



SEMINARIO PERMANENTE SOBRE
MIGRACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA

Espacio abierto de Interculturalidad
y Derechos Humanos



SESIÓN 3ª INTERMIGRA: DERECHO PENAL Y PENITENCIARIO DE EXTRANJERÍA

Ponente: Luis Fernández Arévalo,
Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla

Moderadora: Rosario Romero,
Letrada Consultora del SAOJI

Notas de la Sesión de Trabajo del 15 de Diciembre de 2005

Índice:

- I) EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN AUTOMÁTICA DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL.
- II) EXCEPCIONES A LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD DE LOS EXTRANJEROS INTERNOS EN CENTRO PENITENCIARIO FUNDADA EN EL ARTÍCULO 53 A) LOEX.
- III) EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN AUTOMÁTICA DEL ARTÍCULO 57.2. LOEX.
- IV) PROPUESTAS EFECTUADAS POR ASISTENTES E INTEGRANTES DEL SOP Y DEL SAOJI:

I) EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN AUTOMÁTICA DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL.

1) La sustitución a los extranjeros no residentes legalmente en territorio español de las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión, así como a instancia del Ministerio Fiscal, respecto de los penados extranjeros condenados a penas de seis años o superiores una vez cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena o alcanzado el tercer grado penitenciario, **no es automática. Se deben de valorar**, no sólo la naturaleza del delito, **sino también las circunstancias concurrentes**. Ver entre otras las Sentencias del Tribunal Supremo (901/04 de 8 de julio de 2004, 710/05 de 7 de junio de 2005) **ya que la sustitución puede que no sea lo más adecuado** en el caso concreto.

2) La sustitución de la pena se debe solicitar por el Ministerio Fiscal y en su caso, por la Acusación Particular, **en conclusiones provisionales**. No cabe elevar las conclusiones provisionales a definitivas y, añadir en ese momento que se interesa que la pena de prisión solicitada se sustituya por la expulsión del territorio con prohibición de entrada durante diez años. Caso de efectuarse por alguna de las partes y ser acordada en sentencia por el Juez, cabría interponer el correspondiente Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial con base en las citadas Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de Julio de 2004 y de 7 de Junio de 2005.

3) El letrado defensor, previa petición del fiscal en conclusiones provisionales, **deberá reunir las pruebas que considere oportunas para acreditar las circunstancias concretas del extranjero** (situación personal, arraigo, situación familiar) **en las que fundamente la improcedencia de su expulsión** de cara a la posterior practica de la prueba en el acto del juicio.

4) Se cuestiona, en el caso que el Ministerio Fiscal no hubiera instado la sustitución de la pena por expulsión en conclusiones provisionales, **si posteriormente interesando al condenado o interno, cabría instarla en ejecución de sentencia**, vía incidente. Se argumenta favorablemente, toda vez que la intención del Tribunal Supremo al vetar la sustitución (si no se plantea en Conclusiones Provisionales) es que no se cause indefensión al acusado. Por lo que cabría considerar, que siempre que sea el condenado quien lo pida, sería posible la sustitución. El propio Supremo en sentencias recientes (STS 1249/04 de 28 de Octubre, STS 514/05 de 22 de

Abril) ya plantea esta posibilidad de sustitución en ejecución de sentencia a petición del condenado.

5) Dentro de los delitos que por su naturaleza no procedería la sustitución y excepcionalmente correspondería el cumplimiento en centro penitenciario español, **cabría incluir aquellos delitos con pena superior a tres años de prisión, delitos de tráfico de drogas organizado, mutilaciones genitales (149.2 CP), delitos violentos en general** (delitos denominados odiosos, crimen organizado etc.) **y, todos aquellos que el Juez o Tribunal sentenciador considere, siempre que motive y justifique su decisión en la sentencia.** El hecho que un delito no figure entre los que objetivamente se excluyen en el artículo 89, no supone que de forma automática se deba sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión en el resto de delitos tipificados en el Código, siempre que el Tribunal motive y justifique razonada y racionalmente su decisión (STS 1249/ 04 de 28 de Octubre, 1546/04 de 21 de Diciembre).

6) Para inaplicar el sustitutivo penal no basta que el Juez o Tribunal atienda a la naturaleza del delito cometido, sino que es preciso valorar las circunstancias del hecho y del culpable (situación personal, arraigo y situación familiar).

El TEDH en su Jurisprudencia argumenta en contra de la expulsión que haya motivos considerables para creer que el extranjero, de ser expulsado al país de destino, corre el riesgo real de que su vida sufra peligro de muerte, tortura, tratos degradantes (caso de que el extranjero padezca una enfermedad grave y en el país de destino no se tengan medios para tratar o paliar dicha enfermedad), por tratarse de supuestos **contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos**, también **que no se cercene el derecho que el extranjero tiene a la vida familiar** (respecto de personas extranjeras que pudieran llevar en el país del que se le expulsaba desde niños o, que hubieran desarrollado en dicho país un periodo significativo de su vida y ya no tengan ningún vínculo con su país de origen), en esos casos el Tribunal estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el **artículo 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden publico**, convirtiendo a **la expulsión en una medida desproporcionada.**

Asimismo respecto de extranjeros residentes legales en un Estado Miembro de la Unión Europea, cabría incluir dentro de las circunstancias personales para su ponderación por los Jueces o Tribunales españoles, el arraigo que pudieran tener en el Espacio Schengen. Salvo que su condición de residente legal en un estado

comunitario se equiparara con la de los extranjeros residentes legales en España.

7) El criterio que se sigue, tratándose de extranjeros nacionales de un Estado Miembro de la Unión Europea, es de no aplicación de la sustitución de la pena por su expulsión y, por tanto el cumplimiento de la pena. Pudiendo solicitar acogiéndose a los instrumentos internacionales existentes su cumplimiento en el estado del que sean nacionales. Procediendo en casos puntuales su expulsión, por razones de orden público, o de seguridad pública al amparo del artículo 16 del R.D 178/2003, de 14 de febrero, sobre la Entrada y Permanencia en España de Nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico.

8) El supuesto del artículo 89 del Código Penal exige para que proceda la sustitución de la pena por la expulsión que el extranjero no sea residente legal en España. Debiendo estarse a lo establecido en el artículo 30 bis LOEX (se trata de una residencia legal administrativa, no que el extranjero se halle legalmente en España dado que el precepto no alude a ello). La prueba de cargo sobre la irregularidad recae en la acusación. Normalmente la situación administrativa del extranjero (de legalidad/ ilegalidad) figurará en las diligencias policiales. Si no fuera así, deberá ser el Fiscal o la Acusación particular, quien solicite las pruebas oportunas para la acreditación de dicho extremo. Impidiendo la aplicación de esta medida respecto de extranjeros cuya situación administrativa no haya quedado suficientemente acreditada en el acto del juicio.

9) Respecto al problema de la ejecución de la expulsión vía del artículo 89. De Conformidad con la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al extranjero se le interna en prisión hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a la materialización de su expulsión. Debiendo efectuarla en el plazo más breve posible y en todo caso, dentro de los treinta días siguientes salvo causa justificada. Computando su ingreso a efectos de liquidación provisional de condena.

10) En caso de no poder materializarse la expulsión entrarían en juego los elementos sustitutivos de la pena previstos en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal. Sustitutivos que se deberán solicitar al Juez o Tribunal sentenciador, quedando a su libre criterio acordarlos.

II.- EXCEPCIONES A LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD DE LOS EXTRANJEROS INTERNOS EN CENTRO PENITENCIARIO FUNDADA EN EL ARTÍCULO 53 A) LOEX.

11) Por la Brigada de Extranjería y Documentación en el ejercicio de sus funciones, **se vienen realizando frecuentes controles en los Centros Penitenciarios** de la Provincia de Zaragoza, a fin de conocer la situación de regularidad/irregularidad administrativa de los extranjeros ingresados en dichos centros. De forma que tras efectuar las correspondientes consultas en los archivos de la D.G.P. y Registro Central de Extranjeros y, comprobar que el extranjero no ha realizado gestión válida ante la Administración al objeto de regularizar su situación administrativa en España **se le incoa un procedimiento sancionador de expulsión por estancia irregular al amparo del artículo 53.a) LOEX.** En cuyo caso **para corroborar si la situación del interno es de regularidad o de irregularidad administrativa, habrá que tener en cuenta la situación administrativa anterior a su ingreso** en el Centro Penitenciario, ya **que** en ese momento su situación administrativa **podría haber sido de total legalidad** (por contar con una autorización, encontrarse dentro del periodo de vigencia de su visado, de los tres meses de estancia legal, en tránsito por España etc.).

Si su situación anterior al ingreso en el Centro era legal, aunque la autorización, visado, etc., le hubiera caducado en prisión, no por ello, el extranjero se convierte en irregular. Y, por tanto no procedería su expulsión por el exclusivo supuesto del artículo 53.a).

Tampoco sucede lo contrario que la estancia irregular por el ingreso en prisión del extranjero se convierta en regular.

12) La **autoridad gubernativa casi de forma generalizada viene incoando y decretando la expulsión de extranjeros que cumplen condena** en centro penitenciario por delito cuya pena de prisión es superior a un año, **al amparo de los artículos 57.2 y 53.a) LOEX y utilizando el procedimiento preferente.**

En dichos supuestos el Seminario **considera que el procedimiento adecuado para la sustanciación del correspondiente expediente sancionador debiera ser el "ordinario", pues es el que ofrece mayores garantías para el expedientado.** (Además aunque se haya incoado el procedimiento sancionador por los reseñados artículos para los que la normativa permite una tramitación por distintos procedimientos -

preferente art. 53.a) y ordinario 57.2-. de la propia legislación de extranjería -artículos 63.1, 57.2 LOEX y 122 del Reglamento- se desprendería la prevalencia del procedimiento ordinario. El artículo 63. 1 de LOEX no incluye dentro de los supuestos a los que corresponde el procedimiento preferente la conducta del artículo 57.2. El artículo 57.2 LOEX prescribe que previamente a acordarse la expulsión del extranjero por dicho artículo es preceptiva la tramitación del expediente de expulsión. Y, el artículo 122 del reglamento incluye expresamente el artículo 57.2 dentro de los casos que se deben de tramitar por el procedimiento ordinario. Ni la ley ni reglamento en ninguno de sus artículos prescriben que el supuesto del artículo 57.2 se pueda tramitar por el procedimiento preferente, ni tampoco recogen el cambio del ordinario al preferente. Sin embargo respecto a la infracción del artículo 53.a) tanto la ley como el reglamento en algunos supuestos impone a la autoridad gubernativa el cambio de procedimiento del preferente al ordinario).

III.- EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN AUTOMÁTICA DEL ARTÍCULO 57.2. LOEX

14) En los supuestos en que **se decreta una expulsión automática por encontrarse el extranjero incurso en la conducta del artículo 57.2 LOEX**, se considera que **cabría oponer frente a la misma además** de los argumentos sobre la situación personal del extranjero, arraigo, situación familiar (en cuyo caso la expulsión podría ser contraria a los artículos 57.5.6 LOEX, 39 CE, 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, conforme a la interpretación que hace de los mismos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y conllevar la improcedencia de la repatriación), **el informe final de la Junta de Tratamiento favorable a la reinserción social del extranjero** (ya que se debería reservar la aplicación de este artículo a supuestos en que el comportamiento del interno suponga una falta de respeto a la Ley penal, pero no lógicamente en los casos que el interno respeta la ley, ha evolucionado favorablemente al tratamiento reeducador y, concurren otra serie de requisitos).

15) Se critica el automatismo del precepto. Proponiéndose de *lege ferenda* (por el ponente D. Luis Fernández Arévalo) que se debería dejar abierta la posibilidad de regularización de penados extranjeros respecto de los que conste un pronóstico favorable de vida en libertad respetuosa de la ley penal, formulado por la Junta de Tratamiento al amparo del artículo 67 de la LOGP, por considerar que en dichos supuestos la causa de expulsión carecería de fundamento.

16) Se considera que el artículo 57.2 LOEX vulnera el principio *non bis in ídem*, aunque esta vulneración no sea acogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, dado que se impone una expulsión administrativa por unos hechos que ya habían sido castigados vía penal. Conllevando doble sanción penal y administrativa. De todas las formas sigue pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al reseñado artículo.

17) El artículo 151.4 del RLOE para la materialización de las expulsiones de los internos, impone a los Directores de los Centros Penitenciarios la obligación de notificar a la autoridad gubernativa, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en virtud de sentencia judicial, por delito, a los efectos de que, en su caso se proceda a su expulsión, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero. Así como que se haga constar, en los expedientes personales de los extranjeros condenados, si se les ha sido incoado expediente

de expulsión, caso de haberse incoado, estado de tramitación en que se encuentra.

18) Es frecuente, como consecuencia de la citada obligación de comunicación interorgánica, que al extranjero sin asistencia letrada, se le comuniquen el decreto de expulsión tras el cumplimiento de la pena, en el momento en que el interno efectúa la salida del Centro Penitenciario de Zuera, a fin de llevar a efecto su inmediata ejecución. Produciéndose en la práctica indefensión, ante la imposibilidad de recurrir la expulsión, a pesar de que la legislación de extranjería permita que el extranjero pueda interponer el correspondiente recurso una vez expulsado a su país de origen, a través de la vía diplomática o consular. **En estos casos, si se tiene conocimiento de la expulsión habrá que examinar la causa por la que se ha decretado,** toda vez que solo se podría realizar su inmediata expulsión, si entre las causas por las que se ha sido decretada se encuentra la del 53.a) de LOEX. Si la expulsión se hubiera decretado por el artículo 57.2 LOEX, al ser el procedimiento a seguir el ordinario, el artículo 141. 7 RLOX concede un plazo de 72 horas para su salida voluntaria de España. Motivo por el que si se detiene al extranjero a la salida del centro penitenciario para materializar su expulsión, sin tener en cuenta el plazo de 72 horas que confiere la ley para la salida voluntaria, **cabría la interposición de un Habeas Corpus ante el correspondiente Juez de Instrucción.**

IV.- PROPUESTAS EFECTUADAS POR ASISTENTES E INTEGRANTES DEL SOP Y DEL SAOJI

19) Se plantean por los asistentes a la Sesión III del Seminario Intermigra, distintas vías para intentar dar solución a los problemas, que se les plantean respecto de los presos extranjeros internos en Centros Penitenciarios, relacionados con la Extranjería y otras materias:

1ª) **Se propone** por parte de los asistentes **la necesidad de crear mecanismos de coordinación entre el Servicio de Orientación Penitenciaria y Servicio de Asistencia y Orientación Jurídica a Inmigrantes**, a fin de que letrados pertenecientes al SAOJI fueran en las fechas que se les indicara a centros penitenciarios de la provincia, ante el importante número de población extranjera interna, para informarles sobre su situación administrativa en España, posibilidades y forma de renovar los internos preventivos sus permisos, ayudarles en la tramitación (ante la dejadez existente al respecto en los centros penitenciarios), formulación, si ha lugar, de quejas ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria etc. y, dar respuesta a cualquier consulta sobre extranjería que pudieran formular dichos internos.

2ª) Otros asistentes consideran que **sería más conveniente** para dar solución a la problemática planteada, que dentro **del Servicio Orientación Penitenciaria se incluyeran compañeros concedores del Derecho de Extranjería**, toda vez que muchas de las consultas que los internos extranjeros efectúan a los integrantes de dicho servicio tratan sobre sus permisos, procedimientos sancionadores de expulsión etc.

3ª) También se puntualiza que respecto de los procedimientos de expulsión incoados a presos extranjeros internos en el Centro Penitenciario de Zuera, en estos casos, la intervención letrada la efectúa y asume, el letrado de guardia por turno de oficio de extranjería, desde el momento de la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento preferente de expulsión, en dicho centro penitenciario. Por lo que debiera existir una **mayor coordinación entre el Turno de Extranjería y SAOJI**.

4ª) Se constata que un tercio de la población ingresada en los centros penitenciarios españoles es extranjera. Este hecho multicultural se debe de tener en cuenta por el Derecho Penal, precisándose un **conocimiento de la legislación de extranjería por las personas integrantes del Turno Penal y particularmente** por quienes realizan el **Turno de Extranjería**.

También ante los importantes cambios que se están produciendo en todas las parcelas del Derecho por novación del sujeto, se concluye la necesidad de que los Servicios del Turno de Oficio se acomoden a esa realidad multicultural para su mayor eficacia y evitar la multiplicidad de actuaciones. Se concluye la necesidad de que las personas que integran el Turno de Extranjería deben realizar previamente a su incorporación al Turno, el Curso de Introducción al Derecho de Extranjería y su práctica y participar en las actividades de reciclaje que se organicen a lo largo del año.

5ª) No solo sería necesaria la coordinación entre el Turno de Oficio de Extranjería, S.O.P. y S.A.O.J.I., sino que además sería preciso el desarrollo de protocolos de **coordinación de actuación intercolegial** para el auxilio entre los distintos Colegios de Abogados para una eficaz defensa (toda vez que a un extranjero le pueden incoar una expulsión en una provincia española y cuando le notifican la propuesta o el decreto de expulsión se puede encontrar en otra).

Zaragoza, 30 de diciembre de 2005