro su vida o padezca una enfermedad incurable.

No es posible expulsar al extranjero en caso de que corra peligro su vida o padezca una enfermedad incurable sino puede ser atendido en

[470]. Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (Sentencia del Tribunal Supremo número 35/2007, de 25 de enero; número 108/2007, de 13 de febrero; número 140/2007, de 26 de febrero; número 166/2007, de 14 de febrero; número 682/2007, de 18 de mayo; número 125/2008 , de 20 de febrero; número 165/2009, de 19 de febrero; y número 498/2009, de 30 de abril, número 439/2010 de 12 de mayo entre otras*)*

[471]. Ques Mena, L., "El arraigo social, económico y familiar en el Derecho de extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial", *Diario La Ley*, número 7067, 2008, pp. 4.

[472]. Sobre la concreción del arraigo en sede penal Vid Lafont Nicuesa, L., "Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal", R*evista de Derecho migratorio y extranjería*, número 10, 2005, pp. 39-66.

su país de origen[473]. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1997[474], sobre expulsión de una enfermo de sida a su país de origen, donde no podría recibir un tratamiento adecuado para su enfermedad considera que la expulsión de un extranjero víctima de una grave enfermedad, puede constituir un acto contrario a los artículos 2 y 3 del Convenio[475]cuando la misma tenga una incidencia directa en su estado de salud y pueda peligrar su vida. El Tribunal partiendo de consideraciones humanitarias valora la inexistencia en el país de destino de una infraestructura sanitaria adecuada para atender a la persona gravemente enferma no pudiendo beneficiarse de la asistencia médica y moral que podría recibir en el Reino Unido. La expulsión, considera el Tribunal "le expondría a un riesgo real al morir en circunstancias particularmente dolorosas". Para ello se tiene en cuenta la inexistencia de familiares, los informes médicos y los de la Cruz Roja poniendo de

[473]. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, número 3444/2005, de 3 de noviembre, en virtud de la cual el penado, a pesar de que ha cumplido algo más de un tercio de la condena, puede alcanzar la libertad condicional en cualquier momento en razón de su edad (70 años) y de la enfermedad-diabetes- que padece, que puede considerarse grave e incurable (aunque no sea mortal en cuanto que tiene tratamiento). La valoración de su conducta en prisión es positiva y se trata de un delincuente primario, respetuoso con las normas y sin problemas de adicción a las drogas. Los factores de inadaptación, como la ausencia de permisos o la ausencia de arraigo socio laboral, no son decisivos tratándose de un extranjero. La tipología delictiva tampoco, pues, aunque demonizada, el delito contra la salud pública no deja de ser una infracción de peligro abstracto, y el no reconocimiento del delito no es significativo dentro de la población penal, y es dato que no consta en los escritos del preso que se refiere al delito cometido y que, aunque si en el informe de la Junta de Tratamiento, no consta en la resolución de la D.G.I.P. En consecuencia, si la evolución es positiva, como se informa, y se acredita con las recompensas obtenidas en razón de una buena conducta global, se cumplen los requisitos para la progresión (Articulo 65 del Código Penal). Sin perjuicio de que, conforme al artículo 84 del Código Penal, el clasificado en tercer grado puede ser expulsado de España -lo que no es nada improbable tratándose de un septuagenario, enfermo- es lo cierto que el interno carece de recursos conocidos fuera de prisión. En consecuencia, se concederá el tercer grado en régimen abierto restringido (Artículo 82 del Reglamento) sin perjuicio de que pueda disfrutar de salidas de fin de semana (Articulo 87) si alguna institución lo acoge a esos efectos.

[474]. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de mayo de 1997.

[475]. Artículo 2: "Tras afirmar que el derecho a la vida está protegido por la ley, admite la excepción de la pena de muerte dictada por un tribunal por un delito para el que dicha pena haya sido establecida por ley. El apartado dos establece otras excepciones al derecho cuando la privación de la vida se produzca por un recurso a la fuerza necesario para: defender a una persona de una agresión ilegítima; detener conforme a derecho a una persona o impedir la evasión de un preso o un detenido; o reprimir una revuelta o insurrección conforme a la ley". Artículo 3: "Prohíbe en términos absolutos tanto la tortura como las penas o tratos inhumanos o degradantes".

manifiesto la inexistencia en su país de origen de centros médicos que pudieran tratar de forma adecuada la enfermedad.

Por el contrario, la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2004[476]inadmite el caso de un enfermo de sida teniendo en cuenta que la enfermedad del demandante, condenado entre otros delitos por mantener relaciones sexuales con tres mujeres sin advertirles de su enfermedad, no estaba en estado terminal, ni tan siquiera avanzado y que el hecho de que su situación en Tanzania fuera de menos favorable que la de Suecia, esto no podría considerarse decisivo desde la respectiva de los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque nada indicaba que el extranjero no pudiera procurarse cuidados médicos y ayuda familiar en su país de origen. Asimismo, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2004[477]considero que ni se trataba de un caso tan excepcional prohibido por el Convenio de expulsión el enfermo de sida.

Respecto a los drogodependientes, hay que decir que si son expulsables. Como indica el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Vizcaya de de 2004[478] "refiere asimismo ser drogodependiente, por lo que entiende que existen igualmente valores constitucionales como son el derecho a la salud y a la reinserción social que tampoco justificaría la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la de expulsión, sin embargo estos últimos argumentos expuestos por el penado, se han de descartar por cuanto que la expulsión no implica un quebranto concreto en su salud sin que la misma incida de manera significativa ni el agravamiento o en la atenuación de su toxicomanía, siendo así que tampoco la permanencia del penado en este país signifique que necesariamente vaya a deshabituarse".

[476]. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 2004 (Caso Ndangoya contra Suecia).

[477]. La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2004 (Caso Amegnigan contra Holanda).

[478]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de julio de 2004.

1. 3.- Antecedentes Penales

Otra de las causas que hay que valorar son los antecedentes penales y el riesgo de reiteración delictiva del afectado. Es decir, que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta la expulsión[479], el tiempo trascurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión, o desde su excarcelación su cumplió pena privativa de libertad, pues tras un significativo periodo de buena conducta con posterioridad a la comisión del delito necesariamente tiene un impacto en el riesgo que el recurrente supone para la sociedad[480], la naturaleza violenta del expulsado[481], la habitualidad criminal[482] y la reiteración de acciones delictivas[483].

Por ello, la existencia de un antecedente por delito de la misma naturaleza es una de las circunstancias a valorar.

1.3. 1.- La audiencia del penado.

El artículo 89.2 del Código Penal nos habla de la previa audiencia del penado pero no siempre se ha exigido la audiencia del penado. Antes de examinar la audiencia del penado, haremos una referencia a la exigencia de la misma por las anteriores regulaciones.

[479]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica).

[480]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido).

[481]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 25/3/2010 (Mutlag contra Alemania).

[482]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 8/1/2009 (Joseph Grant contra el Reino Unido).

[483]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 10/7/2003 (Benhebba contra Francia).

En este sentido, antes de la de la Ley Orgánica 5/2010, una vez solicitada la expulsión sustitutiva, el articulo 89.1º I Código Penal, permitía que el Juez la acordara sin que, previamente, hubiera dado audiencia del extranjero, a diferencia de lo previsto en la Ley Orgánica 7/1985[484], así como en el articulo 89.1º Código Penal en su redacción inicial, que si exigían esa audiencia.

Posiblemente, como apuntaba la Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, ello fuera "consecuencia de la inoperatividad de la expulsión" impuesta por la Ley Orgánica 11/2003. No obstante, la misma sentencia afirmaba, como ya hemos tenido ocasión de comentar, que para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, "para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia del penado y la motivación de la decisión"[485].

Pronto se puso de manifiesto que la suspensión de esta audiencia al penado extranjero no podía llevar a consecuencias poco acordes con el necesario respecto a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Desde el prisma del derecho del extranjero a la tutela judicial efectiva, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional número 99/1985[486], les reconoció este derecho garantizado en el artículo 24 de la Constitución Española, por ser un derecho imprescindible para la dignidad humana[487].

[484]. Vid. Nota número 15

[485]. Sentencia del Tribunal Supremo número 901/2004, de 8 de julio.

[486]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 99/1985, de 30 septiembre.

[487]. Artículo 24:"1.Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 242/1994[488], señalaba que para lograr esta adecuada ponderación y la salvaguardia de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia al extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental y en estos términos ha de entenderse recogida en el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 7/1985[489], pues solo con ella es posible exponer sus razones a favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del artículo 24 Constitución Española para la introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectividad de otro derecho, constitucionalmente relevante del ciudadano extranjero. Tanto en la instancia como en apelación el órgano judicial considero que la exigencia de la audiencia se habría cumplido porque finalizado el trámite de conclusiones definitivas, el actor fue preguntado acerca de si tenía algo que añadir.

Sin embargo, esta postura supone desconocer la función que cumple esta pregunta, como derecho a la última palabra, y la audiencia especifica que prevé el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985[490]. La

---

letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

[488]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 242/1994, de 20 julio.

[489]. Artículo 21.1: "Las salidas deberán Realizarse por cualquiera de los puestos que hubieran sido habilitados para la entrada, y previa exhibición de uno de los documentos a que se refiere el artículo 12, párrafo 1, de esta Ley".

[490]. Artículo 21.2: "Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro Ordenamiento Jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1. Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquel, su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta".

audiencia prevista en el artículo 739 Ley de Enjuiciamiento Criminal[491]se circunscribe a posibilitar el ejercicio de la autodefensa frente al hecho punible imputado, mientras que la audiencia a la que se refiere el artículo 21.2 Ley Orgánica 77/1985, claramente en un momento posterior, pretende formular alegaciones sobre la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad prevista por la expulsión del territorio nacional, a efectos de que el órgano judicial pueda efectuar la ponderación de valores en juego que es también presupuesto mismo de la legitimidad de la expulsión desde la perspectiva de los preceptos constitucionales, internacionales y de mera legalidad antes citados. Unas garantías que, como puede deducirse de todo lo dicho hasta ahora se entenderían cubiertas en el marco de una consulta específica sobre las medidas de expulsión, y de las razones que el afectado pueda oponer a su puesta en práctica. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto en su artículo 13, expresamente establecía de preservar esta garantía[492].

Por tanto, incluso antes de que la Ley Orgánica 5/2010 entrara en vigor, con carácter previo a la resolución judicial sobre la sustitución o no de la pena impuesta por la expulsión, se venía concediendo al acusado la posibilidad de alegar lo que considerare oportuno al respecto.

Finalmente, la Ley Orgánica 5/2010 ha dado una nueva redacción al artículo 89 del Código Penal, introduciéndose la necesidad de la "previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas" sobre el pronunciamiento relativo a la expulsión del

[491]. Artículo 739: "Terminadas la acusación y la defensa, el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal. Al que contestare afirmativamente, le será concedida la palabra. El Presidente cuidará de que los procesados al usarla no ofendan la moral ni falten al respeto debido al Tribunal ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas, y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso necesario".

[492]. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, número 514/2005, de 22 de abril. Trafico de drogas. La aplicación automática de la medida de expulsión, modalizada en la jurisprudencia por una lectura constitucional que garantiza la audiencia del condenado.

condenado extranjero, corrigiendo así el olvido en que incurrió el texto penal posterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, manifiestamente contrario a la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.

Hay que reconocer, que del tenor literal del precepto parece desprenderse que dicha audiencia previa solo sería preceptiva si el Juez o Tribunal tuviera la intención de no acordar la sustitución por apreciar razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Sin embargo, a pesar de que la redacción del precepto a estos efectos es francamente mejorable, puedo afirmar que los jueces solo pueden acordar la expulsión sustitutiva cuando no concurran las mencionadas razones y a esta conclusión solo pueden llegar tras oír al acusado. Además tampoco creo que el legislador pretendiera que la expulsión sustitutiva se pudiera acordar sin la previa audiencia del penado (del Ministerio fiscal y demás partes personadas), cuando el mismo legislador exige la citada audiencia cuando se refiere a la posibilidad de que la expulsión se acuerde en auto motivado posterior a la sentencia[493].

Cuestión distinta es que la audiencia al penado extranjero no pueda llevarse a cabo, pese a ser acordada por el Juez o Tribunal, por impedirlo el ignorado paradero del penado, en cuyo caso este trámite deviene imposible.

[493]. Articulo 89.1º.II: "también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas".

Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 796/2009[494], "si bien es cierto que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene señalando que resulta imprescindible el trámite de audiencia, no lo es menos que ello debe interpretarse en el sentido de dar al acusado la posibilidad de ser oído, lo que ha ocurrido en el presente caso en que el acusado consta citado al acto del juicio Oral y conocía que el Ministerio Fiscal solicitaba la expulsión del territorio nacional. Aceptar que la celebración del juicio en ausencia impide acordar la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional en supuestos como el enjuiciado, llevaría hacer peor condición a los imputados que respondiendo a la citación acuden a los señalamientos frente a los deciden no hacerlo, es más, podría favoreces que aquellos acusados que temen de ser condenados decidieran no comparecer para así evitar la expulsión, pudiendo llegarse al extremo de tener que decretar el ingreso en prisión hasta la celebración del juicio en supuestos de penas inferiores a dos años que permiten celebrar en juicio en ausencia, para así asegurar que pueda celebrar el trámite de la audiencia". En el mismo sentido, el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid 165/2009[495].

Hay que advertir, no obstante, que en ocasiones nuestros Tribunales también se han manifestado en contra de la posibilidad de acordar la expulsión en ausencia del acusado. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 66/2006[496] se afirma que "si, como creemos, la expulsión sustitutiva y la prohibición de residencia en España comparten ontológicamente la naturaleza de las penas, es obvia la consecuencia: la imposibilidad de enjuiciamiento en ausencia atendido el plazo de diez años que se prevé en el artículo 89 Código Penal (según la Ley Orgánica 11/2003) como límite mínimo temporal de la prohibición de

[494]. Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 796/2009, de 18 de septiembre.

[495]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid, número 165/2009, de 17 de abril.

[496]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona número 66/2006, de 13 de marzo.

regreso y, por tanto, de residencia en España, que supera el plazo máximo de seis contemplado en el artículo 786.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, que abre tal posibilidad para dicho tipo de penas".

En ocasiones suele suceder que el acusado que este conforme con la calificación efectuada por el Ministerio Fiscal, incluida la petición de expulsión sustitutiva, la cuestión que surge es si resulta vinculado el Juez o Tribunal sobre lo acordado sobre la sustitución por las acusaciones y defensa en estos casos de conformidad.

Una reiterada doctrina Jurisprudencial, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala segunda, número 1546/2004, Sentencia del Tribunal Supremo 366/2006[497] y Sentencia del Tribunal Supremo 166/2007[498], entre otras, ha venido señalando que el acuerdo del Juez o Tribunal sentenciador sobre la sustitución de la pena no puede venir justificado por la conformidad con los hechos y las penas que comprenda la acusación, de suerte que tal conformidad no obliga al Juez o Tribunal a acordarla, por cuanto tiene que sujetarse exclusivamente a otro parámetros legales, en particular la audiencia del Fiscal y el acusado, y la realización de un juicio de valor, referido al caso concreto, sobre la conveniencia del cumplimiento de la pena en el país de origen, y en tal

[497]. Sentencia del Tribunal Supremo número 366/2006, de 30 de marzo , Sentencia del Tribunal Supremo número 166/2007, de 14 de febrero.

[498]. La Audiencia condeno al acusado por un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la pena de cinco años de prisión, 70.000 euros de multa, etc. Dicha condena fue consecuencia de la conformidad del acusado con los hechos y la pena pedida por el Fiscal. El Fiscal, sin embargo, no pido la sustitución de la pena por la expulsión y la Audiencia tampoco la acordó. En estas circunstancias el acusado recurrió en casación por infracción del artículo 89.1º Código Penal y el Tribunal Supremo declaro lo siguiente: "Desde luego, la decisión de acordar la medida no puede tener su justificación en el hecho de haber mostrado conformidad a los hechos y a la pena solicitada por la acusación pública. El Ministerio Fiscal no interesaba la expulsión, pero aunque la hubiera pedido, tal conformidad no obliga al Tribunal a acordarla, por cuanto tiene que sujetarse exclusivamente a otros parámetro legales, en particular, la audiencia del Fiscal y la realización de un juicio de valor, referido al caso concreto, sobre la conveniencia del cumplimiento de la pena en España (realmente la disyuntiva es el cumplimiento o el incumplimiento), salvo que existan convenios internacionales que permitan el cumplimiento de la pena en el país de origen, y en tal ponderación valorativa el Tribunal debe tener en consideración la "naturaleza del delito"…." (Sentencia del Tribunal Supremo número 1546/2004 de 21 de diciembre).

ponderación valorativa el Tribunal debe tener en consideración la naturaleza del delito.

La previa audiencia al Ministerio fiscal es imprescindible, como señala González Campo[499], se debe recabar en todo caso dictamen del Fiscal antes de resolver el asunto, "pues de conformidad con la Ley 50/1981[500], corresponde siempre al Fiscal "velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social" (artículo 3.9). La sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión supone materialmente una renuncia a la ejecución de la sentencia en sus propios términos en un asunto de naturaleza penal que afecta de modo indudable a interés público y social", puesto que no hay que olvidar que la sustitución de la pena impuesta por la expulsión constituye una renuncia del Estado a actuar el ius puniendi en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado.

En cuanto a la necesidad de dar audiencia a las demás partes personadas constituye una novedad que introduce la Ley Orgánica 5/2010 a través de la cual se hace eco de la propuesta doctrinal, González Campo, Tomé García[501]reclama la conveniencia de que, con carácter previo, también se escuchara a la víctima del delito dado el evidente interés que puede tener en la decisión del Juez sobre la sustitución o no de la pena por la expulsión.

---

499. González Campo, E.; "La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal en la reforma del Código Penal y de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, introducida por la LO 11/2003 de 29 de septiembre", *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, número 4, 2003, pp. 506-507.

500. La Ley 50/1981, de 30 de diciembre que aprobó el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Boletín Oficial del Estado, número 11 de 13 de enero de 1982, pp. 708-714.

501. González Campo, E.; "La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal en la reforma del Código Penal y de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, introducida por la LO 11/2003 de 29 de septiembre". *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, número 4, 2003, pp. 507; Tomé García, J.A., *Intervención del Juez Penal en la Expulsión de extranjeros*, Colex, Madrid, 2006, pp. 193.

No obstante, Colmenero Menéndez de Luarca[502]indica que era necesario una solicitud presentada por escrito por el propio penado y que el derecho de defensa presente en esta materia aconseja que el penado este debidamente asesorado para evitar cualquier posibilidad de indefensión, de modo que es aconsejable proporcionarle la correspondiente asistencia letrada para que un correcto planteamiento de la solicitud, contestación y de los recursos contra la resolución judicial.

Personalmente considero que es necesaria la audiencia de las partes, y la asistencia de un letrado que permita asesorar al penado y así evitamos situaciones de indefensión.

Además, no olvidemos que, a diferencia de lo previsto en la Ley Orgánica 7/1985, la expulsión del extranjero como sustitutiva de la pena impuesta se puede acordar aunque no se haya asegurado la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiera lugar, tema que lógicamente puede introducir la acusación particular si se le da audiencia al respecto.

En consecuencia, por tanto, se trata de una novedad que debemos valorar muy positivamente.

La audiencia puede producirse en cualquier momento del juicio. Por el contrario, no es de estimar la lesión del derecho al debido proceso. En efecto, el Tribunal a quo oyó al recurrente sobre la cuestión de la expulsión solicitada por el Fiscal y la Defensa conoció la pretensión del mismo. Al respecto, en tanto la ley no exige ninguna formalidad, es irrelevante si lo oyó en el momento final cuando al acusado le correspondía hacer uso de la última palabra y la Defensa ya había

[502]. Colmenero Menéndez de Luarca, M., “El extranjero como autor de delitos”, Jornadas sobre problemática de la inmigración ilegal. *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, número 1*, 2003, pp. 807-868.

solicitado la absolución. En efecto, el derecho a ser oído en relación a la expulsión del extranjero consiste en que esta haya podido expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones definitivas y que su Defensa haya tenido la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba. Es de señalar que en cierto sentido esa prueba ya había sido practicada durante la instrucción, en la que una testigo, que manifestó mantener una relación con el acusado, aporto una serie de fotografías que a su juicio acreditarían la relación[503].

2. EXPULSION PARCIAL

Examinada la expulsión judicial como medida sustitutiva total de las penas privativas de libertad que no excedan de seis años, procedemos a analizar la segunda clase de sustitución de las penas previstas en el artículo 89 del Código Penal, es decir la sustitución parcial.

2.1. Introducción

Se regula en el artículo 89.5º Código Penal en su vigente redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio[504].

Como ya hemos señalado, tradicionalmente, la expulsión como medida sustitutiva parcial de la pena se acordaba cuando la pena

[503]. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo número 1177/2006, de 1 de diciembre de 2006.

[504]. El artículo 89.5º Código Penal dispone que "los jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordaran en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en España".

impuesta al extranjero era igual o superior a seis años de privación de libertad. En estos casos, en los que no procedía acordar la expulsión como medida sustitutiva total de la pena impuesta, la regla general era que los jueces y tribunales acordaban que el extranjero ilegal cumpliera la pena parcialmente en España y que, una vez que accediera al tercer grado penitenciario o una vez que cumpliera las tres cuartes partes de la condena, se procediera a su expulsión.

Pues bien, dicha regla general, tratándose de pena igual o superior a seis años, entendemos que subsiste con la Ley Orgánica 5/2010, según el nuevo artículo 89.5º, pero introduce, sin embargo, una relevante novedad respecto de lo previsto por el articulo 89 antes de esta última reforma, expresamente se refiere a que "*los jueces y tribunales acordaran la expulsión del extranjero ilegal cuando este acceda al tercer grado penitenciario o haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, cualquiera que sea la pena privativa de libertad que tuviere que cumplir o que estuviera cumpliendo*". Es decir, incluso cuando la pena impuesta fuera inferior a los seis años de privación de libertad.

En realidad, ya habíamos defendido, al amparo de la regulación anterior de la Ley Orgánica 5/2010, era posible dicha expulsión cuando el extranjero hubiera sido condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años, en aquellos casos en los que el Juez Sentenciador no hubiera acordado la sustitución total de la pena por expulsión. Es decir, era perfectamente posible que el Juez o Tribunal, en la sentencia considerara que la naturaleza del delito impedía la sustitución total de la pena por la expulsión y, sin embargo, considerara oportuno acordar la expulsión del condenado cuando alcanzara el tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena.

El fundamento de esta expulsión era el mismo que en el caso de que la condena hubiera sido a penas de prisión igual o superior a seis

años[505], es decir, se trataría de evitar que la expulsión sustitutiva total de la pena, cuando se trate de delitos de cierta entidad, anime a los extranjeros a delinquir en España; por ello, se acuerda la expulsión parcial una vez cumplida las tres cuartas partes de la condena o cuando se alcanza el tercer grado penitenciario.

En este sentido, cabe mencionar el Acuerdo de los Magistrados de la Audiencia Provincial de 2004[506], según el cual "cuando las penas sean superiores a los tres años, más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estime razonable la concesión de expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena impuesta. Sin embargo, cada caso tiene sus connotaciones, 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 con el caso concreto".

Sin embargo, fuera del supuesto anterior, no parece acertado que, tratándose de penas privativas de libertad inferiores a seis años, el articulo 89.5ºestablezca también como regla general ("*acordaran")* la expulsión, aunque, al igual que en el supuesto previsto en el apartado primero, se exceptúe el caso de que se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento integro de la pena en España. En este tema no podemos olvidar que dicha expulsión frecuentemente va a resultar perjudicial para el condenado, puesto que, en lugar de que se le conceda la libertad condicional, se le expulsa. Además, en estos casos, la realidad es que al condenado se le imponen dos penas: cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad y expulsión posterior, lo cual puede ser desproporcionado e injusto si tenemos en cuenta que la regla general

[505].- Tomé García, J.A.; "Intervención del Juez Penal en la Expulsión de Extranjeros", Colex, 2006, pp. 210-211.

[506]. Acuerdo de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de mayo de 2004.

cuando la pena impuesta no supera los seis años de privación de libertad es la expulsión sin cumplimiento parcial de la pena.

Por último, también conviene resaltar, como ha declarado nuestro Tribunal Supremo, que "se considera en cierto modo contradictorio y distorsionador que a un penado se le este aplicando un tratamiento penitenciario que tiene como fin primordial su reinserción o rehabilitación social, para, a continuación y sin periodo intermedio alguno, pasar a adoptar una medida de expulsión que no tiene nada que ver con los fines de integración en el ámbito social, pues lo drástico y expeditivo de su contenido revela unas miras muy distintas a los fines propios de la pena". "No parece tampoco muy compatible con las razones y los fines del Derecho Penal que, tras haber cumplido el periodo más importante de la pena privativa de libertad, esto es, de haber saldado en gran medida las deudas de la sociedad y haber seguido un tratamiento rehabilitador, se acuerde de forma automática la expulsión del territorio nacional del penado sin atender a las consecuencias que de ello se derivan para su situación personal y social y su influencia en el objetivo de una posible reinserción (situación existente antes de la Ley Orgánica 5/2010). Con lo cual, al cumplimiento real de la pena privativa de libertad se le suma al final una medida aflictiva que poco tiene que ver con el tratamiento de reinserción precedente y que, como norma general, viene mas bien a añadir una nueva pena a la que ya tiene cumplida"[507].

De acuerdo con el momento de la ejecución en que entra en juego la expulsión del artículo 89.5 ha sido definida por Peris Riera y Madrid Conesa[508], como una "particular forma de libertad condicional

[507]. Sentencia del Tribunal Supremo número 949/2009, de 28 de septiembre.

[508]. Peris Riera, J.; Madrid Conesa, F., "Comentario al artículo 89", en M. Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2000.

para extranjeros", por lo que se ha considerado que hubiera sido mejor su inclusión como una modalidad especifica de ella[509].

No obstante, dado que el reglamento penitenciario regula expresamente la posibilidad de cumplir el periodo de libertad condicional en el país de origen en su artículo 197 no cabe entender la expulsión del artículo 89.5 del Código Penal como una modalidad de libertad condicional para extranjeros, sino más bien como un sustitutivo de la misma. En esta dirección apuntan, Díaz y García Conlledo; Olaizola Nogales; Trapero Barreales; Duran Seco; Jericó Ojer[510].

Extinguidas las tres cuartas partes de la pena, momento temporal en el que procedería la libertad condicional, si se cumple el resto de los requisitos exigidos en el artículo 90 del Código Penal, la expulsión la desplaza como sustitutivo parcial reservado a los extranjeros en situación irregular y queda de manifiesto la voluntad legal de que la expulsión sea la respuesta uniforme del sistema penal frente al delincuente extranjero, que además está en situación de irregularidad administrativa. De igual modo sucede con la expulsión en el momento en que el extranjero accede a la clasificación en tercer grado, en un adelantamiento del momento en que puede entrar en juego la expulsión.

Por operar en momentos bastantes avanzados de la ejecución penitenciaria en los que, de concurrir requisitos necesarios para cada uno de ellos, suponen el acceso a formas de ejecución en las que se introduce progresivamente un mayor margen para el uso de la libertad del penado, que puede así acceder al régimen abierto o a la liberación

---

[509]. Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Aranzadi, Madrid. 2005; Batuecas Florindo, J.M., *La expulsión del extranjero en la legislación penal española*, Club Universitario, Alicante, 2009.

[510]. En esta dirección apuntan, Díaz y García Conlledo, M.; Olaizola Nogales, I.; Trapero Barreales, M.A.; Duran Seco, I.; Jericó Ojer, L.," La expulsión como sustitutivo de la pena y de la medida de seguridad en el Código Penal de 1995". *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*. Madrid.2007.

condicionada a que no delinca durante el periodo de pena restante, parece que la expulsión con una duración mínima de cinco años en todo caso, y que puede superar ampliamente el periodo de la pena que le resta por cumplir al extranjero, difícilmente puede caracterizarse como un sustitutivo penal, en el sentido propio de esa institución, pues por su contenido no es más ventajosa que el cumplimiento del periodo de la pena que le resta por cumplir al extranjero, difícilmente puede caracterizarse como un sustitutivo penal en el sentido propio de esa institución, pues por su contenido no es más ventajosa que el cumplimiento del periodo de pena restante en los grados de la clasificación penitenciaria caracterizados por la menor intensidad en el control personal[511].

Por la forma en la que se define el contenido propio del régimen abierto a que conduce la clasificación en tercer grado y la libertad condicional, la expulsión no supone un beneficio para el extranjero, que mejore significativamente las condiciones de cumplimiento efectivo de la pena frente a las que le correspondería de continuar la ejecución penitenciaria en el grado correspondiente[512].

Por ello parece más convincente la caracterización de la previsión del artículo 89.5 del Código Penal, como una instrumentalización legal de las fases más avanzadas del régimen penitenciario para facilitar la expulsión[513]. Así se reitera entre los autores la referencia a la utilización de la concesión del tercer grado para permitir la adopción de la decisión de expulsar de manera que, en cierta medida, se desnaturaliza el carácter progresivo inherente al sistema de

[511]. Considerando que su adopción va a resultar perjudicial para el condenado vid. Magro Servet, V.; Solaz Solaz, E., "la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional", Thomson Civitas, Madrid, 2011, pp. 217.

[512]. Ha sido calificado como un caso de discriminación institucional directa vid. Monclus Maso, M., *la gestión penal de la inmigración: el recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Del puerto, Buenos Aires, 2008,pp. 330.

[513]. Vázquez Iruzubieta, C., "Comentario al artículo 89", en *Comentario al Código Penal,* Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pp. 271.

individualización científica, al quedar en manos de Instituciones Penitenciarias la decisión de en qué momento expulsar, sin más criterios que la oportunidad o la conveniencia, según García Castaño; Aguilera Reija[514].

En ese sentido, afirma Fernández Arévalo[515] que: *"*la mención del tercer grado merece especiales reflexiones, ya que no constituye una alternativa lógica en un sistema puro de individualización científica, que así se desnaturaliza. En las actuales circunstancias, y tal y como aquí se concibe, la concesión del tercer grado no lleva aparejada su consecuencia natural de aplicación del régimen abierto, como modelo regimental que posibilita el acceso a un sistema de semilibertad, sino que conlleva lisa y llanamente la expulsión*"*.

Es más, en estas condiciones las variables de clasificación dejan de tener así en absoluto sentido alguno, y la propia mención del tercer grado se constituye en definitiva en un instrumento si se establece en sentencia, que deja en manos de la Administración Penitenciaria, y en última instancia al Ministerio del Interior, la decisión de la fecha de materialización de la expulsión, con anterioridad a la fecha del cumplimiento de la tres cuartas partes de condena, en base a posibles criterios de oportunidad conceptualmente ajenos por completo a las variables legales de clasificación y de progresión al tercer grado. La cuestión se hace más chocante cuando la progresión al tercer grado se suscita por la Institución Penitenciaria articulando la propuesta de alzamiento del periodo de seguridad en los términos del artículo 36.2.

---

[514]. García Castaño, C.; Aguilera Reija, M., "Las resoluciones de la sección 5. ª de la Audiencia Provincial de Madrid en relación a los permisos de salida, a los terceros grados y a las libertades condicionales de los ciudadanos extranjeros que se encuentran presos en las cárceles de la comunidad de Madrid". *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, numero 16, 2009, pp. 43; Solar Calvo, P., "Globalización y Derecho Penitenciario", Diario La Ley Penal, número 74, 2010, pp. 13, Leganés Gómez, S., "Extranjeros en Prisión", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 6, 2006, pp. 32-64.

[515]. Fernández Arévalo, L., "Expulsión judicial y reforma de la Ley Orgánica 5/2010" *Revista del Derecho Migratorio y Extranjería*, número 23, 2010, pp. 11-50.

En esta línea tenemos a García Castaño[516], Fernández Arévalo, y el Auto 1795/05 de 10 de junio de 2005 que afirma que: "desde el momento en que, con discutible criterio, se vincula la expulsión a la clasificación cabe preguntarse si hay una variante de la clasificación del tercer grado, que lo es solo a efectos de expulsión, lo que no dejaría de ser una política penitenciaria con vagos tonos jurídico*".*

Reiteradamente han sido denunciadas por la doctrina las dificultades que encuentran los reclusos extranjeros para poder hacer uso de las distintas posibilidades previstas en el Régimen Penitenciario para progresar en grado[517], por lo que difícilmente pueden verse mejoradas las condiciones en las que tiene lugar el cumplimiento de la condena y reducir así el tiempo de estancia efectiva en prisión, circunstancias por las que los condenados extranjeros suelen tener un periodo mayor de permanencia que los nacionales[518].

En este sentido, la propia situación de irregularidad, la falta de vínculos personales en el exterior, la ausencia de un entorno familiar en el que integrarse durante las salidas que permite el Reglamento, la carencia de expectativas de poder desempeñar una actividad labora hacen muy difícil, que el sujeto pueda reunir las condiciones requeridas para acceder a los permisos de salida, cuyo adecuado disfrute es

[516]. García Castaño, C., Aguilera Reija, M., "Las resoluciones de la sección quinta de la Audiencia Provincial de Madrid en relación a los permisos de salida, a los tercer grados y a las libertades condicionales de los ciudadanos extranjeros que se encuentren presos en las cárceles de la comunidad de Madrid", Cuadernos de Derecho Penitenciario. Numero 16. Cit. pp. 515. Fernández Arévalo, L., "Expulsión judicial y reforma de la Ley Orgánica 5/2010", *Revista del Derecho Migratorio y Extranjería*, número 20, 2006, pp. 28. Y el Auto 1795/05 de 10 de junio de 2005 del Juzgado de Vigilancia Penitencia número 1 de León.

[517]. Mapelli Caffarena, B., "Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera", en M.J. Jiménez Lara, Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria, 2002, pp. 103; Rodríguez Yagüe, C., "Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad", *Revista General del Derecho Penal*, número 2, 2004; Guisasola Lerma, C., "Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración", *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 67, 2010, pp. 4.

[518]. Fernández Arévalo, L., "Derecho Penitenciario y extranjería", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, número 23, 2010, pp. 36.

valorado favorablemente para poder optar más adelante a la clasificación en tercer grado y, la obtención de esta, a su vez, para posteriormente acceder a la libertad condicional[519].

Tanto en la clasificación en tercer grado como en el cumplimiento de los tres cuartos de la pena, la expulsión tiene lugar en momentos en los que la situación de irregularidad del extranjero se convierte en un mayor grado de libertad, pues el condenado en situación irregular no podrá, sin graves dificultades, acceder a una actividad laboral, ni frecuentemente contara con la mínima inserción social que le permita cumplir los objetivos del tratamiento penitenciario en esas fases de ejecución.

Para posibilitar que los penados extranjeros en tal situación puedan cumplir tales periodos de ejecución de pena en esas fases del régimen penitenciario, el Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 adopto el Acuerdo por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determinara el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales, por parte de los internos de los centros penitenciarios, y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional[520], que permiten que se pueda conceder validez de autorización de trabajo al acuerdo de

[519]. De Marcos Madruga, F., "Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión", *Diario La Ley*, número 7410, 2010, pp.11-12, Fernández Arévalo, L., "Derecho Penitenciario y extranjería", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 23, 2010, pp. 36, Monclus Maso, M., *La gestión penal de la inmigración: el recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Del puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 323-327; Rodríguez Yagüe, C., "Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad",*Revista de Derecho Penal*, número 2, 2004, pp. 32 y ss.

[520]. Instrucción 18/2005, de 21 de diciembre, de actualización de la Instrucción 14/2001, pp. 9, reproduce el texto de la instrucción segunda de ese Acuerdo, que establece que. "cuando la condena de un penado extranjero no haya sido sustituida por la sanción de expulsión por el Juez o Tribunal Sentenciador, la Subdelegación de Gobierno, o Delegación del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovincias, podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de la libertad condicional".

clasificación del penado en el tercer grado o el auto de concesión de la libertad condicional, siempre que en el momento de la condena o de alcanzarse esos requisitos referentes a la clasificación, el extranjero estuviera en situación regularizable por autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales basadas en el arraigo, la necesidad de protección internacional o razones humanitarias o bien, se encontrase en situación de acceder a un permiso de residencia permanente[521], sin que la interpretación del alcance de tales autorizaciones esté libre de serias dificultades, de las cuales no es la menor la que suscita la remisión misma a los supuestos del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica de los Extranjeros, y en particular, si lo es solo a los presupuestos del hecho que legitiman la regularización[522]o también a sus requisitos, que interpretados en sentido estricto, y dado que entre ellos se exige la ausencia de antecedentes penales, vedarían la obtención de tal autorización de valorarse su concurrencia en el momento de la obtención de la clasificación en tercer grado o del acceso a la libertad condicional, pues tales antecedentes los poseerían todos los penados. No así si se valoran en el momento de la condena, pues en el mismo el extranjero podía carecer de ellos[523].

La autorización de trabajo concedida al amparo de la clasificación en tercer grado o de la concesión de la libertad condicional tendrá una duración de seis meses renovables ante la correspondiente Delegación o

[521]. Instrucción 18/2005 de 21 de diciembre, de actualización de la Instrucción 14/2001, pp. 10-11.

[522]. Así lo entiende Ortiz González, A.L., "Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: realidades difíciles de hacer compatibles", *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, numero 16, 2009, pp. 25-26.

[523]. De ese parecer De Marcos Madruga, F., "Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión",*Diario La Ley*, número 7410, 2010, pp. 20-21.

Subdelegación de Gobierno no hasta la completa extinción de la condena[524].

2.2.- Requisitos para la expulsión

Los requisitos legales que han de concurrir para que los jueces y tribunales puedan acordar la expulsión al amparo del artículo 89.5º Código Penal[525] consisten en primer lugar en que el condenado sea un extranjero no residente legalmente en España. Por lo que en el presente capitulo reiteramos todo lo expuesto sobre este mismo requisito en la expulsión sustitutiva de penas privativas de libertad inferior a seis años.

En segundo término que resulte condenado o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad.

Cuando se trate de un extranjero sin residencia legal sujeto a condena de prisión inferior a seis años, es posible que el Juez o Tribunal haya considerado (en sentencia o en auto al comienzo de la ejecución) que el delito no aconseja la sustitución total de la pena por la expulsión al amparo del artículo 89.1 del Código Penal, razón por la cual se decreto el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario español. En estos casos, los Jueces y Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, pueden modificar ese criterio inicialmente adoptado de exigir el cumplimiento penitenciario y expulsar al sujeto durante la ejecución al alcanzar el tercer grado o cumplir las tres cuartas de la condena.

---

[524]. Fernández Artiach, P., "La autorización para el trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 12, 2006, pp.49-62; Fernández Arévalo, L., "Derecho penitenciario y extranjería", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 23, 2010, pp. 11-50.

[525]. Vid. Nota número 184.

Sin embargo, cuando el penado extranjero ha sido condenado a penas iguales o superiores a seis años de prisión, la posible sustitución por expulsión solo podrá producirse una vez alcanzado el tercer grado o cumplidas las tres cuartas partes de la condena.

El tercer requisito consiste en que el penado haya accedido al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de su condena.

Hasta la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 11/2003 solo cabía la expulsión del condenado cuando se entendían cumplidas las tres cuartas partes de su condena. A partir de esa reforma, y también ahora con la modificación del artículo 89.5º Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, cabe también la expulsión sustitutiva cuando el penado ha accedido al tercer grado penitenciario.

Esta solución legal motivó fuertes críticas doctrinales. Así, Arias Senso[526], decía que la ampliación del marco objetivo de aplicación con referencia al tercer grado penitenciario deja en manos de la Administración la determinación del momento exacto de la expulsión, desnaturalizando el sistema de progresión penitenciaria e instrumentalizando el llamado tercer grado en aras de facilitar no ya la reinserción ni la resocialización sino la expulsión del penado.

En cuarto termino, es necesario que no haya sido condenado por delitos tipificados en los artículos 312, 313 y 318 bis del Código Penal.

[526]. Arias Senso, M., "Expulsión de extranjeros condenados: aproximación critica y comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Julio de 2004". *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1,2005, pp. 1497-1509.

Y por último, que se aprecien razones justifiquen el cumplimiento en España.

Al igual que dijimos para la expulsión sustitutiva de penas de prisión inferiores a los seis años, debe tratarse de delitos de naturaleza muy grave en atención a la gravedad intrínseca del delito, delincuencia organizada, terrorismo, narcotráfico, etc. Lo que podría justificar el cumplimiento integro de la condena en España, puesto que el legislador considera procedente la expulsión sustitutiva parcial cuando el penado haya sido condenado a pena de prisión igual o superior a seis años.

Asimismo, constituirá causa que justifique la excepción a la expulsión la existencia de circunstancias personales del condenado que motiven el cumplimiento de la condena en España, de forma similar a lo ya expuesto al tratar de la sustitución total de penas privativas de libertad inferiores a los seis años.

3. PROCEDIMIENTO, EFECTOS E INCUMPLIMIENTO.

Vistos los requisitos que deben concurrir para que se proceda a la sustitución es necesario conocer el órgano competente para acordar la expulsión, el momento oportuno para llevar a cabo la sustitución y la resolución para acordarla estos casos de expulsión.

3.1. Legitimación

Según el artículo 89.5º Código Penal señala que la expulsión sustitutiva en estos casos se ha de solicitar "*a instancia del Ministerio Fiscal*", de forma que solo si lo solicita el Ministerio Fiscal es posible la sustitución.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, por Auto 3479/2006[527], planteó cuestión de constitucionalidad respecto del articulo 89.1º II del Código Penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, en el punto concreto de que la sustitución parcial de las penas privativas de libertad iguales o superiores a seis años por la expulsión del territorio nacional solo pueda acordarse "a instancia" del Ministerio Fiscal.

La Audiencia Provincial de Madrid entiende que el articulo 89.1 párrafo segundo del Código Penal, en cuanto que solo permite a los órganos jurisdiccionales acordar la sustitución parcial de las penas privativas de libertad iguales o superiores a seis años de prisión "a instancia" del Ministerio Fiscal, puede tornar inoperante, en la resolución de tales casos, el articulo 120.3 en relación con el artículo 24.2 de la misma, y oponerse directamente a lo prevenido en el articulo 117.1 y 3 de la Constitución[528], y al modelo constitucional de Juez que tales normas configuran".

A estos efectos, argumento el Tribunal "que nuestro sistema constitucional ha querido, en todos los órdenes jurisdiccionales, y muy especialmente en el penal, atribuir a los jueces y tribunales la última palabra en la Administración de Justicia, no en atención a las personas de los jueces, ni a su vanidad, ni a su mayor o menor cualificación, sino en consideración a las garantías del justiciable y al estatus del Juez, independiente, inamovible, responsable y sometido exclusivamente al imperio de la ley (artículo 117.1). Esta función de garantía de justiciables desde la independencia y sumisión exclusiva a la Ley, y sin sumisión a otros principios como los de unidad y jerarquía, validos para el Ministerio

[527].El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, número 3479/2006, de 17 de julio.

[528]. Artículo 117: "1.La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley.3.El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

Fiscal, aparece continuamente en nuestra Constitución: articulo 17.4, cuando al prever el habeas corpus se refiere a la puesta a disposición judicial de la persona detenida[529]; articulo 18.2 y 3 en los que establece que solo una resolución judicial puede permitir la injerencia en la intimidad de las personas; articulo 24.1 y 2 al referirse a la tutela judicial efectiva y al Juez ordinario, predeterminado por la Ley; articulo 53.2 al referirse a la tutela por los Tribunales ordinarios de los derechos fundamentales y libertades públicas; artículos 106 y 153.2 que atribuyen a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria..". "Es cierto que en ocasiones la Ley establece que las pretensiones de las partes acusadoras suponen un límite infranqueable por los jueces: tales los casos de no poder acordar la prisión provisional sino a instancia de las acusaciones, o de no poder condenar por delito más grave que el que ha sido objeto de acusación (artículos 505.4 y 851.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero son supuestos vinculados al sistema acusatorio como sistema procesal mas garantista, y, en último extremo, juegan a favor de la libertad. No es el caso que se cuestiona en que el Fiscal tienen materialmente la última palabra y el Juez solo la tiene formalmente si aquel no insta la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión, de forma que el Juez no puede atenerse a lo que resulte más lógico o más justo según el curso del proceso de ejecución, sino que ha de estar al contenido de la voluntad del Ministerio Fiscal. En este caso no cabe hablar de una limitación pro libértate del ejercicio de la función jurisdiccional"[530].

A pesar de la dicción legal, debe permitirse también que la sustitución la puedan formular las acusaciones y el propio acusado en cuyo caso deberá darse audiencia al Ministerio Fiscal y resto de partes personadas antes de resolverlo el Tribunal. En este sentido, la Circular

[529]. Martin Ostos, J., "El procedimiento de Habeas Corpus", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 3, 1983, pp. 1043-1048.

[530]. Juanes Peces, A., "La detención de extranjeros", *La Ley Penal*: *revista de derecho penal, procesal y penitenciaria*, número 14, 2005, pp. 24-46.

3/2001 de la Fiscalía General del Estado[531]señala que “aunque el Código Penal no lo prevé, también es posible que sea el propio penado el que se dirija al Juez o Tribunal Sentenciador solicitando la medida de expulsión”.

De hecho el articulo 52.2º del Reglamento Penitenciario impone a la Administración Penitenciaria la obligación de informar a los internos extranjeros de las posibilidades de sustitución de la pena impuesta o a imponer por medida de expulsión. Cuando el penado solicite su propia expulsión, se dará traslado al Fiscal para que informe sobre la procedencia de la medida, pues al tener reconocida legalmente la iniciativa en esta modalidad de sustitución y al ser garante del cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público o social (Articulo 3.9º Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) ninguna suspensión de condena puede ser acordada sin su previo dictamen.

Si así fuera, conforme a la ley, solo sería posible la sustitución si el Ministerio Fiscal se manifestara a favor de la misma, lo cual no nos parece acertado. Por supuesto, la opinión del Ministerio Fiscal debe exigirse siempre; sin embargo, contradice lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución española[532], que a los jueces a los que se ha solicitado la sustitución parcial no puedan acordarla si el Ministerio Fiscal se opone, ya que si fuera así estaría condicionando la decisión del Juez.

Del mismo modo, que ya hemos expuesto al tratar la expulsión como medida sustitutiva total de las penas impuestas, habrá que entender que el Ministerio Fiscal (o las demás partes personadas) habrá de solicitar la sustitución cuando presente su escrito de calificación provisional, permitiendo de esta manera que el acusado pueda manifestar en su escrito de defensa y en el juicio lo que considere oportuno al respecto. Si no se solicita en los escritos de calificación

[531]. Vid. Nota número 57.
[532].Vid: Nota número 242.

provisional, pero si en los escritos de calificación definitiva, lo oportuno seria aplicar el artículo 788.4º Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El articulo 89.5 Código Penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010[533]exige para acordar la expulsión, además de que se inste por el Ministerio Fiscal, la previa audiencia del penado y demás partes personadas, de forma similar y por las razones ya apuntadas[534]al tratar del supuesto previsto en el articulo 89.1º del Código Penal. Dicha audiencia también habrá de darse cuando los jueces acuerden el cumplimiento de la condena en su integridad en España, a pesar de que el texto de la ley solo exige, en este caso, la previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Por otra parte, dado que la ley permite también a los jueces acordar la expulsión en ejecución de sentencia a instancia del Ministerio Fiscal, este podrá también solicitar dicha expulsión en dicho momento, pero siempre y cuando las circunstancias personales del condenado hubieren cambiado durante la ejecución de la sentencia y dicho cambio

[533]. Vid. Nota número 20.

[534]. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta en la Sentencia del Tribunal Supremo número 17/2002, de 21 de enero (anterior a la actual regulación) acordó la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, sin perjuicio de que se reconociera, en sede teórica, que la decisión (motivada) corresponde al Tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las Sentencias del Tribunal Supremo número 330/98 de 3 de marzo y número 1144/2000 de 4 de septiembre. Desde esta doctrina pasamos a estudiar las concretas denuncias efectuadas por el recurrente: a) Se denuncia la omisión del trámite de audiencia, al respecto hay que decir que en este aspecto, el articulo 89 introduce, o parece introducir con su silencio, una innovación al eliminar el trámite. Sin perjuicio de reconocer que como innovación procesal, tal artículo es aplicable al caso de autos pues ya estaba vigente el momento de dictarse la sentencia, es lo cierto que la exigencia de la audiencia viene dictada o como ya hemos dicho, por la existencia de derechos relevantes que pueden ser sacrificados o anulados con tal decisión de expulsión, por lo que es preciso en una relectura del precepto en clave constitucional como ya hemos dicho, bien que tal audiencia pueda efectuarse dentro del propio Plenario. En el presente caso se ha acordado sic et simpliciter tal medida solicitada por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, cuando ya se habían concluido los debates, restando sólo el derecho a la última palabra, que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia, en consecuencia ya podemos anticipar que el recurso formalizado va a prosperar con consiguiente eliminación de la medida de expulsión acordada. Las demás denuncias son consecuencia de la decisión tan automática como infundada, que se adoptó en una aplicación literal del artículo 89.

aconseje permitir el planteamiento posterior del debate acerca de la procedencia o no de la sustitución al amparo del artículo 89.5º del Código Penal[535].

3.2. Momento procesal.

El momento oportuno para acordar la decisión de expulsión en dos ocasiones diferenciados; bien en la sentencia o bien durante su ejecución.

Contra la sentencia cabrán los recursos habituales (apelación y casación).

No obstante, el articulo 89.5º del Código Penal también permite que la sustitución pueda acordarse en ejecución de sentencia, contra el cual cabrán igualmente los diferentes recursos previstos por la ley (reforma-apelación, suplica-casación). Con ello, creemos que el legislador apunta a la posibilidad de solicitar la sustitución si las

[535]. El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 20006, al valorar la novedad prevista en dicho Anteproyecto de que el articulo 89.5º se pudiera aplicar al extranjero condenado a cualquier pena privativa de libertad, destacaba que representaba "un cambio trascendental en la ordenación actual de la materia, pues significa que, en relación con los extranjeros no residentes legalmente en España que se hallen sujetos a penas de duración inferior a seis años, los Jueces o Tribunales sentenciadores pueden, a instancia del Ministerio Fiscal, modificar el criterio inicialmente adoptado de exigir su cumplimiento penitenciario, para imponerles la expulsión sustitutiva una vez que han alcanzado por aplicación de la normativa correspondiente las situaciones penitenciarias que aparecen enumeradas en la norma. En todo caso, parece razonable que la ley exija que el cambio de criterio responda a una alteración sobrevenida de las circunstancias personales y familiares del reo (pues obviamente la naturaleza objetiva del delito y la duración de la pena son variables inalterables) tenidas en cuenta al dictarse sentencia o el auto iniciador de la ejecución".

circunstancias personales del condenado hubieren cambiado durante la ejecución de la sentencia[536].

Normalmente, cuando los jueces acuerdan en la sentencia la expulsión del extranjero condenado para cuando acceda al tercer grado penitenciario o para cuando cumpla las tres cuartas partes de la condena, lo hacen en base a la naturaleza del delito cometido y por considerar que no hay razones que justificaran el cumplimiento integro de la pena en España. Posteriormente, mientras se esté ejecutando la sentencia, las circunstancias personales o familiares del condenado no suelen cambiar o si lo hacen es en la línea de justificar todavía menos la conveniencia del cumplimiento integro de la condena.

Por eso, en mi opinión, la sustitución al amparo del artículo 89.5º del Código Penal también se debe acordar, como regla general en la sentencia. Solo estaría justificado no hacerlo en la sentencia, sino posteriormente, en los mismos casos ya señalado al tratar de la expulsión como medida sustitutiva total de la pena impuesta (cuando la sentencia se plantee la aplicación de la expulsión sustitutiva parcial pero por concurrir alguna causa justificada difiera la decisión a la fase de ejecución de sentencia y cuando sea el propio condenado quien solicite en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por su expulsión al amparo del artículo 89.5º del Código Penal) o cuando las circunstancias personales del condenado hubieren cambiado durante la ejecución de la sentencia y dicho cambio aconseje permitir el planteamiento posterior del

[536]. Como señala nuestro Tribunal Supremo "si partimos de la premisa de que la sustitución punitiva se ha de llevar a cabo una vez cumplida las tres cuartas partes de la pena o cuando el penado ha accedido al periodo de libertad condicional, resulta claro que lo habitual será que hayan trascurrido unos años de cumplimiento de la pena privativa de libertad cuando se proceda a ejecutar la expulsión. Por lo cual, lo más probable es que, llegado el momento, ni el penado sea ya la misma persona ni tampoco las circunstancias concretas de su entorno personal, familiar y social hayan perdurado en el tiempo. Ello quiere decir que la fase de sentencia no es la más indicada para adoptar una medida que se va aplicar transcurridos unos años y cuando muy probablemente ya no permanecen vigentes los datos objetivos con que se ha operado en el momento de acordarse la medida en sentencia" Sentencia del Tribunal Supremo número 949/2009, de 28 de septiembre.

debate acerca de la procedencia o no de la sustitución al amparo del artículo 89.5º del Código Penal.

3.3. Resolución

La resolución judicial en la que se decida o no la sustitución sea la sentencia o sea el auto posterior, deberá ser motivada. Es cierto que el articulo 89.5º del Código Penal, al igual que sucedía con el articulo 89.1º I del mismo texto legal parece que solo exige su motivación cuando el Juez o Tribunal aprecie razones que justifiquen el cumplimiento integro de la condena en un centro penitenciario en España; sin embargo, las razones ya indicadas anteriormente, justifican nuestra afirmación inicial de que, en todo caso, la resolución judicial debe ser motivada.

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, reiterada en multitud de sentencias del Tribunal Constitucional, tiene un "plus" cuando se pone en conexión con otros derechos fundamentales[537], de modo especial cuando pueden afectar a la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico[538].

En el caso de la expulsión sustitutiva existe una especial exigencia de motivación, no sólo por su expresa mención en la redacción del artículo 89.1 del Código Penal, sino también porque la resolución que resuelva sobre la medida puede determinar, para el caso de apreciarse razones que así lo justifiquen, el ingreso en prisión del penado extranjero, lo que supone una mayor restricción de la libertad personal que la mera expulsión. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 312/1997, de 30 Diciembre, afirma que hemos de

[537]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 154/1995, de 24 de octubre, y número 203/1997, de 25 de noviembre.

[538]. Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1987, de 27 mayo y número 2/1997, de 13 de enero, y Acuerdo del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril.

declarar, pues, a estos efectos, ante la denegación de una solicitud de expulsión fundada en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, que, dado que la situación de prisión supone una radical exclusión del valor superior de la libertad, la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión[539], sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos, en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en que la Constitución permite la afectación de ese valor superior (Fundamento Jurídico tercero B). La misma posición se refleja en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 224/1992.

La exigencia de motivación también se impone cuando es el propio penado el que solicita la sustitución de la pena por la expulsión y es el órgano jurisdiccional el que la deniega. Así lo impone el Tribunal Constitucional, que conecta en este caso esta resolución judicial con el contenido del derecho a la libertad[540].

Por consiguiente, la ausencia de una motivación individualizada del caso, que efectúe el imprescindible "juicio de ponderación" entre los intereses enfrentados conllevará la declaración de nulidad de la expulsión sustitutiva y el cumplimiento de la pena en centro penitenciario español[541].

---

[539]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 14/1991, de 28 de enero, Fundamento Jurídico segundo, entre otras.

[540]. Acuerdo del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 106/1997 de 17 de abril y Sentencia del Tribunal Constitucional número 203/1997, de 25 de noviembre.

[541]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, número 1162/2005, de 11 de octubre.

En este sentido, hay que hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, número de recurso 183/2004[542], en la que se deniega la expulsión del territorio nacional para evitar la impunidad de los "correos de la droga" y fortalecer el efecto resocializador de la pena. La presente resolución desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial del Madrid, Sección Segunda de fecha de 22 de enero de 2004 (recurso 78/2003). La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, número 1292/2006[543]. El tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos

[542]. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, número 183/2004, de 28 de octubre.. En ella la Sala de instancia expone y razona el porqué de su decisión, señalando que "en el presente caso estimamos, dada la naturaleza y entidad del delito objeto de la condena, tenencia preordenada al tráfico de 411 gramos de cocaína, que no procede la sustitución de la pena de prisión impuesta de cinco años, por la expulsión del territorio nacional a su país de origen, cuando el acusado lleva escasamente cinco meses de prisión preventiva, pues lo contrario implicaría un favorecimiento o promoción del tráfico de cocaína en España por ciudadanos extranjeros, lo que provocaría una situación generalizada de impunidad para éstos, así como una desprotección total para los ciudadanos. Nos encontramos ante un delito muy grave por el bien jurídico protegido. Al respecto la jurisprudencia ha puesto de relieve que el tráfico de drogas duras constituye actualmente uno de los más graves males sociales en razón de las gravísimas consecuencias de su consumo, lo cual conoce perfectamente el legislador, por lo que difícilmente éste puede haber pretendido, con la citada reforma, que todo extranjero que traiga a España cocaína en cantidades como la aquí aprehendida, 411 gramos, la única respuesta penal sea la devolución a su país de origen con el billete pagado, tras escasos meses de prisión provisional, dada la rápida celebración, normalmente, de este tipo de juicios por la ausencia de diligencias de investigación a practicar, lo que no implica la inaplicación automática en todo tráfico de drogas. A lo anterior hay que añadir la ausencia de cumplimiento del fin resocializador, ya tenido en cuenta por este Tribunal en numerosas ocasiones con anterioridad a la reforma, cinco meses de prisión preventiva, en este supuesto en que la condena es de cinco años, no es suficiente para el objetivo perseguido por la pena, ni para cumplir el efecto disuasorio que con la misma se pretende, por lo que no cumplida ni siquiera la mitad de la pena no cabe la sustitución que se interesa, sin perjuicio de que, transcurrido ese período de tiempo, el condenado puede solicitar de nuevo la petición formulada". La motivación de la resolución judicial no sólo existe, sino que se muestra convincente, razonable y fundada, máxime cuando la sustitución pretendida por la parte recurrente, además de la impunidad que menciona la sentencia respecto de conductas de inequívoca gravedad como es el tráfico de drogas, lo que impulsaría la proliferación de tan dañinas actividades por ciudadanos extranjeros ante la garantía de que, de ser descubiertos, serían repatriados a su país tras escaso tiempo de prisión (en el caso presente, cinco meses), además, decimos, debe subrayarse que quedaría seriamente lesionado tanto el efecto resocializador de la pena como la prevención general que se encuentra ínsita en ésta, finalidad que quedaría gravemente afectada dado el notable número de extranjeros que residen irregularmente en nuestro país, como la incesante corriente correos de la droga que (como en el caso enjuiciado) constituyen el vehículo (humano) por el que entran en España cantidades nada despreciables de drogas peligrosas que se consumen luego en el país.

de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva que condena por delito contra los derechos de los trabajadores.

3.4. Efectos

Visto el procedimiento necesario para llevar a cabo la expulsión, vamos a examinar los efectos que produce la misma una vez llevada a cabo.

Los efectos que produce la resolución del Juez o Tribunal acordando la expulsión sustitutiva en estos casos, son las mismas que ya hemos analizado al hablar de la expulsión como sustitución de penas privativas de libertad inferiores a los seis años, es decir, son el cumplimiento parcial de la pena en centro penitenciario en España y la posterior expulsión del extranjero condenado.

En cuanto a la materialización de la expulsión nos remitimos a lo ya señalado anteriormente, sin más particularidades que la dispuesta por el articulo 197.2º del Reglamento Penitenciario[544].

---

[543]. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, número 1292/2006, de 28 de noviembre, los acusados se dedicaban a traer ciudadanos extranjeros a nuestro país con la especifica e inequívoca voluntad de dedicarlos al trabajo en condiciones desfavorables, ofreciendo como oferta de llamamiento un trabajo que sabían que nunca podría ser en condiciones normales, sin que ello suponga inicialmente la explotación ya que es compatible con una retribución salarial más o menos justa. Lo determinante del tipo es la restricción o supresión de los derechos que tuvieren reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. No ofrece la menor duda que ambos autos estaban suficientemente motivados e incluso con precisión de las horas en que tenía que llevarse a cabo la diligencia. El error mecanográfico es intranscendente si tenemos en cuenta el contenido de las resoluciones impugnadas.

[544]. Articulo 197.2º del Reglamento Penitenciario: “Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicaran al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación personal y penitenciaria, en el que se hará constar expresamente las fechas de

3.5. El incumplimiento de la prohibición de entrada en España

El artículo 89.4 establece como consecuencia del incumplimiento de la prohibición de regresar a España antes del trascurso del término de la expulsión fijado, la obligación de cumplir las penas que le hayan sido sustituidas al extranjero. A continuación añade "no obstante, si fuera gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad".

La consecuencia prevista para la infracción de la prohibición de regresar a España es el cumplimiento de la pena que fue sustituida condicionalmente por el contenido propio de la expulsión[545].

El condenado tiene conocimiento de la orden de expulsión con prohibición de entrada durante el tiempo establecido por lo cual existe dolo[546] en el quebrantamiento de dicha orden de expulsión ya que la incumple de manera consciente y voluntaria, regresando antes del tiempo establecido en la orden. En consecuencia, adquiere especial trascendencia en el ámbito penal la existencia de un apercibimiento previo, a modo de requerimiento preciso, claro, expreso y terminante de las consecuencias que la vulneración del mandato u orden puede generar en el eventual incumplidor, constituyendo el bien jurídico protegido la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones pública.

Difíciles son las cuestiones que plantea tal previsión. La primera de ellas, si cabe apreciar el delito de quebrantamiento de condena sobre

---

cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas".

[545]. Boza Martínez, D., Donaire Villa, F.J., Moya Malapeira, D., *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 263-297.

[546]. Pérez del valle, C., "La prueba del dolo en la estafa", *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* tomo 49, número 2, 1996, pp. 823-829.

la base del incumplimiento de la resolución de expulsión. Directamente vinculada a la anterior, la de si el cumplimiento de la expulsión por el extranjero interrumpe o no la prescripción de la pena impuesta al delito. A ellas se una la fijación de la naturaleza de la consecuencia prevista para la tentativa de infringir la prohibición de regresar a España en el plazo fijado, y que es aludida en el artículo 89.4 del Código Penal como "expulsión". Las dos primeras cuestiones van a ser abordadas de manera conjunta pues presentan numerosos puntos de conexión[547].

El interrogante de si cabe el quebrantamiento de condena se suscita porque, al formar la decisión de expulsar parte del contenido de la sentencia condenatoria, o bien, de un auto posterior en el que se modifica el contenido dispositivo de la misma, su infracción podría dar lugar al supuesto de hecho del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal. A favor de la apreciación de ese delito en los casos en los que el extranjero infrinja la prohibición de retorno a España se posiciona Manzanares Samaniego, pues considera que la inaplicación de este delito dejaría sin desvalorar el hecho de la infracción del contenido de una resolución judicial, el hecho del quebrantamiento en si mismo considerado y que es injusto característico de ese delito[548].

Para saber si la infracción del contenido de la expulsión supone un quebrantamiento de condena será necesario platearse, en primer lugar, si la expulsión es condena o forma parte de ella. Según el diccionario de la Real Academia Española condenar es "pronunciar sentencia imponiendo al reo la pena correspondiente o dictando en juicio civil, o en otras jurisdicciones fallo que no se limite a absolver de la demanda". De acuerdo con ello, condena se identifica con la parte dispositiva de la sentencia, en la que se imponen consecuencias de

[547]. Torres Fernández M.E., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 262- 275.

[548]. Manzanares Samaniego, J.L., "Comentario al artículo 89", en C. Conde-Pumpido Touron, *Código Penal comentado*, Bosch, Barcelona, 2007.

obligado cumplimiento. Llevado al ámbito penal, condena seria resolución judicial en la que se establecen consecuencias jurídico penales. En ese sentido, la expulsión forma parte del contenido de la condena, pues se trata de una consecuencia prevista en una norma de esa clase y es impuesta en aplicación de la misma. La siguiente cuestión es la de si el incumplimiento de la prohibición de entrada propia de la expulsión integra el correspondiente delito de quebrantamiento de condena.

Al respecto, la doctrina mayoritaria entiende que el castigo por delito de quebrantamiento de condena debe reservarse, únicamente, para el incumplimiento de penas y medidas de seguridad, dado que el sentido de ese delito es asegurar la eficacia de las sanciones penales en aquellos casos en los que el carácter personal de la pena impide su ejecución a costa el condenado, pero sin su intervención.

Dado la semejanza entre la suspensión de la ejecución de la condena del articulo 80 y la expulsión del artículo 89 del Código Penal, pues ambos suponen una suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad, en el primero, sujeta a que el reo no delinca en el plazo fijado y, facultativamente, a la observancia de ciertas reglas de conducta, y en el segundo, sujeta a que el extranjero no regrese a España en el plazo fijado, parecen trasladables al caso de la expulsión las consideraciones sobre el incumplimiento de la condición de no delinquir o de las reglas de conducta impuestas en particular.

Se suele rechazar que el incumplimiento de las condiciones impuestas sea origen de un delito de quebrantamiento de condena, pues dado que la ejecución de la pena suspendida, así como tampoco de la comisión de un nuevo delito en el caso de la suspensión puede considerarse que integra el supuesto de hecho del delito de quebrantamiento de condena, puesto que no se incumple propiamente la privación de libertad, y por tanto, su efecto será el de revocar la

suspensión y el cumplimiento de la pena que estaba suspendida[549]. De igual manera que sucede en la sustitución de penas del artículo 88, cuando se incumple la sustitutiva se procede el retorno a la pena inicialmente impuesta[550].

Ya en relación con la expulsión de extranjeros, por su forma de operar quedo caracterizada como una exención personal de pena condicionada al cumplimiento de la prohibición de entrada en el territorio español inherente a la expulsión. Se considera una exención, porque libera del cumplimiento de la prisión, personal, porque se basa en una situación del sujeto en particular, característica de la forma de estancia del extranjero, consistente en la ilegalidad de su permanencia en territorio español. Su carácter condicional, dependiente de que el extranjero no entre de nuevo en territorio español, se deriva de la prohibición de regresar en un plazo de entre cinco y diez años fijada en el párrafo segundo del artículo 89, estableciéndose como consecuencia de su infracción, la obligación de cumplir la pena que le fue sustituida.

La forma en la que se produce la exención de pena privativa de libertad, condicionada al no regreso a territorio español, confiere a la expulsión un cierto carácter suspensivo de la pena de prisión impuesta, en tanto que la ejecución de la pena de prisión, no tiene lugar, es decir, se suspende provisionalmente, mientras dura el cumplimiento de la condición consistente en no regresar a España que, una vez terminado, hace que la responsabilidad penal se extinga definitivamente. Es por ello que el incumplimiento de la prohibición de regreso del artículo 89 del Código Penal no realiza el supuesto de hecho del delito de

[549]. Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte* General, Reppertor, Barcelona, 2011,pp. 709.

[550]. Vid. en ese sentido Puente Segura, L., "La sustitución de la pena impuesta al extranjero con residencia ilegal". *Suspensión y sustitución de penas.* Madrid, 2009, pp. 34

quebrantamiento de condena del articulo 468[551]pues no es pena ni medida de seguridad, sino condición cuyo cumplimiento se somete, interinamente, la inejecución de la pena de prisión, que será definitiva si se completa el plazo de expulsión sin regresar a España[552].

El incumplimiento de la prohibición de regresar a España es quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión, y como tal, dado que forma parte del contenido dispositivo de una resolución judicial penal, es quebrantamiento de condena, pero con un régimen jurídico especifico y distinto del delito del artículo 468 del Código Penal, previsto en el mismo artículo 89 del Código Penal, definido por la activación de la obligación de cumplir la pena de prisión que fue sustituida por la expulsión[553]. No cabe apreciar en ese caso el delito de quebrantamiento de condena pues con ello se vulneraria el principio *non bis in idem*, por desvalorarse dos veces la infracción de la prohibición de entrada en el territorio español, una para retornar al cumplimiento de la pena impuesta y otra, para proceder por el delito de quebrantamiento de condena[554].

La otra cuestión planteada es si el cumplimiento de la expulsión por el extranjero interrumpe o no la prescripción de la pena impuesta al delito. Tal cuestión surge en atención a la disposición del artículo 134, que contiene las reglas para el computo de la prescripción de las penas,

---

[551]. Considera que no cabe deducir testimonio por quebrantamiento de condena Sánchez García de Paz, I., "Comentario al artículo 89".M. Gómez Tomillo, *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010, pp. 404.

[552]. López López, M., "Penas sustitutivas y quebrantamiento de condena", La Ley numero 7673, 2011, pp. 5-6, Palomo del Arco, A., "La expulsión de extranjeros en el proceso penal", en *El extranjero en el Derecho español sustantivo y procesal (Adaptado a la Nueva ley Orgánica 4/2000*. Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1999.

[553]. En este sentido vid. Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, pp. 113.

[554]. Peris Ribera, J., Madrid Conesa, F., "Comentario al artículo 89", en Cobo del Rosal *Comentarios al Código Penal, Edersa*, Madrid, 2000, pp. 1205. Rodríguez Candela, J.L, "La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal", Jueces para la democracia, 1998, pp.67. También en contra de la aplicación adicional del delito de quebrantamiento de condena vid. Aranguez Sánchez, C., "Reformas introducidas en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/2000 (Disposiciones Adicionales primera y segunda)", en M. Moya Escudero, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería,* Granada, Comares, 2001, pp. 937.

y que establece que: “la prescripción de la pena se computara desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si esta hubiera comenzado a cumplirse”, de la que algunos autores deducen que el cumplimiento de la decisión de expulsión no suspende el computo de la prescripción de la pena que fue sustituida, por lo que, en el caso de imponerse la expulsión con una duración superior a la de la pena sustituida, el regreso a España antes del trascurso del plazo de prohibición de regreso, pero después de transcurrido plazo necesario para la prescripción de pena, haría invariable la posibilidad de exigir el cumplimiento de la pena de prisión que fue sustituida[555].

Quienes así opinan parten de considerar que la expulsión no suspende ni interrumpe de ningún modo el cómputo del plazo de prescripción de la pena impuesta, que se inicia desde la firmeza de la sentencia. La respuesta definitiva a tal cuestión depende de cómo se resuelva la cuestión de si la expulsión de extranjero es o no cumplimiento de condena.

Si se considera que la expulsión es cumplimiento de condena, mientras se lleva a cabo el extranjero extingue la obligación impuesta en la resolución penal de expulsión, por lo que una vez transcurrida su duración, el extranjero ha cumplido la condición de la que se hacía depender la ejecución de la pena privativa de libertad, y queda extinguida su responsabilidad penal. En particular sobre la regulación de la expulsión es aceptado por los autores, que el cumplimiento de la expulsión es cumplimiento de la condena relevante para la extinción de la responsabilidad penal. Así, Assua Batarrita, señala que: “la sanción de expulsión queda cumplida mediante la observancia de la prohibición de regresar a España durante el tiempo fijado en sentencia. La

[555]. Roma Valdés, A., “La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros”, *Revista Actualidad Penal*, 1999, pp. 409.

consecuencia es la extinción de la responsabilidad penal correspondiente"[556].

Esa interpretación no entra en conflicto con la regulación del cómputo de la prescripción, previsto en el artículo 134 del Código Penal, que establece que se computara "desde el quebrantamiento de la condena si esta hubiera comenzado a cumplirse". El cumplimiento de la prohibición de entrada es cumplimiento de condena que extingue la responsabilidad penal, de manera que suspende la posibilidad de su extinción por prescripción. La infracción de la prohibición de entrada, regresando antes del plazo de expulsión fijado en la sentencia, supone un quebrantamiento de condena con su régimen sancionatorio especifico del artículo 89.4 del Código Penal, quebrantamiento que reinicia el computo del plazo de prescripción de la pena impuesta. Tal interpretación es plenamente coherente con la caracterización de la expulsión como exención de pena condicionada al cumplimiento de la prohibición de entrada inherente a la expulsión, de manera que si carácter condicional exige que permanezca vigente la posibilidad de hacer efectiva la pena privativa de libertad, si resulta infringida la condición a la que se somete su efectiva ejecución[557].

[556]. Asua Batarrita, A., "La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de inmigración", en P. Laurenzo Copello, *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2002, pp. 86. Vid. también Díaz y García Conlledo, M.; Olaizola Nogales, I.; Trapero Barreales, M.A.; Duran Seco, I.; Jericó Ojer L.," La expulsión como sustitutivo de la pena y de la medida de seguridad en el Código Penal de 1995", en *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 674.

[557]. En esa línea, si bien de manera algo confusa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, número 701/2010, de 20 de julio. Cabe interpretar, en ese sentido, que la expulsión es una especie de causa especial de suspensión, y la condición imprescindible para esa especie de suspensión de ejecución de la pena de prisión, es que el penado no regrese en el tiempo establecido. Hay quien entiende, pues, que el quebranto producido en situaciones como la que se evidencia en el presente recurso, es, por un lado, una especie de incumplimiento de la condición establecida para no cumplir la pena de prisión (esta expulsado, y no en prisión) y por ello, se incumple la condición impuesta, por un lado; y por otro, como en este supuesto de hecho, se evidencia la dificultad (práctica imposibilidad) de cumplimiento de la medida (sustitución por la expulsión). Ello viene a determinar que habrá de considerarse que estamos ante una situación de similar entidad a la establecida en el párrafo quinto

Dado que el sentido de la expulsión es llevar a la aplicación del Derecho penal las razones de la política de control de la inmigración, permitiéndose en esos casos la renuncia a la ejecución de la pena impuesta, tal renuncia no es en absoluto incondicionada, sino que está sujeta al cumplimiento de los objetivos a los que dice servir, por lo que si esos fines se frustran, en el incumplimiento de la expulsión, es legitimo que se prevean mecanismos para recuperar la posibilidad de dar cumplimiento a las penas impuestas, y con ello dar satisfacción a las necesidades de reafirmación del ordenamiento jurídico, que fueron postergadas. Ello solo es posible si se posibilita, que el quebrantamiento de la expulsión, como alternativa, de lugar a la reactivación de la pena sustituida y ello solo sucede en todo caso, con independencia de la duración de la prohibición de entrada en España impuesta y del plazo de prescripción de la pena impuesta, si se mantiene que la expulsión es cumplimiento de condena y su infracción quebrantamiento al que se refiere el artículo 134 del Código Penal.

La forma en la que se adopta la decisión de expulsión, en unos casos en la propia sentencia condenatoria, en otros en un auto posterior que modifica su contenido, permitiendo la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la expulsión, hace que pueda existir un plazo de tiempo, más o menos largo, entre la firmeza de la sentencia en la que se impone la pena privativa de libertad y la ejecución material de la expulsión sustitutiva. De tal manera que, en ese plazo que transcurre entre la sentencia firme y la salida efectiva del extranjero del territorio nacional tiene lugar el inicio del computo de la prescripción de la pena privativa de libertad que fue impuesta, computo que se interrumpe con la ejecución de la expulsión y el transcurso de la permanencia del

---

del número uno del artículo 89 del Código Penal (que se refiere a la imposibilidad de llevar a cabo originariamente lo acordado en sentencia) y habríamos de aplicar el número dos del artículo 88 del Código Penal, que no es otro efecto que el del cumplimiento de la pena de prisión que, en este caso, ni es susceptible de suspensión por ninguno de los cauces a que se refiere el párrafo tercero del ya citado número uno del artículo 89, ni esta prescrita (ultimo inciso del numero dos del artículo 89 del Código Penal).

extranjero fuera de nuestras fronteras, que se considera cumplimiento de condena[558], y por tanto extintivo de la responsabilidad penal, que solo quedara interrumpido a su vez, por una entrada efectiva en territorio español, lo que dará lugar a la apreciación del quebrantamiento descrito en el articulo 89.2 y a la obligación de cumplir la pena privativa de libertad que fue sustituida.

A diferencia de lo que sucede en la sustitución de penas regulada en el artículo 88 del Código Penal, incluye una regla de conversión de la pena sustituida para el caso de que incumplida esta pueda descontarse de la pena originaria el *quantum* extinguido por sustitución, la regulación de la expulsión no contiene ninguna regla a tal efecto[559], ello quizás por su caracterización más que como una autentica sustitución de una consecuencia por otra, como una condición para no cumplir la pena de prisión.

La última cuestión planteada para su estudio en relación con las disposiciones del articulo 89 número 4 es la naturaleza de la consecuencia prevista para la tentativa de infligir la prohibición de regresar a España en el plazo fijado y que es aludida como “expulsión”. La dicción legal es la siguiente: “si scil. (El extranjero) fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

---

[558]. En particular sobre la expulsión de extranjeros Flores Mendoza, F., “La expulsión del extranjero en el Código Penal español”, en P. Laurenzo Copello*, Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blach, Valencia, 2002, pp. 127. nota al pie de pp. numero 105 afirma: “el plazo de prescripción de la pena (a contar desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si esta hubieses comenzado a cumplirse, según establece el artículo 134 del Código Penal) se interrumpe desde el momento en que aquella (la pena) comienza a ejecutarse, con independencia de que haya sido sustituida o no, o desde que su ejecución se suspenda”.

[559]. En la tramitación parlamentaria se presentaron algunas enmiendas, que incluían una regla a tal efecto, pero que no tuvieron reflejo en el texto finalmente aprobado vid. Enmiendas 108 y 212 propuesta en el Congreso BOCG. Congreso de los Diputados, IX Legislatura, 18 de marzo de 2010, y las enmiendas 22 y 165 de las introducidas en el Senado, BOCG. Senado. IX Legislatura. 27 de mayo de 2010.

El hecho de “sorprender en la frontera” del artículo 89.4 del Código Penal se ha de entender el momento de intentar entrar en territorio español, pero sin haber logrado todavía internarse en el logrando una mínima permanencia, pues si se ha logrado entrar efectivamente dentro de las fronteras y establecerse mínimamente el extranjero habrá consumado la infracción del contenido de la prohibición de entrada, procediendo entonces el cumplimiento de la pena privativa de libertad que fue impuesta y sustituida por la expulsión. No obstante, la tentativa de entrada irregular, que es el supuesto de hecho de devolución del articulo 58.3 b) de la Ley Orgánica de extranjeros, se ha interpretado en el sentido de entrada flagrante dentro del territorio nacional, como se indica en la Consulta 1/2001[560], por lo que cabe entender que aun esta llevándose a cabo tal entrada cuando no ha terminado el desplazamiento en el espacio físico por el que se accede al territorio nacional antes de establecerse en el.

Por la alusión del texto legal del artículo 89.4 del Código Penal a la autoridad gubernativa, debiera calificarse como un supuesto de expulsión administrativa similar a los del artículo 57 de la Ley Orgánica de Extranjería. Sin embargo la inmediación entre el hecho de sorprender al extranjero expulsado intentando entrar en territorio español y la ejecución material de la salida coactiva del territorio ajena a cualquier trámite procesal administrativo o judicial[561], que parece estar en la mente del legislador, hacen de la medida prevista en el número 89.4 del Código Penal un supuesto más parecido a la devolución del artículo 58 de la Ley

[560]. Consulta de 1/2001 de la Fiscalía General del Estado de 9 de mayo sobre el Retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y limites, pp. 5-8.

[561]. Expresamente en este sentido, Manzanares Samaniego, J.L., “Comentario al artículo 89”, en C. Conde-Pumpido Touron, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, 1997, pp. 1293.

Orgánica de Extranjeros, que a la expulsión del articulo 57 y que no requiere de la tramitación previa de un procedimiento administrativo[562].

A estas razones cabe añadir, que la previsión del articulo 89.4 vendría a unificar el tratamiento de la tentativa de quebrantar la expulsión penal y la administrativa, puesto que en los supuestos de intento de entrada ilegal del articulo 58.3 b) de la Ley de extranjería, de los cuales sería una clase el intento de entrada en contra del contenido de una decisión judicial de expulsión, el tratamiento previsto es, precisamente, el de la devolución[563], si bien con una consecuencia jurídica diferenciada, mas grave cuando la tentativa de incumplir la prohibición de entrada lo es contra una decisión que fue dictada en sentencia penal, para la que el Código Penal ordena el reinicio del computo de esa prohibición, mientras que la duración de la devolución administrativa para la tentativa de quebrantamiento de una prohibición de entrada de esa naturaleza tendrá como consecuencia una nueva prohibición de entrada por un plazo máximo de tres años, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.7 de la Ley Orgánica.

---

[562]. Martin María, B., "La reforma de la Ley de extranjería" Iuris, numero 48, marzo de 2001, pp. 38, también puede entenderse en ese sentido la posición de Sola Reche, E., "Especificas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", en P, Larenzo Copello, *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 362; Roma Valdés, A., "La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros", *Revista* Actualidad Penal, 1999, pp. 864. Asua Batarrita, A. "La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de Inmigración", en Laurenzo Copello, P. Inmigración y Derecho Penal: Bases para un debate, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 87; Flores Mendoza, F., "La expulsión del extranjero en el Código penal español*", en L. Copello, Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate,* Tirant lo Blanch, 2002, pp. 127; Conde-Pumpido Touron, C. "La sustitución por expulsión de las penas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros·", en *Tratado practico de los procesos de extranjería, Bosch,* 2002, pp. 2478; Rodríguez Candela, J.L., "La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal", Jueces para la democracia, 1998, pp. 67, quien escribe su comentario sobre la regulación de la Ley Orgánica 7/1985, lo identifica con un supuesto de rechazo de frontera del artículo 11.3 de esa Ley.

[563]. Refiriéndose el apartado a) del artículo 58.3 de la Ley de Extranjería a "los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España", supuesto que ha sido interpretado como consumación de la entrada en territorio nacional, por contraposición al intento de entrada ilegal, por cualquier motivo, del apartado b), los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

Las consecuencias previstas tanto para la tentativa como para el quebrantamiento de la expulsión sustitutiva de pena se regulan de forma unitaria para los dos supuestos, tanto si es sustitutivo integro (artículo 89.1 del Código Penal) de la pena como si es parcial (artículo 89.5 del Código Penal), lo que ha sido considerado como una injusta equiparación del tratamiento supuestos de diferente trascendencia[564].

La redacción de la Ley Orgánica 5/2010 recupera felizmente la regulación del quebrantamiento de la expulsión similar a la del texto original del Código Penal de 1995, de manera que la renuncia a la ejecución de la pena tiene lugar en términos asumibles para el Ordenamiento punitivo, permitiendo exigir el cumplimiento de la pena sustituida cuando los fines de política de extranjería, en pos de los que quedo postergada su ejecución quedan, definitivamente, defraudados con el regreso del extranjero. Se supera así, la inadmisible dejación a la que conducía la regulación anterior fijada por la Ley Orgánica 11/2003, que equiparando los efectos de quebrantamiento de la expulsión, consumado e intentado, con la única consecuencia de la devolución[565], resultaba a todas luces insuficiente para restablecer la confianza en el ordenamiento penal vulnerado[566], habiéndose plantado la doctrina durante su vigencia la posibilidad de aplicación del delito de

[564]. En este sentido vid. Peris Riera, J.; Madrid Conesa, F., "Comentario al artículo 89", M. Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 1205.

[565]. En este sentido muy crítico de esa regulación, la Sentencia del Tribunal Supremo número 1231/2006, de 23 de noviembre considera que: "el legislador abandona toda pretensión de considerar el incumplimiento de la expulsión como una burla o conculcación de los delitos contra la Administración de Justicia y paraliza, de forma injustificada la previsión legal del articulo 468 sustituyéndola por una extraña e ininteligible medida gubernativa que tiene posibilidades de recurso por la vía Contencioso-Administrativa".

[566]. Sobre los efectos perversos a que conducía tal regulación la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2008, pp. 661 señala que: "en los casos en que se procede por la autoridad gubernativa a ejecutar la devolución del extranjero que haya regresado a España contraviniendo una prohibición de entrada. En el caso, dado que conforme al artículo 58.2 de la Ley de Extranjería no es preciso tramitar el expediente de expulsión se interpreta por la autoridad gubernativa que no procede aplicar a lo dispuesto en el artículo 57.7 de la Ley de Extranjería y se ejecuta la devolución sin comprobar las causas pendientes que dicho extranjero pueda tener por delitos cometidos desde que regreso ilegalmente a España hasta su presencia es detectada".

quebrantamiento de condena cuando se logra consumar la entrada en el territorio nacional[567].

En definitiva, por tanto, hasta que se materialice la expulsión, el extranjero sea ingresado en un centro de internamiento de extranjeros, por lo que en el capitulo siguiente del presente trabajo examinamos el internamiento así como estos centros.

4. POSIBLE APLICACIÓN DEL TERCER GRADO A PENADOS EXTRANJEROS A LOS QUE NO LES HAYA SIDO SUSTITUIDA LA PENA POR LA EXPULSION

Una vez visto la expulsión prevista en el artículo 89.5 del Código Penal, vemos necesario hacer una mención a la posibilidad de expulsión de penados extranjeros que durante el cumplimiento de su condena alcancen el cuarto grado de clasificación penitenciaria, también denominado libertad condicional, es una polémica posibilidad legal que contempla el artículo 90 del Código Penal[568].

[567]. Así lo entienden Arias Senso, M., "Expulsión de extranjeros condenados: aproximación critica y comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004", *Diario La Ley*, número 6160, 2005, pp. 11; Almeida Herrero, C., "Pena de prisión y extranjería: algunas especificidades legislativas ", *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, número 16, 2009, pp. 16.

[568]. Artículo 90: "1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario. b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el articulo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo séptimo del título veinte y dos del libro segundo de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la

El órgano judicial a quien compete valorar y acordar esta expulsión no es ya el Tribunal Sentenciador, sino el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en cuanto responsable de "resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan", conforme indica el artículo 76 de la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria[569].

En ejercicio de esta competencia, "el Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles *motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta*

---

organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades. 2. El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código.

[569]. La Ley Orgánica 1/79 de 26 de septiembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 239, de 5 de octubre de 1979. Artículo 76: "1. El Juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. "2. Corresponde especialmente al Juez de vigilancia: a) Adoptar todas la decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores. b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan. c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena. d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días. e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias. f) Resolver en base a los estudios de los equipos de observación y de tratamiento, y en su caso de la central de observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado. g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquellos. h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado. I) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado. j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del director del establecimiento".

o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente código" según el artículo 90.2 del Código Penal.

Una de las medidas que contempla el artículo 96.3 del Código Penal[570]es la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. Aunque esta modalidad de expulsión plantea serios problemas de compatibilidad con la expulsión sustitutiva parcial del artículo 89.5 del Código Penal, al enfrentar las competencias del Tribunal Sentenciador con las del Juez de Vigilancia Penitenciaria, por ello es aplicada en la práctica por algunos jueces de vigilancia penitenciaria.

La Instrucción 18/2005, de la Secretaria General de las Instituciones Penitenciarias, establece la obligación de los centros penitenciarios de dirigirse a los órganos judiciales que no hayan decretado la expulsión en sentencia, en una especie de recordatorio de la medida legislativa comentada y para replanteamiento de su aplicación.

Diversas resoluciones judiciales han valorado que la reconsideración en sede administrativa era una iniciativa contraria al propio texto penal y a la Constitución. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 2004[571], vino a considerar la posibilidad de una revisión de la decisión sobre la expulsión con posterioridad al momento de dictarse sentencia, ya que podrían quedar satisfechos los fines retributivos o preventivos de la pena con el transcurso del tiempo de cumplimiento. En esta sentencia se denegaba la expulsión íntegra en un caso de condena de cinco años por tráfico de drogas motivando la decisión, entre otros,

[570]. Artículo 96.3: "Son medidas no privativas de libertad: 1. La inhabilitación profesional. 2. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. 3. La libertad vigilada. 4. La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado. 5. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. 6. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas*"*.

[571]. La Sentencia del Tribunal Supremo, número 1249/2004, de 28 de octubre.

con el siguiente argumento: *"*cinco meses de prisión no son suficientes para cumplir el efecto disuasorio que se pretende con la pena, por lo que no cumplida ni siquiera la mitad de la pena no cabe la sustitución, sin perjuicio de que, transcurrido ese período de tiempo, el condenado pueda solicitar de nuevo la petición formulada". Así se entendió en el Acuerdo de la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid de 2004[572], fijando pautas de actuación en el sentido de sustituir por expulsión las penas entre 3 y 6 años de prisión (las más graves de la franja penal con posibilidad de sustitución íntegra) no al inicio sino al cumplimiento de la mitad; ello con el fin de evitar la impunidad y posible efecto contrario a la prevención general.

El propio Tribunal Constitucional, en Sentencia número 145/2006, refiere que la posibilidad de dictar en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por expulsión, solo se preveía por el legislador respecto de penas iguales o superiores a seis años para el momento de acceso a tercer grado o cumplimiento de las tres cuartas partes. Además, generalizar la práctica que la Administración propone supondría aceptar como norma la imposición de un plus de castigo para los extranjeros que, de haber cumplido gran parte de la pena impuesta, obtendrían una condena doblemente onerosa al sumarse a la misma la expulsión extemporáneamente decretada.

Instancias inferiores han venido luego a seguir la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, concretando algunos aspectos que el Alto Tribunal dejaba abiertos. Así, destacan que, conforme al artículo 89 Código Penal, la Administración Penitenciaria no es parte legitimada en el proceso de expulsión para solicitar modificaciones en el fallo de la sentencia. Es más, al hacerlo se solicita por un ente público una actuación que modifica de forma esencial el contenido del fallo

[572]. Acuerdo de la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2004.

condenatorio y la ejecución de la sentencia en cumplimiento en contra de la tutela judicial efectiva y por ende la seguridad jurídica, del articulo 24.1 Constitución Española[573]. Por todo ello esta sentencia vino a establecer que solo es admisible acordar la expulsión en fase de ejecución cuando lo haya pedido el propio penado o cuando tal previsión se hubiera incluido en la parte dispositiva de la sentencia.

En respuesta, y teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional número 145/2006[574], la Administración Penitenciaria ha tratado de adaptar su normativa a las resoluciones descritas, pero en continuo intento por favorecer la expulsión. Por ello, la Instrucción 5/2008 reformó la Instrucción 18/2005, estableciendo que si examinados en el testimonio de sentencia los motivos de la no sustitución de la pena por la expulsión, si las penas eran inferiores a seis años, se remitiría al Tribunal sentenciador, una vez cumplida *la mitad de la condena*, informe penal-penitenciario del interno y, en su caso, social, solamente cuando hubiese solicitud del propio penado o cuando en la sentencia condenatoria se haya incluido la previsión de sustituir la pena por la expulsión en fase de ejecución[575].

Esta iniciativa tiene su base en que con el tiempo de condena cumplido pueden haberse satisfecho las distintas funciones o fines de la pena. En ningún precepto legal se regula este plazo, por tanto no se entiende por qué se establece el mismo, la única referencia sería el artículo 36.2 del Código Penal[576]que fija el período de seguridad, el cual

[573]. Artículo 24.1: *"*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

[574]. La Sentencia del Tribunal Constitucional número 145/2006, de 8 de mayo.

[575]. Por el contrario la Administración penitenciaria de Cataluña en su Circular 1/2011 sobre extranjería indica que cuando se remita la propuesta de expulsión es aconsejable contar con la voluntad expresa del penado que la solicite. Estimando más adecuada la postura de la Instrucción 5/2008 y que ha mantenido la Instrucción 21/2011, que deroga la anterior, al ordenar que es obligatorio que conste dicha solicitud.

[576]. Artículo 36.2: "Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el

se cumple cuando la pena es superior a cinco años al alcanzar la mitad de la pena y como consecuencia de ello se puede acceder al tercer grado penitenciario si se cumplen los demás requisitos; todo ello permite salir a régimen abierto, y quizá por ello se entienda en esta instrucción que ya se han cumplido los fines de prevención general, especial y de retribución de las penas.

Tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, serán menores los casos que impidan la clasificación de tercer grado por no tener cumplido el período de seguridad, pues solo es obligatorio en delitos de terrorismo, delincuencia organizada y delitos contra la libertad e indemnidad sexual [577]cuando la víctima tenga menos de trece años. En los demás casos la imposición del período de seguridad dependerá de la facultad discrecional del Juez o Tribunal Sentenciador.

En la reforma Ley Orgánica 5/2010 desaparece toda esta problemática, y si bien se puede sustituir la pena en fase de ejecución mediante auto, siempre habrá que oír previamente al penado. Según la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado[578], los Fiscales también podrán solicitar la expulsión en sustitución del último tramo de la condena cuando así se lo interese el propio condenado con informe de Instituciones Penitenciarias sobre su cercana clasificación en tercer

cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo Séptimo del Titulo Doceavo del Libro Segundo de este Código. Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Delitos del artículo 183. Delitos del Capitulo Quinto del Título Octavo del Libro Segundo de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años. El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior*".*

[577]. Entendida en el sentido que prevé Roig Torres, M., "Concepto material de pornografía en el ámbito penal", *Revista de l´Institut Universitari d´Investigació en Criminologia i Ciencies Penals de la UV*, número 2, 2009, pp. 82-139

[578]. Vid. Nota número 87.

grado, o cuando resulte que está próximo a cumplir las tres cuartas partes de la condena y no hubiera circunstancias penitenciarias que lo impidieran, o porque hubieran llegado al conocimiento del Fiscal hechos o circunstancias relevantes que o pudieron ser tomadas en consideración en el momento de elevarse a definitivas las conclusiones provisionales.

La Instrucción 5/2008[579]establecía que, cuando las penas eran iguales o superiores a seis años, se remitirían los informes jurídicos y sociales junto con la solicitud del interno, en su caso, al Tribunal Sentenciador y al Ministerio Fiscal, bien tres meses antes del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, bien una vez haya sido clasificado en tercer grado. Al haber desaparecido este supuesto ha quedado derogada la Instrucción 5/2008, por la Instrucción 21/11[580], y ha pasado a referirse a cualquier pena privativa de libertad como hizo la Administración Penitenciaria de Cataluña su Circular 1/2011 sobre extranjería[581].

Según la Instrucción 21/2011 no procederá llevar a cabo estas actuaciones cuando se trate de penados extranjeros condenados por

[579]. La Instrucción 5/2008, de 13 de noviembre de 2008.

[580]. La Instrucción de Instituciones Penitenciarias 21/11, de 17 de noviembre de 2011 que actualiza la Instrucción 18/2005 sobre normas generales sobre internos extranjeros.

[581]. Diario La Ley, número 7716, 2011: "La Conselleria de Justicia de la Generalitat promoverá el retorno a su país de origen de los presos extranjeros irregulares cuando hayan cumplido la mitad de la pena. Las autoridades penitenciarias calculan que unos 2.000 reclusos podrían acogerse a esta posibilidad, que inicialmente será voluntaria, pero que la Generalitat y la Fiscalía podrían forzar. Las cárceles del resto de España ya aplican esta posibilidad desde 2001. El actual Código Penal permite esta opción, sobre todo con los presos que se considere que no tienen muchas posibilidades de reinserción social, uno de los objetivos de las penas de prisión, según marca la Constitución Española. Teniendo en cuenta que son inmigrantes irregulares, no podrán obtener permiso de residencia ni trabajo, lo que les dificultará la integración. Si, además, no tienen parientes en el país, las posibilidades de reinserción son muy escasas. Por ello se les propondrá que retornen a su país y no vuelvan a España en cinco o diez años. De los 10.700 reclusos de las cárceles catalanas, casi un 46%, cerca de 5.000, son extranjeros, de los cuales, la Generalitat calcula que unos 2.000 cumplirían los requisitos para ser expulsados. Catalunya dobla la media europea de porcentaje de reclusos inmigrantes, y es el cuarto país en este ámbito, sólo por detrás de Luxemburgo, Austria y Grecia".

alguno de los delitos previstos en el artículo 89.7 del Código Penal, que se refiere a los recogidos artículos 312, 313 y 318 bis (relativos a tráfico ilegal de personas y su explotación laboral, así como asociaciones ilícitas que promuevan estas actividades delictivas)[582].

Tampoco procederá realizar las indicadas actuaciones cuando el penado se encuentre en situación de residencia legal o en condiciones de obtener dicha residencia. Hay que tener en cuenta a estos efectos que, en principio, tendrían residencia legal los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como sus familiares (cónyuge, descendientes menores de veintiún años y ascendientes que vivan a sus expensas) y los familiares de ciudadanos españoles. Todos estos extranjeros constituyen el ámbito de aplicación del Real Decreto 178/2003[583]dictado conforme al Derecho comunitario en materia de extranjería.

5. TERCER GRADO INSTRUMENTAL PARA LA LIBERTAD CONDICIONAL.

En primer lugar, hemos de dejar claro que a las personas condenadas extranjeras sin residencia legal en España, que deseen cumplir el período de libertad condicional en nuestro territorio, también se les puede ser aplicado el régimen de libertad condicional previsto en los artículos 90, 91 o 92 según corresponda[584].

Pero el acceso a la libertad condicional de los reclusos extranjeros presenta los mismos problemas que su clasificación en

[582]. Leganés Gómez, S., "La expulsión de los penados extranjeros", *Revista La Ley Penal*. Número 91, 2012.

[583]. Real Decreto 178/2003 de 14 de febrero.

[584]. Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria número 3 de Madrid, de 6 de octubre de 1996.

tercer grado, de ahí que deban hacerse las mismas consideraciones expuestas anteriormente.

6.1. Regulación Legal.

El artículo 90 del Código Penal regula la institución de la libertad condicional en su número segundo. De acuerdo con ello, tal cual es prevista la expulsión en ese artículo se trataría de una regla de conducta, por remisión a las no privativas de libertad del artículo 96.3 del Código Penal. No se trata de una medida de seguridad por lo que la técnica de la remisión legal resulta desafortunada[585]. Por su objeto difícilmente puede considerarse una regla de conducta en sentido propio, dirigida a facilitar la reinserción del penado. Así lo ha entendido el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de diciembre de 2010 cuando rechaza su imposición[586].

Por todo ello, considero que debe realizarse una interpretación no literal de la remisión que efectúa el artículo 90.2 del Código Penal al apartado tercero del artículo 96 del mismo Texto legal, sino restrictiva, entendiendo que solo podrán ser añadidas a la concesión de la libertad condicional las medidas de seguridad relacionadas en el artículo 96.3

[585]. Roca Agapito, L., "El sistema de sanciones en el Derecho penal español", Bosch, 2007, pp. 516.

[586]. Por los siguientes argumentos: "en una interpretación racional de los articulo 90.2, 83 y 96.3 del Código Penal, no cabe entender que el legislador haya querido autorizar la imposición de medidas de seguridad, cuyo presupuesto es la peligrosidad criminal del sujeto, al liberado condicional, sino tan solo reglas de conducta o determinadas condiciones encaminadas a lograr una más rápida y completa integración social del condenado; que carece de sentido propio, salvo en supuesto muy excepcionales, la expulsión del territorio nacional vinculada a la libertad condicional, pues equivaldría a una renuncia a la recuperación y reintegración en la sociedad de quien ha demostrado con su comportamiento, esfuerzo y evolución penitenciaria que reúna las condiciones y está preparado para gozar del beneficio; y que, con la expulsión, el Juez de Vigilancia Penitenciara no está aplicando una medida favorecedora del proceso de resocialización del interno, sino que esta sancionando extemporáneamente una irregular situación administrativa y efectuando una aplicación prematura de la legislación de extranjería, pues es indudable que, en su momento, las autoridades gubernativas revisaran las circunstancias de la estancia en España del condenado y resolverán en consecuencia.

del Código Penal, en tanto puedan ser consideradas sustancialmente condiciones o reglas de conducta que sirven a los fines propios de esta institución.

Respecto a los supuestos de clasificación en tercer grado a los efectos del articulo 197 Reglamento Penitenciario, hemos de hacer constar que no están previstos en la legislación penitenciaria, tienen un estricto carácter teleológico e instrumental para posibilitar la tramitación de la libertad condicional de los extranjeros no residentes legalmente y de los españoles residentes en el extranjero.

Por tanto, no existe ni un tercer grado específico ni un régimen de vida en semilibertad aplicable a los mismos, sino que el penado permanece en prisión en régimen ordinario hasta que el Juez de Vigilancia Penitenciaria aprueba la libertad condicional para que el extranjero no residente legalmente en España o el español residente en el extranjero la pueda disfrutar de la misma en el respectivo país.

Según Nieto García, la redacción del artículo 197 del Reglamento Penitenciario de 1996, fechas en las que no existía todavía la sobreocupación de la población reclusa extranjera actual que aconsejase la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente, hace inferir que el acceso al tercer grado puede contar no solo con esos fines teleológicos de acceso a la libertad condicional sino que, a su vez, podría requerirse que el interno fuere técnicamente acreedor del tercer grado[587].

[587]. Nieto García, A. J., «El acceso al tercer grado penitenciario: ¿teleológico o real?», *Diario La Ley,* número 7737, 2011, pp. 6.

Leganés Gómez[588]comparte totalmente este criterio puesto que existe la otra vía de sustitución de la pena por la expulsión al llegar el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena (articulo 89.5 Código Penal), sin que sea necesaria la clasificación en tercer grado, por tanto cuando se produce ésta es porque el penado cuenta con una evolución tratamental favorable que hace inferir la posibilidad de vivir en libertad condicional aunque sea en otro país.

El articulo 197 Reglamento Penitenciario permite que los extranjeros que lo deseen, y se encuentren en situación irregular en nuestro país, puedan disfrutar de la libertad condicional en su país de origen. Esta posibilidad se convierte en ejecutable, según la trayectoria del penado, al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena o de las dos terceras, discutiéndose aún en determinados foros si se puede combinar este precepto con la figura de la libertad condicional supercualificada del articulo 91.2 Código Penal.

No obstante, según Hernando Galán[*589*], los mecanismos de control previstos por los Tratados para que los liberados condicionales que sean trasladados a su territorio, solo se pondrán en marcha cuando se haya seguido el procedimiento previsto por el propio Convenio y no cuando, de forma unilateral, la Administración Penitenciaria española, con la autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente, haya seguido el procedimiento previsto en el art. 197.1 del Reglamento Penitenciario.

El precepto no se ajusta específicamente a los extranjeros no residentes legalmente en España, sino que se extiende igualmente nominalmente a los españoles residentes en el extranjero. Este artículo

[588]. Leganés Gómez S., “La expulsión de los penados extranjeros”, La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, número 91, 2012, pp. 5.

[589]. Hernando Galán, B., Los extranjeros en el Derecho Penitenciario, Colex, Madrid, 1997.

suscitó debates porque algún Juzgado de Vigilancia aislado sostuvo la ilegalidad del mismo en base a que carecía de cobertura legal en el Código Penal, y la ausencia de ratificación por España de determinados tratados y convenios europeos sobre la materia.

Pero también es cierto que el Código Penal tampoco dice nada en contra. Desde una óptica resocializadora, si el condenado tiene más posibilidades de reinsertarse en el lugar donde al fin y al cabo reside, aunque contraviniendo la ley administrativa, es allí donde debiera cumplir el período de libertad condicional[590].

A juicio de Fernández Arévalo y Nistal Burón, el articulo 197.1 Reglamento Penitenciario no solamente no es ilegal, sino que en todo caso, si de algo se le puede tachar es de restrictivo porque podrían acogerse al mismo los extranjeros residentes legalmente en España y los españoles que desearan desplazarse con carácter más o menos fijo al extranjero[591].

Según estos autores, el Juez de Vigilancia Penitenciaria al imponer las reglas de conducta del articulo 90.2 Código Penal en relación con el articulo 96.3.3ª, que contempla la obligación de residir en un lugar determinado, puede determinar la residencia del penado en el país donde le sea más favorable su reinserción y si es en nuestro país o es en otro extranjero el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede así

[590]. En este sentido, el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Madrid, de 23 de febrero de 1999, en el que se resuelve en contra del criterio de la Junta de Tratamiento, que supedita el signo favorable de su informe a que el periodo de libertad condicional se cumpla en el país de origen del interno y que el Juez de Vigilancia Penitenciaria califica de "argumento más propio de una concepción de orden público de la política penitenciaria, que de una preocupación por la realidad pues no se alcanza cómo esta persona puede tener más posibilidades de vivir honradamente en un país que, aun siendo el de origen le resulta lejano y, según él mismo afirma, hostil, y donde no consta que tenga trabajo ni arraigo, que en España donde trabaja y vive su familia".

[591]. Fernández Arévalo y Nistal Burón, *Manual de Derecho Penitenciario*, Pamplona, Aranzadi, 2011, pp. 154, 599 y 600.

aprobarlo, siempre que haya convenios que permitan el traslado y control del penado.

Por tanto, entiendo que, aunque el articulo 197.1 menciona solo a los extranjeros que no tienen su residencia regularizada, no obstante debería aplicarse a los extranjeros con residencia legal, dado que si este artículo se fundamenta en las necesidades específicas para la reinserción de los que cumplen condena lejos de su país de residencia, entonces cualquier condenado en esta situación debería poder acceder a esta medida. Basta pensar en un ejemplo, como un penado comunitario que se quiere ir a cumplir la libertad condicional a su país porque allí reside su familia o tiene trabajo, negarle esta opción podría avocarle a la reincidencia por falta de apoyo social y económico para vivir en España. Al ser comunitario no es expulsable pero si pasa a tercer grado en ocasiones el Juez de Vigilancia Penitenciaria lo envía a su país como una regla de conducta, ya que no hay nada legislado, los comunitarios prefieren España a sus países de origen porque los centros de aquí son mejores[592]. Si son irregulares, con penas mayores de 2 años y menores de 6 años son expulsados en cambio si son comunitarios tienen que cumplir la pena.

[592]. Se planteó por la Policía ante la Audiencia Provincial de Tarragona la imposibilidad de ejecutar la expulsión de un ciudadano letón, al haber ingresado dicho país en la Unión Europea tras la adopción de la medida. En su auto de 3 de enero de 2005, dicha Audiencia Provincial considera ajustada la expulsión, fundamentalmente a tenor de dos argumentos: 1) Inmodificabilidad de las resoluciones judiciales. En este caso se trata de una sentencia de conformidad, en la que se acuerda por la Juez de lo Penal la expulsión, resolución que ganó firmeza al no ser recurrida por las partes. De optarse por la imposibilidad de la expulsión y la ejecución de la pena, se alteraría lo resuelto en una resolución judicial firme en perjuicio del reo. Digo en perjuicio del reo, porque en este caso el condenado quería ser expulsado. 2) Posibilidad de expulsar a un ciudadano comunitario. La expulsión de un ciudadano comunitario es posible en vía administrativa. No obstante ello, debemos tener en cuenta que la expulsión en este caso carecerá prácticamente de eficacia, al gozar el condenado de la libre circulación en el espacio Schengen.

El artículo 89 del Código Penal difícilmente puede ser aplicado a un ciudadano comunitario[593], constatando por lo demás la dificultad adicional para que la medida resultase efectiva, teniendo en cuenta la existencia de un espacio común sin fronteras creado por las normas de Schengen. Estas conclusiones se refuerzan con la regulación contenida en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que dispone en su artículo 33 que el Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio de un ciudadano comunitario como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos anteriores. Estos requisitos (generales para la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea o de miembros de su familia) por lo que ahora interesa se concretan en que conforme al artículo 27 las limitaciones a la libertad de circulación y residencia sólo podrán acordarse por razones de orden

[593]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, número 606/2012, de 13 de julio, en virtud de la cual se le condena por uso de tarjetas de créditos falsificadas con la expulsión del territorio nacional como pena sustitutiva a la prisión impuesta a la acusada. Revocación de su aplicación acordada en la instancia. Al tratarse de una ciudadana rumana, con los derechos propios de la ciudadanía europea desde la incorporación a la Unión de su país de origen a partir del Tratado de Adhesión del mismo, de 25 de abril de 2005, ratificado por España el 29 de diciembre de 2006 y con eficacia plena desde el 1 de enero de 2007, le es de aplicación el derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y concretamente en el español. Solo por razones graves de orden o seguridad públicos, contempladas en el Real Decreto 240/2007 y declaradas expresa y concretamente por la Autoridad administrativa competente para ello, los extranjeros comunitarios y asimilados pueden sufrir la expulsión, lo que no se da en el caso presente. El Tribunal Supremo estimo parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que condeno a la acusada por uso de tarjetas de créditos falsificadas con la expulsión del territorio nacional como pena sustitutiva a la prisión impuesta a la acusada, casa y revoca su fallo para excluir el pronunciamiento relativo a la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del territorio nacional, manteniendo el resto del contenido dispositivo de dicha Resolución. [594]. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, número 12/2012, de 26 de abril, en esta sentencia se estima que sí procede acceder a la expulsión solicitada por la Defensa del procesado, puesto que, independientemente que en vía administrativa no haya habido pronunciamiento sobre la irregularidad de la situación de residencia del penado, carece de permiso de residencia y por tanto cumple el requisito que para la expulsión precisa el citado artículo 89.1 del Código Penal; mientras que si, por otra parte el Real Decreto 240/07, contempla como medida a aplicar a los ciudadanos comunitarios la expulsión por razones de orden público, tal expulsión es procedente.

público[594], seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos.

En este sentido debemos hacer referencia a la sentencia tan relevante del Tribunal de Justicia (CE) Gran Sala número C-34/2009[595], en la cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea resuelve la cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 12, 17 y 18 Tratado de la Comunidad Europea[596] y de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[597]; en relación con la negativa de la Oficina de Empleo Belga de conceder a un nacional colombiano el derecho a las prestaciones por desempleo con arreglo a la normativa belga . La Sala declara que el articulo 20 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo , en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión.

Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y

[594]. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, número 12/2012, de 26 de abril, en esta sentencia se estima que sí procede acceder a la expulsión solicitada por la Defensa del procesado, puesto que, independientemente que en vía administrativa no haya habido pronunciamiento sobre la irregularidad de la situación de residencia del penado, carece de permiso de residencia y por tanto cumple el requisito que para la expulsión precisa el citado artículo 89.1 del Código Penal; mientras que si, por otra parte el Real Decreto 240/07, contempla como medida a aplicar a los ciudadanos comunitarios la expulsión por razones de orden público, tal expulsión es procedente.

[595]. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Gran Sala, número 34/2009, de 8 de marzo.

[596]. Tratado de 25 marzo 1957. Tratado de Roma, constitutivo CEE.

[597]. Carta de 18 diciembre 2000. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. El articulo 28 dispone que antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen[598].

El articulo 197 Reglamento Penitenciario es un precepto que de por sí cuenta con numerosos flecos y da lugar a dudas en cuanto a su ejecución.

Ello porque, a pesar de tratarse de una libertad condicional y no una expulsión, su carácter internacional y la ausencia de tratados internacionales efectivos convierte en inútil cualquier esfuerzo por seguir la pista del liberado. El control que se ejerce sobre el mismo en cuanto a su ubicación espacial real y cumplimiento de condiciones impuestas es nulo, dándose con ello carta blanca a aquellos delincuentes de carácter internacional y facilidad de traslado. Además, en el momento del

[598]. Escrihuela Chumilla, F.J., “Las consecuencias jurídicas del delito: la pena”, en *Todo Penal*, La Ley, Madrid, 2011.

licenciamiento definitivo se acuerda el cumplimiento de una causa sin conocer el paradero ni el itinerario conductual del condenado[599].

6.2. Régimen

En íntima relación con lo anterior, el descontrol al que aludimos justifica las reticencias de algunos equipos de tratamiento para elevar propuestas que conjuguen la libertad condicional en el extranjero y la supercualificada del artículo 91.2 del Código Penal.

El régimen que resulta de todo ello parece excesivamente beneficioso. Pero, a pesar de que en sede administrativa se acuerde el acceso a un tercer grado a los efectos descritos de expulsión o libertad condicional, la decisión última depende del tribunal sentenciador y del Juez de Vigilancia Penitenciaria, respectivamente.

Es muy posible que la sobreocupación de las prisiones y los problemas que la presencia de extranjeros en las mismas determinen a la Administración Penitenciaria a flexibilizar las condiciones de aplicación de terceros grados. Terceros grados que aliviarían de trabajo a la Administración, pero que nada tienen que ver con su razón de ser inicial.

Un problema que se presenta en la práctica en relación con los extranjeros en situación de libertad condicional es si es factible la ejecución respecto de los mismos de la expulsión, ya administrativa, conforme a la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los

[599]. No obstante, la Decisión Marco del Consejo de 27 de noviembre de 2008 trata de enmendar esta situación en el contexto de la Unión Europea, si bien la cuestión seguirá abierta en la mayoría de los casos que se tramitan por implicar a países sudamericanos.

extranjeros en España y su integración social[600], ya judicial, esta última al amparo del artículo 89 del Código Penal.

En el primer caso, la expulsión administrativa no procede, pues el liberado condicional está cumpliendo una pena y ésta no puede quedar sin efecto por decisión de una autoridad administrativa. En el caso de la expulsión acordada en sustitución de la pena, dado que en este supuesto desaparece el presupuesto de actuación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, la pena privativa de libertad, no cabe duda de que ha de prevalecer la decisión del sentenciador.

Como hemos dicho anteriormente, el artículo 197 Reglamento Penitenciario no regula la situación de los extranjeros que, con residencia legal en España, quieran sin embargo volver a su país de origen. En principio, el tenor literal del precepto no parece que pueda suponer un obstáculo insalvable para autorizar esta modalidad de libertad condicional.

La Secretaría General de las Instituciones Penitenciarias en las observaciones al Anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2010, hizo referencia a la necesidad de incluir el articulo 197 Reglamento Penitenciario en este código dentro de la sección tercera del capítulo tercero dedicada a la libertad condicional, ampliando la expresión “penados extranjeros”, sin más[601].

Estoy de acuerdo con dicha propuesta porque con ella se daba cobertura legal a la libertad condicional de los extranjeros, pero también considero que en dicha reforma se debería prever la posibilidad de la

[600]. Vid. Nota número 14.

[601]. García García, J., “Extranjeros en prisión y medidas repatriativas”, Jornadas de ATIP: Nuevas realidades penales y penitenciarias: los retos en u escenario de cambios, Almagro, 2010, pp. 78.

libertad condicional de los extranjeros con residencia legal y de los españoles que residan en el extranjero. La Administración penitenciaria de Cataluña, en su Circular 1/2011[602], sobre extranjería, recoge, entre otros asuntos, que es necesario prever mecanismos necesarios para garantizar que una vez autorizado este tipo de libertad condicional, el penado abandone el territorio español y llegue a su destino, para ello se ha de comprobar que ha llegado allí.

El control y seguimiento de estos casos de libertad condicional queda sujeto a los convenios que puedan existir al efecto, mas en la práctica, ante su falta, viene a convertirse en una expulsión consentida[603]. Desde el prisma resocializador resulta coherente que se permita cumplir el período de libertad condicional en el lugar de residencia de la persona condenada, donde sus circunstancias personales y sociales, serán, por lo general, más favorables de cara a su reinserción.

Haciendo abstracción de la libertad condicional, los grados de clasificación son tres, siendo el segundo de ellos el que cabría de calificar de ordinario, al menos en las fases iniciales del cumplimiento, significando los otros dos, el primero y el tercero, una regresión o progresión en la evolución del interno.

[602]. Circular 1/2011, sobre extranjería.

[603]. Señalar al efecto que el Convenio del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 1964, relativo a la vigilancia de las personas con condenas en suspenso o en libertad condicional, ha sido ratificado (con numerosas reservas) por solo doce estados miembros, del que España no es parte.

Para la individualización del tratamiento, se recurre al sistema de clasificación, articulo 63 y tener en cuenta el 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria[604].

El sistema de individualización científica comporta, en principio, que no haya que pasar por todos los grados de clasificación, a diferencia del sistema progresivo, y en especial que se pueda clasificar inicialmente a un interno en el grado superior sin necesidad de pasar por los precedentes, salvo la libertad condicional.

Los factores determinantes a valorar por la Junta de Tratamiento a la hora de proponer uno u otro grado de clasificación, articulo 102 Reglamento Penitenciario, son: la personalidad; el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas; el medio social al que retorne el recluso y los recursos; y las facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

En el caso de los reclusos extranjeros la problemática se centra fundamentalmente en su integración socio-familiar y su situación jurídica. De salida, como es obvio, tienen mayores dificultades de acceso a un régimen de permisos y éstos, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de junio de 1996 (La Ley 7781/1996), son funcionales a los regímenes de semilibertad.

[604]. Articulo 72 Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que “las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 articulo 10 de esta ley”.

El deficiente arraigo que se da en muchos casos, la imposibilidad de acceso a un trabajo con el cual subvenir las necesidades, aboca a la marginalidad, lo que hace difícil que pueda afirmarse que exista esa capacidad para llevar a cabo un régimen de vida propio del tercer grado.

Conviene aquí traer a colación el antes citado Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005. Con tal acuerdo se intentó solucionar un problema que se presentaba respecto de la actividad laboral de los extranjeros reclusos, pues el Reglamento de Extranjería no contiene previsión alguna específica al respecto, lo cual tiene consecuencias prácticas relevantes. Y es que, en principio, sin una normativa particular, no cabría que los reclusos de esta clase pudieran desarrollar actividad laboral alguna, no ya fuera del establecimiento penitenciario, antes bien, ni siquiera dentro del mismo.

Las actividades laborales en el establecimiento penitenciario se rigen por el Real Decreto 782/2001[605], por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. El artículo 1 de tal normativa fija su ámbito de aplicación, que se extiende a la actividad laboral que los internos que desarrollen en los talleres productivos de los centros penitenciarios, quedando excluida de su ámbito de aplicación la relación laboral de los internos en régimen abierto, sometidos a un sistema de contratación ordinaria con empresarios, que se regulará por la legislación laboral común, sin perjuicio de la tutela que en la ejecución de estos contratos pueda realizarse por la autoridad penitenciaria. No se consideran dentro de su ámbito las diferentes modalidades de ocupación no productiva que se desarrollen en los establecimientos penitenciarios, tales como la

[605]. Real Decreto 782/2001, de 6 de julio.

formación profesional ocupacional, el estudio y la formación académica, las ocupacionales que formen parte de un tratamiento, las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento, las artesanales, intelectuales y artísticas y, en general, todas aquellas ocupaciones que no tengan naturaleza productiva. Conforme al artículo 19 estos internos quedarán incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

El Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 se dicta al amparo de la Disposición Adicional Primera Real Decreto 2393/2004[606], que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000 (Ley de Extranjería), y dispone que cuando las circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros puede dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de trabajo. En este Acuerdo se trata además de dar cumplimiento a lo preceptuado en el articulo 5.1 a) Real Decreto 782/2001 ya citado, que fija como principio, entre los derechos laborales de los internos trabajadores, el de no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de nacionalidad.

Hay que distinguir dos situaciones que se recogen en este Acuerdo, la primera, el trabajo desarrollado en los talleres productivos dentro del establecimiento penitenciario, a cuyos efectos la resolución judicial que ordena el ingreso tiene validez de autorización de trabajo, a los efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, extendiéndose su validez hasta la finalización de las actividades laborales en aquéllos. La segunda la de los internos en tercer grado y libertad condicional, respecto de los que se podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución del la Secretaría General de

[606]. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, siempre y cuando el penado extranjero reúna una de las siguientes condiciones, encontrase en la situación de residencia o en la de estancia por estudios, en el momento de producirse la condena, teniendo en cuenta la posibilidad que establece el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000; encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o del Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del articulo 45 Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por Real Decreto 2393/2004, para la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales; encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o del Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del articulo 72 Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por Real Decreto 2393/2004, para la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

En estos supuestos la concesión de validez de autorización de trabajo tendrá plenos efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, no otorgando por sí misma, en ningún caso, la condición de residente extranjero, y tendrá una duración máxima de seis meses, renovables, con el límite de la fecha de cumplimiento de la condena.

El primer problema que se plantea es si cabe entender incluidos en el ámbito del Acuerdo los Autos por los cuales se aplica el régimen de flexibilidad del artículo 100.2 Reglamento Penitenciario. Cuando tales

resoluciones tienen por objeto la realización de actividades laborales fuera del establecimiento penitenciario, así debería ser[607] .

Analizando los tres supuestos del Acuerdo, el primero de ellos puede reconducirse a que el recluso regularizada su situación en España al tiempo de la condena, no planteando mayores problemas.

El segundo y tercer supuesto toma como referencia cronológica el momento de la condena o el de la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o del Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, lo cual es especialmente relevante pues, en dos de los supuestos, se exige no tener antecedentes penales, situación que nunca se va a dar en el momento de la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o del auto del Juez de Vigilancia.

El artículo 45 del Real Decreto 2393/2004 regula las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales. El artículo 72, por su parte, regularía los supuestos de residencia permanente. Sistematizando ambos preceptos y teniendo en cuenta el requisito cronológico, se pueden hacer dos grupos de supuestos. En primer lugar los supuestos referidos al momento de la condena[608] y en

[607]. Ortiz González, A. L., «Prisión, extranjería y reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles», *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, número 16, 2009.

[608]. Articulo 45.2 a): Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año. Art. 45.2 b): A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, o bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges,

segundo lugar los supuestos referidos tanto al momento de la condena, como al de la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o del Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional[609].

Este planteamiento, sin embargo, no es compartido por Ortiz González[610], que entiende que la remisión que hace el Acuerdo analizado ha de referirse a los supuestos del artículo 45 del Real Decreto 2393/2004, pero no a los requisitos, en concreto a la no existencia de antecedentes penales, de forma que así se entenderían comprendidos dentro del mismo un número más elevado de reclusos extranjeros, al considerarse la actividad laboral realizada en el establecimiento penitenciario. Y todo ello en aras a la reinserción.

Sin embargo, este planteamiento choca con un principio de justicia material, pues se da un mejor trato al extranjero que delinque que al extranjero que cumple la Ley. Es por ello que tiene sentido la consideración que se hace en el Acuerdo en cuanto a los dos momentos, el de la condena y el de la resolución clasificatoria, de modo que solo se permite trabajar fuera del centro penitenciario al recluso

---

ascendientes y descendientes en línea directa. Articulo 45.4 c): Por razones humanitarias a los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo

609. Artículo 45.2 c): Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles. Artículo 45.3: Relativo a una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en él, en los términos previstos en él, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado por él. Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia temporal en los casos a los que se refieren los arts. 31.4 y 34.1. Artículo 45.4: Por razones humanitarias, Articulo 45.5: A las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurran razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

610. Vid. Nota numero 298.

extranjero que no tenía antecedentes penales cuando fue condenado, denegándose tal posibilidad al que se encontraba en el caso contrario.

En el marco de la Unión Europea, ha de citarse la Decisión Marco 2008/947/JAI, del Consejo de 2008[611], que en el futuro va a implicar un seguimiento en los Estados miembros de las situaciones de libertad condicional similar al que existe respecto de las libertades condicionales en el propio país.

Esta Decisión Marco tiene por objeto (artículo 1) facilitar la reinserción social de la persona condenada, mejorar la protección de las víctimas y del público en general y facilitar la aplicación de medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas adecuadas en el caso de las personas condenadas que no vivan en el Estado de condena. Dentro del concepto de libertad vigilada queda comprendido el de libertad condicional (artículo 2). Como características de la nueva regulación, es conveniente destacar[612], en primer lugar, que la Autoridad del Estado de ejecución no ha de ser necesariamente judicial, siempre y cuando según la normativa de tal país dicha Autoridad tenga esa competencia en sus procedimientos nacionales (artículo 3.2); en segundo término que es preciso que sea instado por el interesado y que dicha solicitud sea admitida por el Estado de destino (artículo 5.2); una vez aceptada por el Estado de ejecución la misma, cesa la competencia del Estado emisor (artículo 7.1). En principio corresponde al Estado de ejecución la toma de las decisiones ulteriores, incluso, salvo que haya hecho la correspondiente declaración, la revocación para el caso de incumplimiento de las condiciones (artículo 7.2 y 14.3). Tales decisiones se comunican al estado de emisión. Se establece un amplio catálogo de

[611]. Decisión Marco 2008/947/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

[612]. De Marcos Madruga, F., «Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión», *Diario La Ley,* número 7410, 2010, pp. 13-16.

delitos al que es aplicable, sin necesidad de comprobar la doble tipificación, pero siendo preciso que tales infracciones estén castigadas en el Estado miembro de emisión con pena privativa de libertad o medida de privación de libertad de un máximo de al menos tres años (artículo 10).

Por último, la vigilancia y la ejecución de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas se regirán por el Derecho del Estado de ejecución (artículo 13).

No obstante todo lo dicho sobre el disfrute de la libertad condicional en el país de origen de los extranjeros no residentes legalmente en España, la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado establece que los Fiscales se deben oponer a que la expulsión sustitutiva parcial sea acordada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria como regla de conducta de la libertad condicional, pues la ley es clara al atribuir directamente la competencia del Juez o Tribunal sentenciador. Por tanto, volvemos a insistir en la falta de cobertura legal de este tipo de libertad condicional[613] al estar solo regulada en el Reglamento Penitenciario, por lo cual debería ser suprimida del mismo para no atentar contra la jerarquía normativa, o bien ser incluida en el Código Penal como una nueva modalidad de libertad condicional, recordemos que esta última solución ya fue adoptada respecto a la libertad condicional de enfermos muy graves e incurables que solo estaba regulada en el artículo 60 del Reglamento de 1981, y que fue incluida en el Código Penal de 1995.

[613]. Rodríguez Yagüe, C., "Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad", *Revista General de Derecho Penal*, número 2, 2004, pp. 32- ss.

6. LA EXPULSION DE MENORES.

No podemos terminar el presente capitulo sin hacer una breve mención a la expulsión de los extranjeros menores de edad ya que al lado del fenómeno de la inmigración legal o regular, nos encontramos también con una situación muy problemática y que está, verdaderamente, desbordando a todos los agentes implicados, y que es la llegada de extranjeros a España de forma irregular.

Los menores de edad no han permanecido al margen de estos flujos migratorios[614]. Muy al contrario, dentro de estos últimos, resulta excesivamente frecuente la presencia de un número relativamente elevado de menores que, en un intento de mejorar sus perspectivas de futuro, optan por la aventura de la emigración, sin que, por otra parte, lo hagan en compañía de adultos que se responsabilicen de ellos[615].

Según la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 (97/C221/03), cabe identificar como menores inmigrantes a los "niños y adolescentes menores de 18 años, nacionales de terceros países, que se encuentran en el país receptor sin la protección del familiar o adulto responsable que habitualmente se hace cargo de su cuidado, ya sea legalmente, o con arreglo a los usos y costumbres".

---

[614]. Sánchez González, M.P., "Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes en España". *Actualidad Civil,* número 18, 2005, pp. 2181.

[615]. Refiriéndose específicamente a los menores magrebíes, Duran Ayago, "El menor en el nuevo régimen de extranjería", en Jornadas sobre la Ley de Extranjería e Inmigración, Cáceres, 2003, pp. 73 y SS. Según el análisis efectuado en un Encuentro realizado entre la Asociación Marroquí de derechos Humanos y la Asociación Pro Derechos de Andalucía, el aumento de la migración de menores es preciso buscarla en la situación estructural de miseria y pobreza que hay en Marruecos en general y muy en particular en la zona norte del país. Los indicadores de la situación socioeconómica son suficientemente reconocidos como para que no sea preciso repetirlos. Baste señalar que el sesenta y cinco por ciento de la población es analfabeta, que el paro oficial es superior al veinticinco por ciento o que Marruecos ocupa el lugar ciento veinticinco en el indicador de Desarrollo Humano de la ONU, o que la renta per capital es de tres mil quinientos dólares frente a los catorce mil de España.

En lo que se refiere a nuestro país, de acuerdo con la normativa aplicable, estos menores inmigrantes no acompañados pasan a ser responsabilidad de los entes tutelares de las distintas Comunidades Autónomas[616]. Y al ser cada vez mayor el número de menores que cruzan solos nuestras fronteras, es también cada vez mayor el volumen de los recursos económicos que hay que canalizar hacia los referidos entes tutelares a fin de que puedan cumplir adecuadamente con sus funciones. Esencialmente, ésta es la razón que ha originado que lo que en principio era un problema de carácter social (la inmigración), se haya transformado en un problema político de primera magnitud. A raíz de este cambio en la naturaleza del problema, se han realizado distintos pronunciamientos, a veces muy polémicos, por parte de aquéllos a los que les incumbe alguna responsabilidad en su solución.

La llegada de estos menores a nuestro país comienza a producirse en los años 90, hablándose de tercera generación de la inmigración, tras la del padre y la posterior de la madre[617].

Esta situación se está dejando notar en todas las Comunidades Autónomas, pero sin duda, en algunas, como Canarias y Andalucía, de forma especialmente significativa.

Menores de edad, según el diccionario jurídico[618]es un estado civil de la persona física que no ha cumplido dieciocho años. Históricamente, es casi constante la consideración del menor como persona sometida a una especial protección, derivada de su propia dependencia; expresión que se mantiene hasta la codificación, en que

[616]. Morote Sarrion, J.V., "El sistema autonómico en la encrucijada. Análisis critico de las propuestas de reforma", *Revista Valenciana d´estudis autonomics*, número 57, 2012, pp. 140-176.

[617]. Serrano Ochoa, M.A. y Sibony R. "Los procedimientos de Derecho de Familia y Extranjeros", Bosch, 2009.

[618]. Martínez Esteruelas, C.; Diez Moreno, F.; "Diccionario Jurídico Espasa", Madrid, 1993.

se decía ser intención de las leyes no prohibir el comercio y el negocio a los menores, sino impedir que fueran engañados o se engañasen, siendo totalmente capaces de obrar, si bien en su exclusivo beneficio, que eran más bien incapaces de obligarse que de contratar. Este es el criterio que se sustenta en el Code y se mantiene en nuestro Código Civil.

El Consejo de la Unión Europea, en el artículo 1 de su Resolución de 26 de julio de 1997, define a los Menores de Edad No Acompañados como "todos los nacionales de países terceros menores de 18 años que entran en el territorio de los Estados miembros sin estar acompañados de un adulto que sea responsable de ellos por la ley o el hábito, y mientras no estén efectivamente bajo cargo de tal persona... así como menores nacionales de países terceros que fueron dejados solos después de entrar en el territorio del Estado miembro".

En lo que se refiere a los motivos fundamentales que llevan a estos menores a abandonar sus países y entrar en España, el ACNUR viene destacando los siguientes: Pobreza, catástrofes naturales, desestructuración familiar, desprotección institucional, imposibilidad de forjarse un futuro, conflictos armados, violaciones de derechos fundamentales. En concreto, para los menores marroquíes, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía señala como causas fundamentales de su llegada a España socio-económicas de miseria y pobreza, sociales y políticas de contenido represivo. Éxodo rural, paro y yugo socio-político-religioso[619].

En esta materia, es preciso compatibilizar las normas de extranjería con las previstas para la protección de los menores, y éstas,

[619] Armenteros León M., "Consideraciones sobre la situación jurídica en España de los menores extranjeros no acompañados"; *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2007, pp. 1616-1629.

tanto las de carácter estatal como las dictadas por las diversas Comunidades Autónomas[620].

Entre ellas y de acuerdo con el principio general de flexibilidad en la determinación de las medidas aplicables en interés del menor, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad Penal de los menores, autoriza desde la sustitución hasta la cancelación de cualquier medida impuesta, pasando por la suspensión de la ejecución. Respecto a las dos primeras posibilidades se refiere el artículo 14 y 51. El artículo 14 faculta al juez a adoptar en cualquier momento alguna de las siguientes opciones: a) dejar sin efecto la medida impuesta; b) reducir su duración, y c) sustituirla por otra diferente. El artículo 51 se aplicara una vez iniciada la ejecución.

En cualquier caso, las posibilidades de modificación deben ejercerse con sujeción a los principios básicos que rigen la aplicación de las medidas, teniendo en cuenta el buen criterio judicial para la concreción de los supuestos que corresponda sin olvidar nunca el criterio decisivo del interese del menor[621].

Aunque la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2003[622] habla de devolución y de retorno no debemos olvidar que los efectos de éstos son similares a la expulsión y, por ello, han sido considerados análogos a la misma en materia de menores. Por ello, debemos preguntarnos si cabe la expulsión de un menor de edad.

[620]. Esteban de la Rosa, G., "Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia, bibliografía*, número 1, 2003, pp. 1619-1628.

[621]. González Cussac, J.L., *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blach, Valencia, 2002, pp. 80-130.

[622]. Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2003, de 23 de octubre "sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo"

Aunque algún autor ha defendido la posibilidad de la misma, yo creo que ello no es posible[623].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 209/2011[624]. Detención de la acusada que portaban en vehículos prendas de vestir y otros enseres procedentes de hurtos, como lo acredita la tenencia de bolsas forradas con papel de aluminio para burlar los sistemas de alarma de los establecimientos. Se le pena con la expulsión del territorio nacional pero no procede por arraigo por previa residencia legal e hijo menor de edad nacido en España. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso contra la sentencia de condena por delito de receptación en el único sentido de modificar la pena.

Entre sus fundamentos de derecho nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo número 35/2007[625]recordando la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004 recuerda como "es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona -sea o no inmigrante, ilegal o no- que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950[626], y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya

[623]. Fábrega Ruiz, C. F., Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho, *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2004, pp. 1690-1702.

[624]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, número 95/2012, de 7 de Marzo.

[625]. La sentencia del Tribunal Supremo número 35/2007, de 25 de enero.

[626]. En este sentido vid. de acuerdo con una interpretación sistemática de la Constitución Vidal Fueyo, M.C., “Nuevas variables a tener en cuenta en el diseño del

se ha dicho, la filosofía de la reforma del artículo 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas[627], utilitaristas y de política criminal[628] 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. Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba (y así está en la actualidad) respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que

---

estatuto jurídico de los inmigrantes", *Revista General del Derecho Constitucional*, número 3, 2007, pp. 7-9, Pérez Vera, E., Abarca Junco, P., "Comentario al artículo 13.1", *comentarios a la Constitución Española de 1978*, O. Alzaga Villaamil, Edersa, 199, pp. 186-187; Fernández Rozas, J.C., Arroyo Montero, R., Fernández Pérez, A., "Comentario al artículo 57", en J.L., Monereo, C. y Molina Navarrete, *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración Social,* 2001, pp. 767-768. Fernández-Miranda Alonso, F.," Comentario al artículo 19", en O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, 1997, pp. 493. Borrajo Iniesta, I., "El Status constitucional de los extranjeros", en S. Martin-Retortillo Baquer, *Estudios sobre la Constitución Española, civitas,* 1991, pp. 701-702. Pérez Villalobos, M.C., "Libertad de circulación y residencia (artículo 5)", en M. Moya Escudero, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, 2001, pp. 530, 532 y 533. Alvarez-Ossorio Micheo, F., "Los derechos fundamentales de los extranjeros en España", en A. Rodríguez Benot, *El nuevo derecho de extranjería. Estudios acerca de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Comares, 2001, pp. 50. Se trata de normas enmarcadas, aunque no de modo exclusivo en el Derecho Internacional de los derechos humanos como afirma Bonet Pérez J., "Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español", *Cuadernos Deusto de Derechos Human*os, número 22, 2003, pp. 10.

627. En este sentido hay quienes analizan la expulsión desde el enfoque característico del "derecho penal del enemigo", considerando tal institución como funcional a un modelo económico que se beneficia de la perpetuación de la situación de ilegalidad, y consiguiente precariedad de los extranjeros., Vid. Brandariz García, J.A. "La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias en el sistema penal español", en Criminalización racista de los migrantes en Europa, comares, 2010, pp 271-289. También Cancio Meliá, M., "La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal", civitas 2005, pp. 187, 213-214. Leandro Viera Da Costa, P., "La expulsión de los extranjeros "sin papeles", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 21.2010, pp.. 162.

628. Como señala en ese sentido Tamarit Sumalia, "la sustitución por la expulsión constituye una pura solución fundada en un pragmatismo difícilmente justificable, basado en la voluntad de evitar la saturación de los centros penitenciarios y de sacar el problema fuera del país". Tamarit Sumalia, J.M. "Comentario al artículo 89", en G. Quintero Olivares, *Comentario al Código Penal Español, Aranzadi,* 2011, pp. 614. También Maza Martin, J.M., "El tratamiento del delincuente extranjero en el Derecho penal español", en M. Balado Ruiz-Gallegos, *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el S. XXI*, Bosch, 2008, pp. 856.

justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado "....olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir.... y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[629], como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión....".

En efecto, un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundadamente...". Para concluir afirmando que: en conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura,

[629]. La pionera Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989, sentó la eficacia extraterritorial del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando acordó declarar contraria al mencionado precepto la extradición del demandante porque era casi seguro que, en Estados Unidos, podía ser condenado a muerte y, como consecuencia de ello, sufrir durante “un largo periodo el corredor de la muerte”. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Chahal C. Reino Unido de 15 de noviembre de 1996, extiende a la expulsión los principios que sobre la extradición estableciera la sentencia mencionada en primer lugar y, por tanto, considera prohibidas, con carácter absoluto las expulsiones de extranjeros que en el país de destino corran el riesgo real de sufrir tratos de naturaleza de los que prohíbe el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad. Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión".

Si el menor está acompañado en España no debe ser expulsado si sus padres se encuentran residiendo de forma legal en nuestro país, porque ello iría contra el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y contra la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño que es clara en esto, al establecer que el Estado velará por qué no se separe al niño de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando dicha separación sea necesaria para el interés superior del niño (articulo 9.1º Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño)[630]. Si el menor se encuentra desamparado por falta de referentes adultos sólo cabría la repatriación de acuerdo con el artículo 35 de la Ley artículo 35 de la Ley Orgánica de derechos y libertades del extranjero en España, lo que es algo distinto a la expulsión[631].

En efecto, los menores extranjeros no cuentan, en apariencia, con una protección derivada especial frente a las expulsiones. El Tribunal

[630]. Como indica la Circular 3/2001 Fiscalía General del Estado (Memoria 2002, pág. 592) y, tal como establece el artículo 57.6º Ley Orgánica sobre derechos y libertades de extranjeros en España, la ley prohíbe imponer la sanción de expulsión a un adulto, tampoco permite que sean expulsados los hijos menores o incapacitados a su cargo.

[631]. En su análisis lo primero que se comprueba es que la acusada es madre de un niño llamado Isaac, de 6 años de edad, que tiene la nacionalidad española, así resulta del acta de nacimiento del hijo de la acusada (folio nº308 de las actuaciones), en la que se hace constar como nace en España el 21 de septiembre de 2005, y en la que en nota marginal a la inscripción se le atribuye con valor de presunción la nacionalidad española. En este estado de cosas parece una obviedad que al acordarse la expulsión de la acusada o bien se fuerza a la separación de la madre del niño menor de edad, o bien de facto se expulsa del territorio español a un menor que es español. Ello necesariamente y a tenor de la jurisprudencia antes citada, determina que haya de prosperar este motivo de recurso, dejando en esta alzada sin efecto la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión de la acusada.

Europeo[632] de Derechos Humanos ha sometido definitivamente a los menores extranjeros a la protección derivada o indirectamente sujetándola a los mismos parámetros o criterios formales que aplica la protección que concede a los adultos[633].

Si se encuentran solos y, a pesar de ser menores de 18 años, han sido emancipados de acuerdo con su ley nacional y esto se encuentra probado también podrán ser expulsados. Pero esto corresponde demostrarlo a quien lo alega ya que así lo dispone el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción del Menor, 1 Convención universal de derechos del niño, 1 Carta Europea de Derechos del Niño, y el artículo 12 del Convenio de la Haya sobre protección de menores.

Así lo ha entendido también la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001 en la que expone textualmente que "durante todo el tiempo que un menor extranjero sea tutelado por una entidad pública, su estancia en España se considerará regular a todos los efectos (articulo 35.4 Ley de Extranjería). Por ello, aunque el actual Reglamento de Extranjería no lo afirme expresamente con la rotundidad con que lo hacía el artículo 13 del Reglamento derogado, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión".

En el caso de que entren o estén en España sin compañía adulta habrá que comprobarse si se encuentra o no desamparado; para eso deberá seguirse el expediente establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de derechos y libertades del extranjero en España. Esto

[632]. Ruiz Legazpi, A., *La expulsión de menores extranjeros límites constitucionales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2011

[633]. Así lo hizo la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Jakupovic c. Austria, 6 de febrero de 2003, cuando por primera vez, examina la expulsión impuesta a un menor de edad.

supone que, tenga la edad que tenga, o estemos en el campo civil o en el penal, el menor solo podrá ser retornado a su país si se sigue el principio de reintegración familiar o entregándolo a los servicios de protección de menores de su país de origen y siempre que no exista riesgo o peligro para el menor o para sus familiares (artículo 62). Sólo con estas condiciones puede expulsarse, devolverse o retornarse al menor de edad. Ése es el sistema establecido legalmente y, a través del cual, se comprueba si existe o no una situación de desamparo.

Por todo lo dicho, los menores extranjeros sólo pueden expulsarse con sus progenitores o ser repatriados de acuerdo con el artículo 35 de la Ley Orgánica de derechos y libertades del extranjero en España, lo que es una forma de reagrupación familiar completada con la posibilidad de puesta a disposición del menor de los servicios de protección de su país y limitada siempre por el superior interés del menor.

La claridad con que trata el tema la misma Fiscalía General del Estado en la Circular 3/2001[634]tanto citada nos excusa de mayores profundizaciones. Dice la Fiscalía: “Efectivamente, en el caso de menores extranjeros que se encuentren en España en situación de desamparo y cuyos familiares más cercanos residan en el extranjero, la actuación de los poderes públicos debe estar orientada por el ya citado derecho del menor a no ser separado de sus padres y familiares y, en consecuencia, debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar. La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país. (...) Todos cuantos intervengan en este

[634]. Vid. Nota numero 70.

procedimiento deben orientar su actuación de acuerdo con el principio de reagrupación familiar (como expresamente recoge el artículo 35.3 Ley de Extranjería) pero, sobre todo, con el de prevalencia del interés del menor (articulo 2 Ley Orgánica 1/1996). Por ello, la repatriación sólo podrá llevarse a cabo "una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país", y "tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares" (artículo 62.4 Reglamento de Extranjería[635])".

Sorprende que la misma entidad que manifestó los anteriores argumentos, haya elaborado la Instrucción que comentamos.

Indiquemos finalmente que el Reglamento de Extranjería rubrica el articulo 62 como "menores extranjeros en situación de desamparo", identificándolos como los menores no acompañados e indocumentados, por lo que podemos decir que la presunción legal es la de que están desamparados y no la contraria que es en la que se basa la Instrucción.

También contempla expresamente el artículo 62.4 del Reglamento de Extranjería la posibilidad de que el menor que va a ser repatriado se encuentre "incurso en un proceso judicial". Tratándose de un menor de dieciocho años, la referencia ha de entenderse hecha al

[635]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta, número 116/2004, de 10 noviembre, Legalidad del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Determinación por la jurisdicción ordinaria de le edad e identidad del presunto delincuente, y de si es competente el Juzgado de menores. Asistencia letrado al menor detenido. Medidas de contención de menores en situación de internamiento. Aplicación a los menores internados de la normativa sobre relaciones laborales de carácter especial. El Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1774/2004, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

procedimiento regulado en la Ley Orgánica 5/2000. La repatriación[636]se condiciona en este supuesto a la autorización judicial, análogamente al supuesto de autorización de la salida o expulsión de un extranjero mayor de edad que se encuentre inculpado en un procedimiento por delito (articulo 57.7 Ley de Extranjería), ya que en ambos casos la salida del extranjero supone una renuncia al ejercicio en España del ius puniendi, algo que corresponde valorar y en su caso autorizar solamente al órgano judicial, no a la autoridad gubernativa. Llama la atención, sin embargo, el distinto tratamiento que de la situación hacen la norma legal y la reglamentaria. Así, mientras el articulo 57.7 Ley de Extranjería exige la audiencia previa del Fiscal, el articulo 62.4 Reglamento de Extranjería se limita a decir que "deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal", sin ni siquiera aclarar qué es lo que se ha de comunicar, si la solicitud de autorización de repatriación o la posterior resolución del juez. Una interpretación sistemática de los dos preceptos abona la opinión de que, también en el supuesto de menor imputado en el procedimiento de la Ley Orgánica 5/2000 que no deja de ser un supuesto de extranjero inculpado en un procedimiento por delito, conforme al artículo 57.7 Ley de Extranjería, sea preciso el dictamen previo del Fiscal para que el juez pueda autorizar su repatriación. Además, no parece lógico que habiendo encomendado la ley al Ministerio Fiscal no sólo la instrucción de este procedimiento, sino de manera especial la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en interés del menor y la observancia de las garantías del procedimiento (artículo 6 de la Ley Orgánica 5/2000), se prescinda de su parecer acerca de la procedencia o conveniencia de la repatriación. En cuanto al juez que ha de autorizar la repatriación, parece claro que habrá de ser el titular del Juzgado de Menores competente conforme al artículo 2.3 de la Ley Orgánica 5/2000[637].

[636]. Armenteros León, M., "La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería", *Diario La Ley*, número 7679, 2011.

[637]. Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, número 123/2008, de 4 junio. Detención Ilegal. La entrega por la Policía Municipal de los menores a la policía marroquí podría ser constitutivo de un delito de detención ilegal al no poner a los

Por todo ello considero necesario tratar brevemente la situación de desamparo[638].

El concepto legal de desamparo supone la base fundamental sobre la que se monta todo nuestro sistema jurídico de protección de menores. Es importante, por ello, tratar de delimitar el mismo y ponerlo en relación con el principio básico del mayor interés del menor.

El articulo 172.1 Código Civil establece que "se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material". La situación de los Menores de Edad No Acompañados es claramente subsumible en tal concepto, pues como regla general los factores que en ellos concurren, tales como carencia de documentación, falta de referentes familiares, desconocimiento del idioma, situación de

menores a disposición de los servicios competentes españoles. Absolución del Delegado del Gobierno de Ceuta y del Consejero de la Presidencia y Gobernación de la Ciudad Autónoma de Ceuta por la manera en la cual se procedía a la detención y entrega de menores marroquíes desamparados a las autoridades de su país por parte de la Policía Municipal de Ceuta y de empleados de una empresa municipal, recogiendo a los mismos en la calle y conduciéndolos en vehículos oficiales junto a mayores de edad detenidos, hasta dependencia policiales municipales para a continuación entregarlos a la policía marroquí a través de la frontera. Cese de dichas actuaciones tras la recepción de instrucción de actuación ante las dudas planteadas por la regulación legal existente en ese momento. Principio Acusatorio. Ausencia de vulneración. Necesidad de analizar en cada. La Audiencia Provincial de Ceuta absuelve a todos los acusados por los delitos continuados de prevaricación y detención ilegal.

[638] . Las situaciones de desamparo en las que podría encontrarse un menor y que darían lugar a la intervención de la Administración competente se describen, en el caso de la comunidad valenciana, en el artículo 24 de Decreto 93/2001 del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana. Cabedo Mallol V., De Bartolome Cenzano J.C., Ramón Fernández F., Cloquell Lozano, A., *Los menores extranjeros no acompañados en la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 60 y ss.

irregularidad, inexistencia de medios de vida y de domicilio, les coloca en una situación de grave riesgo[639].

Distingue la Ley Orgánica de protección jurídica del menor 1/1996 de 15 de enero, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, en primer lugar, situación de riesgo, es decir, aquellas en las que existe un perjuicio para el normal desarrollo del menor que no alcanza la entidad suficiente para justificar la separación del menor de su núcleo familiar, y en el que, sin adoptar la tutela automática de la Administración, ésta debe adoptar las medidas necesarias para eliminar la situación peligrosa. Esto se basa en el principio de que siempre que sea posible, debe mantenerse al menor en su propia familia[640].

En segundo término, situación de desamparo, en este caso, los menores quedan de hecho privados de la necesaria asistencia moral y material por el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad según la dicción del articulo 172.1º.2 del Código Civil. Aquí, la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de su núcleo familiar, con asunción de la tutela por la entidad pública, suspensión de la patria potestad con excepción de los actos de contenido patrimonial que sean beneficiosos para el menor, comunicación al Ministerio Fiscal, y acogimiento del menor en sus distintas variantes. Debemos plantearnos cuáles deben ser los requisitos mínimos para considerar que existe una situación de desamparo y poder declarar la misma.

La situación de desamparo se determina por dos circunstancias. Por un lado, debe existir un incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento de los deberes de protección por parte de las personas

[639]. De la Rosa Cortina, J.M., “La problemática de los menores inmigrantes”, *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial,* 2009.

que se encuentran llamados legalmente a garantizarlos[641]. Por otro, se requiere un elemento objetivo como consecuencia del anterior, que se produzca la privación de la necesaria asistencia moral y material.

Esta falta de la asistencia moral y material supone que falten los elementos básicos para el desarrollo integral del menor con independencia de las causas o circunstancias que lo hayan provocado. Nos encontramos ante una cuestión de hecho, pudiendo darse incluso cuando el menor se encuentre legalmente protegido por una institución protectora. En este caso, es el defectuoso funcionamiento de la institución el que causa el desamparo.

La falta de las personas a las que corresponda ejercitar las labores de protección, la imposibilidad de ejercerlas, o el incumplimiento o inadecuado ejercicio sólo constituye una premisa inicial que sólo provoca el desamparo si al menor le faltan los elementos básicos para el desarrollo de su personalidad, que es el equivalente a la legal asistencia moral y material. Y ello porque la función de guarda conlleva el deber de cuidar y velar por el menor, alimentarlo en sentido amplio, y, por último, educarlo y darle una formación integral (articulo 154.1º del Código Civil).

Tal y como indica la Circular 3/2001 Fiscalía General del Estado con respecto a los menores extranjeros y mantiene la mayor parte de la doctrina con respecto a los menores en general: “No es preciso que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecia el desamparo y asume la tutela, ya que (al margen de la práctica de las administraciones de documentar la constitución de la tutela con posterioridad a la detección de la situación de desamparo, sobre todo

[641]. Martínez Pardo, V.J., “La detención de extranjeros menores de edad”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* número 2, 2006, pp. 1587-1593.

por motivos de seguridad jurídica y para posibilitar un eventual recurso) ésta se produce en realidad ope legis de manera automática, tan pronto como se constata el desamparo, de modo que un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de su representante o representantes legales.

Por idéntico motivo, cuando finalmente se documenta mediante el correspondiente permiso de residencia la legalidad de la situación del menor, los efectos de ésta se retrotraen "al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores"[642], lo cual conforme a la ley ha de tener lugar tan pronto como se tenga conocimiento de su situación de desamparo (artículos 13.1 y 14 de la Ley Orgánica 1/1996). Asimismo, el artículo 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996 impone a las entidades públicas la obligación de facilitar a los menores extranjeros sometidos a su guarda o tutela la documentación acreditativa de su situación. Sin embargo, el permiso de residencia sólo se tramitará "una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen"".

Según lo anterior, si bien, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, se necesita que el hecho del desamparo sea declarado por una decisión administrativa o judicial, esto no significa que el desamparo solo pueda ser verificado por la existencia de una resolución administrativa que así lo declare. El desamparo existe, se haya o no declarado el mismo, cuando se den los presupuestos subjetivos y objetivos antes indicados. Es el no amparo, la situación efectiva negativa de un menor que no es guardado, o no es tutelado, o no recae sobre él efectivamente la patria potestad. Tiene como dato esencial el resultado producido o elemento objetivo (privación de la necesaria asistencia moral o material).

[642]. Que se concibe como una medida de protección del joven inmigrante, Vid Ruiz Legazpi, A., *La expulsión de menores extranjeros. Límites constitucionales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2011, pp. 7.

Por el contrario, la Instrucción 3/2003 cambia el criterio, exigiendo, para considerar la existencia de desamparo, la resolución administrativa que así lo declare. Argumento hábil porque es difícil que, en los cortos plazos de la devolución, se pueda dictar dicha resolución.

Está claro que no comparto esta última postura. Coincido, no obstante, con la Instrucción comentada en que el desamparo no debe determinarse de modo automático ya que habrá que estudiar caso por caso si existe ese desamparo, de acuerdo, pero no podemos presumir que el mayor de 16 años que entre ilegalmente en España, por ese solo mero hecho ya está emancipado y no puede considerarse desamparado como hace la conclusión primera de la Instrucción[643].

Desconociendo esto, la Instrucción, incluso en el caso de menores de 16 años, insta a los Fiscales a informar a favor del retorno (Conclusión tercera) a no ser que aprecien una palmaria situación de desamparo. Por cierto, no sabemos cómo, en el corto plazo en que tiene lugar el retorno, se podrá probar que uno está en situación de desamparo y qué debemos entender por *«palmaria»* (un niño que llega aterido de frío, sin comer, sin referente adulto, mojado y sólo con lo puesto ¿se encontraría palmariamente desamparado o no?). La prueba de que no se ha emancipado o la de que se está en desamparo se invierten y se carga sobre el menor y no sobre el que lo alega (como es

[643]. Los artículos 35 de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y 62 del Reglamento de ejecución ya establecen los mecanismos para evitar la declaración automática de desamparo. De esta forma, el articulo 62.5ª del Reglamento de Ejecución establece que transcurridos nueve meses desde que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores, si no pudo procederse a la repatriación, se procederá a otorgarle el permiso de residencia al que se refiere el artículo 35.4ª de la Ley Orgánica de derechos y libertades de extranjeros en España por entender que ese desamparo existe. Será un permiso de residencia regular cuyos efectos se retrotraerán al momento en que fue puesto a disposición de las entidades protectoras de menores. Con esta disposición se evita el mantener al menor de forma indefinida en el limbo de la irregularidad con la excusa de la reintegración familiar. Debemos indicar que, a nuestro entender, si antes de ese plazo se llegara al convencimiento de la imposibilidad de la repatriación debería procederse a la regularización sin esperar al mismo. Igualmente, si transcurrido el plazo y regularizado el menor se hace factible la reintegración familiar, no existirá obstáculo para que así se haga siempre que el interés del menor lo exija.

lo habitual). Con la situación del menor y la cortedad de los plazos la misma se vuelve imposible.

La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03) dispone en su artículo 1.1.º que la misma le es aplicable “a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos... 4. La presente Resolución se entiende sin perjuicio de las disposiciones más favorables de Derecho nacional”.

Conforme a la citada resolución, se entenderá que el menor se encuentra en desamparo cuando lleguen a territorio nacional sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos.

Por tanto, cuando la Instrucción habla de “la idea de que todo extranjero menor de edad no acompañado se encuentra en una palmaria situación de desamparo ha llegado a convertirse en un axioma incontrovertible...”, obvia de manera clara la existencia de la Resolución del Consejo de Europa citada. No estamos ante una idea, ni ante un axioma incontrovertible, sino, nada más y nada menos, que ante una norma que forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico y obliga a todos los poderes públicos. También al Ministerio Fiscal.

Uno de los principales problemas que se dan en el campo de los menores inmigrantes es el de si la fuga del centro en el que se le

ingresa supone la desaparición de las obligaciones de las entidades públicas derivadas de la situación de desamparo del menor. La práctica habitual hace que dichas fugas, sobre todo cuando aún no existe declaración formal de desamparo y asunción de tutela automática, suponga el archivo del expediente de protección y la finalización de toda actividad protectora.

La ya citada Circular 3/2001 de 21 de diciembre indica que: “Una vez asumida la tutela por haberse apreciado el desamparo, en tanto el menor extranjero no abandone nuestro país, sólo se extinguirá la tutela cuando cumpla el extranjero los dieciocho años o concurra cualquier otra de las causas contempladas en el articulo 276 Código Civil, precepto que es aplicable también a los supuestos de tutela legal automática en la medida en que su supuesto habilitante (el desamparo de un menor) aparece también como una de las causas que dan lugar a la tutela al regular el régimen general de ésta (articulo 222.4.º Código Civil). No es causa de extinción de la tutela, por tanto, la vida independiente del menor con consentimiento del tutor (a diferencia de lo que prevé el citado artículo 319 Código Civil para la patria potestad), aunque sí puede serlo la obtención judicial del beneficio de la mayor edad”.

Tampoco la fuga supone una extinción de la tutela, ya que el Código Civil no lo contempla como una forma de extinción de la misma. Si tenemos en cuenta lo indicado con anterioridad de la situación de desamparo como una situación de hecho, la tutela nacerá cuando se inicia la actividad protectora o puesta a disposición del menor de los servicios de protección de menores. Luego, tampoco la fuga antes de la resolución supone la extinción de las obligaciones legales de la entidad.

Precisamente por ello el articulo 60.2º del Reglamento de Extranjería crea un registro específico, denominado Registro de

Menores Extranjeros en situación de legal desamparo que, a efectos meramente identificadores, contendrá: a) Nombre y apellidos a los que atiende, así como nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia. b) Su impresión dactilar. c) Fotografía. d) Centro de acogida donde resida. e) Organismo Público bajo cuya protección se halle. f) Resultado de la prueba ósea de determinación de la edad, según informe de la Clínica Médico Forense. g) Cualquier otro dato de relevancia a los citados efectos identificadores.

La correcta identificación del menor es fundamental tanto para su integración en nuestro país, como para realizar una repatriación del mismo con las suficientes garantías. Este registro puede ser útil, asimismo, para acreditar el momento en que un menor se encuentra bajo la tutela de las entidades españolas a los efectos de documentación y residencia. Es imprescindible que, desde el primer momento, se realice la ficha del menor y que, en tanto entre en funcionamiento el Registro Central, se lleven los correspondientes Registros Provinciales. Con este instrumento se podrá saber cuál es la entidad pública que posee la tutela del menor que se ha fugado y que, por lo tanto, posee responsabilidades con el mismo.

CAPITULO CUARTO: EL INTERNAMIENTO

Una vez examinado la expulsión como sustitutiva de la pena de prisión, voy a desarrollar el internamiento, es decir, una vez acordada la expulsión del extranjero, para llevar a cabo la ejecución de dicha expulsión se procede al internamiento del extranjero para asegurar su presencia.

1. INTRODUCCION

Es importante precisar hacer alguna precisión previa, ya que es frecuente en la práctica diaria referirse al internamiento y expulsión de extranjeros como una clase más de asuntos incardinados en el orden jurisdiccional penal[644], con mayor o menor incidencia según las áreas geográficas y según la situación y densidad de los núcleos urbanos. Sin embargo, la actuación del juez no es siempre idéntica y con igual operatividad ni, sobre todo, excluyente de la actuación administrativa para supuestos de similar cualidad y repercusión sobre los extranjeros. La expulsión es, en principio y con carácter general, "sanción administrativa".

Está residenciada, pues, fuera del ámbito judicial, aunque no exenta del control jurisdiccional contencioso-administrativo, y, por ello, sólo indirectamente debe ser relacionada con la jurisdicción penal. Dicha relación indirecta opera a través del internamiento del extranjero, como medida cautelar[645] para la efectividad de la expulsión, que es de la

[644]. Lafont Nicuesa, L., *Protocolos sobre extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

[645]. Garcia-Panasco Morales, G., "Medidas cautelares: especial referencia a los centros de internamiento de extranjeros", en *Revista Estudios Jurídicos*, número 2004, 2004, pp. 1985-3023.

exclusiva competencia del juez de Instrucción en cuanto a su adopción o autorización[646].

En otro plano se sitúa la expulsión, ya no como una medida o acto administrativo, sino como sustitutiva del proceso penal en sí mismo, "expulsión de extranjeros encartados en determinados delitos", o bien como sustitutiva de la pena, "expulsión de extranjeros como sustitutiva del cumplimiento de las penas impuestas en sentencia firme", lo que es muy distinto y trae consigo diversas consecuencias, que se refiere el artículo 57, párrafos 7, 8 y 9 de la Ley Orgánica de Extranjería, complementado con el articulo 89 Código Penal, El aspecto a desarrollar en este trabajo afecta, precisamente, a este punto[647].

No se debe confundir, pues, de un lado, la expulsión administrativa con la judicial ni tampoco, de otro lado, expulsión judicial e internamiento, ostentando la intervención judicial en cada uno de los supuestos distinta cualidad y operatividad. Por lo que afecta a la primera diferenciación (expulsión administrativa y judicial), sus presupuestos y órganos habilitantes son radicalmente distintos. Así, como se desprende de lo expuesto en la nota, este tipo de expulsión administrativa para nada afecta al control jurisdiccional del Juez de Instrucción, aunque sí, desde luego, al que pueda realizarse en vía contencioso-administrativa. Por lo que respecta al segundo aspecto (expulsión judicial e internamiento), ambos operan en distintos planos y con distinta «cualidad» de la intervención judicial, pues el primero --la expulsión-- supone una plena, directa y principal actuación judicial en el curso de un procedimiento abierto, mientras que el segundo (internamiento) es algo accesorio (lo que no priva de importancia y aconseja sumo cuidado y vigilancia), indirecto y subsidiario de una actuación administrativa, en la que la

[646]. Del Rio Fernández L.J., "Globalización e inmigración. El reto del siglo XXI", *Diario La Ley*, número 5, 2001, pp. 1635-1650.

[647]. Del Rio Fernández, L. "Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto Jurídico*", Diario La Ley* número 7, 2001, pp. 1414-1429.

decisión final de la expulsión es competencia directa de la Administración y la actuación judicial se enmarca exclusivamente en garantizar los derechos del privado de libertad.

Razones pragmáticas de política criminal, criterios utilitaristas, finalidad de poner límite al número de inmigrantes, se puede decir que han sido presupuestos que se han tenido en cuenta a la hora de la elaboración de las normativas penal y administrativa relativas a extranjería.

Al mismo tiempo también es importante destacar que la legislación sobre dicha materia está en gran parte condicionada por los mandatos que emanan de la Unión Europea, hasta tal punto es así, que en el Preámbulo de Ley de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social[648], se hace constar que *"*cada vez son más las normas que se aprueban en la Unión Europea, en materia de inmigración, que deben ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico*".*

Ahora bien, dicha normativa y su aplicación tienen que respetar en todo caso los derechos y garantías reconocidos en nuestra Constitución y Tratados Internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la doctrina al respecto proclamada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo menester indicar que en la reciente Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social en su Preámbulo se recoge entre los objetivos que persigue la reforma "establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales*"*.

[648]. Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 299, de 12 de diciembre, pp. 104986-105031.

Es menester hacer constar que si bien se hacen referencias al Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social[649], en todo aquello que se estime no está en contradicción con el contenido de la vigente Ley Orgánica, recogida en la disposición derogatoria única de la actual Ley de Extranjería[650] que "quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a esta Ley", hay que tener también en cuenta que la precitada recientemente en vigor Ley de Extranjería prevé en su disposición final tercera[651].

La Ley Orgánica 2/2009[652]introduce una serie de modificaciones en la regulación de las detenciones y del internamiento, que son necesarias mencionar, ya que de una parte, mejora la regulación de la naturaleza, finalidad y equipamiento de los centros en los que debe ejecutarse la medida privativa de libertad, y se da lugar a una mas sistemática y amplia configuración de los derechos de las personas internadas, incluyendo algunos nuevos, a consecuencia de las reivindicaciones de organismos públicos y entidades de protección de los derechos en general y de los inmigrantes en particular, y de otro lado, se introducen previsiones adicionales sobre el cese del internamiento cuando desaparecen las causas que lo determinaron, o sobre los aspectos de fuentes relacionados con el desarrollo reglamentario de la regulación legal atinente a este especifico supuesto de privación de libertad y los centros de internamiento de extranjeros.

---

649. Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 10, de 12 de enero.

650. La Disposición Derogatoria única de la actual Ley de Extranjería establece que "Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a esta Ley".

651. La Disposición Final tercera establece: "1. El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley Orgánica, dictará cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo sean necesarias", además de establecer en su disposición adicional tercera en cuanto al régimen de internamiento que "El Gobierno, en el plazo de seis meses aprobará un Reglamento que desarrollará el régimen de internamiento de los extranjeros".

652. Vid Nota número 1.

Lo que vamos a analizar en el presente capitulo es el régimen de internamiento cautelar de los extranjeros prevista en el párrafo primero del artículo 89.6 del Código Penal[653], es decir, la problemática de los extranjeros en situación irregular en el territorio español, lo que tiene una serie de consecuencias prácticas que afectan principalmente al derecho a la libertad.

En primer lugar, podríamos definir el internamiento de los extranjeros como "la medida preventiva de la que se sirve la administración para la ejecución de una orden de expulsión" según Larcon Mohedano y Vidal De Martin[654]. Es un internamiento preventivo previa autorización judicial; es pues, una medida provisional incardinada en un procedimiento administrativo pero cuya autorización corresponde al Juez. El carácter de la medida cautelar no ofrece ninguna duda para Masso Garrote[655], ya que considera que el origen de estos centros se encuentran en la Ley de Extranjería de 1985 cuyo artículo 26.2 legitimo a la autoridad gubernativa para solicitar al juez el internamiento del extranjero pendiente de expulsión, por determinadas causas, para asegurar su realización, siempre que fueran centros de carácter penitenciario y por un máximo de cuarenta días. Si criticas doctrinales mereció este artículo, este párrafo segundo fue tachado de inconstitucional, tanto en lo que se refiere a la detención en sí misma, como en lo que se refiere al internamiento motivando el conocido recurso del entonces Defensor del pueblo, Don Joaquín Ruiz Jiménez y resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1987, de 7 de

653. Articulo 89.6 párrafo primero del Código Penal establece: *"*Cuando al acordarse la expulsión, en cualquiera de los supuestos previstos en este articulo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar su expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los limites y las garantías previstas en la Ley para la expulsión gubernativa".

654. En este sentido Larcon Mohedano, I. y Vidal De Martin L., "Centro de Internamiento de extranjeros", *revista otrosí del Colegio de Abogados de Madrid*, 1999, pp. 1-1008 y Silveira Gorski, H. "Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho*",* en *Mientras Tanto*, número 83, Barcelona, 2002, pp. 93-102.

655. Masso Garrote, M.F., El nuevo Reglamento de Extranjería, *Diario La Ley*, 2001, pp. 211.

julio. El Tribunal constitucional dicto una sentencia de las llamadas interpretativas, esto es, no anulo el precepto pero la considero solo constitucional en la medida en que fuera interpretada como establecía la propia sentencia. Frente a lo argumentado en el recurso de que se infringía el artículo 25.3 de la Constitución y de que la intervención adhesiva del juez autorizando el internamiento no desvirtúa la índole administrativa del procedimiento, se interpretan las alocuciones "interesando" a su "disposición" en el sentido del artículo 17.2 de la Constitución Española.

Sin embargo opino que la Ley orgánica 4/2000 regula en su artículo 60[656]el internamiento como "medida cautelar", pero tal denominación no es correcta, por cuanto la naturaleza jurídica del mismo no coincide con el concepto de cautela, debiendo considerarla más correcta la denominación de "medida provisional o preventiva".

Se trata de una medida privativa de la libertad deambulatoria[657]en dependencias no penitenciarias para asegurar una resolución administrativa de expulsión, de devolución o de retorno, cuando dicha resolución administrativa no puede ejecutarse en un plazo de setenta y dos horas. Además de los supuestos referidos, en el

[656]. Artículo 60: "1. Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen. La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento. 2. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros interna dos estarán privados únicamente del derecho ambulatorio. 3. El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados.4. La detención de un extranjero a efectos de proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país".

[657]. Ballesteros Martín, J.M., *Intervención de la jurisdicción penal en la expulsión del territorio nacional y en el internamiento de extranjeros",* La Ley, Madrid, 2010, pp. 28-57

artículo 89.6 del Código Penal[658]se prevé el ingreso en un centro de internamiento como más adelante detallaremos.

Nos encontramos con una situación que se encuentra en terreno intermedio entre la libertad y la detención judicial, previa al proceso penal. Este terreno es problemático porque las incidencias en la esfera de la libertad personal deben tener suficiente cobertura legal y deben responder al principio de proporcionalidad entre el sacrificio de la libertad exigido y el resultado que trata de obtenerse con la medida.

No cabe hablar de un derecho fundamental a la sustitución de la pena por la expulsión prevista en el artículo 21.2 de la Ley de Extranjería, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 203/1997[659]en virtud de la cual se recurre en amparo contra el Auto que declara la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga y contra la providencia que deniega su expulsión del territorio nacional. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: resolución judicial que afecta a la libertad personal insuficientemente motivada: El Tribunal Constitucional concede parcialmente al amparo y anula dicha providencia para que, con retroacción de las actuaciones, se dicte nueva resolución conforme las exigencias del derechos constitucional reconocido[660].

[658]. Artículo 89.6: "Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa".

[659] Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 203/1997, de 25 noviembre.

[660]. Climent Dura, C. Código Penal jurisprudencia sistemática, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 551.

2. PRECEDENTES LEGISLATIVOS

Antes de entrar en el desarrollo del internamiento, es necesario hacer una breve referencia a los antecedentes legislativos, para poder comprender mejor el sentido actual de dicha institución.

En nuestra legislación encontramos dos antecedentes a la medida de internamiento en centro no penitenciario. En primer lugar, la Ley de vagos y maleantes de 1933[661] y la Ley 16/1970 de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto[662].

La Ley de vagos y maleantes fue una ley distinta del Código Penal, de 4 de agosto de 1933, referente al tratamiento de vagabundos, nómadas, proxenetas y cualquier otro elemento considerado antisocial y que posteriormente fue modificada para reprimir también a los homosexuales. También conocida popularmente como la gandula, la ley fue aprobada por consenso de todos los grupos políticos de la segunda republica para el control de mendigos, rufianes sin oficio conocido y proxenetas. Por ser una ley que no sancionaba delitos sino que intentaba evitar la comisión futura de los mismos no incluía penas, sino medidas de alejamiento, control y retención de los individuos supuestamente peligrosos hasta que se determinara que se había acabado su peligrosidad. Quedando así establecida podía ser utilizada arbitrariamente para la represión de las personas sin recursos.

La Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social de 1970, fue heredera de la anterior Ley de vagos y maleantes de 1933 modificada por el franquismo en 1954, de términos muy parecidos a la anterior, no

[661]. La Ley de vagos y maleantes fue una ley del Código Penal Español de 4 de agosto de 1933.

[662]. La Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social de 1970, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 187, de 6 de agosto. Ley 16-1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social.

sancionaba delitos sino que “pretendía evitar” la comisión futura de los mismos por lo que no incluía penas, sino medidas de alejamiento, control y retención de los supuestamente peligrosos. De hecho, la realidad es que se utilizaba arbitrariamente para la represión de las personas “molestas” y a las que se pretendía castigar sin que el Código Penal lo justificase, permitiendo el encarcelamiento de sujetos cuyo comportamiento no estaba recogido en ningún tipo penal. La Ley de 1970 incluyó la homosexualidad y añadió penas que podían llevar desde tres meses hasta cinco años de internamiento en cárceles o manicomios para los homosexuales y demás individuos considerados peligrosos para su “rehabilitación”[663]. Establece unos centros especiales para la aplicación de medidas cautelares de detención e internamiento preventivo de los extranjeros declarados peligrosos[664].

Posteriormente se reguló en el Decreto 522/1974[665], que se dictó para regular el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España[666] y que estuvo en vigor hasta la entrada en vigor del Reglamento de 1986 aprobado por Decreto 119/1986.

Las características del Estado franquista en el que se dictan dos de esas normas eran incompatibles con las propias de un Estado de Derecho, por lo que la legislación reguladora del orden público incrementaba el poder discrecional de la autoridad gubernativa.

---

[663]. Las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo (1970-1979) revelan la existencia de más de cincuenta y ocho mil expedientes y más de veinte y un mil sentencias condenatorias para todo el conjunto de tipos de peligrosos sociales. Si se extrapolan a la totalidad los datos disponibles de los Juzgados de peligrosidad de Madrid entre 1974 y 1975, donde alrededor de un seis por ciento de los expedientes fueron por homosexualidad y un cinco por ciento se resolvieron con condenas, estaríamos hablando de unos 3.600 expedientes por homosexualidad entre 1970 y 1979, y unos mil condenados en este mismo periodo sin garantías y sin delito.

[664]. Alarcón Mohedano, I., De Martin Sanz, L.V. y Marañón Maroto, T., *Derecho de extranjería: practica administrativa y jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 1-731.

[665]. Decreto 522/1974 de 14 de febrero por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 27 de febrero, número 50, pp. 4008-4011.

[666]. Articulo 30 Decreto 522/1974.

Como dice Borrajo Iniesta, I.,[667]"la situación pre-constitucional del extranjero era contradictoria. Por una parte, la legislación decimonónica le reconocía, como principio general, una posición de equiparación con el nacional. En sus relaciones familiares y civiles, en el disfrute y disposición de sus posesiones, en la defensa de sus derechos ante los Tribunales y ante la Administración en el desempeño de su industria o comercio, el ordenamiento español consideraba al extranjero como cualquier español. Los límites o restricciones, sin duda, existían. La legislación administrativa los había introducido respecto de determinados bienes o actividades. Pero esas discriminaciones eran las excepciones que confirmaban la regla general. Ahora bien, es cierto que el extranjero formaba parte del ordenamiento español era equiparado a los nacionales, también es cierto que su permanencia en el territorio nacional y, por ende, su inserción en el ordenamiento, dependía enteramente de las autoridades gubernativas. Al amparo de los Reglamentos que regían la circulación de los extranjeros, las autoridades administrativas de policía intervenían la situación de los extranjeros con una amplitud y con un grado de discrecionalidad extremos; si bien en el momento de permitir la entrada en el territorio nacional, bien el de otorgar los permisos de residencia, bien al no decidir la expulsión del extranjero". La escasa jurisprudencia dictada en esta materia lo confirmaba: su escasez misma ya es síntoma elocuente de la inexistencia de derechos a proteger en los Tribunales. Tanto si se trata de una sanción como si de una expulsión, el extranjero quedaba en manos de la Administración".

El antecedente más inmediato está en la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España[668], que prevé un sistema de internamiento donde la privación de la libertad del extranjero lo acordaba un Juez y debía realizarse en un centro no

[667]. Borrajo Iniesta, I., "El "Status" constitucional de los extranjeros", en S. Martin-Retortillo Baquer, *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al Profesor García De Enterria, E.*", Civitas, Madrid, 19991, pp. 697-766.

[668]. La Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 158, de 3 de julio, pp. 20824-20829.

penitenciario, puesto que la Constitución prohíbe que este tipo de privación de libertad tenga carácter aflictivo y, únicamente, se permite como medida cautelar previa y limitada a la ejecución de una orden de expulsión, previsto en el artículo 26 párrafo segundo de la Ley Orgánica 7/1985[669].

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985 diferentes Juntas de Jueces de Instrucción se vieron abocadas a adoptar una serie de acuerdos, unificando criterios y estableciendo en la práctica la vigencia de garantías constitucionales Como ejemplo, el Acuerdo de la Junta de Jueces de 30 de septiembre de 1985 o el 28 de octubre de 1985[*670*], que fijaba los requisitos en cuanto a la petición de autorización de internamiento, que debe ser individualizado; al trámite de audiencia, siendo preceptiva la presentación del extranjero ante el Juzgado de Guardia con el objeto de que pueda manifestar lo que a su derecho convenga; respecto a la asistencia letrada, que debe ser obligatoria para el extranjero detenido; y respecto a la notificación del auto de internamiento que se habrá de hacer con instrucción de los recursos que puedan corresponderle. En el mismo sentido, la Junta de Jueces de 20 de junio de 1992 proponía un protocolo mínimo de procedimiento en la tramitación de las solicitudes de internamiento y anotaba todos los incumplimientos de la autoridad administrativa.

[669]. El artículo 26.2 establece: "En los supuestos a que se refieren los apartados a), c) y f) del número anterior, se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente. La autoridad gubernativa que acuerde la detención se dirigía al Juez de Instrucción del lugar en que hubiere sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivo y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días".

[670]. El Acuerdo de la Junta de Jueces de Instrucción de Barcelona de fecha de 30 de septiembre de 1985 o el 28 de octubre de 1985. En el mismo sentido, la Junta de Jueces de Instrucción de Madrid de 20 de junio de 1992.

Doctrinalmente este párrafo segundo del artículo 26 fue tachado de inconstitucional tanto en lo que se refiere a la detención en sí misma, como respecto al internamiento, Miguel Calatayud,[671]se manifiesta por la inconstitucionalidad del precepto, en cuanto a la detención porque el artículo 17.2 de la Constitución Española[672]solo la autoriza en el contexto del proceso penal, y en cuanto al internamiento y a la propia detención porque incide en la prohibición del artículo 25.3 de la Constitución Española[673], que veda la imposición de sanciones administrativas que impliquen privación de libertad. Belloch Julve,[674] también fundamenta su tesis de la inconstitucionalidad del artículo 26.2 por considerar tanto la detención cautelar como el posterior internamiento de hasta cuarenta días, en aquel momento, incompatible con la Constitución en sus artículos 17.2 (que solo autoriza la detención preventiva para el esclarecimiento de hechos que revisan caracteres de delito), 25.3 (en cuanto contiene la prohibición de sanciones administrativas privativas de libertad, sin que la intervención judicial desvirtué el carácter administrativo del expediente) y 24 (en cuanto no se regula un mínimo de garantías que confieran a la intervención judicial verdadero carácter de decisión jurisdiccional), motivando el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo y que fue resuelto por Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1997[675].

[671]. Miguel Calatayud, J.A., *Estudios sobre Extranjería*, Bosch, Barcelona, 1987.

[672]. Artículo 17.2: "La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial".

[673]. Artículo 25.3:"La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad".

[674]. Belloch Julve, J.A., "Los derechos del extranjero: el internamiento preventivo y su homologación judicial", Jornadas sobre privaciones de libertad y derechos humanos, organizadas por Jueces para la Democracia en Barcelona, Hacer, 1986.

[675]. El recurso de inconstitucional impugno exclusivamente el párrafo del número segundo del artículo 26 de la Ley Orgánica 7/1985, es decir, se limito al internamiento por tiempo máximo de cuarenta días. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo número 115/1997, de 16 de junio, tras resaltar esta circunstancia, considero oportuno razonar sobre la detención cautelar o preventiva en sentido divergente de las opiniones doctrinales referidas.

Por su parte, Thomas Andreu[676]interpreta el artículo 26.2 para distinguir entre detención e internamiento, siendo la primera gubernativa y el segundo judicial. Para dicho autor, el artículo 26.2 se refiere a la detención del extranjero por causa de expulsión como medida de carácter preventiva o cautelar, se rige por las normas ordinarias de toda detención y concreta la finalidad de la misma en la frase "…mientras se sustancia el expediente".

Por el contrario, el internamiento tiene otra finalidad, descrita en la frase "…no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión"[677]. Se trata de una medida que no tiene carácter cautelar, sino carácter de ejecución de lo acordado, por lo que resulta natural la exigencia de constancia del presupuesto de tal ejecución, como es la resolución administrativa que la acuerda.

Todo este conjunto de garantías deducibles del propio texto de la Ley y de su integración con el Convenio Europeo de 1950 y con la propia doctrina del Tribunal Constitucional[678]que estima que la remisión a la ley no implica que el legislador quede habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, supuesto en el que padecería tanto la libertad como la seguridad de la persona, hacen que el internamiento de los extranjeros no pueda considerarse ni de carácter administrativo ni sin las garantías de fondo y forma que eviten su carácter arbitrario.

---

[676]. Thomas Andreu, G.," La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo del extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva de penas impuestas en sentencia en "extranjeros", *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 37,1994, pp. 73-98.

[677]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos**,** Sección Primera, número 288/2011, de 26 de septiembre. Se interpuso recurso de reforma contra el Auto en virtud del cual se autorizaba el internamiento del imputado en el Centro de internamiento no penitenciario para extranjeros de Madrid (C.I.E.), por el tiempo imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que en ningún caso pueda exceder de sesenta días. Se desestimo el Recurso presentado.

[678]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 341/1993, de 18 de noviembre y Sentencia del Tribunal Constitucional número 174/1999, de 27 de septiembre.

Tras la Ley Orgánica 2/2009, sigue siendo correcta la caracterización de estas modalidades de detención cautelar de personas extranjeras como supuestos de privación temporal de libertad distintos de la detención preventiva a efectos penales prevista en los apartados segundo y tercero del artículo 17 de la Constitución. Se trata de específicas formas de detención creadas por el legislador orgánico de extranjería al amparo del primer apartado del citado precepto constitucional, si bien le resultan aplicables, pese a ello, los criterios fundamentales que subyacen a las garantías expresamente reguladas para las detenciones preventivas de índole penal en los mencionados apartados segundo y tercero del artículo 17 de la Constitución[679].

La redacción actual del apartado primero del artículo 89.6, de nuevo cuño, mantiene lo previsto en el Proyecto 2009 de reforma del Código Penal.

La remisión realizada sin mayores precisiones ("en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa") implica adoptar los sesenta días de plazo de internamiento previsto en la normativa de Extranjería. Por consiguiente, ello supone doblar el plazo previsto en la Ley Orgánica 19/2003 de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su Disposición Adicional Séptima ("Comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con los extranjeros") donde se impone que la sentencia que acuerde la sustitución de la condena por la expulsión dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión, lo que deberá hacer efectivo en el plazo más breve posible y, en todo caso, "dentro de los treinta días siguientes", salvo causa justificada que lo impida.

[679]. Donaire Villa, F., "Detenciones e internamiento de extranjeros", *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería* (Ley Orgánica 2/2009), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1-351.

No es extraño que el Consejo de Estado recomendara una reflexión sobre la citada remisión, máxime si traemos a colación las múltiples críticas que ha suscitado la ampliación del internamiento de extranjeros de cuarenta a sesenta días (artículo 62.2 de la Ley Orgánica 2/2009) basada en la Directiva de Retorno, toda vez que la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987 fijo el plazo de cuarenta días sobre la base del Convenio Europeo de Extradición[680], sin perjuicio de que dicha ampliación de plazo responde a razones logísticas de materialización de la expulsión, traslado y transporte, más que de tramitación del expediente con todas las garantías en definitiva de vuelo, billete, viaje[681].

Personalmente considero que no tiene sentido la ampliación del plazo de internamiento a sesenta días porque considero que aunque se configure como una medida cautelar para asegurar la eventual ejecución de la repatriación, su utilización la convierte en un peligros instrumento de represión, que puede utilizarse como una sanción encubierta para castigar la irregularidad de su estancia y también con fines preventivo generales tales como presionar para que el extranjero irregular regrese a su país o disuadirle a venir a España. Entendida en este sentido el elevado número de extranjeros que son internados y que tras el trascurso de sesenta días son puestos en libertad, cuando en muchos casos se sabe de antemano que no es posible decretarse la expulsión. Por todo ello, ampliar el plazo supone aumentar las posibilidades de un uso desviado de esta medida cautelar.

La ampliación del plazo, en un momento de recesión como el actual supone un autentico dispendio, habida cuenta de lo sumamente costoso que resulta la privación de libertad.

---

[680]. Guisasola Lerma, C., “La reforma del código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (artículo 89 Código Penal)”, F.J. Álvarez García, y J.L. González Cussac, *Comentarios a la reforma pena reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.131-139.

[681] Queralt Jiménez, A., "El internamiento a efectos de expulsión en la nueva Directiva de retorno de inmigrantes", *Revista de estudios Europeos*, número 50, 2008, pp. 107-124.

Por otro lado carece de sentido el endurecimiento de tal drástica medida justo en un momento en que, la presión migratoria ha disminuido, por lo que no se entiende ni la necesidad ni la oportunidad de esta nueva restricción de derechos, parece más bien un intento de aparentar a destiempo de dureza frente al inmigrante irregular.

En contra[682], no es admisible el argumento de que los cuarenta días son insuficientes para ejecutar la expulsión, porque las expulsiones no se ejecutan porque las repatriaciones son excesivas caras y el estado no puede hacer frente a dicho coste, este problema no se soluciona incrementando a sesenta días el internamiento. Por otro lado, son muchos los inmigrantes que no pueden ser expulsados ni en cuarenta ni en sesenta, ni en mucho tiempo mas, ya que son frecuentes los supuestos de personas indocumentadas, personas cuyos países no les reconocen como nacionales o con los cuales no hay firmados acuerdos de repatriación.

A diferencia de lo que ocurre en España, la normativa francesa vigente en materia de extranjería muestra una gran preocupación por estas otras privaciones de libertad realizadas en lugares inicialmente destinados a cumplir otra función. Así lo ha entendido la Corte Constitucional francesa en su conocida Decisión número 92-307 DC en la que declara la inconstitucionalidad del precepto[683]. Ello les lleva a realizar

[682]. Armenteros León, M., "La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería", *Diario La Ley*, número 7679, 2011.

[683].- "L´estranger qui n´´a pas été autoricé à entrer sur le territorio français á la frontière aérienne ou maritime ou qui a demandé son admission à cette frontière au titre de l´asile peut être maintenu dans la zone de transit du porto u de l´aeroport pendant le temps strictement nécessaire à son départ ou à l´examen de sa demande d´admission sur le territoire et pour un durée qui ne peut exceder vingt jours…le maintien en zone de transit est prononcé par une decisión écrite et motivée du chef du service de contrôle aux frontieres ou d´un fonctionnaire désigne par lui, titulaire du grade d´inspecteur. Cette decisión est inscrite sur un registre mentionnant l´estat civil de l´estranger concerné et les condicitions de son maintien…le maintien en zone de transit au-delà de vingt jours peut être autorisé, pour une durée qui ne peut être supérieure à dix jours, par le president du tribunal administratif ou par un magistrat délégué par lui"

una regulación más que detallada sobre estos casos y sobre el status de los extranjeros que se vean inmersos en tal situación.

3. REGIMEN JURIDICO DEL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

3.1. Regulación actual

Una vez hecha una breve referencia de los antecedentes legislativos, pasamos a ver la actual legislación, la cual sigue manteniendo el internamiento[684] de extranjeros en centro no penitenciario entre las medidas provisionales que se pueden adoptar para asegurar la eficacia de la futura orden de expulsión, aun a pesar de las fuertes críticas de la doctrina, Alarcón Mohedano, Vidal De Martin, Molina Navarrete[685], califica esta institución de "monumento al significado mas policial y represivo presente en el modelo de regulación que inspiro la Ley Orgánica 7/1985".

Son continuas las críticas de los más diversos foros de debate y opinión, así como institucionales, por ejemplo el defensor del pueblo que en sus informes anuales critica fehacientemente la situación de los extranjeros en los centros de internamiento en espera de su expulsión y la problemática que suscitan los centros de internamiento[686].

Actualmente el marco legal regulador del internamiento lo constituye, básicamente, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

[684]. Palomar Olmeda, A., *Régimen Jurídico de los extranjeros. Aspectos Jurídico-administrativos sobre la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Aranzadi, 2001.

[685]. Alarcón Mohedano, P. y Vidal De Martin, L. "¿La nueva regulación de los centros de internamiento de extranjeros?, *revista Tapia*. 1999; Molina Navarrete, C., "Comentario a la Ley y Reglamento de Extranjería e Integración Social", pp. 860.

[686]. Informe de 1996 del Defensor del Pueblo, IV Legislatura.

social[687], modificada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre[688], cuyo artículo 61.1 apartado e) establece como una de las "*medidas cautelares*" que pueden ser impuestas a los extranjeros durante la tramitación de un expediente de expulsión el internamiento judicial en los centros de internamiento[689].

Asimismo se regula en los artículos 60 y 62 el internamiento, bajo dos presupuestos distintos, el primero, cuando se demore más de setenta y dos horas el retorno de los extranjeros a los que en frontera no se les permite el ingreso en nuestro país[690], y el segundo cuando se trate de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión[691].

No llegamos a alcanzar las razones que ha tenido el legislador, tanto en la inicial redacción de la Ley Orgánica 4/2000 (artículos 56 y 58) como tras la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, para recoger una misma figura jurídica en dos preceptos distintos, alimentando la posibilidad de discutir si estamos ante dos clases distintas de internamiento, con distinto control y garantías, pues en la primera opción

[687]. Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 10, de 12 de febrero.

[688]. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social modificada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 23 de diciembre, número 30, pp. 45508.

[689]. Gisbert Casasempere, R.J., "Las medidas cautelares de detención e internamiento en el procedimiento de expulsión de extranjeros". *Actualidad Administrativa*, Madrid, número 2, 2007, pp.132-140.

[690]. El artículo 60 de la Ley Orgánica establece: "1. Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento de retorno".

[691]. El artículo 62.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en su redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia domestica e integración social de los extranjeros, establece: " Incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión".

legal (extranjero pendiente de retorno) parece como si se partiera de una previa decisión gubernativa y fuera obligado para el juez el internamiento: "para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno", mientras que la segunda opción legal (extranjero pendiente de expulsión) goza de la propia esencia de una decisión judicial: "la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez... que disponga su ingreso en un centro de internamiento...".

Si a lo anterior se añade la existencia de un artículo intermedio (artículo 62[692]) que recoge diversas medidas cautelares durante la tramitación del expediente de expulsión, y habla, entre otras, de una obligación de presentación periódica ante las autoridades competentes (por tanto, elusiva del internamiento), a discreción de la propia autoridad gubernativa, nuestras dudas o recelos son más que fundados.

Debe insistirse en la innecesariedad de la doble tipificación legal del internamiento, máxime cuando ya existe una doctrina constitucional reiterada sobre dicha figura prevista en la Ley de Extranjería, que obliga, al margen del doble articulado y la dudosa voluntad legal, a una idéntica interpretación de ambos internamientos, que en todo caso deberán entenderse (sin duda, también el primero en caso de retorno), como una verdadera puesta a disposición judicial. Y, en fin, si a esta doble cita o regulación legal se añade que la Ley Orgánica emplea la triple terminología de expulsión, devolución y retorno, pero sólo contempla taxativamente el internamiento para dos de aquellas figuras, la expulsión (artículo 62) y el retorno (artículo 60), sin mencionarlo expresamente para los supuestos de devolución (artículo 58), la polémica está servida, de forma que surgirán distintas interpretaciones judiciales, que van a originar

[692]. Articulo 62, que amplía la previsión normativa de su predecesor, el articulo 57, dando cobertura general, y no excepcional, a diversas medidas cautelares a imponer por la autoridad gubernativa durante la tramitación del expediente de expulsión, como la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades competentes, la residencia obligatoria en determinado lugar o la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.

conflictos de entendimiento sobre los supuestos legales que habilitan el internamiento.

Existe una falta de cobertura legal sobre las medidas cautelar que ha sido puesto de manifiesto en el Reglamento aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio[693], ya que el legislador se ha dado cuenta de estas posibles omisiones, con consiguientes dudas interpretativas, ha refundido tales supuestos en un único precepto, en concreto el artículo 127.2[694]. En cualquier caso, lo que no debe dar lugar a conflictos interpretativos es la esencia, naturaleza y características del internamiento, como medida judicial.

En segundo lugar en el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integridad social, que vino a resaltar e incidir en todo ello, acogiendo (aunque sea con carácter genérico) aspectos constitucionales sobre la materia, si bien todavía seguimos con flecos o lagunas normativas, que harán necesario seguir conociendo e insistiendo en la doctrina constitucional sobre la figura del internamiento, su contenido y desarrollo ejecutivo. En otro orden de consideraciones, la insuficiencia del marco de legalidad ha sido evidente en cuanto a la propia situación y

[693]. Real Decreto 864/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 174, de 21 de julio, pp. 26552-26603.

[694]. Artículo 127.2: "Sólo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: a) Que haya sido detenido por encontrarse incurso en alguno de los supuestos de expulsión de los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como los párrafos a), d) y f) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000. b) Que se haya dictado resolución de retorno y éste no pueda ejecutarse dentro del plazo de setenta y dos horas, cuando la autoridad judicial así lo determine. c) Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento. d) Que se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se le haya concedido para ello.

desenvolvimiento normativo y práctico de los centros de internamiento de extranjeros[695].

El Reglamento de Ejecución, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre[696], se ocupa del internamiento en los artículos 153 a 155[697]. En concreto el artículo 153.2 establece la posibilidad de acordar jurídicamente el ingreso en centros internamiento de extranjeros que no tengan carácter penitenciario, y hace una enumeración taxativa de las ocasiones en las que resulta procedente el internamiento[698].

En tercer término, las disposiciones mencionadas han de ser completadas con lo establecido en Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999[699] sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, cuyo artículo 2 dispone que el ingreso en los centros de internamiento solamente se podrá realizar en virtud de resolución de la autoridad judicial competente en los supuestos y a los efectos prevenidos en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, remisión que ha de entenderse hecha a la vigente Ley Orgánica 4/2000.

---

[695]. Alba Navarro, M. Solicitud de Informe a la Administración del Estado sobre los Centros de Internamiento para Extranjeros, Madrid, 2012.

[696]. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 6, de 7 de enero.

[697]. El Reglamento aprobado derogo el anterior, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que se ocupaba del internamiento en la Sección Segunda del capítulo cuarto, que comprendía los artículos 153 a 155.

[698]. Artículo 153.2 del Reglamento de Ejecución establece que *"*solo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: a) Que haya sido detenido por encontrarse incurso en alguno de los supuestos de expulsión de los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como los párrafos a, d y f del artículo 53 de la Ley orgánica 4/2000 de 11 de enero. b) Que se haya dictado resolución de retorno y este no pueda ejecutarse dentro del plazo de 72 horas, cuando la autoridad judicial así lo determine. c) Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en este reglamento. d) Que se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se le haya concedido para ello.

[699]. Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero, número 47, pp. 7681-7688.

Debemos destacar de esta Orden, especialmente, el capítulo primero dedicado a las disposiciones generales a que habrán de adecuarse los centros de internamiento de extranjeros, perfilando en ellas la definición, naturaleza y finalidad de estos centros, así como los capítulos cuarto, quinto, sexto y séptimo, que delimitan los trámites que habrán de observarse en el ingreso, los traslados y salidas de los centros de Internamiento así como el régimen interno (desarrollado específica e íntegramente en el capítulo quinto), donde, según el preámbulo de la Orden Ministerial, se procura "hacer efectivo el ejercicio de los derechos que no se vean afectados por la medida judicial de ingreso, estableciendo un estatuto jurídico de los extranjeros sometidos a esta medida, así como un mecanismo que permita tramitar de manera rápida y eficaz sus peticiones y quejas con el fin de corregir oportunamente las carencias y defectos de que adolezcan estos establecimientos". Nada más publicarse tal normativa, surgieron interrogantes sobre la oportunidad temporal de esta regulación así como sus bondades, lo que, a corto plazo, no ha parecido satisfactorio.

En realidad constituyen auténticos *estatutos del extranjero*, bien pudieran distinguirse dos partes o aspectos bien significativos: Un aspecto administrativo, que comprende toda la regulación relativa a la entrada, permanencia y salida de los extranjeros de nuestro país; y, junto al anterior, con una significación mucho más profunda, el aspecto relativo a la determinación de la titularidad y goce o disfrute de los "derechos y libertades de los extranjeros en España", así como de sus *garantías jurídicas*, que, consideradas en su conjunto, vendrían a integrar y delimitar la auténtica "condición del extranjero" en nuestro país[700].

[700]. Fernández Valverde, R., "Las garantías jurídicas de los extranjeros", *Revista del Poder Judicial* número 67, 2002, pp. 279.

En este sentido se pronuncian Alarcón Mohedano y Vidal de Martín Sanz[701]al decir que el motivo de sacar a la luz este "mal llamado" estatuto jurídico de los extranjeros sometidos a dicha medida cautelar quizás ha sido el informe realizado por el Aula de Migración del ICAM, donde se denunciaba fundamentalmente la falta de normativa interna, pero también la práctica forense que no tiene en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987 así como los autos de internamiento en formato predefinido y no motivados, la falta de formación de determinados jueces y/o letrados que puede causar indefensión al inmigrante. Se reseñó también el saldo negativo en materia de derechos con el régimen penitenciario y el desamparo judicial del interno. Se analizó el límite del horario de visitas para el letrado, la imposibilidad de acceder al expediente, la carencia de asistencia social y la asistencia sanitaria, así como las precarias instalaciones.

Por fin, la Administración ha decidido dotar de normativa interna a estos centros acabando con la laguna existente. Sin embargo, no se han solucionado enteramente los problemas denunciados. La publicación del informe del Aula de Migración y su repercusión a la opinión pública y los especialistas en temas de extranjeros ha servido para positivizar una práctica, para salir del paso, pero no para crear un estatuto de extranjeros con todas las garantías. La Orden Ministerial es insuficiente y supone una puerta abierta a la arbitrariedad de la Administración[702]. Si bien hemos de dar la bienvenida a este intento de clara delimitación de la que, podríamos llamar, "relación jurídica de internamiento", aunque surjan inevitables lagunas y problemas interpretativos.

Con la publicación de esta normativa se puso fin a la laguna legal existente desde 1985 sobre la normativa de los centros de internamiento,

[701]. Alarcón Mohedano, I., Vidal de Martín Sanz, L.; *Derecho de extranjería: práctica administrativa y jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 600-731.

[702]. Alarcón Mohedano, P., Vidal de Martin, L. "¿La nueva regulación de los centros de internamiento de extranjeros?", *Revista Tapia*, número 106, 1999.

puesto que los breves artículos del Reglamento de 1996 sobre normativa de regulación interna no podían tener tal consideración[703].

El Reglamento de Ejecución de 2004 establece en el artículo 155.2[704] la habilitación al Ministerio de la Presidencia para que mediante Orden Ministerial establezca las normas técnicas y organizativas que se consideren necesarias para establecer el funcionamiento y régimen interior de los centros de internamientos de extranjeros, por lo que la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 seguirá en vigor mientras no se apruebe la nueva normativa.

Por último, otros instrumentos legales que ayudan a la interpretación del internamiento de extranjeros los encontramos en las Consultas, Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado que plasman la preocupación de la Fiscalía General sobre dicha medida.

Destacamos la Instrucción 6/1991[705], que trata sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de los sometidos a procedimientos de expulsión, señalando que esta medida debe estar

[703]. El Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por el Real Decreto 155/1986, de 2 de febrero, dedicaba una Sección específica (Sección Quinta, artículos 108 a 113) a los aspectos principales de estos centros y habilitada al Ministerio de Justicia e Interior, en su articulo113 para que dicte las normas precisas de funcionamiento interno de los Centros de Internamiento de Extranjeros. De la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 debemos destacar el capítulo primero dedicado a las disposiciones generales a que habrán de adecuarse los centros de Internamiento de extranjeros, perfilando en ellas la definición, naturaleza y finalidad de estos centros; así como los capítulos cuarto, quinto, sexto y séptimo que delimitan los tramites que habrán de observar en el ingreso los traslados y salidas de los centros de internamientos así como el Reglamento Interno, capitulo quinto.

[704]. Artículo 155.2: “Igualmente, mediante orden del Ministro del Interior, se establecerán las normas técnicas y organizativas que se consideren necesarias para establecer, en desarrollo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en este reglamento, el funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, especialmente en lo relativo a las condiciones de ingreso, las medidas de seguridad y de otro tipo aplicables, así como lo referente a la prestación de la asistencia sanitaria, asistencia social y a la formación específica de los funcionarios”.

[705]. Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/1991, de 24 de octubre, sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión.

inspirada en un principio de excepcionalidad, sin que pueda realizarse en centros penitenciarios ni en Comisarías de Policía, debiendo indicar la Autoridad Gubernativa al Juez el centro concreto donde va a ser internado el extranjero, así como las causas que aconsejan tal petición, dejando claro que, en todo caso, el extranjero está a disposición del Juez.

También señala la mencionada Instrucción que el internamiento se ha de otorgar, previa la presencia física del detenido ante la Autoridad Judicial, con la pretensión de que dicha Autoridad Judicial escuche a dicha persona y adopte su decisión con mayor conocimiento de su causa, precisando que el Juez, al elaborar el criterio sobre la posibilidad de internamiento, ha de tomar en consideración el dato de si el extranjero en cuestión ha sido internado con anterioridad, con lo que se evita la figura del internamiento sobrevenido o sucesivo. Para evitar la descoordinación entre las autoridades administrativas y judiciales se creó el "libro registro de extranjeros".

En este sentido, podemos mencionar la instrucción 1/2012[706] que nos habla del libro registro para el seguimiento de los extranjeros menores[707].

[706]. Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 29 de marzo sobre la coordinación del registro de menores extranjeros no acompañados.

[707]. Dicha instrucción establece que: "en la Oficina del Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería se llevará un Libro-Registro informatizado de seguimiento del Registro de MENAS con dos secciones. La primera, de Incidencias, recogerá todas las comunicaciones recibidas (ya sea por correo electrónico u ordinario) de los Fiscales Delegados de Extranjería, del Cuerpo Nacional de Policía o de cualquier otra institución sobre cualquier anomalía, problema o disfunción apreciada en el funcionamiento o gestión del Registro, actuaciones practicadas y acuerdo adoptado. La segunda, de Seguimiento de los Decretos de Determinación de Edad dictados por el Ministerio Fiscal en aplicación del artículo 35 Ley Orgánica de Extranjería en la que se anotarán, con criterios territoriales de ordenación, separadamente todas las Diligencias Preprocesales incoadas a tal fin, de conformidad con lo prevenido por la Circular 2/2006 y Decretos de modificación de otros precedentes practicados con sujeción a la Consulta 1/2009".

La Circular 1/1994[708], en la que se evidencia como el campo de actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la legislación de extranjería es muy amplia, produciéndose en un doble orden jurisdiccional. Por un lado, el contencioso-administrativo, ante la revisión judicial de las resoluciones gubernativas de expulsión de un extranjero, asumiendo una función garantista. Por otro, en el orden jurisdiccional penal, una vez que es firme el Decreto gubernativo de expulsión, produciéndose con frecuencia situaciones de concurrencia entre imputaciones de delitos menos graves y causas de expulsión que ocasionan importantes contradicciones y disfuncionalidades.

La reforma de la Ley Orgánica 4/2000, entre sus objetivos perseguidos se encuentra el de establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio de pleno de los derechos fundamentales. Se establece el reconocimiento de los derechos fundamentales de los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, como los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga, los derechos de educación que se reconoce plenamente hasta los dieciocho años, e incluso el de asistencia jurídica gratuita. Para los extranjeros que tienen residencia legal se establece un sistema progresivo de acceso a los otros derechos basado en el refuerzo del estatus jurídico a medida que aumenta el periodo de residencia legal: vivienda, asistencia sanitaria, Seguridad Social y servicios sociales, etc.

Por último una nueva regulación del derecho de reagrupación familiar, los beneficiarios se reducen básicamente a los familiares que integran la familia nuclear, limitando los ascendientes a los mayores de sesenta y cinco años, si bien, también se incluye a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal,

[708]. Circular 1/1994, de la Fiscalía General del Estado, de 15 de febrero, sobre intervención del ministerio fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España.

además, a los reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo[709]. Se establecen nuevos requisitos y procedimiento para la reagrupación familiar y se deja para posterior desarrollo Reglamentario las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación así como para acreditarla relación de afectividad análoga a la conyugal.

La Consulta 1/2001[710], sobre el retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, llega a la conclusión de que la devolución o retorno no es propiamente una sanción, sino una medida para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad competente y que no lleva aparejada la prohibición de futura entrada. La adopción de la devolución o retorno se justifica en atención a la flagrancia de la infracción administrativa consistente en la entrada ilícita en territorio español. Con la expresión legal "los que pretendan entrar ilegalmente en el país" (artículo 54.2 b) de la Ley Orgánica 4/2000), se acota la figura del retorno y se aplica a aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o in fraganti en su acción de entrada ilícita en España.

La Circular 3/2001[711], trata sobre las medidas privativas de libertad en los supuestos de expulsión de extranjeros no sujetos a causa penal, y en concreto del internamiento de extranjeros en los supuestos de expulsión, devolución y retorno, el control de internamiento y el carácter de los centros de internamiento. Dicha Circular no introduce criterios incompatibles con las dictadas hasta esa fecha; al contrario, parte de las orientaciones que sentó la Circular 1/1984, pero adaptándolas a la nueva normativa por la Ley Orgánica 4/2000, y profundiza en las líneas de

[709]. Esplugues Mota, C. y De Lorenzo Segrelles, M., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, 2001.

[710]. Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 9 de mayo, sobre el retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y limites.

[711]. Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, 21 de diciembre, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

interpretación que se establecen en las Instrucciones 2/2001, que deben reputarse vigentes; siendo tratadas más detenidamente cuando hablemos de los supuestos de internamiento[712].

Entre otras, tenemos la Instrucción 2/2001[713], sobre la interpretación del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la Instrucción 2/2002[714], que crea un Servicio de Extranjería en las diversas Fiscalías para hacer efectivo un mayor control en relación con determinadas situaciones de los extranjeros así como en los internamientos autorizados y estableciendo un régimen de visitas periódicas a los centros de internamiento.

La Instrucción 3/2003[715], fue objeto de críticas[716]. Tanto la doctrina, Fábrega Ruiz, Félix Pantoja[717]la califica de "sorprendente,

[712]. Sobre el contenido y comentarios de la Circular 3/2001, ver Paz Rubio J.M., "Expulsión de extranjeros", *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 4, 2003, pp. 79-203.

[713]. La Circular 2/2001 de la Fiscalía General del Estado, de 28 de junio, relativa a la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores.

[714]. Instrucción 2/2002 de la Fiscalía General del Estado, de 11 de febrero, sobre organización de las Fiscalías en materia de extranjería.

[715]. Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo.

[716]. Está fuera de dudas que las circunstancias en que se produce la entrada clandestina descartan cualquier solución basada en principios de corte teórico acerca de la carga de la prueba o el examen de soluciones jurídicas comparadas. Pero también es claro que la existencia de una posible referencia cronológica inferior a los 18 años no es impensable en algunos países. Basta para ello repasar la legislación internacional, nacional y autonómica aplicable a la materia. El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, considera menor de edad a «todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad»; para el articulo 12 de la Constitución Española, son los españoles quienes adquieren la mayoría de edad a los dieciocho años; el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, claramente advierte que sus normas se aplicarán a "los menores de 18 años que se encuentren en territorio nacional, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad"; pronunciándose en parecidos términos el art. 2 de la Ley de la Comunidad Canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores o el artículo 2 de la Ley cántabra 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia. La idea de que todo extranjero menor de edad no acompañado se encuentra en una palmaria situación de desamparo ha llegado a convertirse en un axioma incontrovertibles (sin duda propiciado por el tenor literal del

grosero incumplimiento de la convención de Derechos del Niño, discriminatoria", como otros organismos, Amnistía Internacional, solicito a la Fiscalía General del Estado que retire la instrucción o la modifique para que respete los derechos fundamentales de los menores, porque generaba interpretaciones que no respetaban el principio general de prevalencia del interés superior del menor.

Sorprendente porque, a pesar de que su título no sea objetable en abstracto, el contenido de la Instrucción basa toda su argumentación en una interpretación *sui generis* y contraria a toda la tradición doctrinal y jurisprudencial de las distintas instituciones que maneja, incluso a las que la misma Fiscalía General del Estado ha ido dando en sus distintas Instrucciones, Consultas y Circulares en las que se ha acercado a la materia, algunas de tiempos muy recientes[718].

La Instrucción 6/2004[719], que viene a dejar sin efecto la Instrucción 3/2003, a la vista de las dudas que su interpretación general,

---

artículo 62 del Reglamento Extranjería), del que se derivan dos consecuencias encadenadas, la tutela automática de la Administración y la regularización de su situación ilegal en España.

[717]. Fábrega Ruiz, C., "retorno de inmigrantes y emancipación de hecho", *Diario La Le*y, número 5940, 2004, pp. 1690-1702.

[718]. Partiendo de una argumentación basada en la filosofía y los principios del Derecho Penal del Menor y no desde la perspectiva de su protección e inspirando todo su texto dos paradigmas que también subyacen en la Instrucción 3/2003, y que podemos calificar, cuanto menos, de cuestionables, el primero es la consideración de la inmigración como un problema de seguridad ciudadana y no de derechos fundamentales o de búsqueda por no delincuentes de una vida mejor. Por ello se aplican criterios de subversión del orden y de aplicación de preceptos penales a la búsqueda de soluciones. Esta postura olvida que no estamos ante un problema penal y que los extranjeros no son delincuentes por intentar entrar irregularmente en nuestro país. El segundo es una afirmación de carácter economicista, es decir, los menores extranjeros desamparados nos invaden y no poseemos medios para dar una respuesta, lo que pone en peligro el sistema español de protección de la infancia. Cierto que no tenemos una capacidad ilimitada de respuesta. Pero carecemos de datos que corroboren esa catastrófica afirmación. Habrá que ver cuántos menores inmigrantes se han atendido, cuál ha sido la intervención con ellos, si se han cumplido escrupulosamente por las entidades implicadas los preceptos legales, y cuál ha sido el resultado de esa intervención.

[719]. Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2004, 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

a la vez que ratifica las directrices de las Circulares 3/2001[720] y la Instrucción 2/2001[721].

La Ley 5/2010, en su reforma del artículo 89 del Código Penal, aborda, en el párrafo primero de su apartado 6, la cuestión de la situación de los condenados extranjeros que habiendo sido condenados a su expulsión no se encuentren en prisión[722]. Aunque hubiera sido preferible la ejecución provisional de la pena que preveía para estos supuestos la Disposición Adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal aboga por acudir al internamiento en centro no penitenciario de los extranjeros condenados que no se encuentren en prisión entre el momento de la resolución de la expulsión y la efectiva materialización de la misma, situación en la que el condenado extranjero sólo podrá estar sesenta días[723].

Durante el citado período de tiempo en el que la expulsión acordada está pendiente de ejecutarse, pueden surgir en la práctica diversas incidencias que supongan que el penado inste que se deje sin efecto la medida, en primer lugar que si el extranjero pidiera, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.4 del Código Penal la suspensión de la expulsión acordada por haberse solicitado un indulto, la solicitud deberá ser desestimada en tanto que lo que permite el citado precepto es la

[720]. Vid. Nota número 48.

[721]. Vid. Nota número 50.

[722]. Artículo 89.6:"Cuando al acordarse la expulsión el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, que ingrese en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa".

[723]. Artículo 62.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre.

suspensión de la ejecución de la pena, no de una medida no privativa de libertad como es la expulsión que venimos tratando[724].

En segundo término, lo mismo cabría decir cuando lo solicitado por el penado extranjero es la suspensión o sustitución de la pena, ya que la expulsión no puede dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello[725].

Por último otro de los motivos alegados por el penado extranjero puede ser la existencia de otros procedimientos contencioso-administrativos. En estos casos, en principio nada obsta para poder ejecutar la expulsión, salvo que el objeto del procedimiento fuera la solicitud de suspensión de la resolución administrativa de expulsión que pudiera afectar a la condición de ilegalidad de la residencia, en cuyo caso se entiende que sería conveniente esperar a la pronunciación del órgano judicial contencioso-administrativo, al menos en lo referido a la medida cautelar de expulsión.

Las prisiones, a pesar de la privación de libertad y las duras condiciones de vida en su interior, cuentan, al menos con un ordenamiento en consonancia con su Ley y el Reglamento. En cambio, los centros de internamiento de extranjeros no cuentan con ninguna regulación.

Esta falta de una adecuada normativa de estos centros sobre el régimen y funcionamiento, ya que ello evitaría el riesgo de arbitrariedad y abuso en el interior de los centros de internamiento de extranjeros, pues

[724]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Gerona número 603/2004, de 18 de octubre.

[725]. Acuerdo del Tribunal Constitucional número 132/2006, de 4 de abril.

en la actualidad no existe una reglamentación suficiente que establezca cómo han de gestionarse y resolverse incidencias, problemas o eventualidades que aparecen con frecuencia en el día a día de la privación de libertad, regulación que con bastante pormenor sí existe en relación con los centros penitenciarios[726].

La diferencia entre los centros de internamiento de extranjeros y centros penitenciarios consiste, pues, en que estos últimos cuentan con una normativa reguladora precisa y detallada por una Ley Orgánica y un Reglamento, que determinan su régimen interior. Sin embargo, la creación de los centros de Internamiento de Extranjeros fue realizada mediante una simple Orden Ministerial en 1985, orden que no requería ni acuerdo del Consejo de Ministros, ni publicación en el Boletín Oficial del Estado. Pero su régimen interno no fue definido hasta catorce años más tarde, mediante una nueva Orden Ministerial dictada en 1999, que regula materias que afectan a derechos fundamentales.

La ausencia de normativa en algo tan fundamental como las infracciones y sanciones de los internos, ha propiciado una absoluta discrecionalidad, pues habilita al director del centro para imponer medidas correctivas a los internos que no respeten las normas, sin haberse especificado previamente cuales son éstas. Aunque en 2003, tras una sentencia del Tribunal Supremo, fueron elevados de rango los aspectos más relevantes de los centros de internamiento de extranjeros, incluyéndolos en la Ley Orgánica de Extranjería, sigue siendo la Orden Ministerial la que regula todo lo concerniente al funcionamiento y régimen interior.

[726]. El pormenorizado análisis que Rodríguez Candela hace del estatuto jurídico de los internados en los centros de internamiento de extranjeros que configura la legislación de extranjería, comparándolo con la regulación prevista para los centros penitenciarios. “centros de internamiento de extranjeros: cárceles encubiertas”, 2012.

3.2. Significado constitucional del internamiento.

No podemos pasar a examinar la naturaleza jurídica sin hacer antes una breve referencia al significado y dimensión constitucional del internamiento, lo que obliga a tener la necesaria referencia de ciertos preceptos de la Constitución Española. Asimismo, y por ello, debemos recordar dos notas esenciales: una, que la regulación del internamiento, por su propio contenido y afectación individual, constituye lo que pudiéramos llamar la "faz negativa" de los derechos que proclama el Texto Constitucional, y, otra, que, precisamente por ello, los preceptos restrictivos de derechos constitucionales son de interpretación restrictiva, esto es, deben ser interpretados del modo que más favorezca a la vigencia del derecho de que se trata.

Por tanto, en la exposición del tema es obligada la mención de cuatro artículos de la Constitución Española (13, 17, 19 y 24), de singular operatividad en la problemática jurídica del extranjero, como trataremos de explicar seguidamente. Entre los derechos que Miquel Calatayud[727]denomina "innatos absolutos", esto es, aquellos cuya atribución al extranjero no deriva ni de reconocimientos constitucionales ni de discrecionales medidas administrativas, sino que dependen, sencillamente, de la condición humana de toda persona (extranjero o no) sin duda está el *derecho a la libertad* que proclama el articulo 17 Constitución Española[728]atribuyéndolo a todas las personas.

Otro derecho fundamental de especial trascendencia viene enunciado en el artículo 19 Constitución Española[729], relativo a las

[727]. Miquel Calatayud, J.A., *Estudios sobre inversiones extrajeras en España,* Bosch, Barcelona, 1989.

[728]. Artículo 17: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley".

[729]. Artículo 19:"Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente

libertades de residencia y de desplazamiento**.** Es evidente que la decisión de expulsar o extrañar a una persona del territorio nacional (y, por derivación, la medida cautelar de internamiento orientada a la ejecución de tal medida), prohibiendo su regreso durante un período de tiempo, afecta directamente a la libertad de circulación que contempla dicho precepto constitucional, y conviene dejar resuelta la cuestión previa de si un extranjero puede ser considerado titular del derecho fundamental de circulación y, en su caso, con qué alcance.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1990, de 23 de mayo, necesitó exteriorizar ampliamente la respuesta afirmativa a tal interrogante, visto que tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal enfatizaban que el texto del artículo 19 Constitución Española solamente alude a "los españoles".

Frente a esta única argumentación, el Tribunal Constitucional recalcó que la dicción literal del artículo 19 es insuficiente, porque este precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el articulo 13 Constitución Española[730], de cuya lectura en ambos apartados resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19.

---

de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos".

[730]. Como es obligado también citar el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948): "1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país".

Cuestión distinta[731], sin embargo, es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España. Y así continúa diciendo el Tribunal Constitucional: "La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ni por consiguiente pertenece a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. Es, pues, lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de tales derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella. La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo absoluta.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 no puede ser ignorado a la hora de interpretar los artículos 19 y 13 de la Constitución[732], por imperativo de su artículo 10.2. Las leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado, limitado pero cierto, de libertad que reconocen los artículos 12 y 13 del Pacto internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado. Así pues, los extranjeros que por disposición de una Ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el articulo 19 Constitución Española[733], aún cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinan las leyes y tratados a los que se remite el articulo 13.1 Constitución Española".

[731]. Del Rio Fernández, L.J.," Detención e Internamiento de Extranjeros: Estatuto Jurídico", *Diario La Ley*, número 7, 2001,pp. 1414-1429.
[732]. Vid Nota número 62 y 63.
[733]. Vid Nota número 62.

Pero admitida la titularidad del extranjero al derecho fundamental de circulación, las medidas que repercuten sobre el mismo deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable.

Con la reciente Ley Orgánica 4/2000 las dudas o lagunas legislativas quedan resueltas, ya que su artículo 3 resalta claramente la igualdad de los extranjeros con los españoles, para más adelante el artículo 5 insistir específicamente en el derecho a la libertad de circulación. Por último, debemos recordar y tener presente siempre el derecho a la tutela judicial efectiva del referido artículo 24 Constitución Española[734], plenamente operable con ciudadanos extranjeros. Por ello, deben ser respetadas el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el art. 13 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[735] y los artículos 13, 19 y 24 Constitución Española[736], precepto este último que es plenamente aplicable a los extranjeros, como declararon las Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 99/1985 de 30 de septiembre.

La nueva Ley de Extranjería 4/2000 apunta directamente esta materia en el capítulo tercero del Título primero relativo a las garantías jurídicas, resaltando el artículo 20 que "*los extranjeros tienen derecho a*

[734]. Artículo 24: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

[735]. Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas".

[736]. Vid Nota número 46, Nota número 45 y Nota número 50.

la tutela judicial efectiva" y el artículo 22 el "*derecho a la asistencia jurídica gratuita*".

Una vez vista la regulación actual pasamos a detallar la naturaleza jurídica del internamiento ya que es algo compleja.

4. NATURALEZA JURIDICA.

Vista la regulación vigente así como el significado constitucional del internamiento pasamos a examinar la naturaleza jurídica del internamiento.

El artículo 60 de la Ley Orgánica 4/2000 proclama, como venía siendo habitual, que estos centros de internamiento no tendrán carácter penitenciario. Por ello debemos acudir al artículo 7 de la Ley Orgánica General Penitenciaria[737], que es la que nos define el concepto de "centros penitenciarios", recogiendo allí a los establecimientos de preventivos, los de cumplimiento de penas, y los establecimientos especiales donde prevalece el carácter asistencial (hospitalarios, psiquiátricos y centros de rehabilitación).

El hecho de que los internos no son objeto de tratamiento ni clasificación, como dice García Catalán[738], no es suficiente para establecer las diferencias entre un centro penitenciario y un centros de internamiento de extranjeros, ya que en los centros penitenciarios de

[737]. La Ley Orgánica 1/79, de 26 de Septiembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 239, de 5 de octubre, pp. 23180-23186.

[738]. García Catalán, J.M., *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 400.

preventivos a los internos tampoco se les trata ni se les clasifica, sino tan solo se ejercen labores de retención y custodia[739].

De forma más sistemática, el artículo 153.2 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, recoge los supuestos en que cabe el internamiento, estableciendo que cuando haya sido detenido por encontrarse incurso en alguno de los supuestos de expulsión de los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como los párrafos a) d) y f) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Que se haya dictado resolución de retorno y ésta no pueda ejecutarse dentro del plazo de 72 horas, cuando la autoridad judicial así lo determine. Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el Reglamento. Que se hay dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se le haya concedido para ello.

El supuesto regulado con más claridad es el del extranjero que comete alguna infracción administrativa susceptible de ser castigada con la sanción de expulsión, como por ejemplo, hallarse 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 (articulo 53 letra a) de la Ley de Extranjería)[740]. En estos casos, como veremos con más detenimiento, puede decretarse el internamiento del extranjero como medida cautelar en el marco del procedimiento sancionador.

---

[739]. Artículo 8 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

[740]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta, número 3478/2003, cambio de criterio jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica del acto que incoa un expediente de expulsión de un extranjero cuando propone el internamiento. Recurribilidad del acto que incoa un expediente de un extranjero y propone al juez de instrucción que adopte la medida cautelar de internamiento, por cuanto esta determinación afecta a la situación personal de interesado y no es un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa sino una decisión actual de la que depende aquella.
El Tribunal Supremo declara haber lugar a recurso de casación interpuesto contra autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por los que se inadmite recurso contencioso-administrativo, revoca dichas resoluciones y declara que dicho recurso es admisible por tener objeto un acto administrativo impugnable al incorporarse al acto que incoa un expediente de expulsión de un extranjero una propuesta de internamiento.

Pero también puede acordarse el internamiento en los supuestos de devolución, que proceden cuando el inmigrante que ha sido previamente expulsado contraviene la prohibición de entrada o cuando pretende entrar ilegalmente en nuestro país (articulo 58 Ley de Extranjería). Por su parte se utiliza el término retorno para los rechazos en frontera (articulo 60 Ley de Extranjería). En los supuestos de devolución y retorno, en los que no es necesario incoar un expediente de expulsión para deportar al extranjero, si la salida de España no fuera posible durante las setenta y dos horas de la detención policial[741], se establece también la posibilidad de internamiento[742].

Cada una de estas figuras tiene sus peculiaridades, aunque todas ellas coinciden en la posibilidad de internar al extranjero con la finalidad de asegurar la salida de nuestro país. No obstante, para no perdernos en particularidades me referiré normalmente al internamiento como medida adoptada para asegurar la expulsión del territorio español como pena sustitutiva penal, sobre todo aquellas referidas los problemas jurídicos y materiales de los centros de internamiento.

La primera peculiaridad sobre la que conviene llamar la atención, es sobre la naturaleza jurídica del internamiento. El internamiento de extranjeros formalmente no es una sanción. No es una sanción penal, pero tampoco es una sanción administrativa. Cuando dicha medida se adopta en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, su naturaleza es la de una medida cautelar consistente en la privación de

[741]. Al respecto, por ejemplo, Sola Reche, E., "Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", en P. Laurenzo Copello, *Inmigración y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 345 y ss.

[742]. Aunque respecto al retorno el articulo 60.1 Ley de Extranjería consagra la garantía judicial del internamiento de forma muy lacónica: "…La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno".

libertad que tiene por finalidad asegurar la ejecución de la eventual sanción administrativa: la salida coactiva del territorio

Una vez que se priva al extranjero de libertad y vaya a trascurrir el plazo de setenta y dos horas dispuesto en el artículo 17.1 de la Constitución Española[743], existen sólo dos posibilidades, o bien la puesta en libertad al extranjero y que la Administración continúe tramitando el expediente de expulsión, o bien la puesta a total disposición judicial para que sea la autoridad judicial quien autorice el internamiento y se le comuniquen las vicisitudes del interno pero el juez de instrucción no puede entrar a conocer el fondo del asunto.

Sin embargo, esta última alternativa no es viable en opinión de Vidal Fueyo[744], pues el extranjero tiene abierto un expediente de expulsión administrativo que aun no está resuelto y el Juez de Instrucción no puede entrar en el fondo del asunto. De esta manera estamos ante una figura como es el internamiento, que no responde ni a las características de una detención preventiva[745], ni a las de prisión provisional[746]. Sin tener en cuenta los auténticos fines del moderno

[743]. Artículo 17: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previsto en la Ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.4. La Ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por la Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional".

[744]. Vidal Fueyo, C., "La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional*, número 62, 2001, pp. 216.

[745]. El artículo 62.2 de la Ley Orgánica 4/2000 no se refiere al esclarecimiento de los hechos sino a la sustanciación de un expediente administrativo de expulsión, sin perder de vista que la expulsión es una sanción administrativa, mientras que la detención solo procede cuando existencia de indicios de criminalidad, pues el articulo 17.2 solo autoriza la detención en el contexto del proceso penal.

[746]. Pues el extranjero no depende de la autoridad judicial, sino de la gubernativa, durante el periodo de internamiento.

Derecho penal de la seguridad vial, perfectamente aplicables a todo el Derecho penal, eficacia preventiva, el paradigma preventivo, y el principio de eficacia simbólica, conforme al cual la inclusión de nuevos delitos y la agravación de más penas siempre cumplirán, por lo menos, el objetivo simbólico de tranquilizar la demanda social[747].

Sin dejar de tener presente que la posibilidad de internamiento para ejecutar la condena de expulsión es una novedad de la Ley Orgánica 5/2010.

La naturaleza jurídica es, por tanto, compleja. Se trata de una medida preventiva dentro de un procedimiento administrativo sancionador que procede aplicar cuando es indispensable para evitar el riesgo de fuga del extranjero, mientras se sustancia el expediente de expulsión. En opinión de Vidal Fueyo[748], para que resulte plenamente constitucional deberá ser jurisdicción contencioso-administrativa, y no el Juez de Instrucción, el orden jurisdiccional competente para decidir sobre la necesidad de pérdida de libertad, pues es este orden el que tiene competencia para conocer sobre los posibles recursos contra dicha expulsión. A su juicio, es posible la vulneración del principio non bis in ídem por varios preceptos de la Ley de extranjería, pues sobre un mismo hecho y un mismo sujeto van a recaer dos sanciones, sin que sea posible apreciar un fundamento distinto, salvo la extranjería, que justifique la doble imposición. Así, los artículos 53 letra f y 54.1 letra a de la Ley Orgánica 1/1992 de Seguridad Ciudadana, por lo que un extranjero lleva aparejada una sanción adicional, cuya causa viene determinada exclusivamente por la condición de extranjero del infractor. Del mismo

[747]. Miro Llinares, F., "El "moderno" Derecho Penal vial y al penalización de la conducción sin permiso", *Revista para el análisis del Derecho,* número 3, 2009, pp. 10 y ss.

[748]. Vidal Fueyo, C., "La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional*, número 62, 2001, pp. 217. Respecto a la regulación precedente Pérez Pérez, J.J., "La expulsión del extranjero en el proceso penal", *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, 1994, pp. 510.

modo, el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 8/2000 prevé como causa de expulsión, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa[749].

De esta manera se sanciona administrativamente un comportamiento ilícito que ya ha sido sancionado penalmente.

La expulsión del articulo 57.2 opera una vez cumplida la pena impuesta, y por tanto agotada la función jurisdiccional de juzgar y de ejecutar lo juzgado[750]y por ello ha sido definida como una consecuencia accesoria de la condena por delito de naturaleza administrativa[751]. Por lo tanto se confirma la configuración de esta causa de expulsión como instrumento jurídico para dotar de eficacia a los requisitos de no poseer antecedentes penales por determinada clase de delitos, como una medida que responde "a la perdida de la capacidad para estar en España legalmente"[752]. Enfocado desde otra perspectiva, podría decirse que la causa de expulsión del articulo 57.2 Ley Orgánica de Extranjería es el efecto de la posesión de antecedentes penales en el marco de la regulación de extranjería, en relación precisamente con la permanencia legal de extranjeros en territorio nacional[753].

[749]. Bonilla Correa, J.A., "Tratamiento de los delincuentes extranjeros: medidas de expulsión. Consideración político criminales", *Diario La Ley*, número 7445, 2010, pp.1138-9907.

[750]. Así lo entiende Eneriz Olaechea, F.J., "Los procedimientos administrativos de expulsión, devolución y retorno de extranjeros", en J.F. Alenza García, *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, 2007, pp. 589-624.

[751]. En ese sentido Vid. Fernández Arévalo, L., "Tutela judicial del extranjero: examen especial de la tutela del derecho a la libertad en el marco de las medidas repatriativas". Seminario de Fiscales especialistas en Extranjería, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, 2004, pp. 2954-2955.

[752]. Meana Cubero, T., "La reforma de la L.O. 2/2009 de 11 de diciembre en materia de régimen infractor y sancionador de la ley de extranjería. Especial referencia a la expulsión gubernativa de extranjeros y procedimientos para su aplicación", en C. Sánchez-Rodas Navarro *Inmigración, mujeres y menores*, Laborum, 2010, pp. 287.

[753] . A favor de que la aplicación de esta causa de expulsión se haga por el juez en el momento en el que dicta sentencia por alguno de los delitos comprendidos en ella vid. González Campo, E., "La expulsión de extranjero como sustitutivo penal en la

La filosofía o ratio legis de la medida de internamiento según la Ley Orgánica 4/2000[754] y en su reforma por la Ley Orgánica 8/2000, según el texto de los artículos 61.1e) y 62, es concebir el internamiento como una "medida cautelar" que puede acordarse mientras se sustancie un procedimiento sancionador en el que se formule una propuesta de expulsión.

Aun cuando la Ley Orgánica 4/2000 denomina en el artículo 61 "medidas cautelares", no presentan los caracteres propios de tales medidas. La finalidad perseguida con el amplio catálogo de estas medidas, entre las que se encuentra el internamiento, no es otra que servir de instrumento para una mayor eficacia de la potestad sancionadora de la Administración, incluso a través de la compulsión personal y otras restricciones de derechos fundamentales.

Al igual que la expulsión del artículo 89, que se descartada como una pena y como una medida de seguridad, la definimos como una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad o de manera genérico de consecuencia penal, en el sentido de efecto jurídico que se liga con la realización de un supuesto de hecho contenido en una norma penal, no reconducible a ninguna de las consecuencias jurídicas mas especificas y con mayor raigambre en la rama punitiva.

---

reforma del Código Penal y en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introducida por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre", *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, número 4, 2003, pp. 505- 513.

[754]. En la redacción originaria de la Ley Orgánica 4/2000 se recoge la figura del internamiento en los artículos 56 y 58 con el siguiente contenido: Articulo 56 "Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento de retorno". Articulo 58 "Cuando el expediente se refiera a extranjeros por las causas comprendidas en los apartados a), b) y c) del articulo 50 así como el g) del artículo 49, en el que se vaya a proponer la expulsión del afectado, la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente correspondiente que disponga si ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptara en auto motivado, previa audiencia del interesado".

No se debe confundir con las medidas cautelares de carácter personal previstas en el proceso penal. El fundamento de tales medidas en el proceso penal no es otro que garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria y entre sus caracteres destacamos el de instrumentalidad en relación a otro proceso principal.

En definitiva, personalmente, consideramos que el internamiento, aun cuando la Ley Orgánica 4/2000 lo regula dentro de las medidas cautelares, no lo es, a pesar de que intervenga el Juez en la autorización del mismo[755]. Por el contrario, sí que se puede considerar como medida preventiva o provisional, adoptado con la finalidad de asegurar la eficacia de la ejecución del acuerdo de expulsión.

Soy consciente de que la realidad de los centros penitenciarios no es la descrita en la Ley Orgánica General Penitenciaria, ni la de los centros de internamientos de extranjeros la descrita en la Ley de Extranjería y normas de desarrollo, ni que todos los centros penitenciarios ni todos los centros de internamiento de extranjeros tienen las mismas condiciones. Llego a la conclusión ya apuntada de que lejos de lo que debería ser lo esperado, las condiciones legales y

[755]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, número 121/2010, de 23 de marzo. Pues bien, en primer lugar, debe quedar claro que el control del Juez "a quo" no alcanza a la idoneidad y legalidad concreta, de la sanción que la Administración pueda imponer, toda vez que ello corresponderá a los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que se limita al control de la legalidad del internamiento que solicita la Administración como medida para garantizar tanto la presencia del extranjero interesado en el expediente como la ejecución de la medida de expulsión de nuestro país que la Administración pueda llegar a acordar. Desde tal punto de vista debe examinarse la proporcionalidad del internamiento (en cuanto medida restrictiva de la libertad individual) en función de las circunstancias del extranjero sometido al expediente gubernativo de que se trate. En tal ámbito, es carga probatoria del ciudadano extranjero ilegalmente en nuestro país el acreditar, que concurren en él circunstancias que permitan concluir que no evitará las consecuencias desfavorables por sí del expediente gubernativo seguido contra el mismo por su entrada en nuestro país de forma contraria a lo dispuesto en la Ley. Pues bien, en este caso, el recurrente no acredita en absoluto arraigo, desde ningún punto de vista, que permita presumir que no eludirá las consecuencias del expediente tramitado contra el mismo. Carece de domicilio personal; carece de ingresos; carece de vinculación familiar, luego si nada ha sido probado al respecto es obvio que la resolución recurrida ha de ser mantenida en lo que afecta a la cuestión concreta objeto de recurso.

reglamentarias de estancia en los centros de internamientos de extranjeros son peores que la de los centros penitenciarios, contradiciendo la propia declaración de intenciones que el artículo 60 de la Ley de Extranjería hace cuando niega el carácter penitenciario de éstos.

Junto a la naturaleza jurídica del internamiento[756], nos planteamos varias cuestiones, en primer lugar determinar el carácter automático o discrecional del internamiento, en segundo término el momento de solicitar el mismo y por último las medidas alternativas al internamiento en centro no penitenciario.

Veamos cada una de las cuestiones en particular.

4.1. Carácter automático o discrecional.

[756]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Séptima, número 134/2003, de 8 de octubre. El Juzgado de Instrucción número 2 de Algeciras dictó Auto en el que acordó autorizar el internamiento de José Pedro hasta el momento de su expulsión administrativa, por un plazo máximo de cuarenta días, siendo dicho auto recurrido en reforma y subsidiaria apelación por la representación del internado, y confirmado por Auto, que desestimó el recurso de reforma, admitiéndose a trámite el de apelación. Fundamentos Jurídicos. Esta Sentencia analiza la naturaleza jurídica del internamiento. El internamiento previsto en el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000, es una medida cautelar, de carácter judicial, tendente a asegurar la ejecución de la resolución administrativa de expulsión. La expulsión es, pues, una medida administrativa, y no judicial, sujeta a la normativa administrativa de la propia Ley Orgánica 4/2000, y contra tal medida, tras agotarse la vía administrativa, cabrá el correspondiente recurso contencioso-administrativo. El Juez de Instrucción, por tanto, no puede revisar el expediente de expulsión o la medida administrativa, extremos que exceden de su competencia, sino limitarse a decidir sobre la procedencia o no del internamiento solicitado, para lo que deberá efectuar el control de legalidad sobre la concurrencia de los presupuestos que el articulo 62 exige para su adopción, y que son: a) La existencia de un expediente administrativo seguido por las causas de las letras a) y b) del apartado 1 del art. 54, o por las de los apartados a), d) y f) del artículo 53, todos ellos de la Ley Orgánica 4/2000. b) Que la autoridad gubernativa vaya a proponer la expulsión del extranjero. c) Que la autoridad gubernativa proponga al Juez de Instrucción el internamiento. Como se ha expuesto, no puede extenderse este control judicial penal al ámbito administrativo de la expulsión El juez instructor no puede extender su competencia al control del expediente gubernativo, esto es, a la existencia o la calificación jurídica de causa de expulsión que dé lugar a la incoación del expediente administrativo. Lo contrario supondría una invasión de la jurisdicción penal en el ámbito de la contencioso- administrativa, con el riesgo consiguiente de recaer resoluciones contradictorias en ambas jurisdicciones.

En primer lugar el carácter automático o discrecional del internamiento, al igual que lo hemos planteado en el capitulo anterior respecto la expulsión del extranjero del territorio nacional.

El problema básico que suscita el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000[757]es el relativo a determinar, si, solicitado el internamiento por la Autoridad gubernativa en los términos expresamente previstos en la Ley de Extranjería, el Juez de Instrucción habrá de acordarlo sin más trámite, o si, por el contrario, habrá de ponderar las circunstancias "concurrentes en el extranjero puesto a disposición", antes de decretar o rechazar el internamiento.

Es decir se plantea si el internamiento tiene un carácter automático o discrecional, lo que puede dar lugar en la práctica jurisdiccional a dos modelos distintos: uno que podemos considerar como tramite de homologación o estandarización, o un modelo más garantista[758].

Sin embargo en la expulsión del artículo 89 está prevista en la Ley Orgánica 5/2010 con un carácter semiautomático sin perjuicio de que en mi opinión, hubiera sido más acertado, tal y como se preveía en el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006, que los jueces

[757]. Artículo 62.1: "Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a y b del artículo 54.1, en las letras a, d y f del articulo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero".

[758]. En este sentido, se apunta Sáez Valcárcel, R., La libertad del inmigrante. Un derecho vulnerable, *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, 1996,pp. 246.

decidieran la sustitución de la pena impuesta por la expulsión facultativamente.

Hay que partir de la premisa de que el extranjero durante la privación de libertad no se encuentra a disposición de la autoridad judicial que la acordó, pero si se le informa de todo, aun a pesar de las pautas constitucionales reflejadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1987[759], que viene a decirnos: *"*el extranjero respecto a su libertad se encuentra en plena disponibilidad judicial, que cesara en el momento en que el juez mismo decida la puesta en libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicite del órgano judicial la entrega del detenido para su efectiva expulsión".

Sin embargo en el caso del internamiento previsto en el artículo 89.6 del Código Penal al juez se le informa de todo, y el extranjero está a disposición judicial.

La doctrina[760]considera que el Juez de Instrucción no está vinculado por la petición gubernativa, sino que por el contrario, antes de acordar la medida de internamiento, deberá valorar las circunstancias concurrentes en el extranjero[761]. A este respecto, la función judicial en la decisión de internamiento no puede ser meramente automática, sino que debe comprobar los elementos concurrentes en el caso concreto, no los relativos a la sustanciación del expediente administrativo, pero si a las circunstancias personales de seguridad y orden publico que justifiquen la privación de libertad.

---

[759]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1997, de 16 de junio.

[760]. Heredia Puente, M., Fábrega Ruiz, C., *Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería,* Colex, Madrid, 1997, pp. 44 y 45.

[761]. Salvo el supuesto de los internamientos decretados como medida provisional en la ejecución de un orden de retorno (artículo 60.1 de la Ley Orgánica 4/2000 y articulo 156.3 Reglamento de ejecución), los restantes facultativos, ya que la autoridad administrativa "podrá" solicitar esta medida al Juez de Instrucción y este "podrá autorizar" ese internamiento.

En el modelo “garantista” el juez de Instrucción se mueve en una contradicción, la que le impide el conocimiento de la legalidad de la actuación administrativa. Así, se transforma una supuesta garantía en un trámite procesal carente de sentido, en un acto formal que solo con dificultad y voluntarismo puede llenarse de contenido[762]. Los ejes que definirían un modelo de esa naturaleza son[763], en primer lugar, se trata de una medida excepcional, que solo puede adoptarse una vez que se han agotado otras posibilidades de aseguramiento de la decisión administrativa menos gravosas. El juez de instrucción debe examinar la apariencia de legalidad, es decir tendrán que tener en cuenta unos elementos mínimos como la posibilidad de expulsión, la no caducidad o prescripción del expediente, el no agotamiento de plazos.

En segundo término, las peticiones de internamiento deben ser individuales ya que lo exige la ley, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, obligando a la instrucción de expedientes personales. Situación que evidentemente se aplicaría al caso del artículo 89.6 pues no cabe las ejecuciones colectivas.

El tercer eje seria que la policía debe aportar el expediente administrativo o su copia, mecanismo imprescindible para conocer las circunstancias y los datos necesarios, como son: la fecha de entrada en el país, el periodo de estancia, su domicilio, los antecedentes laborales, su familia, amigos, medios económicos, bienes; o por lo menos la actividad desplegada por la autoridad administrativa para investigarlos, porque son el soporte factico de una correcta decisión para valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar solicitada. En el supuesto del artículo 89.6 se precisan los elementos esenciales para su ejecución.

---

[762]. Escuin Palop, V. *Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid,1991, pp. 97.

[763]. A este esquema garantista responde el acuerdo de la Junta de Jueces de Instrucción de Madrid de 20 de junio de 1992, que elaboro un protocolo de actuación en la tramitación de las solicitudes de internamiento.

También se debe conocer si se han respetado las garantías procesales de instrucción de derechos, audiencia, asistencia letrada[764]y de intérprete (articulo 110 Reglamento de ejecución). Asimismo se dará cuenta de si el expedientado ha estado detenido o internado previamente, para evitar internamiento sucesivos, así como si ha solicitado asilo político[765]y de la condición de refugiado. No siendo necesario en el 89.6 ya que la intervención judicial ha estado presente en todo momento.

Finalmente se dará cuenta al Juez de las causas que esgrime la autoridad administrativa para pedir el internamiento del extranjero y la imposibilidad de poner en marcha otras medidas asegurativas menos gravosa para el derecho fundamental. En el caso del 89.6[766]el juez autoriza el internamiento por el tiempo mínimo necesario para la expulsión o hasta que sea imposible la misma, luego cumplidos estos términos la libertad esta concedida ya, pero sí que hay que comunicar.

La cuarta premisa consiste en si se concede el internamiento la autoridad administrativa habrá de comunicar al Juez las incidencias que se produzcan durante la privación de libertad, solicitar su libertad, cuando no pueda ser expulsado, o su entrega, para llevar a cabo la salida forzosa del país.

[764]. La asistencia del letrado es obligatoria tanto para la declaración penal por existir una causa penal como para determinar la libertad o internamiento por la expulsión.

[765]. Pérez Sola, N. "La regulación del Derecho de Asilo y la condición de refugiado", *Revista del Instituto Bartolomé de las casas*, número 25, 2011, pp.269-308.

[766]. Artículo 89.6: "Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código".

El Tribunal Constitucional reiteradamente en Sentencia del Tribunal Constitucional número 96/1995[767], Sentencia del Tribunal Constitucional número 154/1995[768], Sentencia del Tribunal Constitucional número 66/1996[769], Sentencia del Tribunal Constitucional número 86/1996[770], ha analizado vulneraciones de la libertad y del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de motivación en las decisiones del Juez de Instrucción. En todas ellas el Tribunal Constitucional concedió el amparo solicitado.

Por último, los requisitos procesales que deben concurrir consisten en resolver la petición por medio de resolución motivada por auto, después de escuchar al extranjero, asistido de Letrado, permitiéndosele que alegue y pruebe sobre los hechos relevantes para la decisión.

---

[767]. Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 96/1995, de 19 de junio. Motivación. Se recurre en amparo contra Auto resolutorio del recurso de queja seguido contra Autos en diligencias previas por causa de robo. La petición se apoya en la vulneración del derecho a la libertad: falta de motivación de la resolución judicial de internamiento. El Tribunal Constitucional reconoce la lesión de tales derechos y anula ambos autos.

[768]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 154/1995, de 24 de octubre. Denegación de incoación de procedimiento de habeas corpus. Se recurre en amparo contra el auto denegando la incoación de un procedimiento de habeas corpus. La petición se apoya en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: motivación insuficiente de la resolución judicial efectiva: motivación insuficiente de la resolución judicial. El Tribunal Constitucional estima el recurso, reconoce dicho derecho al recurrente y anula el repetido Auto denegatorio.

[769]. La Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 66/1996, de 16 de abril. Derecho a la libertad y seguridad. Procedimiento de habeas corpus. Privación de libertad en expediente de expulsión de extranjero del territorio nacional. Se recurre en amparo contra auto que denegó la incoación del procedimiento de habeas corpus que había interesado la actora por encontrarse detenida en la comisaria de dicha ciudad. La petición se apoya en la vulneración de los derechos a la libertad judicial denegatoria del procedimiento instado por la actora. El Tribunal Constitucional reconoce al recurrente tales derechos, anula dicho auto y repone las actuaciones al momento anterior al mismo “para que, previa la tramitación del procedimiento y con examen del fondo del asunto, pueda dictar la resolución que en derecho proceda”.

[770]. Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 86/1996, de 21 de mayo. Derechos fundamentales y libertades públicas. Libertad de residencia y circulación por el territorio nacional. Ausencia de motivación del auto que acuerda la denegación del procedimiento de habeas corpus. Se recurre en amparo contra el auto apoyándose en la vulneración de los derechos a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y, sobretodo, a la libertad provisional: privación de libertad durante más del tiempo estrictamente necesario. El Tribunal Constitucional concede el amparo y anula el mencionado auto.

Dentro de estas premisas solo podrá decretarse el internamiento después de valorarse, en primer lugar, si el extranjero se encuentra o no en alguno de los supuestos en los que la Ley permite al internamiento, articulo 54.1, letras a) y b) y articulo 53, apartado a), d) y f) de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000 porque sino no se le puede expulsar y el fin prioritario no se podría realizar.

Aquí se puede plantear problemas de dualidad de jurisdicciones, pues, aparentemente un juez penal debería analizar las categorías propias del derecho administrativo. No obstante, el Juez de Instrucción debe confrontar los hechos que se imputan al extranjero con las infracciones descritas en los apartados mencionados de la ley, para determinar su compatibilidad a los meros efectos de precisar si son los que habilitan o no a la privación de libertad, sin que ello suponga un exceso en sus competencias.

El modelo garantista que estamos describiendo así lo pide. La Sentencia del Tribunal Constitucional número 12/1994[771]aunque recaída en un proceso de Habeas Corpus, en su argumentación, es aplicable al ámbito del internamiento de extranjeros, y supuso una confirmación de esta praxis que autorizaba el control judicial total, frente a la confusión de órdenes jurisdiccionales. El caso trataba de una mujer peruana que había entrado ilegalmente en España y en un control policial, tras comprobar que carecía de documentación, fue detenida y propuesta su devolución. Una hermana de la detenida formulo demanda de Habeas Corpus que se desestimo por el Juez de Instrucción. Este razonaba que carecía de competencia para revisar la decisión administrativa. La sentencia de amparo rechazaba la argumentación del Juez de guardia, porque para valorar la regularidad de la detención era necesario determinar si el hecho al que se refería al acto administrativo estaba o no previsto en

[771]. La Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 12/1994, de 17 de enero.

alguno de los supuestos en los que la ley permite la detención de una persona, argumentaba la sentencia: "Es cierto que la revisión definitiva de este acto administrativo corresponde a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, pero el reconocimiento de dicha competencia no exonera totalmente al juez de Habeas Corpus de su obligación de controlar la legalidad material de la detención administrativa. Si así no fuera, el control judicial de las detenciones administrativas se convertiría en un acto meramente ritual o simbólico (…) en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del Habeas Corpus dictar la primera, en tanto que los Tribunales de los Contenciosos ostentan la última y definitiva palabra".

En segundo término, el riesgo o peligro procesal que deba neutralizarse, es decir, el pronóstico sobre la necesidad de privar de libertad cautelarmente al individuo sometido a expediente, para ejecutar la decisión de la autoridad administrativa. Para analizar este punto es necesario saber la situación personal, familiar y laboral del extranjero[772], si pose bienes o domicilio conocido, a efectos de determinar la mayor o menor probabilidad de su huida. Con ese reconocimiento el Juez llevara a cabo la valoración sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de esa medida a los fines de justificar la privación de libertad.

En otro modelo de Juez de Instrucción, que podemos denominar de "homologación", se acepta un papel mecánico, adhesivo, de la intervención judicial, en forma de estandarización. Ejemplo de esta práctica se refleja en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 96/1995[773]que considero que la decisión judicial por ausencia de motivación vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva y libertad

[772]. Losada González, H., "Estatuto legal de los extranjeros en España", en A. Palomar Olmeda, *Tratado de extranjería: civiles, penales, administrativos y sociales*, Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 165-228.

[773].Vid. Nota Número 106.

personal, además de garantías esenciales del procedimiento, como el derecho de audiencia, de defensa y de asistencia letrada y declaro la nulidad de la resolución citada. Trata de varios ciudadanos argelinos detenidos y llevados al Grupo de Extranjeros de Zaragoza donde se les abrió expediente de expulsión. La policía solicitó el internamiento respecto a dos de ellos. Los detenidos permanecieron en las dependencias policiales sin que fueran presentados ante el Juez. El mismo día el Juez dicto un auto carente de motivación, sin haber escuchado a los interesados ni a su Letrado, en el que acordaba el internamiento.

También se trata en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 21/1996[774]que afirma "la improcedencia de declarar la inadmisión del Habeas Corpus fundándose en la incompetencia del juez para la fiscalización administrativa de aquellas resoluciones y en la afirmación de que el recurrente no se encontrase ilícitamente internado, precisamente porque el contenido propio de la pretensión que se le presentaba era el de determinar la licitud del internamiento. Con ese fin, el juez debió ponderar el efecto de la pretendida exención de visado y de la demora en la notificación de la expulsión que había sido decretada. Trata sobre la detención de un peruano cuando visitaba las oficinas de la Brigada de Documentación de Sevilla para interesarse por su situación legal, ya que le había sido denegado el asilo y no había recibido respuesta a su petición de exención de visado[775]. Su abogada planteo la solicitud de Habeas Corpus que fue inadmitida a trámite por el Juez de Guardia.

Asimismo se refleja este modelo en las Sentencia del Tribunal Constitucional vistas anteriormente y en concreto en la Sentencia número

[774]. La Sentencia del Tribunal Constitucional número 21/1996, de 12 de febrero.

[775]. Pérez Sola, N., "El derecho de asilo y la condición de refugiado", *Revista del Instituto Bartolomé de las casas*, número 15, 2011, pp.269-308.

86/1996[776], dictadas en procesos de Habeas Corpus, donde se recoge que el Habeas Corpus en materia de libertad en el Derecho de extranjería es una garantía no solo esencial, sino muchas veces única, y como garantía especifica de la libertad debe contener dos notas: Que el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial, poniéndole de manifiesto al detenido, y que el mismo puede formular y proponer alegaciones y prueba. El Tribunal Constitucional reprocha en dichas sentencias la no audiencia a las partes, porque ello supone un desconocimiento del principio de igualdad de armas, considerando vulnerada la libertad recurrente.

Respecto al carácter automático o discrecional del internamiento, el Tribunal Constitucional en Sentencia número 115/1987 dice, en lo que nos interesa: "el auto debe ser motivado… y tener en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, no a las relativas a la decisión de expulsión en sí misma, sino las concernientes entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación personal, a la probabilidad de su huida, o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, qué habrán de ser valoradas por el órgano judicial".

La Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 confirma la tesis "garantista" al exponer en el artículo 62[777], que la

[776]. En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 86/1996, de 21 de mayo. Vulneración del derecho a la libertad por incumplimiento de los plazos máximos de detención preventiva. Procedimiento de habeas corpus. Denegación injustificada. Ausencia de motivación del auto que lo acuerda. Violación del principio de igualdad de las partes en el proceso de haberse oído al funcionario que retiene al privado de libertad. Se recurre en amparo contra auto rechazando solicitud de "habeas Corpus" contra la detención del actor por parte de policías. La petición se apoya en la vulneración de los derechos a la igualdad, a la tutela judicial efectiva, y sobre todo, a la libertad provisional: privación de libertad durante más tiempo del estrictamente necesario. El Tribunal Constitucional concede el amparo y anula el mencionado auto.

[777]. Vid. Nota número 87.

autoridad gubernativa podrá "solicitar" al Juez de Instrucción correspondiente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador de expulsión. Hay que tener en cuenta que la ley utiliza la palabra "podrá solicitar" de donde se colige que la decisión última a tenor de la significación gramatical del término "solicitar" corresponderá en última instancia al Juez de Instrucción[778].

A ello hay que añadir la nueva redacción dada al apartado 1 del artículo 62 por Ley Orgánica 11/2003, que introduce un nuevo párrafo[779]. Queda fuera de toda duda el requisito de que el Juez deberá resolver después de comprobar, entre otros extremos, la existencia de un domicilio conocido y la documentación aportada por la autoridad administrativa.

De todo lo anterior se puede concluir que la orden de internamiento no es automática y que el Juez ha de valorar las circunstancias concurrentes y, en especial, si las causas de expulsión son las comprendidas en los apartados a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley Orgánica 8/2000, y además, si los extranjeros incursos en dichas causas de expulsión no son ninguno de los mencionados en el articulo 57.5 y 6 como personas que no pueden ser expulsadas. Por tanto, solo tras comprobar estas premisas podrá el Juez adoptar la medida de internamiento.

4.2. Momento de solicitud.

[778]. La redacción originaria de la Ley Orgánica 4/2000 en el articulo 58 decía "propondrá".

[779]. Artículo 62.1: "El juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes

Visto el carácter automático o discrecional del internamiento en segundo lugar pasamos a tener en cuenta el momento de solicitud del internamiento.

Merece un especial comentario la cuestión de si el internamiento debía adoptarse durante la tramitación del expediente, o solo cuando este sea firme y se encuentre en fase de ejecución.

Algún autor[780]sostiene que el internamiento, a diferencia de la detención gubernativa, sólo podrá decretarse en fase de ejecución, basándose tal afirmación en el distinto régimen jurídico que establecía la Ley Orgánica 7/1985 según las causas de expulsión.

La problemática planteada carece de valor, dado que la redacción del artículo 62 por Ley Orgánica 11/2003, expresamente establece "en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión"[781].

Ello conduce a estimar que la medida cautelar de internamiento se adopta a fin de garantizar la expulsión posterior del extranjero, es decir, en fase previa, y no en vías de ejecución[782], al igual que en el supuesto del artículo 89.6 del Código Penal.

[780]. Heredia Puente, M. y Fábrega Ruiz, C. *Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería*, Colex, Madrid, 1997, pp. 47.

[781]. Artículo 62: "Cuando el expediente se refiera a extranjeros por las causas comprendidas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que se vaya a proponer la expulsión del afectado, la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado".

[782]. En ese sentido Juanes Peces, A. Medidas cautelares en el derecho de Extranjería, *manuales de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*,

Debe tenerse presente que el requisito de la celebración de la audiencia es obligatorio y en principio aplicable a todos los supuestos de internamiento. La Ley de Extranjería no regula con la necesaria precisión el contenido de la audiencia al extranjero para el que se solicita una medida de internamiento, que debe realizar el Juez de Instrucción competente. El órgano judicial competente para decidir sobre el internamiento es el Juez de Instrucción del lugar en el que hubiese sido detenido el extranjero, a tenor del apartado 2 del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial añadido por la Ley Orgánica 2/2009[783].

No obstante, la previsión expresa de tal audiencia, debe articularse de modo que se respeten los principios de contradicción y defensa, y de forma que se dé cauce al extranjero para poder aportar elementos de prueba que permitan fundamentar sus alegaciones a fin de que la autoridad judicial pueda valorar todas las circunstancias concurrentes antes de decidir sobre la procedencia de la medida cautelar interesada.

Ya la Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1987[784], consideró que la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, había de ser "adoptada mediante resolución judicial motivada", que debía respetar los derechos fundamentales de defensa y cumplir la exigencia de que "toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal", añadiendo el Tribunal Constitucional que "la intervención judicial

número 5, 199, pp. 38, estima que cualquier otra interpretación vulneraria el espíritu y la letra de la ley.

[783]. "Asimismo, los Juzgados de Instrucción conocerán de la autorización del internamiento de extranjeros en los centros de internamiento, así como del control de la estancia de éstos en los mismos y en las salas de inadmisión de fronteras. También conocerán de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales».

[784]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1997, de 16 de junio.

no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario".

En esta misma línea y de conformidad con lo previsto en el artículo 62, la decisión judicial de internamiento debe estar suficientemente motivada[785].

Así, las Sentencias del Tribunal Constitucional número 144/1990 contempla la decisión de internamiento adoptada de forma colectiva para todos los detenidos (un total de ocho), sin relación alguna entre ellos, con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido[786],

[785]. La motivación, en efecto, de las resoluciones judiciales es un elemento que integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con arreglo a una jurisprudencia constante que este Tribunal ha venido reiterando y perfilando desde sus propios inicios. De este modo, ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1983, nos referíamos de forma muy sencilla a las reiteradas ocasiones en las que habíamos afirmado cómo este derecho fundamental "comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, lo cual quiere decir que la resolución que se adopte ha de estar motivada, según establece además el artículo 120.3 de la Constitución, quedando el razonamiento adecuado confiado al órgano jurisdiccional competente" (fundamento jurídico 3.). En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 116/1986 declarábamos cómo "la exigencia de motivación suficiente es sobre todo una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad" (fundamento jurídico 5.). La fundamentalidad de este principio fue subrayada de forma rotunda en la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1987: "La exigencia de motivación de las Sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho (artículo 1 de la Constitución Española) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley (artículo 117.1 de la Constitución)". Por fin, el doble fundamento o la doble razón de ser de este contenido esencial (Sentencia del Tribunal Constitucional número 37/1988) de la tutela judicial efectiva aparece recogido en una pluralidad de Sentencias de este Tribunal: "basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que esta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico" (Sentencia del Tribunal Constitucional número 150/1988, de 15 de julio, fundamento jurídico 3.).

[786]. La Sentencia del Tribunal Constitucional número 144/1990, de 26 de septiembre, afirma que: "... en este sentido, tanto el Juez de Instrucción, como la Audiencia Provincial, no expresan los motivos y las causas en virtud de las cuales acuerdan el internamiento de la detenida, hoy recurrente en amparo, hasta su expulsión

la Sentencia número 96/1995 contempla la falta de motivación de un auto judicial que recoge como fundamentación del internamiento la simple cita de preceptos legales[787]. La postura del Tribunal Constitucional no deja lugar a dudas[788].

En fin, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 182/1996 contempla la constitucionalidad de autos judiciales que se limitan a transcribir el contenido del artículo de la ley y añadir como motivación del internamiento al establecer que "implica la privación de libertad mínima necesaria para la ejecución de la resolución administrativa, está plenamente fundamentada"[789].

---

del territorio nacional. Esta ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad de la hoy recurrente así decretada infringe los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y a la libertad, consagrados en los artículos 24.1 y 17 de la Constitución, respectivamente, en cuanto que de las resoluciones judiciales no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada en relación con las circunstancias concurrentes en la hoy solicitante de amparo, y en concreto, sobre si la privación de libertad se decretó teniendo en cuenta la causa de expulsión, tampoco especificada, y la mayor o menor probabilidad de que huyera".

[787]. El texto de la resolución judicial motivaba así: "que al encontrarse incursos en el apartado 2 del artículo 26 de la Ley Orgánica 7/1985, y de conformidad con lo establecido en el número 2 del referido artículo, se considera procedente dicho internamiento".

[788]. El Tribunal Constitucional decía: "No cabe duda, en vista de tan parco alegato, de la falta de motivación del impugnado auto de autorización del internamiento de los recurrentes con el agravio constitucional que resulta de lo dicho en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 144/1990, de 26 de septiembre, puesto que en este caso se ha producido aquella resolución con la misma invocación genérica de los preceptos, sin argumentar su aplicación y, sobre todo, sin valoración de las circunstancias relevantes... El hecho de que la privación de libertad decretada pudiera tener cobertura legal no impide apreciar la lesión del derecho a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución Española toda vez que esta lesión se produce cuando una persona es privada de libertad excepto en los casos y con la observancia de los requisitos previstos en la Ley, requisitos éstos que, en el presente caso, y debido a la ausencia de motivación de las resoluciones judiciales, no es posible presumirlos existentes".

[789]. No es ésta la opinión del Tribunal Constitucional, que constata la ausencia de motivación de las resoluciones impugnadas en lo relativo a las causas y razones en virtud de las cuales se acordó el internamiento del recurrente, declarando que las mismas han infringido los artículos 17.1 y 24.1 de la Constitución Española, toda vez que el internamiento se acordó "teniendo en cuenta exclusivamente la existencia de una decisión administrativa que decretaba la expulsión, sin hacer referencia alguna a los motivos o razones que determinan el internamiento durante el tiempo anterior a dicha expulsión, esto es, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del recurrente, a la mayor o menor probabilidad de huida, etc. ni el Juzgado ni la Audiencia

Por último, la resolución del juez de instrucción acordando o denegando el internamiento deberá revestir la forma de Auto. El Tribunal Constitucional en un reiterado cuerpo de doctrina, de la que son exponentes entre otras, la Sentencia de 1995 y en la 144/1990[790], ha dicho que "la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, prevista en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a mayor o menor probabilidad de su huida, o cualquier otra que el Juez estime relevante, no bastando (añade dicha sentencia) una motivación genérica".

Cabe reseñar que la medida de internamiento conlleva una restricción del derecho fundamental a la libertad proclamado en el artículo 17 de la Constitución Española, y hay que tener en cuenta, además, que la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1982 establece que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar sosteniéndose por la de 12 de marzo de 1987, que si bien ese carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del favor libertatis, lo que sugiere que si bien la libertad debe ser respetada ello será salvo que se estime imprescindible la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o prevención,

---

contestaron a las pretensiones alegadas por el recurrente en cuanto a su situación personal de arraigo, domicilio, familia, tiempo de estancia en España y causa de expulsión». Por ello, la resolución citada concluye que «están en lo cierto el Fiscal y el quejoso» y que la medida de internamiento fue adoptada mediante resoluciones judiciales carentes de motivación. Ocioso resulta decir ahora que, con todos estos significativos antecedentes, no ha resultado llamativa, por innecesaria o redundante, la expresa dicción literal de la nueva Ley sobre extranjeros: "La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado..." (artículo 62.1 in fine).

[790]. Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 96/1995, de 19 de junio y en la 144/1990, de 26 de septiembre.

que habrán de ser valoradas por el órgano judicial en un procedimiento con las debidas garantías; lo que efectivamente ha acontecido en el presente caso, en donde la falta de arraigo, trabajo, domicilio y familiares directos en España, hacen imprescindible esa pérdida de libertad para asegurar la ejecución de la expulsión acordada, que finalmente ya ha sido llevada a cabo.

Antes de examinar las medias alternativas al internamiento, tengo que hacer una pequeña referencia a las causas por las que se podrá decretar el internamiento preventivo[791].

Las causas aducidas por el Tribunal Constitucional para que el juez se pronuncie acerca de la procedencia o no de adoptar el internamiento nos inducen a pensar que esta medida cautelar, dado que limita un derecho fundamental, como es el derecho a la libertad, mientras se sustancia un expediente administrativo sancionador, se ha de adoptar en aquellos casos en los que la causa de expulsión revista una especial gravedad, incluso que esos hechos por los que se incoa el expediente sean a la vez constitutivos de delito o, cuanto menos, de un estado peligroso del individuo, debiendo la Administración inhibirse de conocer del asunto hasta que no se haya pronunciado sobre el mismo el juez penal o, en su caso, el juez de vigilancia penitenciaria.

Esta posibilidad no resultaría nada extraña si analizamos las conductas reguladas por la Ley Orgánica de Extranjería como constitutivas de expulsión de nuestro territorio por las que además se puede proceder a la detención y posteriormente al internamiento

[791]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Primera número 125/2012, de 28 de marzo, internamiento preventivo. Del delincuente para su posterior expulsión del territorio nacional. Confirmación del auto impugnado ya que es justificada la adopción de la medida de internamiento provisional. El acuerdo de expulsión hubiera sido de imposible ejecución al acordarse en nombre distinto al real del extranjero, dado que oculto su documentación y su nombre y apellidos reales.

preventivo, ya que todas ellas[792], excepto la estancia ilegal en España, están muy próximas a las conductas tipificadas en el Código Penal como delitos o en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social como conductas peligrosas[793].

Esta es la orientación que se sigue en algunos países que establecen esta medida preventiva del internamiento ya que la mayor parte de las conductas constitutivas de expulsión se tipifican además como delictivas, de modo que en esos supuestos, la intervención judicial se hace necesaria[794].

No obstante, se podría llegar a admitir que se podrá decretar el internamiento preventivo del extranjero mientras se sustancia el expediente de expulsión, en los supuestos en los que exista una mayor predisposición del individuo a incurrir en conductas peligrosas o delictivas. Esta opinión es compartida, en cierto sentido, por Garberi Llobregat, al entender que la detención y el internamiento son las dos únicas excepciones a la regla general de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares o de seguridad, motivadas únicamente por razones de urgencia; por lo tanto, en todo caso, será a la jurisdicción a la que corresponda adoptarlas de cara a un presumible proceso penal[795].

---

[792]. Estos supuestos son los siguientes: 1. Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido prórrogas de estancia o, en su caso, el permiso de residencia cuando fueren exigibles. 2. Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países. 3. Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

[793]. Artículos 120 a 141 del Código Penal (Delitos contra la seguridad exterior del Estado), artículos 142 a 164 (Delitos contra la seguridad interior del Estado) y articulo 2 de la Ley 16/1970 de 4 de agosto. sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social.

[794]. Ferrer Peña, R. M., *Los derechos de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 35 a 47. El autor realiza un estudio de derecho comparado de las causas de expulsión de los principales países de Occidente.

[795]. Garberi Llobregat. J., "Potestad sancionadora, jurisprudencia constitucional y reforma del control jurisdiccional de las sanciones administrativas", *Revista Actualidad Jurídica*, número 324, 1997, pp. 1. El autor estima, a tenor de los pronunciamientos del

Sin embargo, ni siquiera es ésta la política legislativa del precepto que estamos comentando, ya que se podrá decretar el internamiento preventivo del extranjero que se encuentre en España sin permiso de residencia u otros permisos que le fueren exigibles, conducta que supone una infracción de la normativa de extranjería, pero que se aparta de las tipificadas como delito. A sensu contrario, no se podrá proceder al internamiento cautelar del extranjero cuando se encuentre trabajando en España sin el permiso necesario al efecto, supuesto en el cual sí se podrá proceder a la expulsión del mismo.

Como podemos comprobar, ambos casos son semejantes, infracción de la normativa de extranjería por no contar con los permisos correspondientes y, sin embargo, el internamiento preventivo sólo cabe en uno de ellos, sin que podamos encontrar una razón que justifique tal distinción. Quizá incluso resulta más grave que el extranjero se encuentre trabajando en España sin que posea el correspondiente permiso que el que se encuentre en España sin permiso de residencia, ya que, en el primer supuesto, se trata de proteger el derecho al trabajo de los españoles y, en el segundo, lo que subyace es un interés del Estado por controlar a las personas que se encuentren en su territorio.

Por otra parte, el internamiento preventivo tampoco procederá cuando se incoe expediente de expulsión contra el extranjero que haya sido condenado, dentro o fuera de España por la comisión de un delito doloso castigado en nuestro país con pena privativa de libertad superior a un año, a no ser que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados. La exigencia de que los antecedentes penales hayan sido cancelados para que no se pueda expulsar al extranjero de nuestro territorio por esta causa es significativa, toda vez que la posibilidad de

---

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según los cuales en una sociedad sometida a derecho pertenecen a la materia penal las privaciones de libertad que se puedan imponer como castigo, que la Administración no puede estar autorizada para imponer sanciones de índole penal, como lo son las privaciones de libertad.

su expulsión, si los antecedentes penales persisten, se basa en una mayor peligrosidad del individuo, el cual, si cometió en algún momento un hecho delictivo, se supone que goza de una mayor predisposición para volverlo a cometer que el individuo que siempre se comportó de acuerdo con la ley[796].

En este orden de cosas, resulta, por lo tanto, extraño que el legislador posibilite la adopción del internamiento preventivo mientras se sustancia el expediente de expulsión porque el extranjero ejerza la mendicidad, conducta que supone la situación de un estado peligroso según nuestra legislación[797], y no la prescriba en atención a la peligrosidad que el individuo ostenta como consecuencia de que sus antecedentes penales no han sido cancelados.

A la luz de estas consideraciones podemos afirmar que en la mente del legislador subyacía la idea de posibilitar la adopción del internamiento preventivo en los casos de expulsión que revistieran una mayor gravedad, por su aproximación a conductas delictivas o por una mayor peligrosidad[798]del individuo por su predisposición a delinquir. Sin embargo, como hemos puesto de manifiesto, este objetivo de política legislativa no ha sido logrado, toda vez que esa unidad de criterio no se alcanza en la normativa de extranjería y resultan ser dispares los casos en los que se puede proceder al internamiento preventivo del extranjero mientras se sustancia el expediente de expulsión, de modo que no encontramos justificación a que el internamiento preventivo se pueda

[796]. Barreiro, A. J., *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 221-244.

[797]. El artículo 2.6 de la Ley 16/1970 de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, señala que "serán declarados en estado peligroso y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación a los mendigos habituales y a los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos".

[798]. Leandro Viera Da Costa, P., "La expulsión de los extranjeros *"sin papeles""*, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 21, 2010, pp. 153-154.

producir de forma aleatoria y en determinados casos, los cuales ni siquiera obedecen a una mayor gravedad de las conductas presuntamente realizadas por el extranjero[799].

4.3. Medidas alternativas al internamiento.

Vistas la medida del internamiento, hay que destacar la posibilidad de acordar una medida cautelar distinta a la del internamiento. Se puede suscitar la duda de si, solicitado el internamiento, el Juez podrá acordar una medida distinta a la anterior. Parece existir unanimidad en la doctrina y en la praxis judicial en afirmar la legalidad de que el juez acuerde una medida distinta al internamiento. Dado que el internamiento cumple la función de garantizar una eventual expulsión, la ley de extranjería se cuida de precisar que el internamiento no se practicara en ningún centro penitenciario; y así entendida, la medida cautelar resulta plenamente ajustada a derecho y al principio de proporcionalidad la adopción de otras medidas distintas a la de internamiento que garanticen la eventual expulsión del extranjero sometido a expediente[800].

La redacción del artículo 61 de Ley Orgánica 4/2000, ha cambiado tras la reforma por Ley Orgánica 11/2003[801]establece que "….aun cuando la redacción del artículo menciona al "instructor", este no se refiere al Juez Instructor, sino al Instructor del expediente sancionador,

[799]. Adam Muñoz, M.., "El internamiento preventivo del extranjero durante la tramitación del expediente de expulsión (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990, de 26 de septiembre)", *Diario la Ley*, número 3, 1991, pp. 970-978.

[800]. Juanes Peces, A., "Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería", *Manuales de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*, número 5, 1999, pp. 13-68.

[801]. Artículo 61: "El instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer; podrá adoptar alguna de las siguiente medidas cautelares: a) Presentación periódica ante las autoridades competentes; b) Residencia obligatoria en determinado lugar; c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de resguardo acreditativo de tal medida; d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas, previas a la solicitud de internamiento; e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento".

dependiente de la autoridad administrativa. Pero debemos estimar que la potestad de determinar una privación de libertad lleva implícita no solo al facultad de denegar la medida, sino también la de establecer restricciones intermedias que se ajusten proporcionalmente a las circunstancias del supuesto[802]. Si la autoridad administrativa o policial tiene facultades para aplicar una medida más o menos restrictiva de libertad, porque así lo permite la ley, no vemos motivo para considerar que el Juez de Instrucción aplicando el mismo principio de proporcionalidad, como criterio rector a la hora de resolver sobre las medidas a adoptar, acuerde una medida distinta del internamiento, que en todo caso será menos gravosa que el internamiento en centro no penitenciario.

El juez de Instrucción puede adoptar en relación con la expulsión de extranjeros otras decisiones. En concreto el Juez de Instrucción de Guardia puede adoptar las medidas cautelarísimas a que se refiere el artículo 135 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pudiendo, por ende, sin oír a la parte contraria, paralizar o suspender por razones de urgencia una expulsión, devolución o retorno acordado por la administración, con el consiguiente efecto de permitir cautelarmente la entrada en territorio nacional del extranjero al que va dirigida tal orden administrativa.

La normativa que recoge esta habilitación al Juez de Guardia es el artículo 42.5 aparatado c) del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005[803], del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se

[802]. Thomas Andreu, G.("La intervención del Juez penal en el internamiento preventivo de extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva de penas impuestas en sentencia en " extranjeros"", *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 37, 1994…pp. 90) estima que el Juez podrá someter al extranjero a determinas medidas de control como pueden ser las presentaciones periódicas en el Juzgado o en la Comisaria.

[803]. Artículo 42.5: "El Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así

aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales al prever que el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia se ocupará de las actuaciones que: "Correspondiendo a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sean instadas en días y horas inhábiles y exijan una intervención judicial inmediata en supuestos de: Adopción de medidas cautelares previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio[804],reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno. Cumplimentada su intervención el Juez de Guardia remitirá lo actuado al órgano judicial competente para celebración de comparecencia y ulterior resolución del incidente".

Habiéndose interpuesto por varios Magistrados de Instrucción de Madrid Recurso Contencioso-Administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial del 28 de noviembre de 2007, que modifica el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales en cuanto a que incorpora a las competencias de los Jueces de Instrucción en funciones de Servicio de Guardia otras propias de otras Jurisdicciones, entre ellas, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y dentro de estas últimas, la resolución de medidas cautelares en relación con actuaciones de la Administración recaídas en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución, retorno o inadmisión, la Sección Octava de la Sala de lo

---

como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el artículo 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; singularmente, se ocupará de las que, correspondiendo a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sean instadas en días y horas inhábiles y exijan una intervención judicial inmediata en supuestos de: C) Adopción de medidas cautelares previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno. Cumplimentada su intervención el Juez de Guardia remitirá lo actuado al órgano judicial competente para celebración de comparecencia y ulterior resolución del incidente".

[804]. Vid. Nota número 72.

Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 6 de Octubre de 2009 desestima dicho Recurso, al considerar que no se altera la competencia de los órganos judiciales, pues nada parece impedir que el Consejo General del Poder Judicial pueda atribuir a los Jueces de Instrucción, cuando realizan las Guardias y en funciones de sustitución, algunas funciones correspondientes a otros órdenes jurisdiccionales en los supuestos en que no puedan prestarlas, lo que sucede en el presente caso, al tratarse de actuaciones urgentes e inaplazables interesadas en días y horas inhábiles por causa justificada; por lo que no se viola la reserva constitucional de Ley, ni las reglas relativas a las competencias de los distintos órganos judiciales que los recurrentes refieren como infringidas.

El Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica de derechos y libertades de extranjeros en España (Real Decreto 2392/2004) completa el listado de medidas cautelares del artículo 61 con otras de carácter adicional.

Preocupándose por ejemplo del tiempo que media entre la resolución administrativa que se dicte en el seno de un procedimiento sancionador (por ejemplo una resolución de expulsión) y el momento en que se lleva a puro y debido efecto (siguiendo el ejemplo, cuando se materializa esa expulsión) se ocupa así de legitimar la adopción de ciertas medidas cautelares. Eso se hace en el párrafo segundo del artículo 120, donde se establece que en la resolución que se dicte se adoptaran, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizad su eficacia en tanto no sea ejecutiva. Se añade que las mencionadas disposiciones podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que, en si caso se hubieran adoptado de

conformidad con el artículo 61 de la Ley Orgánica de derechos y libertades de extranjeros en España[805].

5. DURACION DEL INTERNAMIENTO

Examinada la naturaleza jurídica del internamiento, pasamos a ver la duración del internamiento.

5.1. Autorización del internamiento.

Pero antes de examinar la duración del internamiento, tenemos que tener presente que tendrá en cuenta el Juez a la hora de autorizar el internamiento[806].

El Juez a la hora de resolver sobre la autorización de internamiento interesada tendrá en cuenta su necesidad a los únicos efectos de asegurar la eficacia del expediente de extranjería o de la expulsión acordada, y así previsto en el artículo 62.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.

El Juez de la Jurisdicción Penal habrá de verificar, sin entrar en el fondo pues ello es competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la existencia de resolución administrativa motivada en alguna de las siguientes causas previstas legalmente, esto es, en el artículo 62.1 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los

[805]. Ortega Martín, E., "Manual práctico de derecho de extranjería". Manuales profesionales, *Diario La Ley*, 2010, pp. 443- 446.

[806]. Pernia Ibáñez, Rodríguez Candela y Ruiz Enciso, "*Centros de internamiento de extranjeros: cárceles encubiertas"* (Plataforma de Solidaridad con los/las inmigrantes de Málaga, 2008).

extranjeros en España y su integración social, a saber en concreto en las comprendidas en el articulo 54 letras a y b, el artículo 53 apartado 1 en las letras a, d y f y en el artículo 57.2[807].

No se produce una vulneración del principio non bis in idem[808]: La jurisprudencia constitucional admite la posibilidad de la doble sanción (penal y administrativa) en los supuestos en que, en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado, esté justificado el ejercicio del ius puniendi por los tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración, siempre que en la pena resultante se compute la sanción administrativa sufrida.

El Juez de la Jurisdicción Penal tendrá además en cuenta si pudiera apreciarse caducidad o prescripción del expediente.

Recoge con relación a esta cuestión la importantísima mencionada Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional número 115/1987[809] que: *"*el órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes entre otros aspectos a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la

[807]. Se trata de una simple comunicación de la sentencia a los efectos del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/00, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año"), pero no se acuerda la expulsión ni se ordena que se acuerde por la Administración, ni siquiera que se incoe el expediente de expulsión, sino que se limita a comunicar una sentencia a la Administración a los efectos oportunos a fin de que, si procediese, se incoe el expediente administrativo de expulsión cuando corresponda al amparo del precepto citado [Sentencia del Tribunal Supremo 806/07, de 18 de octubre].

[808]. Climent Dura, C. "Código Penal jurisprudencia sistemática", 2011, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 553.

[809]. Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional número 115/1997, de 16 de junio.

mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el juez estime relevante para adoptar su decisión".

No podemos olvidar que el control judicial de la decisión administrativa de expulsión, devolución o retorno corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Finalmente decir en cuanto a este punto que el Letrado que asiste al extranjero puede aportar documentación acerca de la situación del mismo.

En esta misma línea hay que detallar que principio presidirá la decisión de la Autoridad Judicial.

Como en todas las medidas que afecten a derechos fundamentales, en este caso, se trata del derecho a la libertad, la excepcionalidad será la regla a seguir, debiéndose interpretar, por tanto, siempre cualquier incertidumbre al respecto a favor del derecho a la libertad. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de enero de 2012[810],establece que "con carácter general debemos poner de manifiesto que la Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1987, señala que la decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada que debe respetar los derechos fundamentales de defensa, en conexión con el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derecho Humanos y Libertadas Fundamentales. La resolución judicial no solo controlará la pérdida de libertad si no que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa evitando así que la detención presente

[810]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, número 499/2011, de 14 de septiembre.

el carácter de internamiento arbitrario. El Órgano Judicial, por otra parte, habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razón de cautela o de prevención que habrán de ser valoradas por el órgano judicial". En este mismo sentido el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigesimonovena, número 395/2009[811], de 23 septiembre, recuerda que como «ya señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1997, de 16 de junio, que la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (artículos 24,1 y 17,3 Constitución Española), en conexión con el articulo 6,3 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los restantes reconocidos en Ley Orgánica 4/2000, en conexión con el artículo 5.4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. Se cumple así lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 18 junio 1971 de que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un tribunal y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal.

[811]. Acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigesimo novena 395/2009, de 23 de septiembre.

El Tribunal Constitucional en la especialmente importante citada Sentencia número 115/1987[812], recoge que: *"*este carácter judicial de la privación de libertad hace plenamente aplicable también al caso de los extranjeros la doctrina sentada por este Tribunal, para el supuesto distinto de la prisión provisional. Ha de decirse que el internamiento del extranjero "debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar (Sentencia del Tribunal Constitucional número 41/1982[813])". Continua diciendo que la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, había de ser "adoptada mediante resolución judicial motivada", que debía respetar los derechos fundamentales de defensa y cumplir la exigencia de que "toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal", añadiendo el Tribunal Constitucional que "la intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario".

La Sentencia del Tribunal Constitucional, número 34/1987, de 12 marzo, ha sostenido que este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del favor libertatis, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial.

Debe insistirse, no obstante, en que el auto que autoriza el internamiento es consecuencia de la adopción por parte de la Administración de una medida cautelar, cuya revisión compete a los

[812]. Vid. Nota número 90.
[813]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 41/1982, de 2 de julio.

Juzgados y Tribunales contencioso-administrativo. El Juez de Instrucción no puede valorar la corrección de la actuación administrativa, sino solo si concurren las causas que según la Ley autorizan la expulsión, tratándose de un análisis formal o de tipicidad formal, nunca material. La decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, devolución o retorno, ha de ser adoptada teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, no las relativas a la decisión de expulsión y la legalidad de la causa invocada (cuyo examen y fiscalización corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo), sino las concernientes, entre otros aspectos, a si la causa de expulsión invocada conlleva la necesidad del internamiento cautelar, a la situación legal y personal del extranjero[814], a mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial penal[815].

En el caso, del Auto número 395/2009, existe una resolución administrativa que acuerda la expulsión de la recurrente de territorio español, que ha sido dictada por autoridad competente y ha sido notificada. Pese a que se alega que tiene domicilio conocido y trabajo, se dice que tales alegaciones carecen del más mínimo soporte

[814]. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo novena, número 369/2012, de 13 de diciembre. La parte recurrente hace referencia a que, no se le puede expulsar ya que tiene mujer e hija en España aportando una serie de fotocopias de documentos en acreditación del mencionado arraigo y se ha denegado dos veces por dos Jueces el internamiento por dicho motivo. De esta manera, cabe entender que implícitamente está fundamentando su recurso en la vulneración de precepto penal sustantivo por su indebida aplicación del artículo 89 del Código Penal, de tal forma que no procedería la sustitución de la pena de prisión impuesta por la de expulsión del territorio nacional. En el caso presente concurren todos y cada uno de los presupuestos legalmente exigidos, de conformidad con el artículo 89 del Código Penal, para proceder a la sustitución de la pena de prisión impuesta por la de expulsión del territorio nacional.

[815]. Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990, de 26 de septiembre, Fundamento Jurídico cuarto.

probatorio unido a que no tiene arraigo familiar en España según reconoció en su declaración, no acreditándose tampoco su situación laboral (que en todo caso será irregular al no tener permiso de trabajo), todas estas circunstancias llevan a concluir que, el recurrente carece de arraigo, resultando por ello proporcionado y necesario el internamiento del recurrente para que pueda ser materialmente ejecutada la expulsión decretada. Finalmente se señala que la medida se ha acordado previa audiencia de la interesada debidamente asistido por Letrado, previa información de derechos con las garantías previstas en la Ley Procesal, particularmente las del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo la medida cautelar de internamiento acordada adecuada y proporcionada a la finalidad de la misma, no es otra que ejecutar la orden de expulsión.

Hay que tener siempre presente que se pueden adoptar otras medidas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el expediente de extranjería, previsto en el artículo 61.1 de la Ley Orgánica[816].

Por lo que la detención y el internamiento serán de aplicación cuando aquellas medidas se apreciaran inocuas a los efectos de asegurar el expediente correspondiente de extranjería.

5.2. Duración del internamiento.

Habiendo hecho una pequeña referencia al criterio y el principio que decidirá la decisión de la autoridad Judicial, pasamos a ver la duración del internamiento en sí misma.

[816]. Artículo 61.1: " a) Presentación periódica ante las autoridades competentes. b) Residencia obligatoria en determinado lugar. c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida. ... f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente".

El Tribunal Constitucional se refiere a la duración máxima del internamiento que será de sesenta días, si bien podrá acordarse por tiempo inferior, y en todo caso, solo debe acordarse por el tiempo imprescindible para la práctica de la expulsión[817]. La Ley respeta estos límites temporales, y en este sentido se recoge en el artículo 62.2 de la Ley Orgánica 4/2000[818]. Como garantía temporal se mantiene la doble limitación tradicional, una cualitativa e incierta ("el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente"); otra cuantitativa y cierta ("sin que pueda exceder de los sesenta días como periodo máximo"). Ahora bien, el apartado recoge otra limitación temporal, que corresponde al Juez decidir "atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado". Es decir, el Juez de Instrucción puede acordar en el Auto que decrete el internamiento una duración inferior al tiempo máximo de sesenta días.

En el artículo 153.3 y 5 del Reglamento de Ejecución se ratifica. El artículo 4 de la Orden de 22 de febrero de 1999 complementa lo establecido en la Ley y Reglamento de Extranjería[819].

---

[817]. En esta línea de límites temporales, el criterio de que la detención no puede durar más allá del plazo estrictamente necesario es aplicable igualmente a las detenciones realizadas en aplicación de los preceptos legales reguladores del internamiento del extranjero pendiente de expulsión. La doctrina constitucional viene reflejada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1996, de 21 de mayo, que confirma que existe vulneración constitucional en un auto judicial que denegó el amparo a la libertad del detenido cuando ya habían transcurrido más de treinta horas desde la finalización de las diligencias policiales de investigación sin ser puesto a disposición judicial.

[818]. Artículo 62.2: "El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado".

[819]. Artículo 4 de la Orden de 22 de febrero de 1999 establece: "la permanencia en los centros no podrá prolongarse más allá del pleno del plazo indispensable establecido en el auto judicial de ingreso o en su prórroga para la tramitación del expediente administrativo, que tendrá el carácter preferente y sumario, y la ejecución de las medidas de expulsión, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días".

En estos preceptos se establece una regla de suma importancia, que establece que el internamiento debe durar el tiempo imprescindible para la ejecución de la orden administrativa correspondiente[820], sin que, en ningún caso, pueda exceder de sesenta días, por lo que si no se ha agotado el tiempo mencionado, puede pedirse una ampliación cuando no se ha podido llevar a cabo la expulsión, siempre que en conjunto no se exceda del plazo señalado. Ello supone que la Administración debe tener una especial diligencia en la consecución de dicha orden, debiendo evitar cualquier pasividad que produzca dilaciones indebidas en la expulsión del extranjero[821].

A este respecto escribe Rodríguez Ramos[822]que "la larga duración de la detención (hasta cuarenta días), y la mínima intervención judicial (que además carece de criterios legales ciertos para acceder o denegar tal solicitud) sin que se prevea un posterior control por el juez del desarrollo y mantenimiento de la medida, han motivado sospechas de inconstitucionalidad frente a tal precepto que debería modificarse en este aspecto, pues tales sospechas lógicamente son certeza de inconstitucionalidad, si se considera que una "cuarentena" privado de libertad, en espera de que se ultime un expediente de expulsión, es un intolerable precio a la lenta burocracia".

Al igual que ocurre con las detenciones gubernativas, el internamiento debe durar el tiempo imprescindible para realizar la práctica de las diligencias y la adopción de las medidas correspondientes, sin que pueda exceder en ningún caso de los aludidos sesenta días. Esa sesentera debe entenderse como el plazo máximo en el que la Administración puede mantener en régimen de internamiento al

[820]. Alonso Pérez, F., "La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería", *Diario La Ley,* número 7, 2002, pp. 1753-1757.

[821]. Cordero Lozano, C. *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 73 y ss.

[822]. Rodríguez Ramos, L., *La detención,* Akal, Madrid, 1987, pp. 59.

extranjero en el caso de que por razones fundadas la Administración no pueda ejecutar con antelación la pertinente orden de expulsión.

Cabe también la posibilidad de solicitar otro internamiento por causas diferentes a las que motivaron la incoación del anterior o anteriores expedientes sancionadores, aunque tanto el artículo 62.2 de la Ley Orgánica 4/2000[823]como el artículo 3.3 de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999[824], prohíben la adopción de un nuevo internamiento por cualquier de las causas previstas en el expediente.

La Circular 3/2001[825]establece que si se ha producido una salida del extranjero del Centro de internamiento para la ejecución de la expulsión y esta no se ha podido llevar a efecto, cabe el reintegro del extranjero en dicho centro por el plazo que reste hasta el máximo autorizado judicialmente, siempre que existan motivos fundados para estimar que su expulsión podrá efectuarse durante dicho plazo[826].

El artículo 63 establece el procedimiento preferente para los supuestos de expulsión con solicitud de internamiento. Las funciones de policía y seguridad en materia de extranjería han sufrido un gran aumento en los últimos años y en ocasiones darle un tratamiento rápido e individualizado no deja de ser una quimera, pero al tratarse de normas cuya aplicación suponen la restricción del derecho fundamental a la libertad, no debería de otorgarse de manera mecánica el plazo máximo legal.

---

[823]. Articulo 62. 2: “El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente”.

[824]. Articulo 3. 3: “No podrá solicitarse el ingreso, en virtud de un mismo expediente de expulsión, de extranjeros que previamente han sido objeto de esta medida por el plazo máximo legal. Por el contrario, podrán solicitarse nuevos ingresos de un mismo extranjero en virtud de distintos expedientes de expulsión”.

[825]. Vid. Nota número 48.

[826]. Artículo 39.1 de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999.

Finalmente, cesará el internamiento en virtud de resolución del Juez de Instrucción a cuya disposición se halle el extranjero; cuando la ejecución de la medida de expulsión se lleve a efecto; por haber trascurrido el plazo establecido en el auto judicial de internamiento o en su prorroga; y por haber transcurrido el plazo máximo de sesenta días[827]o cuando se estime recurso contencioso administrativo o cautelares de suspensión de la ejecución.

Antes de terminar, es necesario hacer una referencia a los recursos *que* caben contra la Resolución Judicial tanto de autorización de internamiento en centro de internamiento no penitenciario, como contra la que fija el lugar del internamiento.

La resolución es susceptible de impugnación mediante el sistema de recursos, y en este sentido tenemos el artículo 5 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales[828]y dada la intervención del Juez de Instrucción, serán los recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra las Resoluciones dictadas por aquél, los cuales no suspenderán la ejecución de la resolución recaída, esto es, el de Reforma en el plazo de los tres días y el de Apelación en el plazo de cinco días, pudiendo interponerse por separado o el de apelación subsidiariamente con el de Reforma o directamente el Recurso de Apelación; recursos que habrá que tramitar y resolver aunque se hubiera ya materializado la salida del territorio nacional del extranjero incurso en el Procedimiento, pues lo contrario implicaría violar el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión ejercitada lo que forma parte del derecho a la Tutela Judicial Efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución

[827]. Artículo 4.2 de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999.

[828]. Artículo 5 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales prevé que “toda persona privada de su libertad mediante...internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial...”,

Española, habiendo sido ello proclamado por el Tribunal Constitucional, Sala Segunda, en Sentencia número 72/2009[829].

Con dichos recursos se puede adjuntar la documentación que se estime pertinente para la defensa de los intereses del extranjero[830].

Ahora bien, con relación a las resoluciones que dicten los Jueces de Instrucción competentes sobre las quejas que reciban de los extranjeros internados que afecten a derechos fundamentales no cabrá recurso judicial alguno.

En los supuestos de internamiento no cabe el procedimiento de Habeas Corpus*,* ya que*,* mediante dicho procedimiento precisamente se trata de obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad Judicial de una persona privada de libertad en los casos previstos en el artículo 1 de la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de "Habeas Corpus", y en el supuesto de la medida de internamiento objeto de estudio, lo autoriza el juez, articulo 85 del Código Penal, ya que la persona a quien afecta está ya a disposición judicial.

Así, la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional 303/2005[831], proclama que: *"*es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de habeas corpus contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente", "por lo que se refiere a las detenciones producidas en el ámbito propio de la legislación de extranjería, ha de señalarse que nuestras resoluciones en recursos de

[829]. Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 72/2009, de 23 de marzo.

[830]. Ballesteros Martin J.M., "Intervención de la Jurisdicción penal en la expulsión del territorio nacional y en el internamiento de extranjero*"* La Ley, Madrid, 2010, pp.28-60

[831]. La Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional número 303/2005, de 24 de noviembre.

amparo se han referido a detenciones o retenciones gubernativas ([832]), es decir, a privaciones de libertad realizadas por la policía sin previa autorización judicial y al amparo de la normativa vigente en materia de extranjería", "Las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial... equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del «habeas corpus», lo que haría redundante la posibilidad añadida de este remedio excepcional, sólo justificable en el plazo de la estricta detención cautelar gubernativa (durante las primeras setenta y dos horas) o, en su caso, superado el plazo acordado por la autoridad judicial para el internamiento, si el extranjero continúa privado de libertad".

6. SUPUESTOS DE INTERNAMIENTO DE LOS EXTRANJEROS.

A diferencia de la Ley Orgánica 7/1985 que únicamente contemplaba el internamiento de extranjeros sometidos a expediente de expulsión, la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, recoge también la posibilidad de internamiento para los casos de retorno, devolución y por incumplimiento de la orden de expulsión (artículos 58.5, 60, 62.1 y 64.1 de la Ley Orgánica 4/2000)[833]. En desarrollo de las previsiones legales se regula en el artículo 153.2 del Reglamento de Ejecución[834]. También cabe para ejecutar las penas.

[832]. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 21/1996, de 12 de febrero; Sentencia del Tribunal Constitucional número 174/1999, de 27 de septiembre; Sentencia del Tribunal Constitucional número 179/2000, de 26 de junio.

[833]. Calvo-Rubio Burgos, J.B, "La autorización judicial para la expulsión, retorno y devolución administrativa", *Revista estudios jurídicos*, número 2004, 2004, pp. 2525-2565.

[834]. Artículo 153.2 del Reglamento de ejecución que: "Solo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: a) Que haya sido detenido por encontrarse incurso en alguno de los supuestos de expulsión de los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como los párrafos a), d) y f) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. b) Que se haya dictado resolución de retorno y esta no pueda ejecutarse dentro del plazo de setenta y dos

Vamos a tratar detenidamente cada supuesto de internamiento.

6.1. Internamiento en un procedimiento de expulsión

El apartado primero del artículo 62 de la ley Orgánica 4/2000 recoge los supuestos en que procede proponer al Juez dicha medida[835].

En esta línea, la Circular 3/2001[836]enumera algunos supuestos en que no procede el internamiento de extranjero, en primer lugar, *la comisión de una infracción penal*, supuesto subsumible en el concepto amplio de actividad contraria al orden público, no resulta incardinable en las causas de expulsión contenidas en los artículos 53, f) y 54.1,a), al no estar incluida en el catalogo de infracciones graves o muy graves de la Ley Orgánica 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana, lo que

---

horas, cuando la autoridad judicial así lo determine. c) Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento. d) Que se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se la haya concedido para ello".

[835]. Artículo 62.1: "Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a y b del artículo 54.1, en las letras a, d y f del articulo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero". El artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000 establece: "son infracciones graves a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de la estancia, la autorización de residencia o documentos análogos cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente; d) el incumpliendo 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, de Protección de la Seguridad Ciudadana".

[836]. Vid. Nota Número 48

impediría la tramitación de un expediente de expulsión amparado en tales preceptos. Así se desprende del artículo 32.2[837] de la citada Ley 1/1992.

En segundo término, tampoco es posible autorizar el internamiento respecto del extranjero expulsado por haber sido condenado, dentro o fuera de España por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, dado que tal causa de expulsión prevista en el artículo 62.

Y finalmente, no sea posible autorizar el internamiento en aquellos casos en los que el extranjero es detenido por estar indocumentado, pues ello constituirá una infracción administrativa contenida en la Ley Orgánica 1/1992 y no una causa de expulsión, salvo que se acredite por otros medios (trascurso de plazos legales sin haber obtenido o tener caducada la prorroga de estancia, autorización de residencia u otros documentos análogos) que se encuentran irregularmente en España en los términos del artículo 53a) Ley Orgánica 4/2000.

6.2. Internamiento en caso de incumplimiento de la orden de expulsión

Existen otros supuesto en la Ley Orgánica 4/2000 que habilitan a la Autoridad Gubernativa, para solicitar y obtener del Juez la autorización para el internamiento, si bien no como medida preventiva a una decisión administrativa determinante de la salida obligatoria, sino como medida

[837]. Artículo 32.2: "Cuando las conductas a que se refiere la presente Ley pudieran revestir caracteres de infracción penal, se remitirán al Ministerio Fiscal los antecedentes necesarios de las actuaciones practicadas, aunque ello no impedirá la tramitación de expedientes sancionadores por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente solo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción".

para asegurar la ejecución forzosa de la misma. Estos supuestos se dan respecto de las ordenes de devolución, de los acuerdos gubernativos de retorno, y de la propia orden de expulsión (artículo 153.2, d), Reglamento de ejecución).

El internamiento en caso de incumplimiento de la orden de expulsión se contempla en el artículo 64.1 de la Ley Orgánica 4/2000. En el mismo sentido se recoge en el artículo 153.2 del Reglamento de ejecución.

Este supuesto de internamiento presupone, a diferencia del anterior, la existencia de una resolución administrativa de expulsión ya dictada, habiendo finalizado la tramitación del expediente administrativo y notificado al extranjero la resolución de expulsión. Si el procedimiento administrativo donde se ha dictada la orden de expulsión no ha tenido carácter preferente o, teniéndolo, el extranjero no se encuentra internado, se fijara el plazo en el que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español, que, en ningún caso, podrá ser inferior a las setenta y dos horas (artículo 141.7 del Reglamento de ejecución).

Si se incumple dicho plazo de salida voluntaria por el extranjero, se procederá a hacer efectiva su expulsión y, si esta no puede ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas, se puede solicitar el internamiento, cuyo fin, aquí, es el aseguramiento de la ejecución de la orden de expulsión.

Pues bien, en el supuesto que la expulsión se ejecute concediendo al extranjero un plazo en el que venga obligado a abandonar el territorio nacional, si el extranjero no abandona el país, se le podrá detener y conducir al puesto fronterizo de salida, ejecutándose entonces la expulsión en el plazo de setenta y dos horas. Si la expulsión

no se pudiera ejecutar en ese plazo, se podrá solicitar la medida de internamiento en centro no penitenciario. Es decir, que cabe el internamiento de manera subsidiaria, siempre que previamente el extranjero no haya abandonado el territorio nacional en el plazo señalado al efecto.

La Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, que reforma la Ley orgánica 4/2000 reenumera el articulo 64.4 precisando que "se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de asilo, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de asilo"[838].

Al respecto, hay que tener en cuenta la previsión contenida en el apartado 5 del artículo 64, donde se contempla la no exigencia de incoación del expediente de expulsión "para proceder al traslado, escoltados por funcionarios", de los solicitantes de asilo, cuya petición haya sido inadmitida a trámite por ser responsable otro Estado de su examen.

Algún autor[839]considera que estos traslados constituyen verdaderas detenciones, por lo que deberían ser puestos en conocimiento de la autoridad judicial cuando no pueda contemplarse la ejecución en el término de las setenta y dos horas establecidas en el artículo 17 de la Constitución Española.

6.3. El internamiento en caso de retorno.

[838]. Artículo 17 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho asilo y de la condición de refugiado, modificado por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

[839]. Campos Cabal, J.M., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, pp. 469. Cita dicho autor la Sentencia del Tribunal Constitucional número 174/1999, de 27 de septiembre, en la que se señala que si a la situación de compulsión personal en la "zona de reservados" no procede una orden actual de expulsión o devolución, la situación solo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad.

Este supuesto de internamiento tiene lugar cuando se ha dictado una resolución administrativa de retorno y este no puede ser ejecutado en el plazo de setenta y dos horas, tal como disponen los artículos 60 de la Ley Orgánica 4/2000 y 153.2,b) y 156 del Reglamento de ejecución.

El retorno se refiere a los extranjeros que en frontera no se les permita el ingreso en el país por no reunir los requisitos que para autorizarles la entrada se exige en la legislación extranjería. La denegación de entrada será dictada por los funcionarios de policía responsables del control de entrada, que incoara un procedimiento oportuno donde se dictara la resolución de retorno (artículo 156, Reglamento de Ejecución).

La figura jurídica se recoge en dos artículos distintos (artículos 58 y 60), lo que puede inducir a pensar que nos encontramos antes dos clases de internamiento diferentes, para supuestos distintos y con efectos también diferentes en cuanto a su control y garantías[840]. Lo cierto es que los artículos 60 de la Ley Orgánica 4/2000 y 156 del Reglamento de ejecución contienen unas reglas especiales respecto de estos internamientos, lo que viene a otorgar un cierto carácter de especifico; en lo demás, deben considerarse aplicables los criterios generales expuestos para el internamiento en caso de expulsión.

Para la ejecución de la orden de retorno la autoridad policial deberá solicitar el cese del internamiento y la puesta del interno a disposición policial para su traslado al puesto fronterizo.

[840]. Del Rio Fernández, L., (*Detención e internamiento del extranjero: Estatuto Jurídico, La ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, número 7, 2001,* pp. 3) opina que en el caso de retorno del extranjero, parece como si se partiera de una previa decisión gubernativa y fuera obligado para el juez el internamiento " para que determine el lugar donde se hayan de ser internados hasta que llegue el momento de retorno", mientras que en el caso del extranjero pendiente de expulsión, goza de la propia esencia de la decisión judicial: " la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez…" que disponga su ingreso en un centro de internamiento…"

6.4. Internamiento en caso de devolución.

También puede ser motivo de internamiento de extranjero haber dictado acuerdo de devolución por la autoridad gubernativa sin que pueda ejecutarse el mismo en el plazo de setenta y dos horas, conforme al artículo 58.5 de la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre[841]. Antes de la reformada de la Ley Orgánica 14/2003 había dudas sobre la posibilidad del internamiento y se estimaba que procedía la devolución inmediata, pero no su privación de libertad en centros de internamientos.

La devolución es tratada de manera distinta en cada uno de los casos comprendidos en el artículo 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, que distingue: a) los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; y b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país. Ninguno de los supuestos tiene naturaleza sancionadora, siendo medidas administrativas de policías dirigidas al restablecimiento del orden jurídico previamente conculcado, por lo que no precisan de expediente de expulsión[842].

El régimen de su internamiento está regulado en el artículo 60 de la Ley Orgánica 4/2000, dado que el extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país no ha sido objeto, ni de previa, ni de actual expulsión, y el artículo 157 del Reglamento de ejecución respecto del internamiento en este supuesto de devolución, como si se tratase de retorno.

[841]. Artículo 58.5: "Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitara de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión".

[842]. En este sentido la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado.

7. CENTRO DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

Visto hasta ahora el internamiento, en el presente apartado debemos centrados en el lugar donde se lleva a cabo dicho internamiento, es decir, los centros de internamiento de los extranjeros.

7.1. Introducción

La regulación de los centros de internamiento[843] al día de hoy continúa evidenciando que es una asignatura pendiente en el derecho de extranjería. es que su creación ha venido adoleciendo de una escasa normativa de desarrollo pese a su enorme importancia dado el auge de la inmigración ilegal en España lo que contrasta con los derechos y deberes[844] de los extranjeros internados que están contemplados en una norma con rango de Ley Orgánica.

La reforma de la Ley Orgánica 5/2010 introduce una importante novedad en el articulo 89 párrafo segundo del numero 6[845].

Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio del Interior, para la detención y custodia, a disposición de la autoridad judicial, de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión o

[843]. De la Serna y Villan Durán, "*Los centros de internamiento de extranjeros",* dictamen impulsado por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2011.

[844]. Derechos en el artículo 62 Bis de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros. Y los deberes en el artículo 62 Ter de la misma Ley Orgánica.

[845]. Articulo 89.6 párrafo 2º: "cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previsto en este articulo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, pueda el juez o tribunal acordar con el fin de de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los limites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa".

pendientes de expulsión o retorno[846]. El ingreso y estancia en los centros de internamiento tendrá únicamente finalidad de ejecutar la medida de expulsión[847].

Sin duda alguna la problemática que rodea a estos centros es compleja y de múltiples facetas que van más allá de lo estrictamente jurídico y que no pueden ser abordadas en estas líneas ya que excede del tema propuesto. En todo caso, si merece la pena señalar al menos dos de los aspectos más controvertidos y que además se hallan en el centro de la polémica surgida alrededor de estos establecimientos, en primer lugar su carácter no penitenciario y en segundo término su opacidad de cara al exterior[848].

Por lo que respecta al primero de los temas señalados debe recordarse que ya el Tribunal Constitucional en su legendaria Sentencia de 115/1987 ya establecía que las personas privadas de libertad por infracción de la Ley de Extranjería nunca podrán tener condiciones inferiores a los privados de libertad por la comisión de un hecho delictivo. Pues bien, ha sido precisamente este pronunciamiento el que ha sido utilizado con reiteración por los diferentes Grupos Parlamentarios para evidenciar, con ocasión de la tramitación de la última reforma de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros, no solo la insuficiente regulación legal de estos centros ante una restricción de un derecho fundamental de primer orden como la libertad, sino también para

[846]. Martínez Escamilla, M., ¿Que son los CIE?, *Revista critica*, número 973, 2011, pp.54-58.

[847]. González Sánchez, I., La cárcel en España, revista de derecho penal y criminología, número 8, 2012, pp. 351-402.

[848]. Chocron Giraldez, A.M. “Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

manifestar que sistemáticamente se ha venido ignorando dicha sentencia[849].

Es decir, la sentencia recogía la exigencia de que los centros no tuvieran carácter penitenciario, y el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, establecía en su artículo 108.1 el ingreso en Centro que no tenga carácter penitenciario[850].

En cuanto al tema de la falta de transparencia del régimen que se aplica en los centros de internamiento resulta esperanzadora la implicación de las ONGs prevista en el nuevo texto de la Ley Orgánica sobre derechos de los Extranjeros permitiendo su acceso a estos centros para examinar las condiciones de vida de los internos, así como que el control de la estancia quede encomendado expresamente al órgano judicial competente.

La redacción originaria de la Ley Orgánica 4/2000 supuso un cambio radical de estrategia respecto a la inmigración "irregular": la expulsión será la excepción, mientras que la "regularización" será la regla. En coherencia con este nuevo modelo regulador de la inmigración,

[849]. Véanse, entre otras, las enmiendas número 73 (Grupo Mixto), 218 (Grupo Parlamentario Vasco), 345 (Ezquerra Republicana-IU-Iniciativa per Catalunya Verds).

[850]. Antes de aprobarse tal Reglamento la doctrina criticaba que la situación de los locales de internamiento eran como centros de reclusión donde los expedientados se veían despojados de sus derechos. La memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo decía que el internamiento no debería afectar la libertad "más que en el estricto sentido de no poder abandonar un determinado recinto, no pudiéndosele prohibir la comunicación con quien desee ni la realización de cualquiera actividades incompatibles con su internamiento". La Circular 1/1994 de la Fiscalía hacía notar que se producían internamientos en centros penitenciarios y Comisarías de Policía. Como apunta Molina Navarrete, C. (*comentario a la ley y al Reglamento de extranjería e integración social*, Comares, 2001) en el modelo regulador, de carácter represivo y policial, dominante bajo la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985, la expulsión era la opción preferida para hacer frente a las situaciones de entrada y permanencia irregular en España, lo que requiere una importante actuación de detención e internamiento en centros específicos para estos fines, lo que explica que estos Centros, pese a que la ley los califica formalmente de " no penitenciarios", adolezcan de un régimen de condiciones de vida análogo al existente en cárceles.

el papel del Centro de Internamiento pasaría a ser en las escasas o residuales situaciones, más un “centro social”, un servicio de prestación de atenciones individuales para situaciones de necesidad personal y social, que un centro de reclusión, tal como se concebían hasta ese momento.

La actual regulación de los centros de internamiento, tras la reforma por la Ley Orgánica 8/2000, establece, de forma muy garantista, en el artículo 60.2[851].

Las condiciones establecidas en el artículo 60.2 de la Ley Orgánica 4/2000 respecto a los servicios sociales y culturales, ya estaban recogidos en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, mediante la dotación de biblioteca y aéreas recreativas y de ocio, posibilitando la práctica religiosa.

Dicha situación lleva a considerar que dependiendo del momento de la comisión de la infracción administrativa, o de la gravedad de esta, o de la comisión conjunta de infracciones penales y administrativas, la autoridad gubernativa interesara del Juez de Instrucción el internamiento; y puede ocurrir que en el Centro de internamiento coincidan a la vez extranjeros sin causa penal pendiente, con otros que si tienen que responder ante la justicia penal, conforme al Código Penal, articulo 89, pueda autorizarse su expulsión, por lo que deberán diferenciarse de alguna manera a ambos[852].

[851]. Artículo 60.2: “Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio”.

[852] Donaire Villa, F., "Detención e internamiento de extranjeros a efectos de expulsión. Régimen de los centros de internamiento de Extranjeros", en D. Boza Martínez, *la nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.508-520.

En cuanto a la determinación del centro concreto donde se deba verificar el internamiento, cabe entenderse que corresponderá a la autoridad gubernativa indicar al juez el lugar del internamiento, al tiempo de proponer el ingreso de un extranjero (articulo 58.5 en relación con artículo 62.1 de la Ley Orgánica 4/2000)[853]. En los expedientes de expulsión la elección del centro de internamiento donde se va a efectuar el ingreso se atribuye a la autoridad gubernativa, y la comunicación al Juez tiene por finalidad, no la obtención de una autorización respecto de dicho centro, sino facilitar el correspondiente control judicial de la medida. Por el contrario en los expedientes de retorno, es el Juez el que debe determinar el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento de retorno (articulo 60.1 Ley Orgánica 4/2000 y articulo 156.3 Reglamento de ejecución)[854].

También están regulados los centros de internamiento en el Reglamento de Ejecución (Real Decreto 2393/2004), en cuyo artículo

[853]. Artículo 58.5: "La devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión". En relación con el artículo 62.1: "Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a y b del articulo 54.1, en las letras a, d y f del articulo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

[854]. El defensor del pueblo abrió una investigación sobre la Sala 4 en la terminal internacional del Aeropuerto de Barajas, ante la denuncia del Colegio de Abogados de que dicha Sala carece de soporte legal y vulnera los derechos de los inmigrantes. Dicha Sala se creó en 2003 por el Ministerio del Interior y estaba destinada a acoger a los rechazados de entrada en España y a los solicitantes de Asilo. Aunque el Ministerio del Interior reitero que nunca ha sido utilizada para albergar a extranjeros sobre los que pesa una orden de expulsión. En contra de ello existen ejemplos que demuestran que dicha afirmación es falsa. Así, un Juez de Instrucción de Bilbao, en Auto de 29 de enero de 2003, decía: "Se autoriza el ingreso de J.M. A.P.: en la Sala 4 del Aeropuerto Internacional de Madrid-Barajas, especialmente habilitado al efecto, habida cuenta de que en los centros de internamiento no penitenciarios que se encuentran en este país para estos fines (de expulsión) no disponen de plazas…., por un máximo de 40 días". Noticia publicada en el Diario El País, de 6 de marzo de 2004.

153.1 y 2 se establecen la posibilidad de acordar judicialmente el ingreso en centros de internamiento de extranjeros que no tengan carácter penitenciario. Este Reglamento dedica su Sección específica para regular las condiciones de estos centros; en concreto, capítulo sexto, artículos 153 a 155[855].

Además hay que tener en cuenta la Orden Ministerial de 24 de febrero de 1999, no expresamente derogada[856], sobre "Normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros"[857]. En esta norma se determina la naturaleza y finalidad de los centros de internamiento para extranjeros, así como se delimitan los trámites que han de observarse en el ingreso, traslados y salidas de los centros y el régimen interno del propio centro.

7.2. Régimen general sobre funcionamiento.

A consecuencia de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 quedaba claro la aplicación del principio constitucional (artículos 17.1 y 81.1 Constitución Española[858]) de que cualquier regulación que pudiera afectar a los derechos de los

[855]. El artículo 155 del Reglamento de ejecución de 2004 prevé que la creación de centros de internamiento de extranjeros se realizara por orden del Ministerio del Interior.

[856]. Por Orden del Ministerio de la Presidencia se establecerán las normas técnicas y organizativas que se consideren necesarias para el funcionamiento y el régimen interior de los centros de internamiento, según establece el artículo 155 del Reglamento de ejecución; mientras tanto se debe considerar vigente la Orden Ministerial de 22-2-1999.

[857]. Dorado Nogueras, F.M. y Rodríguez Candela, J.L., *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, 2001, pp. 897) critican que las condiciones en que se desarrollaban los internamientos se regulasen por Orden Ministerial, norma de rango menor, que restringe al extranjero interno un gran número de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad personal, el derecho a las comunicaciones privadas o el derecho a la asistencia religiosa, por ejemplo.

[858]. Articulo 17.1." Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley".

Articulo 81.1."Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución".

internos debía contar con una reserva legal, y por ello se produjo la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre.

Independientemente de su contenido concreto, lo cierto es que hay que saludar positivamente que esta regulación venga ahora contemplada en una norma con rango de Ley Orgánica, lo que supone la superación de un defecto legislativo histórico en esta materia.

En efecto, se añaden hasta cinco nuevos artículos a la Ley, referidos a los derechos de los extranjeros internados (artículo 62 bis), deberes de los extranjeros internados (articulo 62 ter), información y reclamaciones (articulo 62 quarter) y medidas de seguridad (articulo 62 quinquies y 62 sexies), que a continuación trataremos.

El articulo 62 sexies de la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma por la Ley Orgánica 14/2003, hace referencia al funcionamiento y orden interior de los centros de internamientos[859].

Este régimen fue objeto de una regulación previa, todavía no derogada, por Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas y funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Según dicha normativa en cada centro existirán los siguientes órganos y servicios: Dirección (artículo 8), Unidad de Seguridad (artículo 9), Administración (artículo 10), Junta de Régimen (artículo 11), Servicio de Asistencia Sanitaria (artículo 12), y Servicio de Asistencia Social (artículo 13).

[859]. Artículo 62: “En cada centro de internamiento de extranjeros habrá un director responsable de su funcionamiento para lo cual deberá adoptar las directrices de organización necesarias, coordinando y supervisando su ejecución. Asimismo será el responsable de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior”.

En cuanto a la competencia de estos centros, conforme al artículo 128 del Reglamento de Ejecución, recae en el Ministerio del Interior a través de la Dirección General de la Policía, lo que induce a pensar que estos centros están pensados como lugares de seguridad y prevención y no como centros de asistencia e integración social de los inmigrantes[860]. Al margen de esta competencia en la dirección, coordinación, gestión y control de los mismos, ello no prejuzga las facultades propias del Juez de Instrucción a las que antes nos hemos referido.

En España existen tan solo ochos centros de internamiento de extranjeros "oficiales", repartidos cerca de las zonas con mayor densidad inmigratoria, Madrid (Carabanche), Barcelona (Zona Franca), Murcia (Sangonera la Verde), Algeciras (La Piñera), Valencia(Zapadores), Santa Cruz de Tenerife (Hoya Fría) y totalmente vacios tenemos el centro de las Palmas de Gran Canaria (Barranco Seco) y el de Fuerteventura (Matorral), y 2 centros de estancia temporal para inmigrantes, Melilla y Ceuta, además de varios centros de retención informales de dudosa legalidad. En cada centro, hasta el 2001, se venían a ingresar en su conjunto una media anual aproximadamente de 3000 personas[861].

[860]. Los centros de internamiento de extranjeros dependen orgánicamente del Jefe Superior de Policía, que nombra un Director del Centro, con categoría de Inspector Jefe, un Jefe de seguridad, con la misma categoría; en su organización interna se nombran varios Jefes de turno y les asisten los policías necesarios fijados en plantilla.

[861]. En Valencia, el centro de Zapadores es un antiguo acuartelamiento. Tras su remodelación cuenta con 156 plazas, 2.349 metros cuadrados en tres plantas, se critica con frecuencia, el alto grado de ocupación, durante el año 2003 se produjeron 193 internamientos, de los cuales un diez por ciento correspondía a devoluciones y el resto a expedientes de expulsión. En el año 2004, se ingresaron en el de Internamiento de Extranjeros a 276 extranjeros, correspondiendo la misma proporción que en el anterior año a devoluciones y expedientes de expulsión.

Barcelona, el Centro de Internamiento de Zona Franca sustituyó en el verano de 2006 al tristemente célebre centro de "La Verneda" en la comisaría del mismo nombre. El Centro de Zona Franca fue inaugurado el pasado mes de agosto (15-8-06) y tiene una capacidad para 226 personas. Presentado como una "mejora" respecto al de la Verneda, (lo cual tampoco era muy difícil), este Centro ha acentuado las características penitenciarias: cierre electromagnético de espacios comunes y celdas, visitas de familiares a través de mamparas, vigilancia por cámaras, celdas con barrotes.

En cada centro de Internamiento, con una capacidad distinta, se produce un volumen diferente de internamientos atendiendo a la localización geográfica del mismo. Los internamientos por motivos de devolución y retorno se producen mayormente en Madrid, Barcelona y Canarias que en el resto de Centros.

Los centros de internamiento están custodiados por la Policía, tanto externa como internamente y en su normativa reguladora se prevé la existencia de servicios médicos y asistencia social, colaborando también Organizaciones no gubernamentales en la prestación de servicios en el interior de estos centros.

Si bien su naturaleza es preventiva, y como los centros de internamiento no tienen carácter penitenciario, tales centros deben contar con las condiciones de asistencia sanitaria y social. En concreto, el artículo 154.6 del Reglamento de ejecución obliga a que en cada centro exista un servicio sanitario con disponibilidad de personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y de urgencia de los internos. Además entre el personal de los centros existirán trabajadores sociales, bajo la coordinación de la dirección del centro, que realizaran las funciones de carácter asistencial que los internos requieran.

En Murcia, el Centro de Sangonera la Verde. Este Centro posee un hacinamiento endémico debido a que solamente tiene 60 plazas. Este es el mayor problema del Centro. En Málaga, el Centro de Capuchinos, Este Centro, antiguo cuartel de Capuchinos, entró en funcionamiento en 1990, con capacidad para 80 personas.

En Madrid, Centro de Internamiento de Aluche-Carabanchel: ocupa dependencias de la tristemente célebre cárcel del mismo nombre, junto a otras dependencias policiales (oficina del DNI, comisaría de Distrito de La Latina, Brigada Provincial de Extranjería) y tiene 240 plazas. Carabanchel fue inaugurado en junio de 2005 sustituyendo al decrépito Centro de Internamiento de Extranjeros de Moratalaz, con 60 plazas. El centro tiene una superficie total de 10.769 m2 y ha supuesto una inversión de 11.012 millones de euros.

Los centros de estancia temporal de inmigrantes son centros situados en la proximidad de las fronteras de Ceuta[862]y Melilla[863]. A diferencia de los centros de internamientos de extranjeros, son centros abiertos, los inmigrantes pueden entrar y salir durante el día y estaban a cargo inicialmente del Ministerio de Asuntos Sociales, en la actualidad dependen del Ministerio de Trabajo e Inmigración. No están sometidos a control judicial[864]. La atención interna está derivada a determinadas ONG. Hay módulos familiares, programas de educación e integración, de mediación social cuya ejecución está encomendada a la cruz roja española… Se trata en suma de situaciones sensiblemente mejores que la de los centros de internamiento de extranjeros.

La regulación de los centros de migraciones se encuentra en los artículos 264 a 266 del Real Decreto 557/2001[865].

Sin embargo la ficción es que los extranjeros, que no están "detenidos" sino "acogidos", no tienen libertad para circular por territorio español, sino sólo por las respectivas ciudades autónomas. No obstante, algunos de los inmigrantes acogidos en los centros de estancia temporal de Inmigrantes son progresivamente trasladados a la península, conforme se producen saturaciones, normalmente mediante acuerdos con ONGs para su acogida en la península.

El Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes de Melilla inicia su funcionamiento en el año 1999, cuenta con 472 plazas en dormitorios y 100 más, cuando son necesarias. Con frecuencia, sin embargo, llega a la

862. El centro cuenta con 99 personas prestan servicios.

863. Fue inaugurado el 21 de mayo de 1999. Con capacidad para 320 personas ampliable a 720 en los cuatro módulos de alojamiento básico.

864. Cruz Márquez, B. *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil,* Dykinson D.L. Madrid, 2007.

865. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/00, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 103, de 30 de abril, pp. 43821 a 44006.

saturación, como ocurrió muy especialmente en otoño del año 2005 tras los asaltos a la valla, cuando en algunos momentos llegó a haber hasta 1.500 inmigrantes, por lo que se hizo necesaria la instalación de carpas del ejército.

El Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes de Ceuta inicia su funcionamiento en marzo de 2001 y cuenta con 512 plazas en condiciones similares a las de los centros de estancia temporal de Inmigrantes de Melilla. Pero, a diferencia de este, en momentos de saturación, que también se producen con frecuencia, los inmigrantes tienen que dormir fuera del recinto, en ocasiones en la propia calle o en refugios improvisados.

Los centros de internamiento oficiales y no oficiales en las Islas Canarias. La llegada masiva de inmigrantes a las Islas Canarias durante el año 2006 desbordó todos los dispositivos habilitados para la acogida (y retención) de los mismos, habilitándose por el gobierno espacios improvisados, muchas veces en condiciones bastante lamentables, que luego han tendido a consolidarse y que han sido denunciados reiteradamente por las organizaciones humanitarias. Las Islas Canarias cuentan con tres centros de internamiento de extranjeros expresamente habilitados y acondicionados para tal fin: Hoya Fría en Tenerife, Barranco Seco en Gran Canarias y El Matorral en Fuerteventura, a los que hay que sumar las instalaciones aeroportuarias de Lanzarote[866].

[866]. En Tenerife**,** Centro de Hoya Fría, Fundado en 1985 este Centro de Internamiento de Extranjeros tiene una capacidad para 260 internos pero llega siempre al límite de su capacidad con la llegada masiva de inmigrantes, acogiendo muchos más de los que su capacidad permite (ej. ampliando su capacidad hasta 328 plazas, estrechando el hábitat de los internos). Es una moderna instalación, muy funcional pero con pocas comodidades, y como tal sirve de modelo para los otros centros de internamiento de extranjeros. En Garaje de la Comisaría de la Playa de las Américas ha albergado hasta 1300 personas.
En Lanzarote, Terminal del aeropuerto, los inmigrantes suelen ser internados en la terminal del aeropuerto con capacidad para 200 personas. Inicialmente estaba previsto por el Ministerio la creación de un Centro de Internamiento de Extranjeros en Lanzarote

7. 3. Garantías del régimen de internamiento en centros.

Podemos distinguir distintas clases de garantías en el régimen de internamiento: procedimental, temporal y de comunicación con el exterior.

Como garantía procedimental se atribuye competencia decisoria o resolutoria al Juez Instructor, conforme al artículo 60.3 de la Ley Orgánica 4/2000, respecto del internamiento en relación a las ordenes de retorno. El control judicial es permanente mientras se encuentra en el Centro de Internamiento, debiendo ser informada la autoridad judicial de cualquier circunstancia que afecte al extranjero. En el mismo sentido se dispone en el artículo 153.6 del Reglamento de ejecución[867].

Como garantía temporal, la duración de la estancia en el centro de internamiento viene regulada en el artículo 62.2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformado por la Ley Orgánica 8/2000, que establece dos limites,

---

(2.707.964 euros para 2006) que se situaría en el antiguo polvorín del Morro de Güime que lleva quince años abandonado, al parecer lo impidió la oposición de los partidos en el Congreso a ceder el espacio. En Fuerteventura, el centro de El Matorral puede recibir hasta 1200 personas, aunque su capacidad nominal es de 1.080 personas. Es, posiblemente, el Centro de Internamiento de Extranjero más grande de España. Sustituyó al antiguo centro situado en las instalaciones del aeropuerto. El nuevo centro también presenta sus deficiencias. Las Palmas**,** Centro de Barranco Seco, Este Centro puede acoger 168 personas. En Tenerife, Acuartelamiento de las Raíces Otro de los lugares que actúa como Centro de Internamiento de Extranjero, en Tenerife, es el campamento militar de Las Raíces que ha albergado hasta 3700 inmigrantes. El acuartelamiento de las Raíces fue habilitado de forma "provisional" en marzo de 2006 a base de tiendas de campaña pudiendo albergar hasta 1.300 personas, pero esta cantidad de personas ha sido superada a lo largo de, prácticamente, todo el año (ha llegado a albergar hasta 3700 inmigrantes). Situado cerca del aeropuerto de las Raíces, se trata de un lugar extremadamente frío. En Gran Canaria, campamento militar de La Isleta, ha llegado a albergar a 2.700 personas. La Gomera, se habilitó el antiguo restaurante abandonado "El Camello", a unos diez Km. de la capital que llegó a albergar hasta 500 inmigrantes. Fueron habilitadas siete carpas militares con capacidad para 24 personas cada una de ellas, además del recinto general, antigua discoteca, donde eran atendidos los inmigrantes. En El Hierro se utilizó provisionalmente un Polideportivo en Valverde, que llegó a tener 300 personas durante casi cuarenta días. Posteriormente se usó una vivienda de la Dirección Insular. Ambas instalaciones han dejado de utilizarse, cuando ha bajado el número de inmigrantes que llegan a las islas.

[867]. El artículo 153.6 del Reglamento de ejecución establece: "El extranjero, durante su internamiento,estar á en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizo, y la autoridad gubernativa deberá comunicar a aquel cualquier circunstancia en relación con la situación de dicho extranjero internado".

como antes hemos visto, uno cualitativo e incierto, y otro cuantitativo y cierto, sesenta días como máximo, al que hay que añadir un plazo máximo que pueda fijar el Juez inferior al citado. También previsto en el artículo 153.3 del Reglamento[868].

En la práctica, es frecuente que la Administración tenga problemas para expulsar al extranjero, por falta de documentación o por no reconocimiento del país receptor, debiendo gestionarse en el menor tiempo posible tal documentación para hacer posible la expulsión del extranjero[869]; y es que los problemas que tiene la Administración para expulsar sólo pueden encontrar solución en los Convenios Internacionales que los países de la Unión Europea firmen con los países fronterizos a la Unión Europea y con los países de origen de los extranjeros que vayan a ser devueltos por acuerdos de readmisión.

En la práctica policial[870] encontramos diversidad de requisitos que exigen los distintos países receptores de los extranjeros expulsados. Con carácter general se puede afirmar que es un requisito, previo a la ejecución de la expulsión[871], la documentación del extranjero y el reconocimiento de la identidad y nacionalidad por el país receptor. Sin ánimo de ser exhaustivo, existen países que no documentan al extranjero

[868]. El artículo 153.3 del Reglamento establece: "El ingreso del extranjero en un centro de internamiento de carácter no penitenciario no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, debiéndose proceder por la autoridad gubernativa a realizar las gestiones necesarias para la obtención de la documentación que fuese necesaria con la mayor brevedad posible.

[869]. En el año 2003, el Subdelegado del Gobierno de la Comunidad Valenciana dicto 894 resoluciones de expulsión, siendo ejecutadas materialmente 233 expulsiones por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Valencia. En el año 2004 la Subdelegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana dicto 1512 resoluciones de expulsión, siendo materializadas por la Brigada Provincial de Extranjería de Valencia un total de 393 expulsiones.

[870]. Ramírez Ortiz J.L. y Valera Castejón, X., Doce tesis en materia de detención policial preprocesal, Revista Jueces para la Democracia, número 62, 2.008, pp. 31-47.

[871]. Martínez Escamilla, M., "El internamiento de extranjeros en el proyecto de la L.O. de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social: propuestas y razones para su integración social", *Revista de l´Insitut Universitari d´Investigació en Criminologia i Ciencies Penales de la UV*, número 2, 2009, pp. 215-234.

y por tanto no permiten su devolución: La Republica del Congo, Gambia, Guinea Bissau, Guinea Conakry, Mali, Mauritania, o China; también hay países que documentan con mucha dificultad: Croacia, Etiopia, India o Libia. Además existen otros países que exigen una entrevista personal con el Cónsul o Embajador, previa a su expulsión, como ocurre con Albania, Argelia, Ghana, Nigeria, Paquistán, Rusia o Túnez. Finalmente existen otros países que no plantean tales dificultades y permiten la expulsión con mayor facilidad y asiduidad, así ocurre con Bulgaria, Colombia, Ecuador, Marruecos, Perú, Rumania y Ucrania, entre otros

Finalmente, el apartado cuarto del artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000 recoge una tradicional garantía de transparencia exterior sobre la situación de internamiento del extranjero[872]. En el mismo sentido se recoge en el artículo 153.4 del Reglamento de ejecución[873].

7. 4. Estatuto jurídico del extranjero internado.

Nuestro legislador, aunque parte de la consideración de que los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de "carácter no penitenciario", lo cierto es que disciplina su organización general y normas de régimen interior con un paralelismo enorme con los centros penitenciarios, sirviéndose, sin duda, de la reglamentación de la llamada relación jurídica penitenciaria y trasladando gran parte de su contenido y características propias a la situación jurídica del extranjero

[872]. Articulo 62. 4. "La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país".

[873]. Artículo 153.4 del Reglamento de ejecución, que establece: "4. La detención de un extranjero a efectos de expulsión, devolución o retorno será comunicada al consulado competente, al que se le facilitaran los datos sobre la personalidad del extranjero y la mediad de internamiento. Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o este no radique en España. Si así lo solicitase el extranjero, se comunicara el internamiento a sus familiares u otras personas residentes en España.

internado, con las limitaciones propias de la medida en cuestión y los centros en particular.

De esta forma, se profundiza en el llamado estatuto jurídico del extranjero. Por ello, no cabe duda que la relación del extranjero sometido a la medida cautelar de internamiento en centro *ad hoc,* participa de la naturaleza y características de toda relación de sujeción especial, por lo que le es de plena aplicación la doctrina constitucional sobre la llamada relación jurídica penitenciaria, con las salvedades y especialidades propias y lógicas[874]. El extranjero interno adquiere un estatuto jurídico especifico del que destaca su sometimiento al poder público ejercido por la Administración que tiene encomendada una función preventiva y cautelar dirigida a la retención y custodia de los extranjeros mientras dura la tramitación del expediente administrativo de expulsión, debiendo de cuidar de garantizar y velar por la seguridad y el buen orden del centro de internamiento, y por otro parte del extranjero surte el correlativo deber de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento[875].

Así, en este sentido, se puede decir, como el Tribunal Constitucional ha señalado repetidamente, que las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas recluidas y la Administración tienen naturaleza de relación especial de sujeción. El extranjero, pues, se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis,* adquieren el

[874]. Sáez Valcárcel, R., (La libertad del inmigrante. Un derecho vulnerable". *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996), define a los centros de internamiento, parafraseando a E. Goffman, en " Internados", como " centros de reclusión, dentro del grupo de las instituciones totales a proteger a la comunidad contra determinados sujetos, que no persiguen el bienestar de los internos"(…) " la única diferencia con los centros penitenciarios es que en los establecimientos de extranjeros no se aplica la normativa especial penitenciaria, lo que implica, paradójicamente, la inexistencia de un estatuto jurídico de derechos de los reclusos".

[875]. Del Rio Fernández, L., *Detención e internamiento de extranjeros*, La Ley,2002.

status específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres.

Desde la entrada de un extranjero en un centro de internamiento se vincula al interno con la Administración, y al establecer una relación de sujeción especial le somete a un poder administrativo autónomo. Esta relación de sujeción especial ha de ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. Pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración y los internos, estos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por nuestro ordenamiento, con excepción del derecho a la libertad de movimientos; y las actuaciones de la Administración deberán llevarse a cabo "respetando la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses de los mismos"[876].

De la relación entre la Administración y los internos surgen una serie de derechos y deberes recíprocos, cuyo contenido se recogen en el Reglamento de ejecución en los artículos 153 a 156, siendo de complemento la Orden del Ministerio de 11 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. De entre ellos destaca la obligación de la Administración que tiene de retener y custodiar a los internos, con la finalidad de garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo, y garantizar por la seguridad y el buen orden en el centro; y de otro, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras del centro[877].

[876]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 57/1994, de 28 de febrero.
[877]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 35/1996, de 11 de marzo y número 170/1996, de 29 de octubre.

Por ello, sin duda, el ejercicio de ese poder ha de estar sujeto a normas legales de estricta observancia encontrándose, además, limitado, tanto por la finalidad propia de dicha relación conforme al artículo 1 de la Orden Ministerial como por el valor preferente de los derechos fundamentales del ciudadano, incluidos los extranjeros, que la Constitución Española expresamente reconoce. Por eso, una vez más, las ideas de equilibrio y proporcionalidad deben ser proyectadas al mundo jurídico derivado del internamiento en el que la exigencia del orden y seguridad del centro y, por tanto, el deber de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento han de hacerse compatibles con la consideración debida al interno en cuanto titular de todos los derechos que corresponden a cualquier ciudadano o persona, sin más excepciones que aquellas que son inherentes a la situación de privación de libertad (Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1997) o, como dice el art. 27.1 de la Orden Ministerial, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad deambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada[878].

De ahí, que esta relación de sujeción especial ha de ser entendida en un *sentido reductivo* compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. Finalmente, y de todo lo anterior, resulta una clara conclusión sobre la relación especial de sujeción del extranjero sometido a medida cautelar de internamiento: pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración y los internos en uno de sus establecimientos, éstos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención.

[878]. Silveira Gorski, H. C., “Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho”, *Revista mientras tanto*, número 83, 2000, pp. 93-102.

De esta forma, las actuaciones deberán llevarse a cabo "respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses de los mismos"[879]. Por ello, los poderes específicos que la ley atribuye a la Administración para prevenir y eliminar alteraciones del orden y convivencia en los centros de internamiento y también para sancionar administrativamente las infracciones de dicho régimen que puedan cometer los extranjeros vienen limitados por los derechos fundamentales de los mismos y sus actos no están exentos de un control judicial habida cuenta de las garantías establecidas en el articulo 9.3 Constitución Española[880]y las fijadas en el artículo 106.1 de la misma[881], control que corresponde a los propios Jueces de Instrucción que acordaron su internamiento (es obvio, que no puede hacerse extensiva esta competencia por analogía a los Jueces de Instrucción designados), a quienes por tanto compete determinar si existió o no vulneración de los derechos fundamentales de dichas personas y, en general, resolver sobre quejas y peticiones en defensa de los derechos e intereses legítimos de los extranjeros internados.

En suma, es claro que la situación de sujeción especial de un extranjero en un centro de internamiento no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales. Si, como dijo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *caso Campbell y Fell,* la Justicia no se detiene en la puerta de las prisiones[882], tampoco, como diríamos ahora, la justicia se detiene en la puerta de los centros de internamiento de extranjeros. En definitiva, hoy día puede y debe hablarse, sin tapujos, del estatuto jurídico del extranjero y de su necesaria y plena operatividad.

---

[879]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 57/1994, de 28 de febrero.

[880]. Artículo 9.3: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

[881]. Artículo 106**.**1: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican."

[882]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 127/1996, de 9 de julio.

A la vista de esta especial relación jurídica entre Administración y extranjero internado en Centro, podemos hablar de un estatuto jurídico del extranjero internado[883]. En esa relación jurídica existen derechos y deberes del interno. Vamos a examinar más detalladamente los derechos y deberes de los extranjeros internos, no sin antes dejar de tratar las condiciones de ingreso del extranjero en el centro de internamiento.

a) Condiciones de ingreso

El artículo 129 del Reglamento de Ejecución de 2001[884] recogía cuales son las condiciones del ingreso del extranjero en los centros de internamiento. En primer lugar, desde el ingreso del extranjero en el centro se exigía el historial personal del mismo, en el que constaran, entre otros, los motivos de su detención, los antecedentes y las circunstancias personales, la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el letrado que lo asista[885].

En el momento del ingreso la información se les facilitara en el idioma extranjero o de forma que resulte comprensible al mismo. En segundo lugar, los extranjeros, en el momento del ingreso, serán sometidos a un examen médico por el servicio sanitario del centro.

---

[883]. Así lo recoge Del Rio Fernández, L., "La detención y el internamiento del extranjero"*, La Ley: Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* número 7*,* 2001, pp. 1414-.1429

[884]. Artículo 129: "1. En el momento del ingreso del extranjero en el centro se exigirá el historial personal del mismo, en el que constarán los motivos de su detención, los antecedentes, las circunstancias personales, la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre y el letrado que le asista. 2. Los internos recibirán en el momento del ingreso información escrita sobre el régimen del centro y las normas de convivencia. La información se facilitará en el idioma del extranjero o de forma que resulte comprensible para el mismo. 3. Los extranjeros, en el momento del ingreso, serán sometidos a un examen médico por el servicio sanitario del centro. 4. Los centros dispondrán de módulos independientes, al objeto de permitir la separación de los internos por su sexo".

[885]. Es importante señalar los antecedentes policiales en materia de extranjería de que se disponga para determinar la verdadera nacionalidad e identidad, tales como si ha existido algún expediente incoado con anterioridad, propuesta de expulsión y resolución de expulsión dictadas con las misma identidad.

La documentación referente a los extranjeros internados en el Centro queda custodiada por la autoridad policial, bajo cuya dependencia el personal administrativo tramita la documentación necesaria para materializar la expulsión[886].

b) Derechos de los extranjeros internos

De entre los derechos se pueden distinguir aquellos inalterables por su condición de derechos humanos fundamentales y otros derechos que si pueden ser objeto de restricción. La Ley Orgánica 4/2000 reconoce de manera genérica dichos derechos en el artículo 3[887], y el artículo 153.7 del Reglamento de ejecución, sobre igualdad con los españoles e interpretación de las normas; y de manera concreta en el nuevo artículo 62 bis de la Ley Orgánica 4/2000 introducido por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre.

Son derechos inherentes a la persona humana, y por tanto inatacables: Los derechos referentes a la personalidad, como derecho a la vida, integridad física y moral, a la dignidad humana, a la igualdad y a la libertad religiosa. Los derechos civiles como el respeto a la propiedad privada, derecho a la educación y el acceso a la cultura.

El reconocimiento de estos derechos se deriva de su regulación genérica en el artículo 27.1 de la Orden citada, y de su regulación

[886]. En la Brigada Provincial de Extranjería de Valencia, dependiente de la Jefatura Superior de Policía de Valencia, existen diversos Grupos policiales, el Grupo IV, dirigido por un Inspector Jefe, se encarga de la incoación de expedientes de extranjería y de los internamientos en el Centro de Internamiento de Extranjeros; y el Grupo I, dirigido por un Inspector Jefe, se encarga de las propuestas de expulsión y de materializar las expulsiones ya aprobadas por el Delegado del Gobierno.

[887]. Articulo 3.1. de la Ley Orgánica 4/2000: "Los extranjeros gozaran en España de los derechos y libertades reconocidos en el Titulo I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condición de igualdad con los españoles".

concreto en los artículos 12, 13 y 14.5 (asistencia sanitaria, social y alimenticia); articulo 29 (horario de actividades y descanso diario); artículos 23 y 25 (vestimenta de ropa y cama y muebles); articulo 14.4 y 6 (alojamiento con separación de sexos y agrupación familiar de los cónyuges); articulo 32 (actividad religiosa); y articulo 31 (actividades recreativas y culturales).

Junto a estos derechos fundamentales existen otros derechos relacionados con la privación de libertad deambulatoria derivados del régimen interior del centro de internamiento, los cuales si pueden ser limitados gradualmente, como son: Derecho de información (artículos 20,27.2a) y 33); derecho a las comunicaciones y contactos con el exterior (artículo 30); derecho de participación (artículo 28). Estos derechos pueden ser suspendidos o limitados por razones de seguridad del centro o peligrosidad del interno[888].

Tras la reforma por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, se incorpora un nuevo artículo 62 bis a la Ley Orgánica 4/2000, que enumera los derechos de los extranjeros internados. Esta incorporación viene derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003, relativa a la necesaria regulación, en la citada Ley orgánica, de determinados preceptos del Reglamento de ejecución[889]. En concreto se

[888]. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, número 606/2005, de 11 de mayo, anula, entre otros, el artículo 33 de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, por considerar existe insuficiencia de rango en todo lo que suponga limitación de derechos al margen de los previsto en el artículo 60 de la Ley Orgánica 4/2000.

[889]. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003 en su Fundamento Jurídico Decimo quinto: “el articulo impugnado (130.6 Reglamento de ejecución) se refiere a cuestiones que atañen directamente al estatuto jurídico de los extranjeros que hayan sido ingresados en centros de internamiento al amparo de lo dispuesto en los artículos 60 y 62 de la Ley Orgánica 4/2000, y por tanto dicho estatuto jurídico en cuanto afecte y limite el ejercicio de diversos aspectos esenciales del derecho a la libertad de extranjeros, más allá del derechos ambulatorio a que se refiere el artículo 60.2 de la Ley Orgánica 8/2000, tal es el caso de imponer una limitación cuantitativa mediante la expresión “periódicamente” a la posibilidad de comunicación con familiares o representantes diplomáticos del país de origen o el establecer la posibilidad de imponer medidas correctivas a los “ internos” que no respectan las normas de convivencia sin especificar cuáles sean unas y otras, ni estas vengan establecidas en la ley, ha de ser regulado por la Ley debido a la exigencia

establecen los siguientes derechos: “ a) A ser informado de su situación; b) A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que pueda en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad; c) A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que los derivados de sus situación de internamiento; d) A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro; e) A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional; f) A ser asistido de abogado, que se proporcionara de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique; h) A ser asistido de interprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita si careciese de medios económicos; i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar”.

---

constitucional. Así lo entendió ya el legislador en relación a una situación de privación de libertad que el Tribunal Constitucional ha considerado asimilable a lo que ahora nos ocupa en cuanto a garantías exigibles, cual es la detención preventiva, supuesto en el que el estatuto jurídico de los afectados por la medida ha sido regulado por la Ley Orgánica 1/1979. En efecto, en esta Ley Orgánica se regulan cuestiones tales como la obligación de cumplir las normas de régimen interno, asistencia sanitaria, régimen disciplinario, comunicaciones de los internos, asistencia religiosa, etc…, cuestiones a la que se refiere la norma reglamentaria que ahora se impugna. En consecuencia, el precepto debe ser anulado por insuficiencia de rango en todo aquello que suponga limitación de derechos al margen del artículo 60 de la Ley Orgánica 8/2000 que en su número 2, en su último inciso, dispone que “los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio”. Por tanto los apartados 2 y 6 del precepto que nos ocupa no pueden ofrecer duda en cuanto a la procedencia de su anulación, si bien es obligado resaltar que apartado 6 debe ser anulado en cuanto establece un criterio de periodicidad en las comunicaciones, periodicidad que implica limitación a un derecho que esta Sala afirma resulta incuestionable u no susceptible de limitación por vía reglamentaria como consecuencia de los dispuesto en el artículo 60.2 de la Ley Orgánica 8/2000 antes trascrito. No procede, por el contrario, la anulación de los párrafos 4 y 5 por cuanto se limitan, aun cuando ello fuere necesario, a reconocer el derecho a enviar y recibir correspondencia, a mantener conversaciones telefónicas y a la liberta religiosa”.

c) Limites de los derechos del extranjero internado

Respecto a estos derechos no existe un régimen de infracciones y sanciones en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999[890], lo que hace razonables las críticas sobre la inseguridad jurídica de los extranjeros internados, aun a pesar de los criterios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad que se recogen en el artículo 34 de la Orden Ministerial, de manera genérica. Son muchos los problemas que se plantean ante las quejas y situaciones conflictivas en las que no se sabe qué tipo de recursos admitir, si tienen o no eficacia suspensiva y la autoridad competente para resolverlo[891].

Tan sólo se habla en el artículo 33.3 de la Orden Ministerial 22-2-1999 de "interponer los recursos que correspondan ante el Juez de Instrucción a cuya disposición se encuentre o ante el Ministerio Fiscal". Tampoco aclara mucho el artículo 130.2 del Reglamento de ejecución, de 2001[892].

Este articulo ha sido anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 20 de marzo de 2003, en cuyo Fundamento Jurídico decimoquinto se dice "La cuestión que debe dilucidarse en este punto es la de si las cuestiones a que se refiere el precepto impugnado

[890]. Ello ha dado lugar a la crítica de ciertos autores. Alarcón Mohedano, I. y De Martin Sanz, L. V.,"La *nueva regulación de los centros de internamientos de extranjeros*", Revista Tapia, número 106, 1999, pp 13. Opinan que el artículo 34 de la Orden no encaja dentro de los principios de legalidad y tipicidad. No recoge un cuadro de infracciones y sanciones correspondientes, siendo el Director del Centro quien tiene la potestad sancionadora de manera amplia, pudiendo aplicar la sanción que estime oportuna, aislar en celdas de castigo, prohibir la salida al patio, prohibir comunicaciones, etc.,: de manera casi arbitraria.

[891]. Del Rio Fernández, L., "*Detención e internamiento de extranjeros*", *La Ley: Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 7, 2001, pp. 1414-1429.

[892]. El artículo 130.2 del Reglamento de ejecución establece; "En cada centro existirá una Junta compuesta, además del Director del mismo, por el facultativo y un trabajador social, que asesorara a aquel en la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de supervivencia y de régimen interior, que deberán, en su caso, ser comunicada a la autoridad judicial que autorizo el internamiento".

tiene o no reserva de ley, con independencia de si esta ha de ser o no Ley Orgánica (…). El articulo impugnado se refiere a cuestiones que atañen directamente al estatuto jurídico de los extranjeros que hayan sido ingresados en centro de internamiento al amparo de lo dispuesto en los Artículos 60 y 62 de la Ley Orgánica 4/2000, y por tanto dicho estatuto jurídico en cuanto afecte y limite el ejercicio de diversos aspectos esenciales del derecho a la libertad de los extranjeros (….) tal es el caso de establecer la posibilidad de imponer medidas correctivas a los internos que no respetan las normas de convivencia sin especificar cuáles sean unas y otras, ni estas vengan establecidas en la ley, ha de ser regulado por Ley debido a la exigencia constitucional (…) En consecuencia el precepto debe ser anulado por insuficiencia de rango en todo aquello que suponga limitación de derechos al margen del artículo 60 de la Ley Orgánica 8/2000".

Consecuencia de esta anulación, la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, introduce un nuevo artículo 62 sexies en la Ley Orgánica 4/2000 que establece: "En cada Centro de Internamiento de Extranjeros habrá un Director responsable de su funcionamiento para lo cual deberá adoptar las directrices de organización necesarias, coordinando y supervisando su ejecución. Asimismo será el responsable de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de la correcta convivencia o régimen interior". En el mismo sentido se recoge en el artículo 154.2 del Reglamento de ejecución.

8. EL INTERNAMIENTO DE MENORES.

Los movimientos migratorios son tan antiguos como la propia humanidad. Si bien en las últimas décadas se viene observando un proceso creciente de movimientos migratorios de personas que se

trasladan. Lo cierto es que los menores no permanecen al margen de estos movimientos migratorios, sino que se ven inmersos en los mismos de la mano en algunos casos de adultos que les acompañan, padres, tutores o guardadores, en otras se convierten en protagonistas de este fenómeno en soledad. Por lo que aunque no sea el principal objetivo de nuestra investigación, considero necesario hacer una breve referencia a los supuestos en los que el extranjero menor de edad se puede encontrar en centros de internamiento[893].

8.1. Introducción

Por un lado, tenemos los centros de protección de menores, que es el supuesto del extranjero menor de edad que pasa a depender de los servicios de protección de menores correspondientes, lo normal será su ingreso en un centro de protección, por carecer de familiares mayores de edad en nuestro país. La tendencia actual se orienta hacia los denominados “pisos tutelados”, frente a los grandes centros. La masificación de estos últimos, la mezcla de edades y nacionalidades hace que las autoridades asistenciales prefieran hoy en día la dispersión de los menores en pisos en los que el reducido número de convivientes y su homogeneidad, elimine problemas y favorezca su formación.

En los centros de protección de menores se ha de garantizar que estos reciban la adecuada asistencia sanitaria y educativa. En este sentido, la Ley Orgánica 4/2000 supuso un avance importante en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, estableciéndose ese derecho específicamente para los

[893]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de noviembre de 2007, caso D. H. y otros contra la República de Checa. Destaca la resolución que aunque el Gobierno checo justifica la diferencia de trato entre niños gitanos y no gitanos en la necesidad de adaptar el sistema educativo a la capacidad de los niños con necesidades educativas especiales, ha habido una discriminación de impacto o indirecta, que provoca segregación y menos oportunidades para los niños gitanos, muchos de ellos no nacionales.

extranjeros menores de edad, sin restricción ni condiciones (artículo 12.3 de la Ley Orgánica 4/2000, reformado por la Ley Orgánica 8/2000). En cuanto al derecho a la educación, se sigue garantizando para los extranjeros menores de edad, configurándose no solo como derecho sino también como deber (artículo 9.1 de la Ley Orgánica 4/2000).

Por otro lado, tenemos los centros de internamiento[894]propiamente dichos, regulados en la Ley Orgánica 4/2000 y en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999. El artículo 62.3 de la Ley Orgánica 4/2000 se refiere al internamiento de menores extranjeros. Asimismo, lo establece el artículo 153.8 del Reglamento de ejecución. La Instrucción 6/2004 de Fiscalía General de Estado[895], en el sentido de que una vez determinada la edad y siempre que el indocumentado resulte ser menor o quepa duda de que pueda serlo sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores[896].

[894]. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta número 116/2004. Determinación por la jurisdicción ordinaria de le edad e identidad del presunto delincuente, y de si es competente el Juzgado de menores. Asistencia letrado al menor detenido. Régimen de comunicaciones y visitas del menor con su letrado. Medidas de contención de menores en situación de internamiento. Potestad del director del centro donde está internado el menor para determinar que objetos le están permitido. Aplicación a los menores internados de la normativa sobre relaciones laborales de carácter especial. Régimen disciplinario de los centros. Regímenes aplicables a menores. Procedimiento sancionador. Medidas cautelares. Traslado de un menor fuera de su Comunidad Autónoma. Derecho de los menores internos a comunicarse libremente. Suspensión temporal de las visitas en casos excepcionales. Evitación de la introducción en el centro de sustancias y objetos prohibidos o en deficientes condiciones higiénicas. Derecho del menor a comunicarse libremente con sus familiares. Fijación de unos límites de duración de tiempo y forma de su realización.

[895]. Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre de 2004 de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

[896]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de octubre de 2006, asunto Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica. En este caso una niña de 5 años, fue detenida en un centro de internamiento, sola entre adultos desconocidos, durante más de dos meses hasta que finalmente fue expulsada hacia la República Democrática del Congo, mientras su madre, Pulcherie Mubilanzila Mayeka, la esperaba en Canadá, donde había encontrado refugio. El Tribunal se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la detención de menores extranjeros no acompañados con el Convenio Europeo. No identifica cualquier detención de los menores con la violación del

En realidad este articulo supone una exclusión de la posibilidad de recurrir al internamiento en estos centros, basado en circunstancias subjetivas, aunque abre la vía a que en determinas circunstancias familiares si pueda acudirse a ella, en aras del interés del menor a la vida en familiar, aunque sea en régimen de internamiento.

Esta es la única ocasión en que la Ley Orgánica 4/2000 habla de internamiento preventivo de un menor de edad, y le atribuye la competencia para acordarlo al Juez de Menores. Hay que anotar que el legislador descarta al Juez de instrucción que autorizó el internamiento de sus padres o tutores, o al Juez de Familia o de Primera Instancia que resolvería sobre las cuestiones derivadas de una situación de desamparo. Es el Juez de Menores, por expreso mandato legal, quien asume la condición de verdadero Juez de garantías en todos aquellos procesos que afectan a los derechos fundamentales de un menor de edad[897].

Posibles supuestos de internamiento en Centro de Internamiento, podrían ser, como señala Garcia-Panasco Morales[898], ha apuntado que

---

artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. El Tribunal decide el carácter preponderante de la condición de menor extranjera no acompañada de la detenida, por encima de su condición de inmigrante irregular. Señala el Alto Tribunal que las restricciones impuestas por un Estado para el control de los flujos migratorios no pueden privar a los extranjeros de los derechos fundamentales de los que son titulares, especialmente en el caso de los menores extranjeros no acompañados. Reconoce finalmente la violación por Bélgica del artículo 3 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, relativo a los tratamientos inhumanos y degradantes, del artículo 8 sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar y del artículo 5, párrafo 1 sobre el derecho a la libertad y la seguridad.

[897]. En este sentido, López López, A.M., (Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad", *Diario La Ley*, número 5, 2004) estima que los Magistrados especialistas en menores son los que mejor pueden valorar el superior interés del menor, en aquellos aspectos en que este pueda verse afectado en su relación con la Administración de Justicia. No se puede despreciar la experiencia y superior formación de los Jueces de Menores, permitiendo que sus competencias naturales sean desempeñadas por distintos órdenes jurisdiccionales, siempre que su intervención sea legalmente posible, como sucede cuando se hace precisa la autorización judicial de ingreso en centros de internamiento de los menores extranjeros.

[898]. Garcia-Panasco Morales, G., *El extranjero menor de edad*, Centros de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2001, no entiende como el Legislador ha introducido este primer inciso del apartado 3 del artículo 62, que puede

el primer párrafo del artículo 62.3 Ley Orgánica 4/2000[899], es ciertamente confuso, puesto que añade nada nuevo a lo regulado, y es perturbador, dado que parece que permite existan menores en los que concurra alguna causa de expulsión, devolución o retorno, que son los supuestos en los que cabe el internamiento (artículos 58.5, 60 y 62 de la Ley Orgánica 4/2000), y no se encuentre, además, en situación de desamparo.

Parece evidente que un menor que pretende entrar ilegalmente en territorio español y que es rechazado en frontera (supuesto de retorno), se encuentra en situación de desamparo, porque la ilegalidad de su intento de entrada vendrá determinada por la carencia de documentación alguna, que es lo que le fuerza a la clandestinidad, aplicando a partir de ese momento el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000[900].

En cuanto al supuesto de devolución en que cabe el internamiento (articulo 58.2 y 5 Ley Orgánica 4/2000) no es predicable de los menores, puesto que al no ser posible expulsarlos solos, no pueden contravenir la prohibición de entrada en nuestro país que conlleva toda expulsión y que constituye la causa de devolución mencionada[901].

---

dar lugar a interpretaciones contrarias al interés del menor, y que, sin embargo, es perfectamente prescindible, al establecer un principio básico y general ya previsto en el artículo 35 de la propia norma.

[899]. Articulo 62.3 primer párrafo: "Los menores en los que concurran los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores…."

[900]. En este sentido, se expresa la Instrucción número 6/2004 de 26 de noviembre de 2004 de la Fiscalía General del Estado.

[901]. Fábrega Ruiz, C., "Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2004, pp. 1690-1702, estima que "Los menores extranjeros solo pueden expulsarse con sus progenitores o ser repatriados de acuerdo con el artículo 35 de la Ley orgánica 4/2000, lo que es una forma de reagrupación familiar completada con la posibilidad de puesta a disposición del menor de los servicios de protección de su país y limitada siempre por el interés superior del menor". En el mismo sentido se expresa la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado.

Tampoco queda claro con la actual redacción del artículo 62.3 de la Ley Orgánica 4/2000 si el internamiento solo procede cuando los padres o tutores del menor están incursos en un procedimiento de expulsión si existen casos en que los menores pueden ser internados como medida preventiva a la orden de su expulsión del territorio español. En la redacción del artículo 62.3 de la Ley Orgánica 4/2000 se recoge una exclusión de la posibilidad de acudir al internamiento como medida preventiva, aunque se abre la vía a que en determinadas circunstancias familiares se pueda acudir a esta medida preventiva, como hemos visto, en aras del interés del menor a la vida en familia.

Si los progenitores de los menores, sus tutores o guardadores son expulsados, cabe plantearse si puede también decretarse la expulsión de un niño extranjero, que no se encuentra en situación de desamparo. Tendrá que buscarse una fórmula a partir de la cual se logre amortizar el derecho del niño a vivir con sus padres y el interés del Estado de no permitir que permanezcan en su territorio personas que no tienen medio de vida. En realidad, tras este debate subyace la tensión entre la protección de los derechos del menor, como el propio derecho a su protección y promoción, y los limites a los que debe sujetarse la entrada de extranjeros en nuestro territorio[902].

En cualquier caso los menores extranjeros pueden encontrarse en España respondiendo básicamente a dos situaciones que haya venido acompañado de sus padres o tutores, o de menores no acompañados por ninguna persona responsable de su guarda y

[902]. Esteban De La Rosa, G., "Inmigración menores de edad y su situación jurídica en España: Algunas cuestiones controvertidas*", La ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2003, pp. 1619-1628, apunta que es un tema de actualidad y supone plantearse que tras el reconocimiento de determinados derechos a los niños, por el hecho de ser tales, hay que reflexionar paralelamente acerca de las consecuencias de tal reconocimiento, dado que los niños, en la mayoría de las situaciones, están acompañados por sus progenitores.

custodia[903]. El menor extranjero en ambos supuestos por su doble condición de menor de edad e inmigrante se halla sometido a dos tipos de normas jurídicas las relativas a su protección como menor de edad y las relativas a su condición de extranjero.

En el caso de los menores extranjeros que se encuentran acompañados por sus padres, tutores o guardadores, y respecto de los cuales no es apreciable la situación de desamparo descrita en el artículo 172.1 del Código Civil, prima el derecho del menor a conservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos conforme al artículo 9.1 de la Convención, lo cual implica que, como regla general, si la autoridad competente acuerda la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor extranjero, ello conlleva también la salida de nuestro país del menor sometido a su potestad.

Debe recordarse que el artículo 35 de la Ley de Extranjería dispone para los supuestos de localización de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad que habrá de ponerse el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, el cual deber en primer lugar disponer lo necesario para la determinación de su edad, y en segundo término una vez determinada la minoría de edad, acordar la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores[904].

[903]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de noviembre de 1996, Nsona contra los Países Bajos, que también se refiere a una deportación forzosa de un menor no acompañado, el tribunal explicó la obligación de los Estados parte bajo artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de respetar los derechos de los menores de edad en los siguientes términos: no exponer a un menor al riesgo de maltrato; la existencia de riesgo debe ser ante todo valorada con referencia a aquellos hechos que son conocidos o deban ser conocidos por los Estados parte al tiempo de llevarse a cabo la expulsión.

[904]. Escrihuela Chumilla, F.J., “Las consecuencias jurídicas del delito: la pena”, en *Todo Penal*, *La Ley,* Madrid. 2011.

Así la Directiva 2003/86/CE del Consejo de Europa[905], identifica el interés superior del menor con el hecho que el menor tiene que estar con su familia. Cuando se acuerda la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores resulta evidente que el menor ha de correr la misma suerte que los mayores de los que dependen, en aras al derecho de reagrupación familiar que preside el derecho de extranjería, así como tampoco podrán ser expulsados cuando la Ley prohíbe la expulsión de los padres, tutores o guardadores de hecho que ejercen funciones tuitivas sobre los mismos.

Cuando se acuerde el ingreso del adulto, padre, tutor o guardador en un centro de menores extranjeros el artículo 62.4 de la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre[906], señala que no podrá *"acordarse el ingreso de menores* en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1. i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley". Lo cierto es que el artículo 62 bis 1. i) establece entre los derechos de los extranjeros internados "el tener en su compañía a sus hijos menores, *siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar"*[907].

[905]. Directiva 2003/86/CE del Consejo de Europa de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 3 de octubre, pp. 251/12- 251/18.

[906]. Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 12 de diciembre, número 299, pp. 104986-105031.

[907]. Martínez Galindo, G., Martínez Sánchez, I., "Algunos aspectos "administrativos" de la responsabilidad penal de los menores", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nnúmero 3, 2005, pp.1814-1824.

En cuanto a la a competencia para acordar dicho internamiento el Reglamento en el artículo 153.8 habla de juez de primera instancia, pese a que el internamiento de sus padres, representantes legales o guardadores de hecho tenga que ventilarse ante el Juzgado de Instrucción. Debemos precisar que cuando originariamente la derogada Ley 4/2000 aludía al juez de menores, incurría en un error el legislador al olvidar el hecho de que en España los jueces de menores solo tienen competencia para conocer de los hechos constitutivos de infracción penal (reforma) y no para protección de éstos, como se desprende claramente del artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor[908]que les atribuye facultades para conocer de los hechos cometidos por menores mayores de 14 años y menores de 18 cuando los mismos fueran constitutivos de delito o falta conforme al Código Penal y las leyes penales especiales, correspondiendo la protección de dichos menores a los juzgados de familia. Posteriormente, este error fue corregido y el Reglamento precisa que el competente es el juez de primera instancia, en el artículo 153.8[909].

En segundo lugar, se requiere el informe favorable del Ministerio Fiscal, cuya audiencia resulta preceptiva y cuyo informe resulta vinculante para el Juez.

En tercer lugar, resulta preciso que los padres o tutores soliciten dicho internamiento y que existan módulos que garanticen la independencia familiar recordando, como indica la Circular 3/2002 Fiscalía General del Estado, es conveniente que los Fiscales realicen visitas periódicas a los centros de internamientos para comprobar su idoneidad para los menores, tanto las condiciones de separación e

[908]. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores, publicada en el Boletín Oficial del estado el 13 de enero, número 11, pp. 1422-1441. Dicha Ley es el fruto tardío, demasiado tardío, de la gran reforma penal de la Democracia que ha constituido el Código Penal de 1995.

[909]. Cuello Contreras, J., *El nuevo derecho penal de menores*, Civitas, 2000, pp. 168.

higiene, dotación de servicios básicos para la convivencia, etc., y que en caso de observar deficiencias insten a las autoridades competentes para posibilitar el internamiento de los menores conjuntamente con sus padres o tutores[910].

Cuestión distinta es la de las extranjeras embarazadas sometidas a expediente de expulsión, repatriación o devolución. La cuestión central se suscita en orden a la circunstancia de que el hecho de la expulsión, repatriación o devolución suponga un grave peligro para la gestación. En este caso, claramente los artículos 57.6 y 58.4 de la Ley Orgánica 2/2009, impiden que puedan ser expulsadas o devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. También el artículo 12 de la Ley Orgánica 2/2009 recoge el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto. Por tanto, dicha mujer en la mayor parte de los casos y especialmente, cuando la gestación se encuentre en período avanzado, dará luz en nuestro territorio y el hijo menor nacido en España correrá la misma suerte que la madre, ya sea o no expulsada. No debemos olvidar que el mero hecho del nacimiento en España no otorga la nacionalidad, sino que es preciso que uno de los padres extranjeros, hubiere nacido también en España (articulo 17.1.b) CC).

No obstante lo anterior, y dado que la mayor parte de los nacidos en España de madre extranjera que se encuentra irregularmente en nuestro país acabará siendo objeto de un expediente de expulsión[911], es cada vez más frecuente que su propia progenitora lo abandone, activándose el mecanismo de la situación de desamparo, de

[910]. Rodríguez González del Real, C. “Menores extranjeros”, en J.M. Ballesteros Martin, *Extranjería y cooperación judicial internacional*, Wolfers Klumer, Madrid, 2010, pp. 245-294.

[911]. López Ulla, J.M., “En torno a la detención e internamiento de los extranjeros sometidos a un expediente de expulsión”, en M. Revenga Sánchez, *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch, Puerto Santa María, 2004, pp. 523-562.

la que luego trataremos, o que incluso, lo den en adopción, como salidas para evitar su expulsión del territorio nacional.

8.2. Procedencia de internamiento en los centros de reforma de menores.

En la actualidad nos encontramos que no existen centros de internamiento de menores extranjeros, sin embargo, se podrían utilizar los centros de reforma dependientes de las Comunidades Autónomas (artículo 46.3 de la Ley Orgánica 5/2000); los cuales cumplen con todos los requisitos exigidos para esta clase de establecimientos en la Legislación de Extranjería[912].

Para terminar, la práctica de internar a los menores en centros de internamientos de extranjeros, donde ni por sus condiciones, ni por su organización están correctamente atendidos, el Defensor del Pueblo ha recomendado que estos menores se ingresen en centros de acogida del menor, e incluso los Fiscales de Menores han ordenado la inmediata presencia del menor extranjero ante él acordando su ingreso en un centro de protección de menores.

Los centros de reforma de menores carecen de carácter penitenciario, y "estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y se regirán por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de los diferentes

[912]. Recordemos que "los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán la carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios…." Conforme el artículo 60.2 de la Ley Orgánica 4/2000; y en el mismo sentido se exige para los centros de reforma de menores gestionados por la comunidad Autónomas (articulo 54 y SS de la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal del menor).

programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados". (Artículo 54.3 de la Ley orgánica 5/2000). Los menores internados tienen derecho a recibir una educación y formación integral en todos los ámbitos, así como al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, religiosos y culturales quien les correspondan (articulo 56, b), y c), de la Ley Orgánica 5/2000).

Es cierto que en este punto nos podemos encontrar un conflicto competencial[913], puesto que la inspección, dirección, coordinación, gestión y control de los centros de internamiento de extranjeros no corresponde a las Comunidades Autónomas, sino al Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de Policía (artículo 128 de la Ley Orgánica 4/2000). Pero hay que tener en cuenta que en los problemas de la inmigración se hallan implicados todas las Administraciones públicas, y que las Comunidades Autónomas están representadas en el Consejo Superior de Política de Inmigración que es el órgano encargado de diseñar la política estatal sobre la integración social y laboral de los inmigrantes (artículo 68 de la Ley Orgánica 4/2000)[914].

Finalmente, si un menor extranjero es ingresado en un centro de los previstos en la Ley Orgánica 5/2000, ya sea para el cumplimiento de una medida impuesta en sentencia, ya sea con carácter cautelar, habrá que facilitarse a su ingreso en el centro información escrito, en un idioma que entienda, sobre sus derechos y obligaciones, el régimen de internamiento en que se encuentran, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas

[913]. Garrido Mayol, V., Corresponsabilidad y responsabilidad autonómicas en la Administración de Justica, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol*, número 60-61, 2007.

[914]. Sentencia del Tribunal Constitucional número 124/2008, de 22 de diciembre. Reconoce la legitimación activa de la asociación recurrente (ONG) para actuar en defensa de un menor marroquí repatriado por el Gobierno. Entiendo que la negativa a tal reconocimiento vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción.

disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos; si tuviere dificultades para comprender esta información escrita, habrá que transmitirla por cualquier otro medio.

8.3. Menores incursos en un proceso Judicial

De conformidad con el artículo 92.4 del Reglamento 2393/2004: *"En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal"*.

El artículo alude a aquellos menores extranjeros que siendo mayores de 14 años y menores de 18 años han cometido una infracción penal, delito o falta, y que ha dado lugar a la incoación de un expediente de reforma de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores[915], siendo competente el Juez de Menores para autorizar a la Administración General del Estado a los efectos de la repatriación del menor sin cumplir la medida solicitada o que hubiera sido impuesta al menor. Se trata de un supuesto semejante al previsto en el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 2/2009 para los extranjeros mayores de edad, donde la expulsión administrativa queda condicionada a la autorización judicial, con renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en España[916].

[915]. Montero Herranz, T., "Las modificaciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *Diario La Ley*, número 6829, 2007.

[916]. Auto del Tribunal Constitucional número 169/2008, de 15 de diciembre.. Promovido por Don Said Atane frente a los Autos de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de Instrucción de Madrid que acordaron su internamiento para asegurar su devolución a Marruecos. Entiende el Alto Tribunal que ha existido una vulneración del derecho a la libertad personal al haberse acordado por resolución carente de suficiente motivación. Sentencia del Tribunal Constitucional número 172/2008, de 18 de diciembre. Promovido por un abogado en interés de Don Said Matrsik y otros frente al Auto del

Cuestión polémica es la relativa a la interpretación que debe darse a la expresión "Comunicación al Ministerio Fiscal" que prevé el artículo 92 del Reglamento, máxime cuando el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 2/2009 para los extranjeros mayores de edad habla de audiencia previa del Ministerio Fiscal. Dicha duda ha sido resuelta por la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001, de 21 de diciembre, dejando claro que *«una interpretación sistemática de los dos preceptos abona la opinión de que, también en el supuesto de menor expedientado en el procedimiento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de Responsabilidad Penal del Menor, sea preciso el dictamen previo del Fiscal para que el Juez de Menores pueda autorizar su repatriación»*.

La Ley Orgánica 5/2000, viene inspirada por una serie de principios que parten de lo establecido en los artículos 38 y 40 de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, fundamento básico del derecho penal juvenil. En el apartado 2.b vi) del artículo 40 de la Convención, se establece el derecho que tiene todo menor incurso en un proceso penal a ser asistido por un intérprete cuando no conozca la lengua del país en el que se encuentra. Nuestra Ley no establece nada concreto al respecto, pero es evidente la aplicación de este derecho, al amparo de la Convención de Derechos del Niño y también por aplicación supletoria de la Ley de enjuiciamiento Criminal, artículos 520.2 e) y 762. 8º, para todo aquello que no esté expresamente previsto en el procedimiento de menores, como establece la disposición final primera de aquella norma, no hay que olvidar que la disposición final primera de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 declara como derecho supletorio la Ley de

---

Juzgado de Instrucción número 2 de Puerto del Rosario que inadmitió a trámite su solicitud de *habeas corpus* tras haber sido interceptados en una patera. Se invocaba la vulneración de los derechos a la libertad personal y al *habeas corpus*. El Tribunal resuelve la no admisión por razones de fondo de la petición presentada por un extranjero menor de edad respecto a una privación de libertad gubernativa (Sentencias del Tribunal Constitucional número 169/2006), si bien da valor al apoderamiento tácito del abogado de oficio en *habeas corpus* para formular recurso de amparo.

Enjuiciamiento Criminal estableciendo la remisión en lo no previsto en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor a la citada ley procesal. También del principio de que ningún menor puede ser de peor trato que un adulto[917].

La ley no distingue, a los efectos de su aplicación, entre menores nacionales y extranjeros, ello es debido a que todos se encuentran sometidos a igualdad de trato. Además, se establece la declaración expresa de que todo menor sometido a procedimiento penal gozará sin distinción de todos los derechos establecidos en las normas relativas a protección de menores, normas que establecen expresamente su aplicación a todo menor que se encuentre en territorio español con independencia de su origen o nacionalidad.

En todo el contenido de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000, de 12 de enero, encontramos referencia alguna a los supuestos en los cuales el infractor es extranjero salvo en la regulación de la detención. La única ocasión es la prevista en el artículo 17, referente a la detención de los menores[918].

Está claro, pues, que si un menor extranjero comete una infracción penal, estará sujeto a la misma responsabilidad que un

[917]. El artículo 1º de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000, establece su ámbito de aplicación señalando: "Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de los hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales". Se ha derogado definitivamente con la reforma 8/2006, de 4 de diciembre, la previsión de poder aplicar la ley a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno. También establece el artículo 1.2 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 que las personas a las que se aplique la misma gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el Ordenamiento Jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.

[918]. Artículo 17 en el último inciso de su apartado 1.º establece: "Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales".

nacional y si se encuentra en situación de desamparo o de riesgo se le habrá de otorgar la asistencia y la protección inmediata que precise. La falta de competencia del Ministerio Fiscal, en estos casos, para autorizar la práctica de la prueba de determinación de la edad no deriva de forma evidente del artículo 35 de la Ley Orgánica 2/2009, sino del artículo 16.5 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000. Ello provocó que la Fiscalía General del Estado promulgase la Instrucción 2/2001, acerca de la interpretación del actual artículo 35, señalando que este precepto no se está refiriendo al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito sino de menores extranjeros no acompañados. Solo cuando nos encontramos ante un extranjero, cuya minoría de edad se dude, incurso en una posible infracción penal, lo procedente será ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, que es el único competente para ordenar la práctica de diligencias encaminadas a la determinación de la edad en dicho caso. Corresponde pues, al Juez de Instrucción y no al Ministerio Fiscal, en consecuencia, acreditar la edad de aquéllos a quienes se impute un delito cuando existan dudas sobre la edad.

Por otra parte el artículo 92.4 del Reglamento, en referencia a la repatriación de los menores extranjeros, establece que en el caso de que el sujeto se encuentre incurso en proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial, debiendo ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal.

En consecuencia nos encontramos ante un supuesto análogo al previsto en el artículo 57.7.a) de la Ley Orgánica 2/2009 para el caso de expulsión de extranjeros mayores de edad inculpados en un procedimiento penal. En la Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor 5/2000, de 12 de enero, no existe ninguna previsión acerca de la sustitución de las medidas privativas de libertad, internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto previstas en el artículo 7 de la

Ley Orgánica 5/2000, impuestas a los menores extranjeros en situación irregular, por su expulsión, como sí se hace en el artículo 89 del Código Penal, en el ámbito de la jurisdicción de mayores, para penas inferiores a 6 años de prisión.

Algún autor, así López López[919]entiende que esta posibilidad de expulsión debería entenderse aplicable también a la jurisdicción de menores por aplicación de la regla de supletoriedad de la disposición final de la Ley Orgánica 5/2000, discrepo totalmente de tal posibilidad, no solo en virtud del interés superior del menor, sino porque tal posibilidad sería contraria a la finalidad educativa que toda medida persigue conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000. Garantizar la continuidad y coherencia de la intervención educativa es una prioridad de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor que no podría cumplirse de llevarse a cabo tal sustitución.

El Tribunal Constitucional, Sección Segunda, en Auto número 372/2007[920]se ha pronunciado sobre esta cuestión el recurso de amparo interpuesto contra el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que desestimaba el recurso de apelación contra un Auto dictado por el Juzgado de Menores Número 4 de Madrid que autoriza una repatriación de un menor que se encontraba cumpliendo una medida cautelar de internamiento en régimen cerrado. Entiende que el motivo de la expulsión no se encontraba en la presunta comisión del delito imputado en el expediente de reforma, sino por retorno para la reagrupación familiar previsto en el artículo 35.5 de la Ley Orgánica 2/2009, existiendo una resolución adoptada por órgano competente en la que se indica que el Instituto Madrileño del Menor y la Familia citó al menor para el trámite de audiencia, ha identificado a sus padres en el país de

[919]. López López, A. M., "Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad". *Diario la Ley*, número 5, 2004, pp. 1334-1342.

[920]. Auto del Tribunal Constitucional, Sección Segunda, número 372/2007, de 17 de septiembre.

origen y propone su repatriación al mismo. La necesidad de autorización judicial proviene de estar incurso el menor en expediente de reforma, precepto que únicamente contempla como requisito procedimental la audiencia al Ministerio Fiscal, que fue cumplida. Seguidamente, la resolución sigue indicando que las condiciones básicas para autorizar la repatriación acordada se cumplen en este caso, sin que existan razones de interés general que aconsejaran que el procedimiento penal se concluyera antes de acordar la expulsión, ni desde el prisma de la prevención especial ni la general que justifiquen la paralización de la expulsión administrativa, máxime cuando la misma va dirigida a la reagrupación familiar de un menor.

PROPUESTAS

“La vida es el arte de sacar conclusiones suficientes a partir de datos insuficientes”.

Samuel Butler. (1835-1902)

Novelista inglés.

CAPITULO QUINTO: PROPUESTAS

En el presente trabajo realizo un detallado análisis sobre la expulsión de los extranjeros como medida alternativa a la prisión en nuestro Código Penal, para ello y para su mejor comprensión he hecho una breve referencia a las medidas alternativas a las penas privativas de libertad.

Pues bien, actualmente se viene observando una creciente y positiva ampliación de las respuestas alternativas a la prisión, por ello mi investigación comprende esfuerzos para proponer un conocimiento profundo de la ejecución de las penas. Las posibilidades distintas a la prisión que el legislador español ha alumbrado estos últimos años desconocidas por nuestra sociedad como medidas alternativas al ingreso en prisión, lleva a una inadecuada aplicación de la ejecución de la pena, cuando su correcta aplicación tiene la misma finalidad e incluso mejor que el ingreso en prisión propiamente dicho con la finalidad de garantizar la reinserción social y la reintegración de los delincuentes.

Quiero destallar la existencia de una falta de regulación de esta materia en nuestro Derecho que permita una aplicación mucho más eficaz y respetando al máximo en su aplicación todas las garantías posibles, así como aquellas rectificaciones y modificaciones que deberían incluirse en su regulación. Para ello, en el presente trabajo hago una referencia a las novedades introducidas por la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 respecto la sustitución de las penas privativas de libertad y en especial de la expulsión del territorio nacional y las posibles modificaciones previstas en el proyecto de reforma de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Las novedades introducidas por la Ley Orgánica 5/2010 son muy relevantes, ya que se trata de una reforma que venía siendo exigida imperiosamente ante las continuas críticas, en la misma se ha optado por dar un giro a favor de la potenciación de la pena de la localización permanente, una pena impuesta a los delitos, que en la actualidad no está teniendo uso alguno, que más que aportar efectos positivos en el régimen de cumplimiento de penas y sus efectos, han aportado serios problemas en cuanto a su ejecutoria. Sustituye la pena de prisión de corta duración por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y la ahora creada pena de localización permanente.

Ahora bien, mi principal objetivo ha sido efectuar un análisis detallado de la expulsión del extranjero del territorio nacional en relación con el delito y desde el punto de vista político-criminal. Las diferentes clases de expulsión, así como los distintos momentos en que se puede adoptar tal medida en relación a la comisión del delito y su estado procesal, hace necesario que se analicen por separado.

En concreto, me he centrado en la expulsión de un extranjero como sustitución de la pena impuesta (artículo 89 del Código Penal), dejando para otra ocasión el análisis de la expulsión gubernativa basada en una condena penal por determinados delitos (articulo 57.2 Ley de extranjería), así como la expulsión por vía administrativa cuando se encuentra incurso en una causa penal (artículo 57.7 de la Ley de extranjería).

Es decir, no abordo de forma genérica la problemática de la inmigración, sino su tratamiento en la medida en que un ciudadano extranjero tenga una cierta relación con el delito como sujeto activo por encontrarse inmerso en una causa penal, con o sin sentencia firme condenatoria.

Siendo un tema de actualidad ya que en los últimos diez años el número de extranjeros se ha triplicado; sin embargo, en el año 2010 comenzó a estabilizarse e incluso a disminuir.

Teniendo en cuenta que en el año 2011, los extranjeros representaban alrededor del treinta y cinco por ciento de la población reclusa y la estimación es que entre un cuarenta y un cincuenta por ciento no tiene autorización de residencia ni familia directa en España, por lo que, sobre todo para estos últimos, su inserción social resulta extremadamente difícil ante las escasas perspectivas laborales y la carencia de medios lícitos de subsistencia, lo que les aboca, en algunos casos, al delito o a depender económicamente de instituciones asistenciales.

Por último, para conocer los índices reales de criminalidad en la población extranjera es necesario considerar, los supuestos de expulsión, medie o no sentencia. En el año 2009 fueron expulsados siete mil quinientos noventa y uno extranjeros incursos en actuaciones penales, con o sin mediar condena firme, implicados en veinte tres mil novecientos dieciocho delitos, de los cuales el cuarenta y seis por ciento lo eran contra el patrimonio, el diecinueve por ciento contra las personas, el ocho por ciento contra la salud pública, el cinco por ciento por violencia doméstica y un veintidós por ciento que correspondería a otros comportamientos ilícitos.

La proliferación de normas, en ocasiones vertiginosas habidas en los últimos años en materia de extranjería es otro fiel reflejo de la importancia político-social de este tema.

El problema que plantea la imposición de las penas privativas impuestas a los extranjeros es la inutilidad que conlleva para España, la

dificultad del peso de la prevención reeducadora y la ineficacia de la reinserción social en la que versa nuestro Derecho Penal. De tal manera que la comisión del delito por parte de los extranjeros en España se convierte en un medio de permanencia en el país, apareciendo así lo que se ha llamado la cuarta criminalización, es decir, un grupo de personas extranjeras en situación irregular y pocas posibilidades de regularización.

Para evitarlo nuestro derecho prevé la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional ya que hay que tener en cuenta la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión.

Expuesta de manera general la materia, paso a detallar mis propuestas a lo largo del trabajo de investigación, comenzando con la sustitución en general para después centrarme en mi tema principal, la expulsión del territorio nacional como medida sustitutiva de la pena de prisión impuesta a los extranjeros y terminar el presente capitulo con las propuestas del internamiento.

Mis propuestas en relación a la sustitución genérica son las siguientes:

Primera. Al igual que en la expulsión del territorio nacional como pena sustitutiva, como digo más adelante, es necesario y debe ser así, que la decisión de sustituir la pena privativa de libertad sea tomada por el Juez de manera facultativa y valorando cada caso en particular, teniendo presente las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado

La sustitución de penas es un beneficio penal, una forma sustitutiva de ejecución de penas privativas de libertad más favorable para el condenado, en virtud del cual el Juez queda obligado o facultado para permutar las penas de prisión por las pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, o por la expulsión del territorio nacional, para extranjeros no residentes legalmente en España.

Es evidente dicho beneficio penal porque al condenado se le evita el ingreso en prisión con todas las consecuencias que ello conlleva, teniendo la posibilidad de cumplir dicha pena mediante trabajos en beneficio de la comunidad o mediante el pago de la multa.

Por todo ello, lo que hay que buscar y lograr es un sistema de aplicación de las medidas alternativas a la pena de prisión con todas las garantías procesales que vengan a asegurar la finalidad de nuestro Derecho Penal.

Segunda. El órgano jurisdiccional deberá analizar en los supuestos en los que la pena impuesta resulta ser inferior a los tres meses de prision, en primer lugar, siempre con la previa audiencia de las partes, y no de manera automática, si procede acordar la suspensión de la ejecución de la pena, y solo en el caso de que así lo estime, proceder a la sustitución de la misma conforme a los módulos de conversión previstos en el artículo 88 del Código Penal, en los supuestos en los que la pena impuesta resulta ser inferior a los tres meses de prisión

Nuestro Código Penal regula la sustitución legal para los casos en los que, por aplicación de las reglas de determinación de la pena, la sanción a imponer resultante sea inferior a los tres meses. En estos supuestos, y dado que en nuestro ordenamiento penal no existe la pena

de prisión inferior a los tres meses, el Juez o Tribunal se ve obligado por Ley a proceder a sustituirla, aplicando para ello las reglas previstas en el artículo 88 Código Penal.

A pesar de la sencillez del precepto, se plantea el problema de si la sentencia no dice nada al respecto, es decir, cuando la sentencia impone una pena inferior a los tres meses de prisión pero nada dice sobre la sustitución y nada plantean las partes en ejecución, si son distintos los juzgados (el sentenciador y el que conoce la ejecución), cabria la devolución del procedimiento para que el juzgado sentenciador se pronuncie al respecto, dado que la pena varia (de prisión a multa o trabajos en beneficio de la comunidad).

El problema se acentúa cuando se trata de procedimientos con preso cuya sustitución legal puede motivar la libertad del penado en atención a la diferente pena a imponer. En estos casos, al tratarse de una sustitución *ope legis* el juez de ejecutorias podría acordar tal sustitución.

El artículo 36.1 del Código Penal señala la duración mínima de tres meses de prisión y la máxima de veinte años, por lo que, en consecuencia, ningún precepto de la parte especial asocia a la comisión de delito alguno una pena inferior de tres meses de prisión.

Sin embargo, es claro que a los autores de tentativa del delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, y para el delito consumado (artículo 62 del Código Penal). Igualmente a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la señalada por la ley para los autores del mismo delito (artículo 63 del Código Penal). Al igual que la posibilidad de concurso de varias circunstancias atenuantes en la conducta del sujeto activo o una muy cualificada, sin concurrir

agravantes, determina que la pena asociada al delito sea reducida en uno o dos grados (artículo 66.1.2ª). Incluso cuando concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, tras ser ponderadas por el órgano jurisdiccional, este entienda que persiste un fundamento cualificado de atenuación, se aplicara la pena inferior en grado (articulo 66.1.7ª). En el supuesto de que el acusado, en el marco de los denominados juicios rápidos, presta su conformidad ante el Juzgado de Guardia, resultando impuesta la pena solicitada reducida en un tercio. Sobre la base de esta "*reducción de un tercio*" puede igualmente resultar impuesta una pena de prisión inferior a los tres meses de duración, sin que la misma sea, ciertamente, consecuencia de la aplicación de las reglas anteriores al artículo 71.2 del Código Penal.

En todos estos casos, por tanto, seria posible llegar a imponer al condenado una pena inferior a tres meses de prisión, cuestión que tampoco tendría ningún sentido, ya que ese corto periodo de tiempo de prisión, inferior a tres meses, no se vería el fin del Derecho Penal conseguido, y más teniendo en consideración el artículo 71.1 del Código Penal.

Por ejemplo, al cómplice en un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa habría que reducirle la pena prevista para dicho delito en un grado, por su condición de cómplice, y en uno o dos grados más por tratarse de un delito intentado. Comoquiera que la pena prevista para el delito de robo con fuerza en las cosas es de uno a tres años de prisión, la reducción en un grado, por cómplice, determinaría una nueva pena de entres seis meses y un año menos un día; y al reducirse, si fuera el caso, en dos o más grados más, si el Tribunal estimara que se trataba de una tentativa, nos encontraríamos ante una nueva pena de entre un mes y quince días a tres meses de prisión menos un día. Cuando la pena finalmente impuesta fuera inferior a los tres meses, el

artículo 71.2 determina que deberá ser sustituida “sin perjuicio de la suspensión de la pena en los casos que proceda”.

Tercera. Otra de las propuestas que me planteo es respecto a la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de una pena de multa, resulta claro que en tales casos no se podrá ser de aplicación el precepto comentado, ya que se deduce de la expresión utilizada por el propio artículo 71.2 del Código Penal, cuando se refiere exclusivamente a las penas de prisión.

Sin embargo hay que tener en cuenta, a los efectos que aquí interesa, el contenido del artículo 35 del Código Penal, que evidentemente distingue entre una clase y otra de sanciones (la prisión y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa), calificando ambas como penas privativas de libertad pero regulándolas de manera claramente autónoma y distinta ya que la responsabilidad personal subsidiaria la regula en el artículo 53 del Código Penal, y la pena de prisión en el artículo 36 del mismo texto legal.

Por otro lado, tampoco puede ignorar que el artículo 71.2 del Código Penal establece que la sustitución deberá efectuarse conforme a lo dispuesto en la Sección segunda del Capítulo tercero del propio Código, produciéndose así, con toda claridad, una remisión a las previsiones contenidas en el artículo 88 del texto punitivo. En este de nuevo se alude de forma exclusiva, a las penas de prisión, y además, en ese caso, la limitación tiene cierto sentido por cuanto la sustitución de la penas de prisión habrá de realizarse bien por la multa bien por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Descartada la posibilidad, en el marco de la responsabilidad personal subsidiaria, de sustituir la pena privativa de libertad por multa

(tras haberse verificado la imposibilidad de su ejecución), tampoco sería necesario acudir a este precepto, el artículo 88 del Código Penal para proceder a la sustitución de la pena privativa de libertad por la de trabajos en beneficio de la comunidad, toda vez que esa posibilidad se contempla ya en el propio artículo 53 del Código Penal.

Esta claro que la sustitución de la pena, debe ser necesariamente de naturaleza de prisión, y su duración no debe de exceder de los dos años, sin extenderse a la suma de las distintas penas ya que la gravedad de la repetición de ilícitos, aun cuando estos sean de menor entidad, queda precisamente reflejada en la extensión total de las penas impuestas y este mayor castigo, que no es más que la consecuencia de la mayor peligrosidad del condenado por la reiterada en la conducta delictiva, quedaría burlado por la vía de la sustitución cuando, precisamente, por la mayor extensión total de las penas impuestas, el reo se hace acreedor del efecto rehabilitador de la pena privativa de libertad ejecutada en sus propios términos y consecuentemente, no merecedor del supuesto excepcional de la sustitución.

Cuarta. La sustitución debe efectuarse según la pena impuesta por cada delito en la Sentencia y no a la suma de las penas, ya que a diferencia de la previsión del articulo 81.2ª Código Penal, en el artículo 88 no se alude a la suma de las penas impuestas, por lo que hay que considerarse individualmente*,* no pudiéndose hacer una aplicación *analógica in malam partem* de la norma penal (articulo 81.2 Código Penal), que perjudica al condenado, no pudiendo emplearse en la figura de la sustitución de penas, al no estar expresamente previsto por el legislador, razón por la cual deben ser sustituidas separadamente cada una de las penas contenidas en la misma sentencia.

Al igual que en la expulsión del extranjero, ya que el texto del artículo 89 del Código Penal no deja lugar a dudas sobre su ámbito de

aplicación. Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia.

Por ello, en principio cabrá aplicar la expulsión sustitutiva cuando el extranjero sea condenado a una pena inferior a los seis años, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia de la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, independientemente de que la condena lo sea por un delito que en abstracto lleve aparejada pena superior a los seis años.

En consecuencia, no se puede sumar las distintas condenas impuestas en una sentencia para alcanzar el límite de los seis años previsto en el artículo 89.1 Código Penal, de suerte que cabria la sustitución cuando al condenado se le impusieran penas por varios delitos inferiores a seis años de privación de libertad pero que sumadas supusieran seis o más años.

Quinta. En la calificación de la habitualidad del reo, mi propuesta es que en los tres delitos para computar la habitualidad no ha de incluirse aquel cuya pena se trata de sustituir, con independencia de que dichos delitos sean o no del mismo capítulo o de la misma naturaleza. Si se entendiese que en el conjunto de los tres delitos se incluye aquel cuya pena se trata de sustituir, la concurrencia o no del requisito dependería de algo tan aleatorio como el momento de tomar la decisión al respecto, ya que si se acordase en sentencia, podría acordarse la sustitución, en tanto que no existiría esa tercera condena firme; si se pretendiese la sustitución después de la firmeza, ya no concurría el requisito y habrá de denegarse la sustitución. Para evitar esa aleatoriedad, debe entenderse

que los tres delitos a los que se refiere el artículo 94 del Código Penal deben ser distintos cuya pena se pretende sustituirse, y una interpretación sistemática de dicho precepto exige una conclusión idéntica.

Una vez reunidos los requisitos necesarios para llevar a cabo la sustitución, hay que ver cuál es el momento adecuado para decidir dicha sustitución, ya que resulta difícil su concesión cuando el penado solicitante de la misma se encuentra cumpliendo otras condenas en centro penitenciario impuestas en otras sentencias en especial cuando el imputado está cumpliendo otras condenas porque la fundamento de la sustitución que es impedir que los delincuentes con penas cortas duración sufran los perjuicios de una criminalización entrando en contacto con los culpables de otros delitos más graves, por lo que si ese encuentro y acercamiento a la vida carcelaria, ya se ha producido, la finalidad de la sustitución no tiene sentido.

Sexta. En definitiva, cuando la pena sustitutiva, ya de multa, ya de trabajos en beneficio de la comunidad, ya ambas, resultara incumplida, en todo o en parte, la sustitución acordada quedará sin efecto, debiendo así resolverlo el órgano jurisdiccional a través del correspondiente auto, procediéndose al cumplimiento, sin solución de continuidad, de la pena de prisión inicialmente sustituida. Se trata de lo que denomina “cláusula de retorno”.

En cuanto al incumplimiento de la pena sustituida (multa o trabajos en beneficio de la comunidad y ahora la de localización permanente), ya sea total o parcial, el articulo 88.2 Código Penal prevé que se proceda a ejecutar la pena sustituida (la de prisión), descontando, en su caso, la parte del tiempo a que equivalga lo cumplido de la pena sustitutiva, esto es las jornadas de trabajos comunitarios o las de cuotas

de multa ya pagadas, de acuerdo con los módulos de conversión conocidos.

No estoy conforme con el planteamiento de autores, como Puente Segura, que establece que el efectivo incumplimiento, total o parcial, de la pena sustitutiva, presenta exigencias singularmente diferentes, según se trate de la pena de multa o de la de trabajos en beneficio de la comunidad, ni con Poza Cisneros que considera innecesario que para su ejecución se proceda, si fuera preciso, al inicio de la vía de apremio, entendiendo que basta con que el penado no satisfaga la multa establecida como pena sustitutiva, obedezca el impago a cualquier causa, para que de modo automático se proceda a aplicar la referida “cláusula de retorno”.

Debido a que el incumplimiento voluntario de la pena de multa constituiría una demostración, que no admite prueba alguna en contrario, respecto de la falta de voluntad real en el penado de acomodar su comportamiento futuro al cumplimiento de las normas esenciales mínimas de convivencia, un fracaso de la alternativa a la pena de prisión intentada, frente al que el ordenamiento jurídico sólo puede responder con el efectivo cumplimiento de la pena de prisión establecida en la sentencia, ya que la pena sustituida es, naturalmente, una pena ordinaria, simple, como cualquier otra pena, que se ha considerado preferible, por las razones ya analizadas, al efectivo cumplimiento en centro penitenciario de la pena de prisión inicialmente impuesta.

Por lo tanto, su régimen de ejecución, salvo en aquellos aspectos expresamente exceptuados por el artículo 88 del Código Penal, no debe ser en nada distinto al que le correspondería si hubiera sido impuesta directamente en la propia sentencia, en lugar de actuar como pena sustitutiva.

Así pues, a mi juicio, sólo cuando la multa establecida como pena sustitutiva no pueda ser satisfecha por el condenado, voluntariamente o tras la correspondiente vía de apremio, procederá al cumplimiento de la pena de prisión, bien sea en su totalidad o bien en la parte restante, si la multa establecida hubiera sido satisfecha, una vez más voluntariamente o tras la correspondiente vía de apremio, de forma parcial.

Distinta cuestión son los trabajos en beneficio de la comunidad, ya que es necesario el consentimiento del penado, por lo que ante la explícita decisión del extranjero penado de no iniciar o no seguir adelante con la realización de los trabajos en beneficio de la comunidad que le hubieran sido impuestos como pena sustitutiva, no podrá ser otra que la aplicación de la "cláusula de retorno", con el propósito de proceder a la ejecución de la pena sustituida, la de prisión, sea en su total extensión o sea tras realizar el correspondiente "descuento" en atención a las jornadas de trabajo desarrolladas hasta entonces.

Séptima. Considero necesario proponer, que en cualquier caso, resultaría extremadamente conveniente que el legislador procediera a modificar el texto del artículo 88 del Código Penal, al menos en el punto de los deberes y obligaciones, bien para suprimir en el ámbito de la sustitución de la pena la posibilidad de establecer los deberes u obligaciones contempladas en el artículo 83, bien para anudar a su eventual incumplimiento algún efecto jurídico inmediato.

Debido a que la actual redacción del artículo 88 del Código Penal, parece dar sentido a que ejecutarse la pena sustituida es el incumplimiento estrictamente de la pena sustitutiva y, por tanto, también el incumplimiento de las condiciones adicionales que pueden acompañar a esta, ya que de seguirse una interpretación gramatical, no produciría consecuencia alguna el incumplimiento de las mismas.

En este caso no se podría aplicar los demás efectos comprendidos en el artículo 84.2 del Código Penal, ya que si la revocación de la sustitución no es posible, porque no aparece expresamente contemplada en el artículo 88 del Código Penal, no lo es tampoco la posibilidad de prorrogar el plazo de suspensión (toda vez que la sustitución no se sujeta al cumplimiento de plazo alguno), restando como única posibilidad operativa la contemplada en el artículo 84.2.a), cuando señala que el incumplimiento de los deberes o reglas de conducta podrá determinar la sustitución del impuesto por otro distinto, por cuanto sólo la opción de sustitución de la regla de conducta impuesta por otra distinta conserva vigencia en relación con la sustitución.

Para evitar que el extranjero que incumpla las reglas de conductas no tuviera ninguna consecuencia jurídica, y compartiendo la opinión de *López Lorenzo,* considero que el incumplimiento reiterado de las reglas de conducta impuestas equivale al incumplimiento de la pena sustitutiva, personalmente, propongo y entiendo que, aunque nada indica el artículo 88 del Código Penal acerca de las consecuencias de la inobservancia de los deberes o reglas de conducta que se hubieran impuesto, y tras reconocer que la laguna es grave, aplicaremos por analogía el artículo 84.2, bien para sustituir la regla de conducta por otra distinta, bien revocando la sustitución si el incumplimiento fuera reiterado. Son las previsiones de las letras a) y c), decayendo la letra b) (prorrogar el plazo de suspensión) por falta de objeto".

Siguiendo con mis propuestas respecto a la expulsión del territorio nacional como sustitutiva son las siguientes:

Octava. A mi parecer propongo que la aplicación de la expulsión como sustitutiva de la pena privativa de libertad debería ser facultativa, es decir en cada caso concreto debería decidir el Juez valorando las circunstancias de cada caso concreto, ya que debido al carácter

automático la expulsión es un beneficio para el extranjero o en su caso un excesivo perjuicio si el delito cometido es de menor entidad, por lo que la expulsión considerada como regla general no puede ser aplicada de forma proporcional.

En virtud de la regulación que la Ley Orgánica 5/2010, como he expuesto, en mi primera propuesta, regula la sustitución por la expulsión de los extranjeros como regla general y el cumplimiento de la condena como una excepción que se aplica por el Juez de manera automática, es decir, que el extranjero sin residencia legal sabe que aunque cometa un delito en España, no cumplirá la pena porque de manera automática se le va aplicar la expulsión del territorio nacional.

La eliminación de dicho automatismo en la expulsión está íntimamente relacionada con la modificación de la necesidad de la audiencia de las partes para acordar la expulsión, ya que dicho automatismo suponía una afectación a los derechos fundamentales de la persona inmigrante, ilegal.

Los fines de la expulsión se explican por el legislador en la Exposición de Motivos de la reforma operada por la Ley Orgánica 11/03, refiriéndose a una mayor eficacia en la medida de expulsión que se alcanzaría de todas formas en vía administrativa, y en evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto. No puede entenderse, sin embargo, que la sustitución de la pena por la expulsión en estos casos tenga un carácter automático, solo alterado por la posibilidad de una excepción para determinados casos.

Los Tribunales deben poder valorar cada caso concreto para acordar o no la expulsión como sustitución de la pena al considerar la expulsión como un efecto criminógeno al resultar de nulo poder

preventivo y llega a ser incluso beneficioso modo de escapar del castigo porque con la medida sustitutiva de expulsión 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.

Novena. Íntimamente relacionado con la anterior propuesta está el hecho de que la expulsión debe solicitarse por las partes en el escrito de conclusiones provisionales sin perjuicio de que su petición no pudiera ser posible en dichas conclusiones acordándose en conclusiones definitivas, pero siendo necesario la suspensión del juicio oral para poder dar traslado a las partes, no generar indefensión y ser contrario al principio acusatorio.

En otras palabras, se puede afirmar que dejar en manos de los jueces la decisión sobre si procede o no la sustitución de la pena por la expulsión es la mejor manera de evitar que la expulsión, como medida sustitutiva de la pena, constituya un desproporcionado beneficio o un excesivo perjuicio para el extranjero condenado.

Resulta evidente que cuando la pena impuesta que se sustituye es de cierta entidad, la expulsión puede constituir un beneficio para el extranjero ilegal en comparación al español o extranjero residente legalmente en España que no tendrá más remedio que cumplir la pena impuesta en un centro penitenciario. Incluso, el automatismo en aplicar la sustitución en este caso puede provocar que se incremente la comisión de delitos menos graves por parte de los extranjeros sin residencia legal en España ante la convicción de estos últimos de que no van a tener que cumplir la pena que, en su caso, se les pueda imponer por la comisión de los citados delitos, sino que simplemente se procederá a acordar su expulsión del territorio español.

Lógicamente, en estos casos, es frecuente que sea el propio acusado quien solicite la sustitución. Por el contrario, cuando la pena impuesta sea poco relevante su sustitución por la expulsión puede ser consecuencia excesivamente gravosa respecto de extranjeros en quienes concurran determinadas circunstancias (arraigo personal, familiar y laboral en España….); riesgo que se incrementa cuando el legislador impone la sustitución de la pena como regla general y de forma más o menos automática.

En este sentido las novedades que introdujo la Ley Orgánica 5/2010 considero que son muy relevantes, aunque mantiene como regla general la sustitución de la pena por la expulsión ("*las penas….serán sustituidas"*), se amplían considerablemente los motivos por los que el Juez o Tribunal puede no acordar la sustitución, ya que hasta ahora el legislador limitaba dicha posibilidad a supuestos excepcionales en los que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario. En cambio, la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal, además de suprimir la referencia a la excepcionalidad, menciona como fundamento de la decisión judicial de no acordar la sustitución cualesquiera "*razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*". Entre dichas razones se encuentran por supuesto, las circunstancias personales del condenado como puede ser el arraigo personal, familiar y laboral, causa humanitaria, situación del país del extranjero, riesgo para su vida o integridad física entre otras.

Decima. La expulsión no es una medida de seguridad pese a su inclusión entre las mismas a pesar de que esté incluida en el catálogo de medidas de seguridad, articulo 96.3.2ª del Código Penal, ya que lo que el legislador está estableciendo es una presunción legal de peligrosidad de los delincuentes extranjeros en situación irregular, que coherentemente ha de ser tratada mediante una medida de esa clase, que en este caso

no obedece a ningún fin terapéutico o correctivo, con vistas a la prevención especial incidiendo sobre el sujeto, sino que atiende únicamente a un criterio asegurativo o inocuizador para proteger la sociedad, realmente la expulsión se trata de una consecuencia jurídica. Es una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad".

Considero que la expulsión no es una pena que derive directamente del hecho, al no venir expresamente mencionada en el catalogo de las mismas, como establece el artículo 33 del Código Penal de 1995, y por ello tampoco puede decirse que se trate de una sustitución en sentido estricto de una pena privativa de libertad por otro menos gravosa semejante a la regulada en el artículo 88 del Código Penal, ya que lo que sustituye en tal caso a la privación de libertad es la salida obligatoria del territorio español y la prohibición de entrar en él durante el plazo fijado entre cinco y diez años como indica el artículo 89.2 del Código Penal, que conforman el contenido propio de la expulsión.

En este sentido, concluyo que solo cabe denominar la expulsión con el genérico nombre de consecuencia penal, en el sentido de efecto jurídico que se liga con la realización de un supuesto de hecho contenido en una norma penal, no reconducible a ninguna de las consecuencias jurídicas mas especificas y con mayor raigambre en la rama punitiva.

En todo ello se evidencia una contradicción derivada de su inclusión el Código Penal como sustitutivo penal, y la subordinación de la expulsión a la consecución de distintos fines que pueden aparecer como irreconciliables. En efecto, si se considera que la expulsión es una medida de control de los flujos emigratorios, habrá de valorarse si es apta, necesaria y proporcionada para mantener la incorporación de inmigrantes a la sociedad de destino en los límites de su capacidad de absorción; pero si se considera un sustitutivo penal, habrá de valorarse la

idoneidad y necesidad de la expulsión para tutelar los bienes jurídicos con menor coste que la prisión.

Tales fines difícilmente van a ser reconducibles a una única vía para su satisfacción, en este caso, la expulsión por la que se permite optar al juez en la norma penal del artículo 89.1 del Código Penal. Tal posibilidad, solo va a ser viable en la medida en que la expulsión declarada idónea para sustituir con ventaja a la prisión en función de prevención y protección de bienes jurídicos, sea, además, la medida adecuada por sus concretas características para el control de flujos emigratorios, lo que no siempre sucederá a la luz de la regulación legal de la expulsión, e incluso roza la neutralización de los objetivos perseguidos por uno y otro sector del ordenamiento jurídico.

La aplicación del artículo 89 del Código Penal supone, por tanto, la renuncia del Estado a ejercitar el ius puniendi, ya que se suspende la ejecución de la pena impuesta para expulsar al extranjero que ha delinquido y todo ello por razones de oportunidad.

La expulsión no persigue a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, porque en rigor no es una pena, ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están garantizados por el simple regreso del penado a su país. La expulsión no sustituye la condena, la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de la política extranjería forzando la salida de quienes no se hallen debidamente autorizados para residir en España, sobre todo ahora tras la Ley Orgánica 5/2010 en donde el artículo 89.4.

Es evidente que la motivación principal de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión no responde a finalidades de la pena (implica más bien su no imposición), sino a interés económico y de política penitenciaria, para disminuir el número de penados extranjeros, que son los que tienen mayores problemas de adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción o resocialización.

Por todo ello no se entiende que en la actualidad la expulsión del artículo 89 se regule como medida de seguridad sustitutiva cuando debería concebirse como una alternativa para los extranjeros.

De hecho, Fernández Arévalo habla de desajustes respecto a la expulsión de extranjeros prevista en el Código Penal mediante la inclusión en el catalogo de medidas de seguridad del artículo 96.3 de medidas no privativas de libertad, ordinal 2º, desarrollándose su contenido en el artículo 108 del Código Penal, en los términos fijados en la redacción de la Ley Orgánica 11/2003, sin modificación alguna por la Ley Orgánica 5/2000, algo que resulta incoherente con la regulación fijada para la expulsión sustitutiva de penas

La principal novedad, introducida por la reforma que vino a definir el texto ahora en vigor, la Ley Orgánica 11/2003, es la ampliación de la sustitución de medidas de seguridad no solo a las privativas de libertad sino a cualquier medida de seguridad, lo que hace aun mas difícil el encaje y la caracterización de tal institución, pues si ya es cuestionable, en la redacción original del Código de 1995, la sustitución de medidas de seguridad, definidas por su orientación estrictamente hacia la prevención especial, y por tanto, desprovistas de un sentido aflictivo y de castigo susceptible de ser atemperado o dulcificado por la vía de las alternativas, aun lo es más, cuando se establece la sustitución de medidas de cualquier naturaleza, distintas de las de internamiento.

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, se 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 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.

Sin embargo, el precepto del artículo 89.1 del Código Penal 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.

Decimoprimera. La expulsión sustitutiva de penas de prisión no cabe por faltas ni por penas de prisión de menos de tres meses al ser imperativo sustituir estas por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, comoquiera que ambas sean penas no privativas de libertad, no procederá la expulsión sustitutiva.

En tanto el mecanismo de sustitución del artículo 71.2 opera preceptivamente, la pena privativa de libertad que se impone es a los efectos de servir de marco referencial a la hora de fijar la pena que conforme al artículo 88 debe ser efectivamente ejecutada. Por lo demás, el artículo 88.3 dispone que en ningún caso se puedan sustituir penas que sean sustitutivas de otras, por lo que no cabría aplicar el artículo 71.2 y el 88 (sustitución obligatoria) y posteriormente aplicar una nueva sustitución conforme al artículo 89 del Código Penal.

En los casos en que se impongan a extranjeros no residentes legales penas privativas de libertad inferiores a seis años, procederá como regla general con carácter obligatorio y preferente la sustitución de las mismas por la expulsión. La expulsión en sustitución de penas privativas de libertad puede en principio aplicarse tanto a los extranjeros que se encuentran irregularmente en España como a los extranjeros en situación de estancia, conforme al artículo 30 de la Ley de Extranjería.

Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la pena concretamente impuesta. Por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas, pese a tener la consideración de pena privativa de libertad, es susceptible de ser sustituida por la expulsión. Para aplicar la expulsión sustitutiva es necesaria una condena por delito, no siendo suficiente una condena a pena privativa de libertad por una simple falta. No procede la

expulsión sustitutiva cuando se imponga una pena de prisión de menos de tres meses.

Decimosegunda. El juez va a poder optar por sustituir la pena en su integridad o por la expulsión cuando se haya ejecutado una parte de ella, opción por la que puede pronunciarse también durante su ejecución.

Además, por primera vez el legislador menciona expresamente que lo anterior se puede acordar cualquiera que sea la pena privativa de libertad que el extranjero hubiere de cumplir o estuviere cumpliendo.

La expulsión del artículo 89.5 del Código Penal tiene como característica el operar en un momento bastante avanzado del cumplimiento de la pena por lo que más que un sustitutivo de ella, lo es del régimen aplicable a las últimas etapas de su ejecución, y dado su carácter progresivo, conforme al sistema de individualización científica, supone una privación de libertad menos intensa o un adelantamiento de la libertad del penado, por lo que no sustituye propiamente a la privación de la libertad, sino mas bien está llamado a reemplazar a las formas atenuadas de cumplimiento de condena características de las fases más avanzadas de la ejecución penitenciaria, representadas por la clasificación del tercer grado y la libertad condicional.

Con ello se ha dotado a la regulación de la expulsión de la máxima amplitud posible, permitiendo que entre en juego frente a cualquier pena de prisión, sea cual sea su duración siempre que se alcancen unos mínimos de cumplimiento penitenciario, dando primacía al alejamiento del infractor sin dejar un margen para la consideración individualizada de sus posibilidades de reinserción en la sociedad española.

De acuerdo con el momento de la ejecución en que entra en juego la expulsión del artículo 89.5 del Código Penal ha sido definida como una "*particular forma de libertad condicional para extranjeros*", por lo que considero que hubiera sido mejor su inclusión como una modalidad especifica de ella.

A diferencia del supuesto de la sustitución de la pena en su integridad aquí sí se exige expresamente que el Ministerio Fiscal inste la aplicación de la medida. Aunque la sustitución en estos casos va a operar en un momento futuro incierto, pues no puede conocerse a priori cuándo va a serle concedido al reo el tercer grado, la petición habrá de formularse desde los escritos de calificación provisional o definitivas como señala la Circular 2/2006.

Esta sustitución podría parecer que supone cumplir dos veces la pena, ya que la cumple en España y cuando tiene la tercera parte de la pena cumplida se le expulsa del territorio nacional, como sustitución de la tercera parte pendiente aun por cumplir, pero realmente no cumple dos veces la pena ya que por haber sido condenado en España por un delito en sentencia firme ya tiene antecedentes penales, en consecuencia de ello el permiso de residencia no se le concederá. En mi opinión dicha expulsión le beneficia porque el tercer grado difícilmente se le podría aplicar, realmente se le está adelantando la expulsión porque al no concederle dicho permiso de residencia en algún momento será expulsado del territorio, sin vulnerar el principio non bis in idem.

Por último, en el caso de la sustitución de condenas iguales o superiores a los seis años, 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, que es la expulsión del territorio español.

Decimotercero. Las autoridades gubernativas y los servicios policiales deben comunicar de forma inmediata la práctica de la expulsión o las razones que en su caso imposibiliten su realización, y si por cualquier motivo la expulsión no se materializa procederá la continuación del proceso penal.

No es infrecuente que concurran circunstancias que impidan ejecutar la expulsión prevista en el apartado sexto añade en el inciso segundo del artículo 89 del Código Penal.

El articulo 89.1 párrafo tercero derogado disponía que "*la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal"*. El artículo 80 se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, el artículo 87 se refiere a la suspensión en los supuestos de drogadicción y alcoholismo y el artículo 88 se refiere a la sustitución de las penas privativas de libertad. La sustitución de la pena por la expulsión es incompatible con las resoluciones a que se refieren los artículos mencionados. Tal previsión ha sido eliminada por la Ley Orgánica 5/10.

Ya bajo la regulación anterior se entendía que la exclusión de la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal, solamente afectaba a los supuestos en los que se lleva a efecto con éxito la expulsión. Frustrada ésta, tales preceptos recobraban su aplicabilidad, sin que por tanto pudiera interpretarse el inciso cumplimiento de la pena privativa de libertad como inexorable ingreso en prisión. Cabría, por tanto, aplicar (en los casos en que sea procedente) las disposiciones sobre sustitución y suspensión de la pena.

El Tribunal Constitucional, en Pleno, sancionó, por lo demás esta interpretación en su Acuerdo del Tribunal Constitucional 132/2006, de 4

de abril, al establecer que "*el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España".*

Frente al artículo 89.2 del Código Penal que establece que, en el caso de que no pueda llevarse a efecto la expulsión de territorio nacional de ciudadanos extranjeros sin residencia legal en España acordada como sustitutiva de la pena de prisión, procede el cumplimiento de la pena originariamente impuesta o del período de condena que restase por cumplir, el Tribunal Constitucional afirmó que las previsiones que dicho precepto recoge no suponen discriminación alguna respecto de los penados de nacionalidad española y de los extranjeros con residencia legal.

Decimocuarta. Necesidad de efectividad de la audiencia prevista como novedad introducidas por la Ley Orgánica, anteriormente solo se exigía la audiencia del Ministerio Fiscal, y ahora la exigencia de la audiencia del condenado, del Ministerio Fiscal y de la victima para acordar la expulsión para que aleguen lo que estimen oportuno, es una modificación a tener en cuenta debido a la evolución que supone en la tutela de la víctima.

Debo felicitar al legislador puesto que, por un lado, es evidente que, antes de que se adopte una medida de la trascendencia que tiene la expulsión judicial sustitutiva para el penado se debe conceder a este la oportunidad de alegar lo que considere oportuno al efecto; por otro lado, también debemos aplaudir el que se prevea la audiencia de las partes

personadas y, en particular, de la victima que se hubiera constituido en acusación particular, todo ello integrado por la preocupación existente hoy en día por establecer un auténtico estatuto de las víctimas que se reconozcan los derechos básicos en el proceso penal. Dicha audiencia debe ser una realmente efectiva y es una garantía de salvaguarda de los derechos fundamentales del afectado.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 8 de julio de 2004, ya se manifestó en contra de la sustitución automática de la pena, entendiendo que debe oírse previamente al penado. Por ello la Ley Orgánica 5/2010, ha incluido la obligatoriedad de oír al penado. La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004 se ha pronunciado en contra de la expulsión automática que establecía la Ley Orgánica11/2003 por entender que tiene carácter “imprescindible” el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Todo ello con el fin de evitar la posible inconstitucionalidad del artículo 89.1 del Código Penal.

La regulación de los mecanismos de expulsión de extranjeros condenados conforme al tenor de la Ley Orgánica 11/2003, implica tal grado de automatismo y de imperatividad que supone un olvido consciente de las garantías constitucionales y supraconstitucionales aplicables por aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial en lo que se refiere a la omisión de las circunstancias personales, que la tacha de inconstitucionalidad ha sido tan fácil como constante, aunque no se haya efectuado de forma explícita, desde los primeros informes emitidos en relación al anteproyecto de ley que operó dichas modificaciones.

También se pronunció nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia 99/1985, 242/1994 y 203/97, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones

como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Se estima que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones (tal vez la esencial) es “vivir juntos” Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988, Olsson vs. Suecia, 9 de junio de 1998, Bronda vs. Italia, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Decimoquinta. El legislador de 2010 permite que los jueces puedan no acordar la sustitución al apreciar “razones” que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, pero a pesar de lo señalado por la ley, nuestro Tribunal Supremo consideraba imprescindible ampliar los supuestos de excepción a la expulsión, incluyendo el estudio de las circunstancias personales del penado.

Por ello, tras la Ley Orgánica 5/2010, los jueces no podrán ya obviar la valoración de las circunstancias personales del condenado

(como el arraigo, que corra peligro su vida o padezca una enfermedad incurable), a la hora de decidir si procede o no acordar la sustitución de la pena impuesta por la expulsión, datos como lugar de la comisión, modus operandi, frecuencia, así como todos los aspectos que rodean al fenómeno criminal que se trata de evitar con la pena, en base a los principios de prevención general y especial.

Respecto al arraigo hay que decir que no se sustituye la pena por la expulsión cuando se acredite un arraigo familiar, pero es evidente que ese arraigo no se puede aceptar sin más, se debe probar. En este mismo sentido, el arraigo familiar tal como es definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se circunscribe a las relaciones o vínculos que nazcan de la familia fundada por el propio extranjero expulsado, pero solo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos (matrimoniales o no) siempre que residan en el país de acogida.

Las circunstancias a valorar consisten fundamentalmente en los efectos negativos que puedan producirse como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar provocada por la expulsión, tanto en relación con el extranjero extrañado como para los que de él dependan.

La expulsión del extranjero es una intromisión en la vida familiar, ya que debe valorarse si la expulsión o rechazo del extranjero condenado hace imposible que la vida familiar pueda *desarrollarse* en el país al que el condenado es expulsado. En general se ha estimado que no existe injerencia en el derecho a la vida familiar cuando la familia de la persona expulsada puede acompañarle al país de origen, siempre que ello no origine excesivos trastornos culturales o sociales para los hijos. Desde esta perspectiva si el niño es muy pequeño nada impide acompañarle al

penado a su país. Si la familia es extranjera también le pueden seguir a su país.

En definitiva es un juicio de proporcionalidad. Hay que ver que como consecuencia de la expulsión del extranjero no estemos imponiendo simultáneamente una pena de expulsión a su familiar, que supongan una pena desproporcionada.

De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. Para ello los jueces solo pueden acordar la expulsión sustitutiva cuando no concurran las mencionadas razones y a esta conclusión solo pueden llegar tras oír al acusado.

Decimosexta. La Ley Orgánica 5/2010 modifica el plazo de prohibición de regreso, estableciendo que podrá ser de cinco a diez años (frente al mínimo de diez años que estableció la Ley Orgánica 11/2003). En este sentido tengo que felicitar al legislador porque la prohibición de regreso a España por diez años era un quiebro del principio de proporcionalidad ya que se establecía una prohibición de regreso durante diez años, al que había que añadirle el que reste para la prescripción de la pena, con independencia de la duración de la pena y de la naturaleza del delito.

No se justifica suficientemente ni sobre la base de necesidades de protección de bienes jurídicos, ni sobre consideraciones de política de extranjería, pues dada su configuración como sustitutivo de facto de la privación de libertad, hubiera sido lógica su fijación legal en términos que permitiese una adecuada correspondencia entre la duración de la

privación de libertad sustituida y la prohibición de entrada, lo que no sucederá en todos los casos de privaciones de libertad inferiores a cinco años, que inexorablemente habrán de ser sustituidas cuando menos por el mínimo legal de cinco años de prohibición de entrada establecido en el artículo 89.2 del Código Penal. Tal previsión parece estar inspirada por las finalidades de inocuizar al potencial del delincuente extranjero de manera más económica, es decir, ampliando el tiempo en el que está excluido de la posibilidad de infringir el ordenamiento penal nacional.

Ante los supuestos de tentativa de regresar o de regreso a España consumado por parte del extranjero en incumplimiento de la prohibición, ya no procederá, en ambos casos, a la devolución inmediata sino que cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Por tanto, se vuelve nuevamente a la redacción originaria del precepto, conforme al cual si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas, y en tal caso el reo será ingresado en prisión para cumplir la totalidad de la pena pendiente. No procederá la apertura de nueva causa por desobediencia o quebrantamiento de condena. La respuesta que se prevé si le sorprende en la frontera es la de devolución por la autoridad gubernativa.

Desde el punto de vista de los efectos civiles de la expulsión, la expulsión no ha de ser óbice para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil, que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, procurando en su caso la localización y realización de los bienes del reo que puedan ser objeto de traba en España. El archivo de la ejecutoria penal no justifica el automático cierre de la pieza separada de responsabilidad civil si existen bienes

embargados o se han localizado fuentes de ingresos que puedan servir para satisfacer las indemnizaciones declaradas en sentencia, pudiendo continuarse por tanto la tramitación a tales efectos, sin perjuicio del necesario respeto de los derechos fundamentales del sometido a ejecución.

En todo caso debe tenerse presente que el nuevo régimen no incluye un requisito como el previsto en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, de previo aseguramiento de las responsabilidades civiles,

No habrá de considerarse impedimento para la expulsión la falta de aseguramiento de responsabilidades civiles. Esta fue por lo demás la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional analizando el cambio que supuso el anterior articulo 89 (que a tales efectos es idéntico al actual) respecto del artículo 21 del la Ley Orgánica 7/1985.

Decimoséptima. En el caso de que extranjero vuelva antes del tiempo establecido en la sentencia el legislador no lo considera como un quebrantamiento, pero personalmente en la presente investigación considero que sí que es un quebrantamiento porque lo que se está incumplimiento es lo acordado en la sentencia ya que la inaplicación de este delito dejaría sin desvalorar el hecho de la infracción del contenido de una resolución judicial, el hecho del quebrantamiento en si mismo considerado y que es injusto característico de ese delito.

El incumplimiento de la prohibición de regresar a España es quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión, y como tal, dado que forma parte del contenido dispositivo de una resolución judicial penal, es quebrantamiento de condena, pero con un régimen jurídico especifico

y distinto del delito del artículo 468 del Código Penal, previsto en el mismo artículo 89 del Código Penal, definido por la activación de la obligación de cumplir la pena de prisión, que fue sustituida por la expulsión, ya que como anteriormente hemos analizado la expulsión no la consideramos ni una pena ni una medida de seguridad, sino condición a cuyo cumplimiento se somete, interinamente, la inejecución de la pena de prisión, que será definitiva si se completa el plazo de expulsión sin regresar a España.

El condenado tiene conocimiento de la orden de expulsión con prohibición de entrada durante el tiempo establecido por lo cual existe dolo en el quebrantamiento de dicha orden de expulsión ya que la incumple de manera consciente y voluntaria, regresando antes del tiempo establecido en la orden. En consecuencia, adquiere especial trascendencia en el ámbito penal la existencia de un apercibimiento previo, a modo de requerimiento preciso, claro, expreso y terminante de las consecuencias que la vulneración del mandato u orden puede generar en el eventual incumplidor, constituyendo el bien jurídico protegido la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones pública.

En este sentido también hay que hacer referencia a que una vez sustituida la pena de prisión fijada en la sentencia por la medida de expulsión, se impondrá, además, al extranjero condenado la prohibición de regresar a España durante un plazo, contados desde la fecha en que materialmente se haya producido la expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena, ello obliga a determinar si ese plazo se corresponderá con cada una de las penas sustituidas, en el caso de ser varias las de prisión impuestas en la sentencia, o si, por el contrario, se tratará de un plazo general con independencia del número de penas de prisión que pudieran haberse sustituido.

En mi opinión, es claro que la sustitución de la pena de prisión lo es, no por la prohibición de regresar a España, sino por la medida de expulsión, correspondiendo, en el plano ideal, una expulsión por cada pena de prisión sustituida. Es evidente, sin embargo, que materializada una vez la expulsión quedarán sustituidas cuántas penas de prisión hubieran sido impuestas. La prohibición de regresar a España es consecuencia de la expulsión (una sola) y no de las penas de prisión sustituidas, por lo que el plazo de duración de dicha prohibición será único.

Decimoctava. La Ley Orgánica 5/2010 ha introducido la posibilidad de que la expulsión no solo se acuerde en sentencia sino también en *"auto posterior motivado",* disipando las dudas de si era posible diferir la resolución a la fase de ejecución de sentencia.

A la vista del tenor literal del nuevo artículo 89 del Código Penal parece que ya no cabe duda en admitir el aplazamiento de la decisión de concesión o no de la expulsión sustitutiva a la fase de ejecución de sentencia, como se permitió durante la vigencia de la anterior versión del artículo 89, aunque no de la inmediata anterior, donde se entendió que no era posible. Con el nuevo régimen, la sustitución (tanto la íntegra como la parcial) ha de acordarse, en principio en sentencia o en auto posterior motivado. Pero entendemos que esto solo será cuando existan circunstancias sobrevenidas que en el momento de dictar la sentencia no existían, porque si no es así, no tiene sentido que la sentencia no se pronuncie sobre la expulsión.

La exigencia expresa de que la sustitución sea acordada en sentencia antes de esta reforma legal hizo suscitar la duda de si ello vedaba la posibilidad de que fuera acordada por auto en fase de ejecución de sentencia. La práctica judicial admitió esta posibilidad, siempre previa audiencia de las partes (así la jurisprudencia menor, e

implícitamente en varias decisiones del Tribunal Supremo como Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, números 514/2005, de 22 de abril y 274/2006, de 3 de marzo; y sobre todo cuando era el penado quien solicitaba en fase de ejecución dicha sustitución. En otras ocasiones la decisión se difería a petición de la defensa, opuesta a la expulsión, que solicitaba un aplazamiento para la aportación de prueba de causas que podrían llevar a impedir la expulsión.

Ahora la previsión expresa del párrafo segundo del art. 89.1 viene a permitir que la decisión se adopte con posterioridad a la sentencia y tras incidente contradictorio, con independencia de la parte que lo suscite, y conforme a los criterios generales que da el precepto.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado mantenía como regla general la interpretación conforme a la cual no cabe acordar la expulsión sustitutiva en ejecución de sentencia. Por excepción, cabría admitir que en fase de ejecución se resuelva sobre la expulsión sustitutiva si tal previsión se incluyó en la parte dispositiva de la sentencia, difiriéndola a la ejecutoria, así como cuando la petición se realice por el propio penado. En estos supuestos limitados en los que se promueva una resolución de expulsión sustitutiva después de dictada sentencia, será necesario dar audiencia al penado asistido de su letrado y al Ministerio Fiscal, permitiéndole articular prueba sobre los presupuestos de la expulsión, y debiendo adoptar la decisión la forma de auto motivado, susceptible de los correspondientes recursos.

La sustitución del cumplimiento de las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión del territorio nacional debe acordarse en la sentencia condenatoria, o en auto posterior motivado.

Decimonovena.- Respecto los menores extranjeros, propongo la imposibilidad de expulsar a un menor de edad.

Si el menor está acompañado en España no debe ser expulsado si sus padres se encuentran residiendo de forma legal en nuestro país, porque ello iría contra el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y contra la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño que es clara en esto, al establecer que el Estado velará “para que” no se separe al niño de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando dicha separación sea necesaria para el interés superior del niño (articulo 9.1º Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño). Si el menor se encuentra desamparado por falta de referentes adultos sólo cabría la repatriación de acuerdo con el artículo 35 de la Ley Orgánica de derechos y libertades del extranjero en España, lo que es algo distinto a la expulsión.

En efecto, los menores extranjeros no cuentan, en apariencia, con una protección derivada especial frente a las expulsiones. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sometido definitivamente a los menores extranjeros a la protección derivada o indirectamente sujetándola a los mismos parámetros o criterios formales que aplica la protección que concede a los adultos.

No puedo terminar el presente capitulo sin hacer una referencia al internamiento de los extranjeros y los centros en los que son internados:

Vigésima. Hasta que se materialice la expulsión y con el fin de asegurarla, se ingresa al extranjero en un centro de internamiento. La Ley Orgánica 2/2009 hace unas mejoras en la regulación de la

naturaleza, finalidad y equipamiento de los Centros en los que debe ejecutarse la medida privativa de libertad de detenciones, y se da lugar a una mas sistemática y amplia configuración de los derechos de las personas internadas, incluyendo algunos nuevos, a consecuencia de las reivindicaciones de organismos públicos y entidades de protección de los derechos en general y de los inmigrantes en particular.

De otro lado, se introducen previsiones adicionales sobre el cese del internamiento cuando desaparecen las causas que lo determinaron, o sobre los aspectos de fuentes relacionados con el desarrollo reglamentario de la regulación legal atinente a este especifico supuesto de privación de libertad y los centros de internamiento de extranjeros.

El internamiento es un internamiento preventivo previa autorización judicial; es pues, una medida provisional incardinada en un procedimiento administrativo pero cuya autorización corresponde al Juez. No existe ninguna duda sobre el carácter de la medida cautelar.

Sin embargo opino que la Ley orgánica 4/2000 regula en su artículo 60 el internamiento como “medida cautelar”, pero tal denominación no es correcta, por cuanto la naturaleza jurídica del mismo no coincide con el concepto de cautela, debiendo considerarla más correcta la denominación de “medida provisional o preventiva”. Se trata de una medida privativa de la libertad deambulatoria en dependencias no penitenciarias para asegurar una resolución administrativa de expulsión, de devolución o de retorno, cuando dicha resolución administrativa no puede ejecutarse en un plazo de setenta y dos horas.

Es una situación que se encuentra en terreno intermedio entre la libertad y la detención judicial, previa al proceso penal. Este terreno es problemático porque las incidencias en la esfera de la libertad personal

deben tener suficiente cobertura legal y deben responder al principio de proporcionalidad entre el sacrificio de la libertad exigido y el resultado que trata de obtenerse con la medida.

Doctrinalmente el párrafo segundo del artículo 26 fue tachado de inconstitucional tanto en lo que se refiere a la detención en sí misma, como respecto al internamiento, en cuanto a la detención porque el artículo 17.2 de la Constitución Española solo la autoriza en el contexto del proceso penal, y en cuanto al internamiento y a la propia detención porque incide en la prohibición del artículo 25.3 de la Constitución Española.

Sin embargo hay que interpretar el artículo 26.2 para distinguir entre detención e internamiento, siendo la primera gubernativa y el segundo judicial. Por lo que, el artículo 26.2 se refiere a la detención del extranjero por causa de expulsión como medida de carácter preventiva o cautelar, se rige por las normas ordinarias de toda detención y concreta la finalidad de la misma en la frase "…*mientras se sustancia el expediente*". Pero el internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión. Se trata de una medida que no tiene carácter cautelar, sino carácter de ejecución de lo acordado, por lo que resulta natural la exigencia de constancia del presupuesto de tal ejecución, como es la resolución administrativa que la acuerda.

El internamiento solo tiene sentido para materializar la expulsión, devolución o retorno. Por ello el Juez de Instrucción no puede legalmente mantenerlo cuando la autoridad gubernativa interesa el cese por no ser posible ejecutar la salida del territorio nacional del internado. No procederá el internamiento cuando el extranjero esté incurso en una causa penal en la que la índole del delito impida autorizar la expulsión. En estos supuestos podrá en su caso ponderarse la procedencia de la

prisión provisional, no siendo el internamiento una alternativa a la medida cautelar penal.

En los supuestos de internamiento no cabe el procedimiento de Habeas Corpus, ya que, mediante dicho Procedimiento precisamente se trata de obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad Judicial de una persona privada de libertad en los casos previstos en el artículo 1 de la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de "*Habeas Corpus*", y en el supuesto de la medida de internamiento objeto de estudio ésta implica que la persona a quien afecta está ya a disposición judicial.

Tras la Ley Orgánica 2/2009, sigue siendo correcta la caracterización de estas modalidades de detención cautelar de personas extranjeras como supuestos de privación temporal de libertad distintos de la detención preventiva a efectos penales prevista en los apartados segundo y tercero del artículo 17 de la Constitución. Se trata de específicas formas de detención creadas por el legislador orgánico de extranjería al amparo del primer apartado del citado precepto constitucional, si bien le resultan aplicables, pese a ello, los criterios fundamentales que subyacen a las garantías expresamente reguladas para las detenciones preventivas de índole penal en los mencionados apartados segundo y tercero del artículo 17 de la Constitución.

Vigésimo primera. No tiene sentido la ampliación del plazo de internamiento. La Ley Orgánica 2/2009 que modifica la Ley Orgánica 4/2000, contempla la ampliación del plazo de internamiento que pasa a los sesenta días desde los cuarenta días.

Por otro lado, un internamiento decidido judicialmente que se extienda más allá del plazo señalado en el auto dictado al efecto pasa a

ser una situación de privación de libertad que, por carecer ya del fundamento judicial que lo hizo constitucionalmente legítimo, no tiene más apoyo que la voluntad gubernativa, lo que la hace objeto posible de una solicitud de *habeas corpus*.

Es decir, para evitar internamientos sucesivos, transcurrido el plazo de internamiento fijado en la resolución judicial o el de los sesenta días, si el plazo inicialmente acordado era menor y fue judicialmente ampliado, sin que se haya podido ejecutar la correspondiente orden de expulsión, el extranjero deberá ser puesto en libertad, sin que quepa solicitar, ni acordar un nuevo internamiento por una causa ya prevista en el expediente inicial. Sin embargo, si al extranjero así puesto en libertad se le incoa un nuevo expediente de expulsión por una causa no contemplada en el primer expediente, sí resultará posible la solicitud y, en su caso, la autorización de un nuevo internamiento. Excepcionalmente, y para cualquier supuesto, de no haberse agotado el plazo legal de los sesenta días durante un primer internamiento, sí resultará posible acordar un nuevo internamiento por la misma causa u otra del mismo expediente, cuya duración máxima no podrá exceder del tiempo que reste hasta completar los sesenta días, antes cuarenta.

Vigésimo segunda. A los efectos del presente trabajo, el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar

tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente.

Deberá comprobarse, en su caso, que el expediente no esté afectado por la caducidad o por la prescripción. La caducidad se produce por el transcurso de seis meses desde la incoación del expediente administrativo de expulsión hasta la notificación al interesado del Decreto de expulsión, salvo causa imputable a este último.

La acción para sancionar las infracciones de la Ley de Extranjería prescribe a los tres años si la infracción fuera muy grave y a los dos años si fuera grave, contados a partir del día en que los hechos se hubiesen cometido, interrumpiéndose por cualquier actuación de la Administración de la que tenga conocimiento el denunciado. La prescripción de la sanción se produce por el transcurso del plazo de dos a cinco años desde la firmeza del Decreto, plazo que no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada en territorio nacional fijado en la resolución de expulsión.

Debe la decisión estar presidida por la concurrencia del denominado genéricamente en la teoría general de las medidas cautelares *fumus boni iuris*, que se concretará en este ámbito en el temor fundado de que el extranjero pueda tratar de sustraerse a la decisión sobre la expulsión. En relación con ello, la Fiscalía General del Estado recuerda que, aunque no exclusiva, la prueba habitual de la residencia es el correspondiente certificado de empadronamiento, y que para obtener el mismo no se necesita acreditar la residencia legal en España. Para valorar la existencia del peligro de fuga podrán tenerse especialmente en cuenta la preexistencia de requisitorias para el llamamiento y busca del extranjero. También ha de quedar claro que el internamiento no se justifica por la comisión de un delito, sino en base a

una infracción administrativa, por lo que cuando la detención se practica simultáneamente por la comisión de un delito y por la infracción de la Ley de Extranjería, la denegación de la solicitud de internamiento no puede fundarse en que no esté suficientemente acreditada la comisión del delito. El solo hecho de que el extranjero no haya cometido una infracción penal no puede servir de argumento único para denegar el internamiento, pues lo que se está valorando en esencia es la necesidad de la medida de internamiento para garantizar la materialización de la expulsión.

El que esté acreditado que el extranjero tenga domicilio conocido, trabajo y convivencia familiar supone una mitigación en cuanto al riesgo de fuga. El criterio ha de ser el de que a mayor socialización e integración del expedientado, menor riesgo de fuga. La carencia de documentación, en tanto reduce la segura identificación de la persona expedientada, también es un poderoso elemento a valorar en cuanto a la ponderación del *periculum in mora*. La utilización de nombres diversos, en tanto actividad desplegada para dificultar la localización, debe ser especialmente valorada para calibrar la concurrencia del peligro de fuga.

Vigésimo tercera. La medida de internamiento no se puede considerar como una medida cautelar como prevé nuestro Derecho, ya que no tiene la finalidad de garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria sino que su finalidad es la de asegurar la eficacia de la ejecución del acuerdo de la expulsión, o de servir de instrumento para una mayor eficacia de la potestad sancionadora de la Administrativa.

El internamiento para materializar el retorno también se separa de la naturaleza propia de las medidas cautelares para participar de la naturaleza de medida de ejecución forzosa de un acto administrativo.

Ello se refleja en que el inciso segundo del apartado primero del artículo 60 de la Ley de Extranjería que dispone que será la autoridad gubernativa que acuerde el retorno quien se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno. Debe verificarse que el Decreto de retorno está unido a las actuaciones, que *prima facie* se basa en causa legal, que el mismo ha sido notificado al extranjero y que ha sido dictado por autoridad competente, teniendo en cuenta que el internamiento puede proponerse por el responsable del puesto fronterizo, por delegación de la autoridad gubernativa.

Hay que tener presente que el artículo 60.1 de la Ley de Extranjería dispone que será la autoridad judicial la que determine el lugar donde hayan de ser internados y que conforme al artículo 60.2 de la misma Ley los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio. Cabe, por tanto, entender que esos lugares de internamiento no necesariamente habrán de ser los centros de internamiento para extranjeros previstos en el artículo 62 de la Ley de Extranjería.

Vigésimo cuarta. En relación con lo ya propuesto, en el sentido de que la expulsión no debe tener carácter automático, en la misma línea me pronuncio respecto el internamiento, es decir, que el mismo no puede tener carácter automático sino que hay que valorar las circunstancias de cada caso para acordarla, para ello es necesario saber la situación personal, familiar y laboral del extranjero, si pose bienes o domicilio conocido, a efectos de determinar la mayor o menor probabilidad de su huida. Con ese reconocimiento el Juez llevara a cabo la valoración sobre

la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de esa medida a los fines de justificar la privación de libertad.

Debe tenerse presente que el requisito de la celebración de la audiencia es en principio aplicable a todos los supuestos de internamiento. La Ley de Extranjería no regula con la necesaria precisión el contenido de la audiencia al extranjero para el que se solicita una medida de internamiento, que debe realizar el Juez de Instrucción competente. El órgano judicial competente para decidir sobre el internamiento es el Juez de Instrucción del lugar en el que hubiese sido detenido el extranjero, a tenor del apartado 2 al artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial añadido por la Ley Orgánica 2/09.

No obstante, la previsión expresa de tal audiencia, debe articularse de modo que se respeten los principios de contradicción y defensa, y de forma que se dé cauce al extranjero para poder aportar elementos de prueba que permitan fundamentar sus alegaciones a fin de que la autoridad judicial pueda valorar todas las circunstancias concurrentes antes de decidir sobre la procedencia de la medida cautelar interesada.

La decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, había de ser “adoptada mediante resolución judicial motivada”, que debía respetar los derechos fundamentales de defensa y cumplir la exigencia de que “toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal”, ya que “la intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permite al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario.

La posible concurrencia de las circunstancias previstas en los apartados quinto y sexto del artículo 57, en tanto restringen las posibilidades de expulsión, también limitan la procedencia del internamiento, por lo que pueden ser objeto de alegación y prueba en el curso de la audiencia previa.

Debo insistir, no obstante, en que el auto que autoriza el internamiento es consecuencia de la adopción por parte de la Administración de una medida cautelar, cuya revisión compete a los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativo. El Juez de Instrucción no puede valorar la corrección de la actuación administrativa, sino solo si concurren las causas que según la Ley autorizan la expulsión, tratándose de un análisis formal o de tipicidad formal, nunca material.

La decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, devolución o retorno, ha de ser adoptada teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, no las relativas a la decisión de expulsión y la legalidad de la causa invocada (cuyo examen y fiscalización corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo), sino las concernientes, entre otros aspectos, a si la causa de expulsión invocada conlleva la necesidad del internamiento cautelar, a la situación legal y personal del extranjero, a mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial penal.

En orden a los criterios que deben determinar el internamiento a efectos de expulsión, el Juez ni el Fiscal deben entrar en el fondo de la

resolución administrativa, intentando desentrañar si concurre o no la concreta causa de expulsión aducida por la Administración. Será en vía contencioso-administrativa, a través de los recursos legalmente previstos, donde habrá de dilucidarse la conformidad o no a Derecho del acto administrativo.

Vigésimo quinta. En otro orden de consideraciones, la insuficiencia del marco de legalidad ha sido evidente en cuanto a la propia situación y desenvolvimiento normativo y práctico de los centros de internamiento de extranjeros, ya que no llego a alcanzar las razones que ha tenido el legislador, tanto en la inicial redacción de la Ley Orgánica 4/2000 (artículos 56 y 58) como tras la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, para recoger una misma figura jurídica en dos preceptos distintos, alimentando la posibilidad de discutir si son dos clases distintas de internamiento, con distinto control y garantías, pues en la primera opción legal (extranjero pendiente de retorno) parece como si se partiera de una previa decisión gubernativa y fuera obligado para el juez el internamiento: *"para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno",* mientras que la segunda opción legal (extranjero pendiente de expulsión) goza de la propia esencia de una decisión judicial: *"la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez... que disponga su ingreso en un centro de internamiento...".*

Si a lo anterior se añade la existencia de un artículo intermedio (artículo 62) que recoge diversas medidas cautelares durante la tramitación del expediente de expulsión, y habla, entre otras, de una obligación de presentación periódica ante las autoridades competentes (por tanto, elusiva del internamiento), a discreción de la propia autoridad gubernativa, mis dudas o recelos son más que fundados.

No se entiende la doble tipificación legal del internamiento, máxime cuando ya existe una doctrina constitucional reiterada sobre dicha figura prevista en la Ley de Extranjería, que obliga, al margen del doble articulado y la dudosa voluntad legal, a una idéntica interpretación de ambos internamientos, que en todo caso deberán entenderse (sin duda, también el primero en caso de retorno), como una verdadera puesta a disposición judicial.

Por todo ello es evidente de la necesidad de una regulación específica de la materia ya que la normativa de los Centros de Internamiento al día de hoy continúa evidenciando que es una asignatura pendiente en el derecho de extranjería. Y es que su creación ha venido adoleciendo de una escasa normativa de desarrollo pese a su enorme importancia dado el auge que la inmigración ilegal en España ha tenido, lo que contrasta con los derechos y deberes de los extranjeros internados que están contemplados en una norma con rango de Ley Orgánica.

Asimismo se denuncia la regulación de los requisitos de ingreso y la solicitud de internamiento que harían posible evitar que interne a una misma persona varias veces y el hecho de que no se garanticen efectivamente las garantías constitucionales cuando se regulan los cacheos, los registros y las medidas de seguridad dentro del centro.

En definitiva, por tanto, es posible que lo pretendido por el legislador sea básicamente permitir que, hasta que se materialice la expulsión, el extranjero sea ingresado, no en prisión, sino en un centro de internamiento de extranjeros. Si así fuera, no puedo ni debo dejar de manifestar mi desacuerdo, puesto que, en mi opinión, el ingreso del extranjero condenado por la comisión de delitos en un centro de internamiento de extranjeros no es aconsejable, ya que los centros de internamiento de extranjeros no son, o no deben ser, centros de carácter penitenciarios, pero el interno esta privado de libertad aunque dicha

privación sea menos estricta que en el caso de los centros penitenciarios, pero como se mide esta menos estricto y en definitiva, el problema es que se estarían mezclando a extranjeros condenados por la comisión de delitos con extranjeros afectados por un procedimiento administrativo de expulsión, retorno o devolución, por lo que habría que diferenciarlos de alguna manera, dando la posibilidad de otorgar un plazo, para cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio nacional, siempre y cuando el penado ofrezca garantías de que va efectivamente a abandonar el territorio nacional.

Sin olvidar que la privación a la que están sometidos en un centro de internamiento podría ser contrario a un derecho fundamental como es la libertad, sin haber cometido ningún delito, solamente estar incurso en un procedimiento administrativo, siendo evidentemente una intromisión en los derechos fundamentales de la persona. Siendo además una medida que no deja de ser desproporcional.

Teniendo presente que el coste que suponen al Estado español las expulsiones, el informe emitido por la Cámara de Diputados señala que “la valoración aproximada del coste de la expulsión de un inmigrante asciende a la cantidad de mil ochocientos siete euros con cuarenta céntimos (1.807,40€)”. A este gasto debe añadirse el generado durante el tiempo de detención en el Centro de Internamiento de Extranjeros que, de acuerdo al mismo, informe asciende a 17 euros diarios por cada interno, sin tener en cuenta los gastos de personal que demanda la seguridad, control y mantenimiento de los Centro de Internamiento de Extranjeros.

Si las condiciones de estos últimos en los Centros de Internamiento de Extranjero son objetos de continuas críticas, su situación empeorará, sin duda alguna, si se generaliza la práctica de

ingresar en los Centros de Internamiento de Extranjeros a condenados por la comisión de delitos.

Mientras que en los centros penitenciarios las labores de vigilancia y tratamiento corren a cargo de funcionarios civiles especializados, los funcionarios de los centros de internamiento de extranjeros pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía, sin que se les exija ningún tipo de formación específica. No se trata en absoluto de dar por hecho un mal hacer de la policía, pero sí de poner de manifiesto que, por las funciones que tiene encomendadas, se relaciona con la inmigración de una forma totalmente represiva. Por ello una de las medidas que propongo es organizar un programa de formación específico dirigido a los agentes de la Policía Nacional que prestan servicio en los centros de internamiento de extranjeros, diseñado por la División de Formación y Perfeccionamiento de la Policía Nacional. El objetivo es conseguir que los agentes destinados en los Centros de Internamiento de Extranjeros adquieran conocimientos en materia de prevención de riesgos en los centros e incorporar determinados protocolos de actuación ante eventuales situaciones de emergencia. Así, el curso de prevención de riesgos laborales para centros de internamiento de extranjeros constaría de módulos sobre legislación, conceptos básicos y sistema de gestión en prevención de riesgos laborales; valoración de riesgos biológicos y aspectos sanitarios; planes de emergencia y evacuación; así como técnicas de primeros auxilios.

El internamiento del artículo 89.6 debería ser en centros penitenciarios y no en centros de internamientos de extranjeros ya que es una sustitutiva de la prisión y los centros de internamiento de extranjeros no tienen ese carácter.

Vigésimo sexta. Otro de los problemas que se plantean es que los inmigrantes que han sido retenidos en los centros de internamiento de

extranjeros pero que no han podido ser expulsados del país son puestos en libertad y permanecen en territorio español en un *limbo jurídico*: ni expulsables ni regularizables. El *limbo jurídico* se produce debido a una paradoja de la Ley de Extranjería como consecuencia de los artículos 62.3 y 58. El primero no especifica el estatus legal de la persona una vez liberada. Por otra parte, en España, el principal motivo para que una persona sea puesta en libertad del Centro de Internamiento de Extranjeros es el vencimiento del plazo de internamiento sin que se haya gestionado su expulsión debido a que: a) la embajada o consulado del país consultado no le ha reconocido como connacional; b) no se ha podido tramitar los documentos necesarios para la extradición, pasaporte o salvoconducto; c) el Gobierno español no tiene convenio bilateral de readmisión de personas en situación irregular con el país de origen del extranjero.

Los inmigrantes en *limbo jurídico* permanecerán bajo esta condición de alegalidad hasta que prescriba la orden de expulsión que pesa en su contra que, según el artículo 121 del Reglamento de la Ley de Extranjería, es proporcional al tiempo de prohibición de entrada al país que, por lo general, fluctúa entre tres a cinco años, y diez años para casos excepcionales. En la práctica legal, a este tiempo deberá añadirse dos años correspondientes a la prescripción de la infracción grave que, según el artículo 53 de la ley, supone «*encontrarse irregularmente en territorio español*». En definitiva, la persona ha de esperar un plazo de cinco a siete años para iniciar un trámite de regularización, tiempo en el que correrá el riesgo permanente de ser detenido nuevamente.

En los casos de *limbo jurídico* la paradoja de la ley determina que la irregularidad se constituya en un hecho estructural, permanente y crónico, sentenciándoles a vivir en un permanente estado de excepción. Los inmigrantes debido a su condición de irregularizables perpetúan su situación de alegalidad y pasan a formar parte de una bolsa de trabajo

ilegal que se retroalimenta continuamente a la sombra del propio Estado. De este modo, el *limbo jurídico* cristaliza el papel del Estado como productor de ilegalidad a través de la ambigüedad en la elaboración y aplicación de la ley y de los procedimientos administrativos de control de la inmigración.

La situación de los denominados inexpulsables es una condena a la exclusión social que sería perfectamente evitable si se tiene como referencia para la gestión de estos casos los precedentes jurídicos de otros países europeos como el Reino Unido, que contemplan una normativa y un estatus jurídico a quienes han pasado por los Centros de Internamiento de Extranjeros y no se ha podido gestionar su expulsión.

Vigésimo séptima. Propongo hacer una mejor regulación de los presupuestos y criterios que debe valorar el juez en la decisión del internamiento de los extranjeros a los efectos de hacer efectivo el control judicial de la medida de internamiento, ya que en la redacción actual, ofrece una clara deficiencia.

En este sentido, debe tenerse presente que toda restricción de un derecho fundamental ha de estar presidida por el principio de proporcionalidad, entendido no como proporción entre la gravedad de la conducta y la gravedad de la sanción, sino como principio que nos permita analizar cuando la restricción de un derecho fundamental está justificada. Igualmente hay que recordar que el internamiento no es una sanción ni puede utilizarse como tal, sino que es una medida cautelar que pretende asegurar la ejecución de una eventual sanción de expulsión que tiene un carácter excepcional frente a la sanción principal que es la multa. Pues bien, en atención a ello, la regulación de los presupuestos para la adopción del internamiento debería inspirarse en el principio de proporcionalidad.

En conclusión, es necesaria y urgente una regulación específica de la ejecución de las penas así como la previsión de mayores garantías procesales en su aplicación, ya que es evidente la falta de garantías procesales en la práctica de la sustitución de la pena privativa de libertad, como la escasa regulación, sin dejar de tener presente la existencia de tantas incertezas o dudas planteadas.

Dichas garantías pueden consistir en tales como: La audiencia efectiva y real del penado. Es fundamental llevar a cabo la audiencia del penado, es decir entendido en el sentido de una audiencia efectiva, de una audiencia pública, no siendo suficiente para entender cumplida la exigencia legal con que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas, al respecto, por ejemplo, en el acto de evacuar los informes en el acto del juicio, para poder entre otras, también indagarse acerca de la verdadera capacidad económica del reo a efectos de establecer la cuantía correspondiente a la multa impuesta.

Una mínima motivación de la decisión del internamiento ya que debe respetar los derechos fundamentales de defensa, incluidos los previstos en el art. 30.2 de la Ley Orgánica 7/1985, en conexión con el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

El órgano judicial, por otra parte, habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial, o

como el deber de vigilancia sobre las condiciones en que se lleva a cabo la privación de libertad, la cual, sin duda, podrá ser revocada por el propio Juez que la acordó. Durante su estancia en el centro, el extranjero permanecerá custodiado a disposición de la autoridad judicial que hubiera acordado esta medida, debiendo comunicarse a ésta cualquier circunstancia de interés que concurra en el mismo debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados.

Para valorar la concurrencia de los requisitos del internamiento, sobre todo en cuanto a las proporcionalidad de la medida, deberán practicarse las oportunas diligencias que pueda solicitar el detenido, en el ejercicio legítimo de su derecho de tutela judicial efectiva y proposición de los medios oportunos de prueba en defensa de sus intereses, o las que se acuerden de oficio. La intervención del letrado en tal caso no es meramente de asistencia al detenido, sino de ejercicio de una verdadera defensa.

Junto a todo lo expuesto, es muy importante tener en cuenta la protección procesal de los derechos fundamentales de la persona, considerada en su globalidad. Por ello, en la medida que el extranjero es titular de los derechos fundamentales y goza de cualquiera de ellos por su expresa regulación en la propia Carta Magna, en una ley especial o en un Tratado internacional, las garantías y derechos que protegen su ejercicio son idénticos al resto de los españoles. De esta forma, desarrollando los presupuestos y garantías de la decisión de internamiento, debe destacarse, de un lado, la referencia a la excepcionalidad y a la vigencia del principio *favor libertatis,* que deriva de los propios términos del precepto (tiempo imprescindible). En definitiva, como ha insistido el Tribunal Constitucional, la decisión de internamiento debe tomarse respetando los derechos fundamentales de defensa (artículo 24 de la Constitución Española), de acceso a los

recursos que procedan, y, en definitiva las garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal. De la misma manera, pienso que hay que acudir a la mediación y al arbitraje como medios para solucionar los conflictos que puedan surgir sin necesidad de acudir a la vía judicial, considero que debería ser obligación previa la resolución de las controversias desde el arreglo pacífico.

Vigésimo octava. Al igual que he hablado de la imposibilidad de la expulsión de los menores de edad, no puedo terminar el presente capitulo sin hacer una breve mención al internamiento de los menores de edad. Primando en todo momento el interés del menor a la vida en familia.

El primer párrafo del artículo 62.3 Ley Orgánica 4/2000, es ciertamente confuso, puesto que añade nada nuevo a lo regulado, y es perturbador, dado que parece que permite existan menores en los que concurra alguna causa de expulsión, devolución o retorno, que son los supuestos en los que cabe el internamiento (artículos 58.5, 60 y 62 de la Ley Orgánica 4/2000), y no se encuentre, además, en situación de desamparo.

Parece evidente que un menor que pretende entrar ilegalmente en territorio español y que es rechazado en frontera (supuesto de retorno), se encuentra en situación de desamparo, porque la ilegalidad de su intento de entrada vendrá determinada por la carencia de documentación alguna, que es lo que le fuerza a la clandestinidad, aplicando a partir de ese momento el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000.

En cuanto al supuesto de devolución en que cabe el internamiento (articulo 58.2 y 5 Ley Orgánica 4/2000) no es predicable de

los menores, puesto que al no ser posible expulsarlos solos, no pueden contravenir la prohibición de entrada en nuestro país que conlleva toda expulsión y que constituye la causa de devolución mencionada.

Tampoco queda claro con la actual redacción del artículo 62.3 de la Ley Orgánica 4/2000 si el internamiento solo procede cuando los padres o tutores del menor están incursos en un procedimiento de expulsión si existen casos en que los menores pueden ser internados como medida preventiva a la orden de su expulsión del territorio español. En la redacción del artículo 62.3 de la Ley Orgánica 4/2000 se recoge una exclusión de la posibilidad de acudir al internamiento como medida preventiva, aunque se abre la vía a que en determinadas circunstancias familiares se pueda acudir a esta medida preventiva, como hemos visto, en aras del interés del menor a la vida en familia.

Si los progenitores de los menores, sus tutores o guardadores son expulsados, cabe plantearse si puede también decretarse la expulsión de un niño extranjero, que no se encuentra en situación de desamparo. Tendrá que buscarse una fórmula a partir de la cual se logre amortizar el derecho del niño a vivir con sus padres y el interés del Estado de no permitir que permanezcan en su territorio personas que no tienen medio de vida. En realidad, tras este debate subyace la tensión entre la protección de los derechos del menor, como el propio derecho a su protección y promoción, y los limites a los que debe sujetarse la entrada de extranjeros en nuestro territorio.

En cualquier caso los menores extranjeros pueden encontrarse en España respondiendo básicamente a dos situaciones que haya venido acompañado de sus padres o tutores, o de menores no acompañados por ninguna persona responsable de su guarda y custodia. El menor extranjero en ambos supuestos por su doble condición de menor de edad e inmigrante se halla sometido a dos tipos

de normas jurídicas las relativas a su protección como menor de edad y las relativas a su condición de extranjero.

En el caso de los menores extranjeros que se encuentran acompañados por sus padres, tutores o guardadores, y respecto de los cuales no es apreciable la situación de desamparo descrita en el artículo 172.1 del Código Civil, prima el derecho del menor a conservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos conforme al artículo 9.1 de la Convención, lo cual implica que, como regla general, si la autoridad competente acuerda la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor extranjero, ello conlleva también la salida de nuestro país del menor sometido a su potestad.

En el caso de que el menor, siendo mayor de 14 años y menor de 18 años, haya cometido una infracción penal, delito o falta dando lugar a la incoación de un expediente de reforma de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores siendo competente el Juez de Menores para autorizar a la Administración General del Estado a los efectos de la repatriación del menor sin cumplir la medida solicitada o que hubiera sido impuesta al menor.

Cuestión polémica es la relativa a la interpretación que debe darse a la expresión “Comunicación al Ministerio Fiscal” que prevé el artículo 92 del Reglamento, máxime cuando el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 2/2009 para los extranjeros mayores de edad habla de audiencia previa del Ministerio Fiscal. Dicha duda ha sido resuelta por la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001, de 21 de diciembre, dejando claro que *“una interpretación sistemática de los dos preceptos abona la opinión de que, también en el supuesto de menor expedientado en el procedimiento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de Responsabilidad Penal del Menor, sea preciso el dictamen*

previo del Fiscal para que el Juez de Menores pueda autorizar su repatriación".

La Ley Orgánica 5/2000, viene inspirada por una serie de principios que parten de lo establecido en los artículos 38 y 40 de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, fundamento básico del derecho penal juvenil. En el apartado 2.b VI) del artículo 40 de la Convención, se establece el derecho que tiene todo menor incurso en un proceso penal a ser asistido por un intérprete cuando no conozca la lengua del país en el que se encuentra. Nuestra Ley no establece nada concreto al respecto, pero es evidente la aplicación de este derecho, al amparo de la Convención de Derechos del Niño y también por aplicación supletoria de la Ley de enjuiciamiento Criminal, artículos 520.2 e) y 762. 8º, para todo aquello que no esté expresamente previsto en el procedimiento de menores, como establece la disposición final primera de aquella norma, no hay que olvidar que la disposición final primera de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 declara como derecho supletorio la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableciendo la remisión en lo no previsto en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor a la citada ley procesal. También del principio de que ningún menor puede ser de peor trato que un adulto.

Está claro, pues, que si un menor extranjero comete una infracción penal, estará sujeto a la misma responsabilidad que un nacional y si se encuentra en situación de desamparo o de riesgo se le habrá de otorgar la asistencia y la protección inmediata que precise.

La falta de competencia del Ministerio Fiscal, en estos casos, para autorizar la práctica de la prueba de determinación de la edad no deriva de forma evidente del artículo 35 de la Ley Orgánica 2/2009, sino del artículo 16.5 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del

Menor 5/2000. Ello provocó que la Fiscalía General del Estado promulgase la Instrucción 2/2001, acerca de la interpretación del actual artículo 35, señalando que este precepto no se está refiriendo al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito sino de menores extranjeros no acompañados. Solo cuando nos encontramos ante un extranjero, cuya minoría de edad se dude, incurso en una posible infracción penal, lo procedente será ponerlos a disposición del Juez de Menores, que es el único competente para ordenar la práctica de diligencias encaminadas a la determinación de la edad en dicho caso. Corresponde pues, al Juez de Menores y no al Ministerio Fiscal, en consecuencia, acreditar la edad de aquéllos a quienes se impute un delito cuando existan dudas sobre la edad.

BIBLIOGRAFIA

“Uno no es lo que es por lo que escribe,
sino por lo que ha leído”.
Jorge Luis Borges. (1899-1986).
Escritor argentino.

BIBLIOGRAFIA

ADAM MUÑOZ, M.D., “El internamiento preventivo del extranjero durante la tramitación del expediente de expulsión (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990 de 26 de septiembre)”, *Diario la Ley*, número 3, 1991.

AGUIRRE SEOANE, J., “Las enfermedades muy graves con padecimientos incurables como presupuesto para la concesión de beneficios”, *Revista Actualidad Penal* 2002-3.

ALARCON MOHEDANO, P., y DE MARTIN SANZ, L.V., “Centros de internamiento de extranjeros”, *Revista Otrosí*, 1999.

ALARCON MOHEDANO, P. y VIDAL DE MARTIN, L. “¿La nueva regulación de los centros de internamiento de extranjeros?”, *Revista Tapia* número 106, 1999.

ALARCON MOHEDANO, I., DE MARTIN SANZ, L.V. y MARAÑON MAROTO, T.; *Derecho de extranjería: practica administrativa y jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2002.

ALBA NAVARRO, M., Solicitud de Informe a la Administración del Estado sobre los Centros de Internamiento para Extranjeros, Madrid, 2012.

ALMEIDA HERRERO, C., “Pena de prisión y extranjería: algunas especificidades legislativas“, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, número 16, 2009.

ALONSO PEREZ, F., “La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería”, *Diario La Ley,* número 5582, 2004.

ALONSO PEREZ, F., “Expulsión administrativa de extranjeros. Innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003 de 29 de septiembre y 14/2003 de 20 de noviembre”, *Diario La Ley*, número 6053, 2004.

ÁLVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Colmares, 2001.

ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., “Los derechos fundamentales de los extranjeros en España”, en A. Rodríguez Benot, *El nuevo derecho de extranjería. Estudios acerca de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Comares, 2001.

ALVAREZ RODRIGUEZ, A., *Comentarios a la nueva ley de extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

ANGUREL LAMBAN, M.J. “Extranjeros, cárcel y derechos humanos. Una doble marginalidad”. 4,5 y 6 de mayo de 2012. Comisión Episcopal de Pastoral Social. Departamento de Pastoral Penitenciaria. Salamanca.

ARIAS SENSO, M., “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación critica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1,2005.

ARIAS SENSO, M. “Expulsión de extranjeros condenados”, *Revista Estudios Jurídicos*, número 2006, 2006.

ARMENTEROS LEON M., “Consideraciones sobre la situación jurídica en España de los menores extranjeros no acompañados”, *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2007.

ARMENTEROS LEON M., “La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería”, *Diario La Ley*, número 7679, 2011.

ARANGUEZ SANCHEZ, C., “Reformas introducidas en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/2000 (Disposiciones Adicionales primera y segunda)”, en M. Moya Escudero, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada. 2001.

ARRUFAT CARDAVA, A., SANCHEZ, V., “Arreglo pacífico de controversias: medios políticos y jurídicos” en V.M. Sánchez, *Derecho Internacional Público*, Hygens, Barcelona, 2012.

ASUA BATARRITA, A. “Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria”, *Revista Actualidad Penal*, número 42, 2001.

ASUA BATARRITA, A. “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de Inmigración”, en P. Laurenzo Copello, *Inmigración y Derecho Penal: Bases para un debate,* Tirant lo Blanch*,* Valencia, 2002.

AYO FERNANDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias: Manual de determinación de las penas y demás consecuencias jurídico penales del delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

BALAGUER CALLEJÓN, F., MONTILLA MARTOS, J.A. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Compendio práctico sobre extranjería e inmigración*, Tecnos, 2006.

BALBOA DAVILA, C., Aspectos Prácticos en la ejecución de la expulsión de extranjeros condenados por sentencia penal tras la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal, *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya,* número 211, 2012

BALLESTEROS MARTIN, J.M., *Intervención de la jurisdicción penal en la expulsión del territorio nacional y en el internamiento de extranjeros*, La Ley, Madrid, Junio 2010.

BOZA MARTINEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J., MOYA MALAPEIRA, D., *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, 2004.

BARREIRO, A. J., *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Civitas, Madrid, 1976.

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

BEJERANO GUERRA, F., “El extranjero frente al ordenamiento penal. Novedades sobre expulsión sustitutiva de pena”, *Revista Iuris: Actualidad y practica del derecho*, número 81, 2004.

BELLOCH JULVE, J.A., “Los derechos del extranjero: el internamiento preventivo y su homologación judicial” en Jornadas sobre privaciones de libertad y derechos humanos, organizadas por Jueces para la Democracia en Barcelona, Hacer, 1987.

BENITEZ ORTUZAR, I.F., “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena de privativa de libertad. La admisión de los postulados del derecho penal del enemigo por la Ley Orgánica 5/2010”, *Revista Cuadernos de Política Criminal*, número 103, 2011.

BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., “Tratamiento Penal de la extranjería. Extranjeros y centros penitenciarios”, *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*, 2010.

BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., “Últimas novedades en derecho de extranjería”, *Revista Estudios Jurídicos,* número 2012, 2012.

BERTAN DAMIAN, A., “Comentario al artículo 572”, en J. Asensi Sabater, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Edijus, 2001.

BONET PEREZ J., “Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español”. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Numero 22, 2003.

BONILLA CORREA, J.A., “Tratamiento de los delincuentes extranjeros: medidas de expulsión. Consideración político criminales”, *Diario La Ley*, número 7445,2010.

BORRAJO INIESTA, I., “El estatus constitucional de los extranjeros”, en S. Martin-Retortillo Baquer, *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al Profesor García De Enterria, E.*”, Civitas, Madrid, 19991.

BUENO ARUS, F., “Expulsión de extranjeros”, en M., Cobo del Rosal *Comentarios a la Legislación Penal*, Comares, 1998.

BUENO ARUS, F., “Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigente”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999.

BRANDARIZ GARCIA, J.A. “La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias en el sistema penal español”, en J.A. Brandariz*, Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Granada, 2010.

CABEDO MALLOL V., DE BARTOLOME CENZANO J.C., RAMON FERNANDEZ F., CLOQUELL LOZANO, A., *Los menores extranjeros no acompañados en la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch, 2012.

CALVO-RUBIO BURGOS, Juan-B, “La autorización judicial para la expulsión, retorno y devolución administrativa*”, Revista* Estudios Jurídicos*,* número *2004, 2004.*

CALVO-RUBIO BURGOS, J.B., “Tratamiento del extranjero ante la jurisdicción penal: autorización judicial para la expulsión administrativa. La expulsión como sustitutivo penal y como medida de seguridad. Su quebrantamiento”, *Revista Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, número 2, 1999.

CAMPO CABAL, J.M., *Comentarios a la Ley de Extranjería: Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000*, Civitas, Madrid, 2001.

CANCIO MELIA, M., “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal”, en homenaje al Profesor Dr. G. Rodríguez Mourullo, Civitas, Madrid, 2005.

CERES MONTES, J.F., “Las reformas penales en fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio Nacional”, *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 3, 2005.

CID MOLINE, J., *La elección del castigo: Suspensión de la pena o “probation” versus prisión*, Bosch, Barcelona, 2009.

CORCOY BIDASOLO, M.; GALLEGO SOLER, J.I., “Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito medioambiental: ne bis in idem material y procesal”, *Revista Actualidad Penal* número 8, 2000.

COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, M., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operado por la Ley Orgánica 15/2003”, *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 4, 2005.

COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, M., “El extranjero como autor de delitos”, *Revista Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, número 1, 2003.

COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, M., “La expulsión del extranjero infractor como respuesta penal”, *Cuadernos Digitales de Formación*, número 16, 2010.

Conclusiones del XXII Encuentro de la abogacía sobre derecho de extranjería y asilo, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 30, 2012.

CORDERO LOZANO, C., *Condenas penales privativas de libertad y de derechos*, Bosch, Barcelona. 2010.

CORDERO LOZANO, C., *Ejecución Penal*, Bosch, Barcelona, 2011.

CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Barcelona, Bosch. 2011.

CONDE-PUMPIDO TOURON, C. “La sustitución por expulsión de las penas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros·”, en *Tratado practico de los procesos de extranjería*, Bosch, 2002.

CONDE-PUMPIDO TOURON, C., “La autorización judicial de la expulsión de los extranjeros durante la instrucción”, en *Tratado practico de los proceso de extranjería,* Bosch, 2002.

CONDE-PUMPIDO TOURON, C., y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Comentario al artículo 89”, en C. Conde-Pumpido, *Código Penal comentado*, Bosch, Barcelona, 2007.

CHOCRON GIRALDEZ, A.M., *Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CUGAT MAURI, M., “La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (artículo 89)”, *en La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, 2010.

CRUZ MARQUEZ, B., *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil,* Dykinson, Madrid. 2007

CUGAT MAURI, M., La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del derecho penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, numero 6. 2001.

CLIMENT DURA, C., *Código Penal jurisprudencia sistemática*, 2011, Tirant lo Blanch.

CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo derecho penal de menores*, Civitas, 2000.

CUGAT MAURI, M., “La desaprovecha reforma de la expulsión de extranjeros (articulo 89 Código Penal)”, en G. Quintero Olivares, *La reforma penal de 2010*: *Análisis y comentarios,* Aranzadi, 2010.

DAUNS RODRIGUEZ, A., “La expulsión judicial y los problemas de colisión normativa*”, en El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, 2009.

DE LA ROSA, J.M., “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003”, *Revista Estudios jurídicos*, número 2004,2004.

DE MARCOS MADRUGA, F., “Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión”, *Diario La Ley*, número 7410, 2010.

DEL MORAL GARCIA, A., “Modificaciones en materia de ejecución de sentencia penal”, *Revista Iuris: Actualidad y practica del derecho*, número 92, 2005.

DEL MORAL GARCIA, A., “Presupuestos y problemas de la sustitución de las penas privativas de libertad”, *Revista Iuris: Actualidad y practica del Derecho*, número 137, 2009.

DEL RIO FERNANDEZ, L.J., “Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto jurídico”. *La Ley: Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 7, 2001.

DEL RIO FERNANDEZ, L.J., “Globalización e inmigración. El reto del siglo XXI”. La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, número 5, 2001.

DE URBANO CASTRILLO, E., “Criterios jurisprudenciales recientes en materia de ejecución de sentencias penales”, *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 10, 2006.

DELGRANDE, N. y AEBI., M.F. “Las estadísticas sobre los reclusos extranjeros en Europa (1989-2006)”, en J.A. Brandariz, C*riminalización racista de los migrantes en Europa, Comares,* 2010.

DE LA SERNA y VILLÁN DURÁN, “*Los centros de internamiento de extranjeros”,* Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2011.

DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universitaria de Salamanca, Salamanca, 1999.

DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.; OLAIZOLA NOGALES, I.; TRAPERO BARREALES, M.A.; DURAN SECO, I.; JERICO OJER, L.,” La expulsión como sustitutivo de la pena y de la medida de seguridad en el Código Penal de 1995”, en M. Díaz y García Conlledo*, Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley*,* Madrid, 2007

DONAIRE VILLA F., BOZA MARTINEZ D. Y MOYA MALAPEIRA D., *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería,* Tirant lo Blanch, 2011.

DONAIRE VILLA F., "Detención e internamiento de extranjeros a efectos de expulsión. Régimen de los centros de internamiento de

Extranjeros", en D. Boza Martínez, *la nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

DORADO NOGUERAS, F.M. y RODRIGUEZ CANDELA, J.L. *"Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, en comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, 2001.

DURAN AYAGO, "El menor en el nuevo régimen de extranjería", en Jornadas sobre la Ley de Extranjería e Inmigración, Cáceres, 2003.

DURAN SECO, I., "El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, numero 15. 2005.

ENCINAR DEL POZO, M.A., "Extranjeros y prisión", *Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 84, 2005.

ENERIZ OLAECHEA, F.J., "Los procedimientos administrativos de expulsión, devolución y retorno de extranjeros", en J.F. Alenza García, *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, Navarra, 2007.

ESCUIN PALOP, V*. "Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España"*, Centro de estudios Constitucionales, 1991.

ESCRIHUELA CHUMILLA, F.J., "Las consecuencias jurídicas del delito: la pena", en *Todo Penal*, La Ley, Madrid, 2011.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Inmigración menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia, bibliografía*, número 1, 2003.

ESTEBAN MEILION, M., “La facultad judicial de sustitución de penas privativas de libertad por la expulsión de los extranjeros”, *Revista el Derecho*, número 4, 2005.

ESPINA RAMOS, J.A., “Arresto de fin de semana, Depósitos municipales de detenidos y otros problemas prácticos”, *Revista del Ministerio Fiscal*, número 8, 2000.

ESPLUGUES MOTA, C. y DE LORENZO SEGRELLES, M., “*El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España”*, Tirant lo blanch, 2001.

FABREGA RUIZ, C.F. “La determinación y sustitución de las penas cortas de prisión en el Código Penal”. *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2004.

FABREGA RUIZ, C., “Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho”. *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2004.

FARALDO CABANA, P., “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género”, en R. Castillejo Manzanares, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación,* La ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011

FERRER PEÑA, R. M., Los derechos de los extranjeros en *España*, Madrid, Tecnos, 1989.

FERNANDEZ AREVALO, L., "Tutela judicial del extranjero: examen especial de la tutela del derecho a la libertad en el marco de las medidas repatriativas". *Seminario de Fiscales especialistas en extranjería, Revista Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, Madrid, 2004.

FERNANDEZ AREVALO, L., "Derecho penitenciario y extranjería", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 23, 2010.

FERNANDEZ AREVALO, L., "*Extranjería. Derecho Penal y Penitenciario*", Intermigra Semiex, 2005.

FERNANDEZ AREVALO, L., "Expulsión judicial y reforma de la Ley Orgánica 5/2010", *Revista del Derecho Migratorio y Extranjería*, número 23. 2010.

FERNANDEZ AREVALO, L., NISTAL BURON, J., *Manual del Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

FERNANDEZ ARTIACH, P. "La autorización para el trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles", *Revista del Derecho Migratoria y Extranjería*, número 12, 2006.

FERNANDEZ-MIRANDA ALONSO, F., "Comentario al artículo 19", en O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*,1997.

FERNANDEZ ROZAS, J.C., ARROYO MONTERO, R., FERNANDEZ PEREZ, A., “Comentario al artículo 57”, en J.L., Monereo, C. Molina Navarrete, *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración Social*, 2001.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*El derecho a la libertad y a la seguridad personal en España”*, *Revista “Ius et praxis*”, número 1, 1999.

FERNANDEZ VALCARCE, P., “Ejecución de la pena desde la prospectiva de la víctima”, *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 14, 2006.

FERNANDEZ VALVERDE, R., “Las garantías jurídicas de los extranjeros”, *Revista del Poder Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 67, 2002.

FERRER GUTIERREZ A., *Ejecución penal y derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2011.

FLORES MENDOZA, F., “La expulsión del extranjero en el Código penal español*”, en P.* Laurenzo Copello, *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate,* 2002.

GALLEGO DIAZ, M., CABRERA CABRERA, P.J., RIOS MARTIN, J.C., SEGOVIA BERNABE, J.L., *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso,* Universidad pontifica de Madrid, 2010.

GAROFALO, R., *Indemnización a las víctimas del delito*, Analecta, 2002.

GARBERI LLOBREGAT, J., “Potestad sancionadora, jurisprudencia constitucional y reforma del control jurisdiccional de las sanciones administrativas”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 324, 1997.

GARCIA ALBERO, R., “Comentario al artículo 108 del Código Penal”, en G. Quintero Olivares, *Comentarios al Código Penal español, Aranzadi,* 2011.

GARCIA ARAN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español,* Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982.

GARCIA ARÁN, M. y DE ALFONSO LASO, D., “La sustitución”, Revista *Studia Jurídica*, número 17, 1999.

GARCIA CATALAN, J.M*., infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002.

GARCIA CASTAÑO, C. y AGUILERA REIJA, M., “Las resoluciones de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid en relación a los permisos de salida, a los terceros grados y a las libertades condicionales de los ciudadanos extranjeros que se encuentran presos en las cárceles de la comunidad de Madrid”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, numero 16, 2009.

GARCIA ESPAÑA, E., “Extranjería, delincuencia y legislación penitenciarias”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 4, 2003.

GARCIA ESPAÑA, E., “Seguridad Ciudadana, inmigración y privación de libertad”, en J. Soroeta Liceras, *Problemas actuales de la inmigración. Cursos de derechos humanos de Donostia San Sebastián*, Universidad del País Vasco, 2006. GARCIA GARCIA, J.M., *Infracciones, sanciones y procedimientos en la Ley y el Reglamento de extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002.

GARCIA GARCIA, J., «Extranjeros en prisión y medidas repatriativas». Jornadas de ATIP: Nuevas realidades penales y penitenciarias: los retos en un escenario de cambios, Almagro, 2010.

GARCIA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, 1994.

GARCIA-PANASCO MORALES, G., “Medidas cautelares: especial referencia a los centros de internamiento de extranjeros”, *Revista Estudios Jurídicos*, número 2004, 2004.

GARCIA-PANASCO MORALES, G., *El extranjero menor de edad*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2001.

GARRIDO MAYOL, V., Corresponsabilidad y responsabilidad autonómicas en la Administración de Justica, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol*, número 60-61, 2007.

GASCON INCHAUSTI, F., TOME GARCIA, J.A., CHOZAS ALONSO, J.M., PEITEADO MARASCAL, P., VILLAMARIN LOPEZ, M.L., *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal,* Aranzadi, 2010.

GISBERT CASASEMPERE, R.J., “Las medidas cautelares de detención e internamiento en el procedimiento de expulsión de extranjeros”, *Revista Actualidad Administrativa*, número 2, 2007.

GUISASOLA LERMA, C., “La reforma del Código Penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad”, en F.J., Álvarez García, y J.L. González Cussac, *Comentarios a la reforma pena reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GUISASOLA LERMA, C.,”Reformas penales y tendencias político criminales en materia de inmigración”, *La Ley Penal*: revista de derecho penal, procesal y penitenciaria, número 67, 2010.

GIMENEZ GARCIA, J., “La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros”, *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, número 4.* 2005.

GONZALEZ CAMPO, E., *“La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular”*, Consejo General del Poder Judicial, Plan Estatal, 2010.

GONZALEZ CAMPO, E., *“*La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, introducida por la LO 11/2003 de 29 de septiembre”, *Revista Estudios Jurídicos del Ministerio Fisca*l, número 4, 2003.

GONZALEZ CASSO, J., “Las suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los artículos 80, número 4 y 87 del Código Penal”, *Revista del Poder Judicial*, número 54, 1999.

GONZALEZ CUSSAC, J.L., “La aplicación de la pena en el nuevo Código Penal de 1995”, en J.L. González Cussac, *la reforma de la Justicia Penal*, publicaciones de la Universidad Jaume I, Castellón, 1997.

GONZALEZ CUSSAC, J.L., *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blach, Valencia, 2002.

GONZALEZ CUSSAC, J.L, Álvarez García, F.J., *Comentarios a la reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

GONZÁLEZ, J.L., “Política de extranjería”, En *Extranjeros y derecho Penal*, Consejo General del Poder judicial, 2004.

GONZALEZ CUSSAC, J.L., “La generalización del Derecho Penal de excepción: la afectación al Derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad”, *Estudios de Derecho Judicial,* número 128, 2007.

GONZALEZ CUSSAC, J.L., MATALLIN EVANGELIO, A., ORTS BERENGUER, E., ROIG TORRES M, *Esquemas de Derecho Penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GONZALEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E., Compedido de Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GONZALEZ CUSSAC, J.L., “Inteligencia Jurídica: el valor estratégico del derecho en la seguridad económica”, *Cuadernos de estrategia*, número 162, 2013.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A., GUILLAMÓN SENENT J.V. y NIETO LÓPEZ-ARIAS,M., *Medidas cautelares en el proceso penal,* Sepin, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I., La cárcel en España, revista de derecho penal y criminología, número 8, 2012.

GUSASOLA LERMA, C., "La reforma del código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (artículo 89 del Código Penal)", en Comentarios *a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

HERNANDO GALAN, B., Los extranjeros en el Derecho Penitenciario, Colex, Madrid, 1997.

HEREDIA PUENTE, M., "Medidas cautelares en el Derecho de extranjería", Colex, Madrid, 1997.

IZQUIERDO ESCUDERO, F.J., "Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 106/1997 de 17 de abril", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 5, 1997.

JORGE BARREIRO, A., "Comentario a los artículos 96 a 108 del Código Penal". En M. Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid. 2000.

JUANATEY DORADO, C., *"La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal"*, La Ley Penal, número 9, 2004.

JUANES PECES, A., *Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería*, Manuales de Formación Continuada, número 5,1999.

JUANES PECES, A., "Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar", *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 7, 2004.

JUANES PECES, A., "La detención de extranjeros", *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 14, 2005.

JUANES PECES, A., "La sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense", *La Ley Penal*, número 47, 2008.

JUANES PECES A., "La sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense", *La Ley Penal*: *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 47, 2008.

LAFONT NICUESA, L., *Extranjería. Legislación, Comentarios y Jurisprudencia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LAFONT NICUESA, L., *Protocolos sobre extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LAFONT NICUESA, L., “Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal”, R*evista de Derecho migratorio y extranjería*, número 10, 2005.

LASCURAIN SANCHEZ, J., *Introducción al Derecho Penal*, Civitas, 2012.

LARRAURI PIJOAN, E., “populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”, en S. Bacigalupo y M. Cancion, *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

LEAL MEDINA, J., “La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad”, *La ley*, numero 5409, 2001.

LEANDRO VIERA DA COSTA, P., “La expulsión de extranjeros *“sin papeles””*, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 21, 2010.

LEGANES GOMEZ, S., “Extranjeros en Prisión”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 6, 2006.

LEGANES GOMEZ, S., *La clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*: *nuevo régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 2009.

LEGANES GOMEZ, S., “La expulsión de los penados extranjeros”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* número 91, 2012.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Las penas privativas de derechos*”, Revista del Poder Judicial*, número 53, 1999.

LOPEZ CONTRERAS, R., *La sustitución de las penas privativas de libertad (aspectos procesales y penales),* San Sebastián: Institutito Vasco de Derecho Procesal, 2004.

LOPEZ LOPEZ, A. M., “Penas sustitutivas y quebrantamiento de condena”, *Diario la Ley*, número 7673, 2011.

LOPEZ LOPEZ, A. M., “Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad”, *Diario la Ley*, número 5, 2004.

LOPEZ y LOPEZ, E. “Hacia un nuevo Código Penal”, *Diario La Ley* número 7839, 2012.

LÓPEZ LORENZO, V., “Expulsión de extranjeros. Comentario a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo número 901/2004 de 8 de julio”, en *La Ley Penal:Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 18, 2005.

LOPEZ LORENZO, V. “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal”, *La Ley Penal*: *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 9, 2005.

LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La nueva ley de extranjería*, Colex, Madrid, 2000.

LOPEZ ULLA, J.M., “En torno a la detención e internamiento de los extranjeros sometidos a un expediente de expulsión”, en M. Revenga Sánchez, *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch, Puerto Santa María, 2004.

LOSADA GONZALEZ, H., “Estatuto legal de los extranjeros en España”, en A. Palomar Olmeda, *Tratado de extranjería: civiles, penales, administrativos y sociales,* Aranzadi, Madrid, 2006.

LLORCA ORTEGA, J., *La Ley del indulto*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2003.

MAGRO SERVET, V., “La petición de suspensión de ejecución de la pena tramitada de indulto”, *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, número 39,* 2007.

MAGRO SERVET, V., “*El nuevo régimen de la pena de localización permanente en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*”, *Revista La Ley Penal,* número 76, 2010.

MAGRO SERVET, V.; SOLAZ SOLAZ, E., *Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La ley, Madrid, 2010.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La localización permanente”, *Diario La Ley,* número 7399, 2010.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Comentario al artículo 89”, en C. Conde-Pumpido Touron, *Código Penal comentado*, Bosch,2004.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Comentario a la Legislación penal. El extranjero y la legislación penal española”, en M. Cobol del Rosal, M. y M. Bajo Fernández, M, 1998 (añadir referencia al texto).

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, 2008, Comares.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (II): de la suspensión de la ejecución, de la sustitución de penas y de la libertad condicional”, *Diario La ley*, número 7991, 2012.

MARCOS MADRUGA, F. “Comentario al artículo 108”, en M. Gómez Tomillo, *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010.

MARCOS MADRUGA, F., “Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión”, *Diario La Ley*, número 7410, 2010.

MARIN DE ESPINOSA CEVALLOS, E.B., ”Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995”, *Revista Actualidad Penal*, número 3, 2000.

MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Civitas, Madrid, 2011.

MAPELLI CAFFARENA, B. González Cano Mª.I., *El traslado de personas condenadas entre países*, McGraw-Hill, 2011.

MARTIN MARIA, B., “La reforma de la Ley de Extranjería”, *Revista Iuris*, numero 48, 2001.

MARTIN OSTOS, J., “El procedimiento de Habeas Corpus*”, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 3, 1983.

MARTIN REBOLLO, L., *Código Constitución Española,* Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003.

MARTINEZ GALINDO, G., MARTINEZ SANCHEZ, I., “Algunos aspectos “administrativos” de la responsabilidad penal de los menores”, *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Número 3, 2005.

MARTINEZ ESCAMILLA, M., “El internamiento de extranjeros en el proyecto de la L.O. de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social: propuestas y razones para su integración social”, *Revista de l´Insitut Universitari d´Investigació en Criminologia i Ciencies Penales de la UV*, número 2, 2009.

MARTINEZ ESCAMILLA, M., ¿Que son los CIE?, *Revista critica*, número 973, 2011.

MARTINEZ ESTERUELAS, C.; DIEZ MORENO, F.; “Diccionario Jurídico Espasa”, Madrid, 1993.

MARTINEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de Extranjeros*, Aranzadi, 2006.

MARTINEZ PARDO, V.J., “La detención de extranjeros menores de edad”, *La Ley: Revista jurídica de doctrinal, jurisprudencia y bibliografía*, número 2, 2006.

MARTINEZ RODRIGUEZ, J.A., *La determinación de las penas en el Código Penal,* Bosch,2013.

MASSO GARROTE, M.F., “*El Nuevo Reglamento de Extranjería*”. La Ley, 2001.

MATEO MENENDEZ, F., de “comentario al artículo 57 de la LOEX”, en *Tratado practico de los procesos de extranjería*, Bosch, Madrid. 2002.

MAZA MARTIN, J.M., “El tratamiento del delincuente extranjero en el Derecho penal Español”, en M. Balado Ruiz-Gallegos, *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el Siglo XXI*, Bosch, Barcelona. 2008.

MEANA CUBERO, T., “La reforma de la L.O. 2/2009 de 11 de diciembre en materia de régimen infractor y sancionador de la ley de extranjería. Especial referencia a la expulsión gubernativa de extranjeros y procedimientos para su aplicación”, en C. Sánchez-Rodas Navarro, *Inmigración, mujeres y menores*, Laborum, 2010.

MIGUEL CALATAYUD, J.A., *Estudios sobre inversiones extranjeras en España,* Bosch, Barcelona. 1989.

MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal Reforma Ley Orgánica 5/2010*, Tirant lo Blanch, 2011.

MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, Ariel, Barcelona. 2004.

MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, Repertor, Barcelona, 2011.

MIRO LLINARES, F., “Acción social, psicológica y primera praxis criminológicas: los caminos del Dr. Esquerdo y de Francisco Machado”, Revista *de Historia Psicológica,* número 2/3, 2007.

MIRO LLINARES, F, “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 10, 2008.

MIRO LLINARES, F., “El “moderno” Derecho Penal vial y al penalización de la conducción sin permiso”, *Revista para el análisis del Derecho,* número 3, 2009.

MIRO LLINARES, F., *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.

MIRO LLINARES, F., “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, *Revista para el análisis del Derecho*, número 4, 2013.

MONCLUS MASO, M., *La gestión penal de la inmigración: El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Del puerto, Buenos Aires, 2008.

MONCLÚS MASÓ, M., “Inmigración y Derecho Penal”, *Revista “Scripta nova”,* número 94, 2011.

MOLINA NAVARRETE, C., *Comentario a la Ley y Reglamento de Extranjería e Integración social,* Comares.2001

MONEREO PEREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares. 2001.

MONTERO HERNANZ T., “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad y los cambios en su marco de ejecución”, *Diario La Ley*, número 7574, 2011.

MONTERO HERRANZ, T., “Las modificaciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley*, número 6829, 2007.

MONTESERÍN, E., *“*Encarcelar el problema*”*, *Revista Claves de razón práctica*, número 139, 2004, p. 76-80.

MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2010.

MOROTE SARRION, J.V., “La responsabilidad solidaria de las Administración Públicas en los Procedimientos bifásicos”, *Revista de Administración Publica*, número 154, 2001.

MOROTE SARRION, J.V., “El sistema autonómico en la encrucijada. Análisis crítico de las propuestas de reforma”, *Revista Valenciana d´estudis autonomics*, número 57, 2012.

MOROTE SARRION, J.V, “La compatibilidad de la normativa europea y de la legislación básica estatal en materia de contratación administrativa con la nueva ley urbanística Valenciana”, *Revista española de la función consultiva,* número 5, 2006.

MOROTE SARRION, J.L., “Articulo 49.1.8.ª, en V. Garrido, Comentarios al Estatuto de Automia de la Comunitat Valenciana”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MOYA, D. y AGUELO NAVARRO, P., “La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Foro Inmigración y Ciudadanía, número 22, 2011.

MOYA ESCUDERO, M. *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería,* Granada, Comares, 2001,

MOYA PASCUAL AGUELO NAVARRO, D., “La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería”, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2011.

MUÑIZ VEGA, G., “La sustitución del artículo 88 del Código Penal en la jurisdicción militar”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 3, 1998.

MUÑOZ CONDE, F.; GARCIA ARAN, M., Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ LORENTE, J. “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del Código Penal tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, numero 2.2004.

NAVARRO CARDOSO, F., “Expulsión “Penal” de extranjeros: Una simbiosis de Derecho Penal “simbólico” y Derecho Penal de “enemigo””, *Revista de Derecho Penal y criminología*, número 17, 2006.

NAVARRO CARDOSO, F., “El principio ne bis in ídem a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: exposición y critica”, en L.A: Arroyo Zapatero, I. Berdugo Gómez de la Torre, *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos. In memoriam, Universidad de Castilla La Mancha,* 2001.

NOREÑA SALTO, J.R., “Expulsión de extranjeros no sometidos a proceso penal”, *Revista Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, Numero 4.2002.

ONEGA LOPEZ, J.R., “Inmigración llegal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, número 6, 1999.

ORTEGA MARTIN, E., “Manual práctico de derecho de extranjería”, Europea de Derecho, Madrid, 2001.

ORTIZ GONZALEZ, A.L., “Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: realidades difíciles de hacer compatibles”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario,* número 16. 2009.

ORTS BERENGUER, E.; GONZALEZ CUSSAC J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General,* Tirant lo Blanch, 2011.

PALOMO DEL ARCO, A, "La expulsión de extranjeros en el proceso penal", *Revista Manuales de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*, número 5, 1999.

PALOMO DEL ARCO, A., "La expulsión de extranjeros en el en el derecho Penal", *Manuales de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*, número 5, 1999.

PALOMO DEL ARCO, A., "Sistemas penales europeos". Consejo General del Poder Judicial, 2002.

PALOMAR OLMEDA, A., "Régimen Jurídico de los extranjeros. Aspectos Jurídico-administrativos sobre la Ley y el Reglamento de Extranjería", Aranzadi, 2001.

PAZ RUBIO, J.M. "*Expulsión de extranjeros, en Extranjeros y Derecho Penal"*, Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2004.

PECES MORATE, J.E. "Garantía jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso" en Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería"*, Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, número 8, 2002.*

PERAMATO MARTÍN, T., "Medidas cautelares y penas en el ámbito de la violencia de género", *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 1, 2007.

PEREZ DEL VALLE, C., “La prueba del dolo en la estafa”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* tomo 49, número 2, 1996.

PEREZ DEL VALLE, C., *Teoria de la prueba y derecho penal*, Dykinson Madrid, 1999.

PEREZ DEL VALLE, C., *El arresto de fin de semana en la legislación española: problemas de fundamentación en una perspectiva practica y alternativas a la situación actual, Dykinson, Madrid, 2002.*

PEREZ DEL VALLE, C., “¿Derecho como protección de los mas débiles?”, en A. Cayuela, *Vulnerables: Pensar la fragilidad humana*, encuentro ediciones, 2005.

PEREZ DEL VALLE, C. “En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos”, *Revista para el análisis del Derecho*, número 4,2006.

PEREZ DEL VALLE, C., *Estudios sobre los fundamentos de Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

PEREZ DEL VALLE, C., “Derecho penal europeo, principio de legalidad y el principio de proporcionalidad”, *Revista para el análisis del Derecho*, número 4, 2008.

PEREZ DEL VALLE, C. “Recensión a Pablo Sanchez-Ostiz: imputación y teoría del delito”, *Revista para el análisis del Derecho*, número 2, 2010.

PEREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PEREZ PEREZ, J.J., "La expulsión del extranjero en el proceso penal", *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, 1994.

PEREZ SOLA, N., La regulación del derecho de asilo y la condición de refugiado", *Revista del Instituto Bartolomé de las casas*, número 25, 2011.

PEREZ VERA, E., ABARCA JUNCO, P., "Comentario al artículo 13.1", en O. Alzaga Villaamil, *comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, 1996.

PEREZ VILLALOBOS, M.C., "Libertad de circulación y residencia (artículo 5)", en M. Moya Escudero, Comentario *sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, 2001.

PERIS RIERA, J.; MADRID CONESA, F., "Comentario al artículo 89", en Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal,* Edersa, Madrid, 2000.

PERNIA IBAÑEZ, RODRIGUEZ CANDELA y RUIZ ENCISO, "*Centros de internamiento de extranjeros: cárceles encubiertas",* Plataforma de Solidaridad con los inmigrantes de Málaga, 2008.

POMED SANCHEZ, L., "Ciudadana e inmigración". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 6, 2003.

POZA CISNEROS, M., “Formas sustitutivas de las penas privativa de libertad”, *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 24, 1996.

POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal”, *Manuales de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*, número 4, 1999.

PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y Sustitución de las penas*, La Ley, 2009.

QUES MENA, L., “El arraigo social, económico y familiar en el derecho de extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, número 7067. 2008.

QUERALT JIMENEZ, A., "El internamiento a efectos de expulsión en la nueva Directiva de retorno de inmigrantes", *Revista de estudios Europeos*, número 50, 2008

RAMOS QUINTANA, M., *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007.

RAMÍREZ ORTIZ, J.L., VARELA CASTEJÓN, X., “*Doce tesis en materia de detención policial preprocesal”, Revista* Jueces *para la Democracia,* número 62, 2008.

REQUEJO RODRIGUEZ, P., El *internamiento de Extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ROBLEDO RAMIREZ, J., Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales, Instituto de Criminología, Madrid, 1996.

ROCA AGAPITO, L., "El sistema de sanciones en el Derecho penal español", Bosch, 2007

RODRIGUEZ BALADO, E., "La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de los extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 26, 2011.

RODRIGUEZ CANDELA, J.L., "La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal", Jueces para la democracia, 1998.

RODRIGUEZ CANDELA, J.L, "Las expulsiones con intervención judicial en la Ley de Extranjería", *Cuadernos Jurídicos*, número 28, 1995.

RODRIGUEZ CANDELA, J.L, "La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal", Jueces para la democracia, 1998.

RODRIGUEZ GONZALEZ DEL REAL, C. "Menores extranjeros", en J.M. Ballesteros Martin, *Extranjería y cooperación judicial internacional*, grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

RODRIGUEZ LAINZ, J.L., "La posición jurídica del perjudicado frente a la autorización judicial de expulsión del artículo 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería", D*iario La Ley,* número 7767, 2012.

RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Delito y Pena en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 2002.

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO-FERRER, M., “La nueva legislación de extranjería e inmigración”, *Revista Relaciones Laborales*, número 8, 2010.

RODRIGUEZ RAMOS, L., *La detención,* Akal, Madrid, 1987.

RODRIGUEZ- RAMOS LADARIA, G., “Comentario al artículo 89 del Código Penal*”, en Código Penal comentado*, La Ley-actualidad, Madrid 2011.

RODRIGUEZ-TARDUCHY, M., “Entrada y Residencia de los ciudadanos de la Unión Europea en otros Estados Miembros, con especial referencia al Derecho Español”, en M. Balado Ruiz-Gallegos*, Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el Siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008.

RODRIGUEZ YAGÜE, C., “Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas; legalidad y realidad”, *Revista General del Derecho Penal*, número 2, 2004.

ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito”, *Estudios penales y criminológicos*, número 22, 1999.

ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito,* Tirant lo Blanch*,* Valencia, 2000*.*

ROIG TORRES, M., “La suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad en los delitos relacionados con la violencia de género”, *Revista de derecho y procesal penal*, número 15, 2006.

ROIG TORRES, M., “Concepto material de pornografía en el ámbito penal”, *Revista de l´Institut Universitari d´Investigació en Criminologia i Ciencies Penals de la UV*, número 2, 2009.

ROIG TORRES, M., *La cancelación de los antecedentes delictivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ROIG TORRES, M., “La delimitación de la “violencia de género””, *Estudios penales y criminológicos*, número 32, 2012.

ROIG TORRES, M., “La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el derecho penal de autor”, *Revista Penal*, número 33, 2014.

ROMA VALDES, A., La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros, *Revista Actualidad Penal*. 1999.

RUESTA BOTELLA, M.L., *La ejecutoria penal, Centro de estudios Ramón* Areces, 2008.

RUIZ, J., *Código Penal: comentado con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El derecho, Madrid, 2010.

RUIZ LEGAZPI A., L*a expulsión de menores extranjeros límites constitucionales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2011.

RUIZ VADILLO, E., "Algunas breves y provisionales consideraciones sobre el Anteproyecto de Código Penal: Parte General. Borrador Octubre de 1990, *La Ley: revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 4, 1991.

RUIZ VADILLO, E., "El futuro inmediato del derecho penal, las tendencias discriminatorias y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración", *Revista del Poder Judicial*, número 7, 1987.

SAEZ VALCARCEL, R., "La libertad del inmigrante. Un derecho inviolable", *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, 1996.

SAGARRA I TRIAS, E., Un nuevo "status" de extranjeros en España (el inmigrante regular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión), *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, número 1, 2002.

SANCHEZ FERNANDEZ, A., "Inmigrantes cumpliendo condena: un recorrido real por un tratamiento inventado", *Revista La Ley*, número 7616, 2011.

SANCHEZ GARCIA DE PAZ, M.I., "Comentario al artículo 89", en M. Gómez Tomillo, *Comentarios al Código Penal*, Marcial Pons, Valladolid, 2011.

SANCHEZ GARCIA DE PAZ, M.I., “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal”, *Revista La Ley*, numero 3676, 1994.

SANCHEZ GONZALEZ, M.P., “Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes en España”, *Revista Actualidad Civil* número 18, 2005.

SANCHEZ JIMENEZ M.A., *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, DM. 2005.

SANCHEZ YILLERA, I., *Comentarios al Código Penal de 1995*,Tirant lo Blanch, Valencia. 1996.

SANTISTEBAN RUIZ, A., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Manuales de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial,* número 39, 2004.

SANZ MORAN, A., *Las medidas de corrección y la seguridad en el Derecho Penal*, Lex nova, Madrid, 2003.

SANZ MORAN, A.J., “Derecho Penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental”, *Revista Cuadernos de Política Criminal*, número 104, 2011.

SALIDO VALLE, C., *La detención policial, B*osch, 1997.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Retroactividad, ultra-actividad y extratividad de las normas penales. La suspensión de la ejecución y la sustitución de penas de prisión de 3 y 2 años impuestas conforme al Código Penal derogado”, *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 2,1998.

SERRANO OCHOA, M.A. y SIBONY R., *Los procedimientos de Derecho de Familia y Extranjeros*, Bosch, 2009.

SILVA SANCHEZ, J.M., “Contradicciones entre sentencias penales”, *Diario La Ley*, número 7795, 2012.

SILVEIRA GORSKI, H.C., MONCLÚS, M., NICOLÁS, G y FERNÁNDEZ, A., *Primer informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Cataluña,* Observatori del Sistema Penal i el Drets Humans, Barcelona, 2003.

SILVEIRA GORSKI, Héctor C, “Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho”, *Revista mientras tanto*, número 83, 2000.

SOLA RECHE, E., “Especificas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/200, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en Laurenzo Copello, *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate,* Tirant lo Blanch, 2002.

SOLAR CALVO, P., “Globalización y Derecho Penitenciario”, *Revista* la *Ley Penal*, número 74, 2010.

TAMARIT SUMALIA, J., *La sustitución de las penas de prisión*", en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010.

TAMARIT SUMALIA, J.M. "Comentario al artículo 89", en G. Quintero Olivares, *Comentario al Código Penal Español*, Aranzandi, 2011.

TELLEZ AGUILERA, A. "Las alternativas a la prisión en el derecho español, *Revista La Ley Penal*, número 21, 2005.

TENA ARAGON, M.F., "La sustitución de la pena de prisión", *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial,* número 4, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Marginalidad social, inmigración, criminalización", en L. Zúñiga, *El derecho penal ante la globalización,* Colex, Madrid, 2002.

TOME GARCIA, J.A., "El *Estatuto de la víctima en el proceso penal según la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento español*", *El derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, Colex 2006.

TOME GARCIA J.A., *Intervención del Juez penal en la expulsión de extranjeros*, Colex, Madrid, 2006.

TOME GARCIA J.A., "La sustitución de las penas privativas de libertad impuesta al extranjero por su expulsión", en F. Gascón Inchausti, *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal,* Aranzandi, Pamplona, 2011.

THOMAS ANDREU, G.," La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo del extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva de penas impuestas en sentencia en " extranjeros", *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 37, 1994.

TORRES ANDRES, J.M., URIBE UBAGO C.J., GILOLMO LOPEZ J.L., LOZANO ÁLVAREZ M.A., SEGURA RODRIGUEZ, M.L., DIAZ DE RABAGO VILLAR M., HERNANDEZ VITORIA, M.J., "La situación de los extranjeros en relación con el orden social", *Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial*, número 30, 2004.

TORRES FERNANDEZ M.E., "El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 4,2000.

TORRES FERNANDEZ M.E., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2012.

TORRUBIA DAVID, F.J., "La extranjería desde el punto de vista de la administración periférica del estado: autorizaciones y sanciones administrativas en materia de extranjería", *Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial*, número 39, 2006.

TRAPERO BARREALES, M.A., "Un ejemplo de mala praxis legislativa: los fallos por olvidos en las reformas penales", *Revista La Ley,* número 7735, 2011.

VARONA MARTINEZ, G., “Extranjería y prisión: ¿igualdad material en un sistema penitenciario intercultural?, *Eguzkilore: cuaderno instituto vasco de criminología*, número 8, 1994.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Comentario al artículo 89”, en *Comentario al Código Penal,* Wolters Kluwer*, Madrid, 2*010.

VEGAS AGUILAR, J.C., “Modificación en la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad al amparo del Real Decreto 840/2011: un paso más hacia la administrativizacion de la ejecución de esta pena*”, Diario La Ley*, número 7743, 2011.

VELAZQUEZ VIOQUE, D., *Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España*, Memento Experto. Reforma Penal de 2010*,* Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

VICENTE MARTINEZ R., de “Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999 de 11 de octubre, sobre el principio non bis in idem”, *Revista Actualidad penal,* número 22, 2000.

VIDAL CASTAÑON, A., *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006.

VIDAL FUEYO, M.C., “Nuevas variables a tener en cuenta en el diseño del estatuto jurídico de los inmigrantes”, *Revista General del Derecho Constitucional*, número 3, 2007.

VILLAVERDE MENENDEZ, I., “Régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de la expulsión del Estado”, en *Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VILLALVILLA MUÑOZ, J.M.”Modificaciones legales y reales introducidas en la nueva regulación del derecho de asilo, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 4, 1994.

VIVES ANTON, T.S., “Ne bis idem procesal”, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CIRCULARES CONSULTADAS

CIRCULAR 1/1994 de 15 de febrero sobre la intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinada situación de los extranjeros en España.

CONSULTA 1/2001 de la Fiscalía General del Estado de 9 de mayo, sobre el retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España.

CIRCULAR 2/2001 de la Fiscalía General del Estado, de 28 de junio, relativa a la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores.

CIRCULAR 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, de 21 de diciembre sobre la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

CIRCULAR 1/2002 de la Fiscalía General del Estado de 19 de febrero, sobre “aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería”

CIRCULAR 2/2004 de la Fiscalía General del Estado de 22 de diciembre sobre la aplicación de la reforma por la Ley Orgánica 15/2003.

CIRCULAR 2/2006 de la Fiscalía General del Estado de 27 de julio sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

CIRCULAR 1/2011, de 15 de septiembre, sobre extranjería en centros penitenciarios.

CIRCULAR 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

INSTRUCCIONES CONSULTADAS

INSTRUCCIÓN 6/1991 de la Fiscalía General del Estado, de 24 de Octubre, sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a proceso de expulsión.

INSTRUCCION 9/2000, de la Fiscalía General del Estado, de 22 de diciembre en el ámbito de la jurisdicción del menor.

INSTRUCCIÓN 1/2001 de la Fiscalía General del Estado de 9 de mayo sobre el retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España.

INSTRUCCIÓN 2/2001, de la Fiscalía General del Estado de 28 de junio relativa a la incidencia de la Ley Orgánica.

INSTRUCCIÓN 3/03 de 23 de octubre sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes concurra la situación jurídica del desamparo.

INSTRUCCIÓN 6/04 de la Fiscalía general del Estado, de 26 de noviembre, sobre el tratamiento Jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

INSTRUCCIÓN 18/2005 de 21 de diciembre, de la Secretaria General de las Instituciones Penitenciarias.

INSTRUCCIÓN 5/2008, de 13 de noviembre, que rectifica la Instrucción 18/2005.

INSTRUCCION 1/2010, de la Fiscalía General del Estado, de 29 de Julio, sobre las funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales.

INSTRUCCIÓN 2/2011, de 11 de Febrero, sobre organización de las fiscalías en materia de extranjería.

INSTRUCCION 21/2011 de 17 de noviembre, de Secretaria General de las Instituciones Penitenciarias sobre normas generales de internos extranjeros.

INSTRUCCIÓN 1/2012 de 29 de marzo, sobre la coordinación del registro de menores extranjeros no acompañados.