

# EL MODELO POLÍTICO-CRIMINAL ESPAÑOL FRENTE A LA DELINCUENCIA DE INMIGRANTES

**Cristina Rodríguez Yagüe**

*Profesora Contratada de Derecho Penal. Universidad de Castilla La Mancha*

---

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 14-07, p. 07:1-07:42. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-07.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 14-07 (2012), 29 sep]

**RESUMEN:** Este trabajo aborda cómo, a partir de una interesada categorización del inmigrante como delincuente, el legislador ha extendido al ámbito de los sustitutivos penales y de la ejecución de la pena privativa de libertad figuras propias de la política de extranjería comprometiendo con ello los fines preventivo generales y especiales de la pena así como principios básicos del Derecho penal. Para

ello, tras analizar los mecanismos selectivos que incorpora la Ley de Extranjería con el objeto de evitar la entrada y permanencia en España de los extranjeros que tengan antecedentes penales, se estudian las tensiones que esta opción legislativa desencadena al abrirse camino en el ámbito penal, tanto en el proceso, como en la imposición de condenas, y, aunque de una manera más contenida, en la ejecución penal.

**PALABRAS CLAVE:** Delincuencia, inmigrante, expulsión, centro penitenciario, pena privativa de libertad, extranjería, política migratoria, política criminal.

Fecha de publicación: 29 septiembre 2012

---

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Un equívoco presupuesto de partida: la extranjería como factor criminógeno.* 3. *La respuesta de la LOEX ante el extranjero infractor.* 3.1. *Régimen jurídico de los extranjeros extracomunitarios.* 3.1.1. *Los antecedentes penales como impedimento u obstáculo para la entrada y permanencia en el territorio nacional.* 3.1.2. *La figura de la expulsión de inmigrantes en la LOEX.* 3.2. *Régimen jurídico del extranjero infractor comunitario.* 4. *El trasvase de figuras de la ley de extranjería al ámbito del Derecho penal: la expulsión como sustitutivo penal.* 5. *¿Una excepción a la política defensiva?: El sistema de ejecución de penas de los penados extranjeros.* 5.1. *La garantía de los derechos de los extranjeros en la LOGP.* 5.2. *Las restricciones en la forma de ejecución penal.* 6. *Reflexiones finales.* 7. *Bibliografía.*

## 1. Introducción

El modelo de política migratoria diseñado por el legislador en la LOEX<sup>1</sup> responde a la ordenación de los flujos migratorios de carácter eminentemente laboral y, por tanto, se encuentra condicionado a las necesidades de la situación nacional de empleo, si bien confluyen otros fines que acompañan a éste y que, con la reforma operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, han querido pasar a un plano de mayor relevancia<sup>2</sup>. Se trata de una regulación administrativa dirigida hacia una migración fundamentalmente de carácter económico y frente a la que el legislador opta por la selección del perfil de extranjero al que necesita y, por ende permite, su entrada, estancia y desempeño de un trabajo en territorio español y al que le reconoce el ejercicio pleno de derechos en tanto se encuentra en una situación de regularidad administrativa. A su vez, el legislador se encuentra inequívocamente condicionado por la política migratoria de la UE, que exige la coordinación de los Estados miembros para la adopción de una política común en materia legislativa, administrativa y policial<sup>3</sup>. El rol geográfico de España en ese juego es fundamental, pues es una puerta importante de acceso de la inmigración procedente de Latinoamérica y del norte de África hacia Europa<sup>4</sup>.

Ya desde la primera redacción de la LOEX, en ese proceso selectivo el legislador español ha manifestado su recelo ante el fenómeno de la delincuencia de los extranjeros a través de la configuración de una serie de medidas que impidan su establecimiento en nuestro país y que procuren su expulsión de nuestras fronteras<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>2</sup> Así, se introduce en el texto de la LOEX en esta cuarta reforma, un artículo 2 bis, referido a la política migratoria, donde, junto a los fines tradicionales de ordenación de los flujos migratorios laborales y de coordinación con las políticas definidas por la UE, se incorporan con la misma importancia otros principios rectores que responden a criterios no estrictamente económicos, sino de respeto a los derechos y libertades de los extranjeros y a criterios estrictamente humanitarios: la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía; la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; la efectividad del principio de no discriminación, la garantía del ejercicio de los derechos establecidos para todas las personas en la Constitución, tratados internacionales y leyes, la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas, la persecución de la trata de seres humanos y la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social.

<sup>3</sup> RÍOS CORBACHO, J.M., «Regulación jurídica de la extranjería: situación actual». *Sistema penal y exclusión de extranjeros*. Bomarzo, 2006, p. 69. Política migratoria española y europea que actúa, como resume MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., en tres frentes: «el primero, impidiendo que salgan y que se nos aproximen [a partir de la externalización de los controles encargando a terceros países de tránsito la contención de la inmigración dirigida a Europa]. El segundo, impidiendo que entren, que traspasen nuestras fronteras [impermeabilizando las fronteras]. Para el caso de que consigan entrar en nuestro territorio, el tercer objetivo sería echarles de él, forzarles a salir [a través de las detenciones, internamientos, repatriaciones y expulsiones]». «Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?». *InDret* 3/2009, pp. 5 y ss.

<sup>4</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., «Política penal europea de inmigración». *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora. Dra. María del Mar Díaz Pita*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 970.

<sup>5</sup> En ello han jugado un papel importante los medios de comunicación, donde de manera no poco frecuente se hace referencia a la procedencia de los delincuentes, lo que ayuda a consolidar el desarrollo de estereotipos que luego puedan justificar un tratamiento desigual. SAN JUAN, C., «Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes». *Eguzkilore* nº 13, 1999, p. 18. En la creación del estereotipo del inmigrante como delincuente ha desempeñado un papel importante el espacio que los medios han prestado a las declaraciones oficiales que, omitiendo además hechos relevantes, vinculaban inmigración e inseguridad para defender una política criminal de mayor dureza y, en segundo lugar, la insistencia de los medios en presentar una sociedad que cree que esa vinculación es real, lo que refuerza aún más esa correlación. FUENTES OSORIO, J.L., «Los medios de comunicación y el derecho penal». *Revista Electrónica*

A ello ha contribuido además el fracaso de las medidas policiales-administrativas dirigidas al control del tráfico ilícito de inmigrantes<sup>6</sup>, lo que ha facilitado que esta política legislativa de extranjería, selectiva del tipo de extranjero querido y eminentemente defensorista ante el inmigrante infractor, haya ido progresivamente abriéndose paso y contaminando otros ámbitos cuya lógica, principios rectores y garantías son completamente distintos. Éste es el caso del Derecho penal, donde ha alcanzado tanto al proceso como a las consecuencias jurídicas asignadas a la comisión de los delitos. Así, si bien ya se plasmó en el CP de 1995 con la incorporación de la figura de la expulsión de extranjeros irregulares como sustitutivo penal (art. 89), se endurece con la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre<sup>7</sup>, y no hace sino consolidarse y asumirse como innegable tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio. De esta manera, con la figura de la expulsión, el Derecho penal asume un papel de complemento perfecto a la legislación de extranjería, aunque sus principios y lógicas sean muy diversas y no tendrían por qué ser confluyentes. La sanción penal de las conductas de inmigración clandestina, bajo una perspectiva meramente trafiquista que identifica todo movimiento clandestino de migrantes con explotación, y que supone la excusa para su sanción penal, completa la utilización abusiva del ordenamiento punitivo que opera como mero refuerzo de la normativa administrativa de extranjería<sup>8</sup>.

Junto a ello, el CP incorpora una serie de tipos penales dirigidos directamente a la protección jurídico-penal del inmigrante, como los delitos de discriminación, los delitos contra los derechos de los trabajadores o los delitos de tráfico ilegal de

*de Ciencia Penal y Criminología*, 07-16, 2005, pp. 17 y ss. Ese tópico se reforzó con el caso de El Ejido, en 2000, donde el apuñalamiento de una joven por un inmigrante generó una serie de actuaciones violentas y racistas en este municipio. Sobre su repercusión y la consolidación a partir de entonces del tópico inmigración-delincuente, RECHEA ALBEROLA, C. y FERNÁNDEZ MOLINA, E. «Los discursos sobre seguridad ciudadana y lucha contra la delincuencia en la prensa española». <http://www.uclm.es/Criminología/informes.asp>, 2006, p. 30.

<sup>6</sup> Medidas policiales para reducir el tráfico ilegal de personas, incremento de fondos destinados a reforzar los medios técnicos y humanos de vigilancia de las zonas fronterizas o la firma de convenios con los países emisores para estrechar la colaboración policial y facilitar la expulsión más rápida de los inmigrantes son algunos de los mecanismos adoptados en la última década para la lucha contra la inmigración irregular. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «Reflexiones en torno a los problemas de aplicación e interpretación del artículo 318 bis del CP». *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 680 y 681.

<sup>7</sup> Reforma precedida por una interesada guerra de cifras sobre el aumento de la criminalidad y su vinculación con la extranjería, tema que fue objeto de debate en el Parlamento con carácter previo a la reforma en intervenciones del Ministro del Interior (vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 160, 8 de mayo de 2002), y del presidente del Gobierno en el Debate sobre el Estado de la Nación (Diario de Sesiones del Congreso de Diputados nº 179, 15 de julio de 2002) y que nuevamente fue retomado durante su tramitación. Como señala LAURENZO COPELLO, P., se transmitió «una interesada vinculación entre inmigración e inseguridad ciudadana, con la inestimable ayuda de los medios de comunicación», vinculación que facilitó la reforma que, entre otras medidas, introdujo la generalización de la expulsión del extranjero como sustitutivo de penas y medidas de seguridad. «Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión». *Jueces para la Democracia*, nº 50, 2004, p. 30. Cuestionando la conclusión sobre el aumento de la delincuencia y su relación con la extranjería reflejado en las estadísticas policiales, penales y judiciales durante finales de 2001 y principios de 2002, NAVARRO CARDOSO, F., «Extranjería, inmigración y sistema penal». *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 225 y ss. Sobre la alimentación interesada por los partidos políticos de los datos referidos a la criminalidad de extranjeros durante el año 2002 para justificar las reformas del 2003, véase también VARONA GÓMEZ, D., «Medios de comunicación y punitivismo», *InDret* 1/2011, pp. 12 y ss.

<sup>8</sup> LAURENZO COPELLO, «El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos». *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1150 y 1151.

personas<sup>9</sup>. De esta manera se produce en el Código penal una tensión, en ocasiones esquizofrénica, entre las funciones de protección inherentes al Derecho penal y las funciones de control de los flujos migratorios, función impropia a aquél y asumida ante el fracaso del control de la regulación meramente administrativa<sup>10</sup>.

Nos encontramos pues ante una política de actuación única ante la delincuencia de extranjeros, bien se materialice a través de la LOEX, bien a través del CP, que no es otra que garantizar su no presencia en el territorio español. Esta visión encuentra únicamente su fundamento en la configuración del extranjero como un enemigo, del que hay que defenderse manteniéndolo alejado del territorio nacional<sup>11</sup>.

Este modelo político-criminal se basa en el presupuesto de la peligrosidad del extranjero, en el que la defensa de postulados eminentemente defensistas incorpora la figura de su expulsión como respuesta prioritaria al fenómeno de la inmigración no deseada, subordinando el Derecho penal, sus principios y sus fines, a las políticas económicas y administrativas de control de la inmigración<sup>12</sup>. En efecto, por un lado, difumina peligrosamente principios como la igualdad, la presunción de inocencia o la culpabilidad. Por otro, supone la renuncia a uno de los cometidos impuestos por la Constitución, como es la orientación preventiva de la pena, que cede injustificadamente ante las exigencias de la policía migratoria<sup>13</sup>.

Aparentemente, el ámbito de la ejecución, sin embargo, parece haber resistido hasta el momento de mejor manera los envites de esta política criminal defensista. La razón es que, al contrario que ocurre con las medidas señaladas en la LOEX y en el CP, que fueron creadas expresamente para los extranjeros, en el ámbito penitenciario éstos han sido asimilados al régimen general del cumplimiento de los nacionales ideado en 1979 en la LOGP, régimen guiado por los fines constitucionales de reeducación y reinserción. No obstante, esa tensión existente entre el control de flujos migratorios y los fines y garantías del Derecho penal también alcanza a la ejecución penitenciaria, reflejando igualmente en este campo la existencia de un problema de esquizofrenia legislativa, donde por un lado se promueve la expulsión como medida prioritaria de los extranjeros delincuentes al tiempo que se les garantiza el cumplimiento de sus condenas orientado a la consecución de su reeducación y reinserción social.

<sup>9</sup> Desde esta perspectiva, véase un análisis sobre estos tipos penales en BAUCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho penal ante el fenómeno migratorio». *Revista de Derecho y Proceso Penal*. 2005, nº 13.

<sup>10</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., «Extranjería, inmigración y sistema penal». *Inmigración y sistema penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51 y ss.

<sup>11</sup> Sobre los factores que contribuyen interesadamente a una construcción de los migrantes infractores como una categoría de riesgo, que vienen a sustituir como destinatario principal en tanto categoría peligrosa al drogodependiente, y sobre la funcionalidad de tal construcción, al posibilitar el empleo masivo de fuerza de trabajo del migrante en condiciones de suma flexibilidad y explotación para mantener el estado del bienestar occidental, BRANDARIZ GARCÍA, J.A., y FERNÁNDEZ BESSA, C., «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español». *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Comares, Granada, 2010, p. 272 y ss.

<sup>12</sup> BAUCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho penal ante el fenómeno migratorio». Ob. cit., p. 60.

<sup>13</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., «Extranjería, inmigración y sistema penal», ob. cit., pp. 63 y 64.

## 2. Un equívoco presupuesto de partida: la extranjería como factor criminógeno

Esta estrategia político-criminal frente a la delincuencia de los inmigrantes parte de un presupuesto falaz, consistente en la identificación de la extranjería como una variable relacionada directamente con la delincuencia. Esta construcción se fundamenta en la sobrerrepresentación de los extranjeros en las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias en comparación con el número de extranjeros presentes en territorio nacional<sup>14</sup>. El aumento efectivo de esa presencia, fundamentalmente en la última década, es en todo caso coincidente con el incremento del flujo de inmigrantes en el territorio nacional durante el mismo período<sup>15</sup>.

Sin embargo es éste un punto de partida engañoso. En primer lugar, porque los datos reflejados en este tipo de estadísticas deben ser correctamente depurados antes de servir de termómetro de la criminalidad proveniente de los extranjeros<sup>16</sup>. En efecto, existen una serie de factores que no aumentan la criminalidad de los delincuentes extranjeros sino que inciden en su mayor visibilidad una vez que han cometido hechos delictivos. La existencia de un mayor control formal sobre los extranjeros, ante la facilidad de su identificación policia, así como la utilización prácticamente sistemática de la prisión provisional, especialmente frente a aquellos que se encuentran en una situación de irregularidad, fundamentada en la falta de domicilio y arraigo o en la naturaleza de los delitos en mayor medida cometidos por extranjeros (delitos contra la propiedad y de tráfico de drogas)<sup>17</sup>, son factores que explican el aumento de su presencia y su visibilidad ante las instituciones penales.

En segundo lugar, se trata de una conexión simplista centrada en la nacionalidad del sujeto que comete el hecho delictivo y que olvida los factores que aumentan su situación de riesgo criminológico. En unos casos, son circunstancias presentes sólo

<sup>14</sup> A la creación del tópico del inmigrante delincuente subyacen, para DAUNIS RODRÍGUEZ, A., tres explicaciones: el discurso del Gobierno a través de la policía refiriéndose de manera constante a la necesidad de un mayor control de las fronteras y la inmigración; el mensaje que desprende la Ley de extranjería como una normativa fundamentalmente policial, olvidándose de aspectos fundamentales como la integración o la cooperación con los terceros Estados; y la actitud de los medios de comunicación donde priman las noticias negativas en contra de los inmigrantes y su relación con la delincuencia. «Control social formal e inmigración». *Revista General de Derecho penal*, nº 10, 2008, p. 24.

<sup>15</sup> Un análisis cuantitativo y cualitativo de la delincuencia de inmigrantes en nuestro país en GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: un análisis criminológico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

<sup>16</sup> Como pone de manifiesto TERRADILLOS BASOCO, J., dado que la población inmigrante está constituida en su mayoría por varones adultos de entre 18 y 35 años, sexo y edad en la que se cometen un mayor número de delitos, las cifras que deberían ser comparadas para evaluar la magnitud de la delincuencia de extranjeros corresponderían con el total de inmigrantes frente al total de nacionales varones adultos no ancianos. Igualmente, y en tanto los inmigrantes se ubican normalmente en zonas urbanas deprimidas, donde existe una mayor delincuencia, la estimación de su delincuencia debería realizarse a partir de la comparación con la proveniente de delincuentes nacionales ubicados en las mismas zonas. «La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica». *Migraciones contemporáneas y nuevos riesgos en materia de seguridad. Revista Galega de Seguridade Pública*, nº 8, 2006, pp. 128-129.

<sup>17</sup> A lo que se unen, además, las escasas excarcelaciones para el cumplimiento de la condena o de la libertad en los países de origen ante la negativa de los penados, lo que se refleja en que el cumplimiento del extranjero se aproxime bastante al cumplimiento íntegro y, con ello, sea mayor y más duradera su presencia en prisión. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Retos principales del actual sistema penitenciario». *Jornadas en Homenaje al XXV aniversario de la LOGP*. Ministerio del Interior, 2006, p. 123.

en los inmigrantes, como la situación de irregularidad administrativa<sup>18</sup>. Pero, en otros, son comunes a parte de la delincuencia de origen nacional, como la existencia de una situación previa de marginación<sup>19</sup>. Ese entorno de marginación es además aprovechado por las mafias que utilizan al extranjero irregular para la perpetración de sus fines delictivos<sup>20</sup>. Por tanto, lo que determina la criminalidad no es la condición de extranjero sino la concurrencia de una serie de situaciones que se producen más frecuentemente en los extranjeros que en los nacionales y que los colocan en una mayor situación de riesgo delictivo<sup>21</sup>.

Y en tercer lugar porque no puede hablarse en términos absolutos de los extranjeros como criminales, pues ese binomio delincuencia-extranjería desoye la existencia tanto de diversas categorías de extranjeros, como de las diferentes tipologías delictivas posibles. En efecto, bajo la denominación de extranjero se encubre una generalización de multitud de posibles situaciones que tratan de ser unificadas a partir de la mera condición administrativa del sujeto en el territorio nacional, esto es, su condición de residente legal o ilegal, simplificación de la que se salvan los extranjeros comunitarios<sup>22</sup>. Y bajo el término delincuencia se homogeneizan igualmente múltiples tipologías delictivas, que pueden ir desde pequeños delitos de subsistencia, relacionados con la delincuencia proveniente de la inmigración irregular, hasta graves delitos realizados en el seno de una trama organizada de explotación de personas, tráfico de drogas o de armas, secuestro o extorsiones. La ocultación de unas y otras circunstancias, situación del extranjero y tipo de delito cometido, facilita la adopción de una política común, simplista y de naturaleza defensiva, homogénea para todo tipo de delincuencia extranjera no comunitaria: su expulsión del territorio nacional al ser entendidos como sujetos no deseables.

<sup>18</sup> En este sentido, relacionando la incidencia que una u otra política de extranjería puede tener en el aumento de la criminalidad de extranjeros por el denominado “efecto llamada” de determinadas medidas, afirma SERRANO GÓMEZ, A., que «el inmigrante con contrato de trabajo suele delinquir menos que los nacionales del país que les acoge». «Delincuencia juvenil y movimientos migratorios». *Actualidad penal*, Doctrina, XVI, 2002, p. 403.

<sup>19</sup> Marginación que, junto a la inexistencia de otros frenos como la existencia de la familia o de un trabajo, deja inoperantes los mecanismos de inhibición ante la comisión de hechos delictivos en el caso de los extranjeros que poco tienen que perder ante lo que se les ofrece desde nuestra sociedad de consumo. TERRADILLOS BASOCO, J., «Marginalidad social, inmigración, criminalización». *El derecho penal ante la globalización*. Colex, Madrid, 2002, pp. 148 y 149. A estos factores pueden añadirse la falta de políticas de integración, que contribuyen a un incremento del riesgo de comisión de hechos delictivos en extranjeros de segunda y tercera generación; la aparición de nuevos fenómenos delictivos a nivel internacional, que aumenta la delincuencia de extranjeros de naturaleza transfronteriza, así como los efectos distorsionadores que puede producir la legislación de extranjería ante un efecto llamada que aumente la bolsa de población irregular y, con ello, indirectamente, la delincuencia. GARCÍA ESPAÑA, E., «La delincuencia de inmigrantes en España». *Inmigración en Derecho penal. Bases para un debate*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 146 y ss.

<sup>20</sup> Desvinculándolo así aún más si cabe del Estado de recepción e impidiendo su integración. RÍOS CORBACHO, J.M., «Regulación jurídica de la extranjería: situación actual», ob. cit., p. 67.

<sup>21</sup> GARCÍA ALFARAZ, A.I., «Reflexión criminológica de la inmigración». *Revista General de Derecho Penal* nº 4, 2005, pp. 28 y 29.

<sup>22</sup> Realmente las políticas criminales defensivas se elaboran a partir de un concepto valorativamente diferente, el de la criminalidad del inmigrante, que frente a la criminalidad del extranjero, separa ya de aquéllos la delincuencia proveniente de los comunitarios, y la identifica con el inmigrante que viene en busca del trabajo y respecto a la que, como ha puesto de manifiesto TERRADILLOS BASOCO, J., “se está pensando en el menesteroso que, empujado por la necesidad, busca, cumpliendo los requisitos legales o no, un trabajo de subsistencia en sectores de actividad a los que, coyuntural o estructuralmente, no recurren los nacionales o los comunitarios», «La criminalidad de los migrantes», ob. cit., p. 131.

### 3. La respuesta de la LOEX ante el extranjero infractor

Como se ha adelantado, una de las manifestaciones del modelo selectivo del perfil de inmigración querido por el Estado se concreta en el rechazo a los extranjeros delincuentes. Para ello la legislación de extranjería incorpora una serie de mecanismos tanto para evitar la entrada y permanencia de los inmigrantes extracomunitarios con antecedentes penales como para proceder a la expulsión de los que sean encausados o condenados. En cambio, estas medidas no son extensibles a los extranjeros comunitarios donde prevalece el derecho a la libre circulación y residencia.

#### 3.1. Régimen jurídico de los extranjeros extracomunitarios

##### 3.1.1. *Los antecedentes penales como impedimento u obstáculo para la entrada y permanencia en el territorio nacional*

La LOEX recoge un primer grupo de medidas de carácter administrativo dirigidas a impedir la entrada o la permanencia en territorio español de personas imputadas o condenadas por delitos, ya en territorio español, ya en europeo.

###### a) *Prohibición de entrada para los reclamados por causas penales*<sup>23</sup>

Los requisitos establecidos por la LOEX para la entrada del extranjero en territorio español son la entrada a través de los puestos habilitados al efecto, que se halle provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, un visado (salvo que un Convenio o la normativa europea establezcan lo contrario), la presentación de los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y la acreditación de medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o, al menos, estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios (art. 25).

Como causa de prohibición de la entrada en territorio español, se configura en la Ley que el sujeto haya sido expulsado, en tanto dure la prohibición de entrada aparejada a la expulsión, o la existencia de una prohibición de entrada por otra causa legalmente establecida o en virtud de Convenios Internacionales en los que sea parte España (art. 26). En el desarrollo reglamentario sobre la prohibición legal de entrada, el REX dispone que se considerará prohibida la entrada de los extranjeros, y consecuentemente se les impedirá su acceso al territorio español, a aquellos sobre los que “se tenga conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, de que se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países,

<sup>23</sup> Asimismo, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, recoge como causa de denegación que el solicitante haya sido objeto de una condena firme por delito grave, siempre y cuando constituya además una amenaza para la comunidad (art. 9.2).

siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España y sin perjuicio de su detención, en los casos en los que ésta proceda” (art. 11).

b) *No autorización de residencia temporal a extranjeros con antecedentes penales*

Para la obtención de una autorización inicial de residencia temporal de un extranjero se establece como requisito la carencia de antecedentes penales, bien sea en España, o bien en los países anteriores de residencia del extranjero durante los últimos cinco años, siempre y cuando se trate de delitos existentes en el Ordenamiento penal español. Además, el extranjero no debe figurar como rechazable en el espacio territorial de los países con los que España tenga firmado un Convenio en este sentido (art. 31.5 LOEX). Se configura además como un requisito tanto en la concesión de una autorización inicial de residencia temporal no lucrativa, sin realizar actividades laborales o profesionales (art. 46 REX), como en los supuestos de autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 64.2 b) REX)<sup>24</sup>.

La exigencia de la carencia de antecedentes pretende un modelo de extranjero inmigrante aceptable por el Estado basado en una presunción de peligrosidad indiciaria burda, en tanto equipara esa peligrosidad a la comisión de un delito, desoyendo la presencia o ausencia de otros indicadores de importancia, ya propios del delito o de su forma de comisión, como la distinta gravedad delictiva, o de factores posteriores, como si esa condena ya ha sido cumplida<sup>25</sup>.

Es el extranjero el que está obligado a demostrar la carencia de antecedentes penales, cuando se trate de solicitantes mayores de edad, acompañando a su solicitud de residencia temporal no lucrativa o a la solicitud de visado de residencia y trabajo y entrada en España un certificado de antecedentes penales o documento equivalente, que haya sido expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en los que haya residido en los últimos cinco años (arts. 48.2 b) y art. 70.1 a) REX).

c) *Posibilidad de no renovación de las autorizaciones de residencia temporal*

En los supuestos de renovación de las autorizaciones de residencia temporal la carencia de antecedentes se configura, ya no como un impedimento insalvable, pero sí como un obstáculo, en la evaluación de su concesión.

<sup>24</sup> La existencia de antecedentes penales en España o en los países de residencia anterior en los últimos cinco años supone un impedimento para la concesión de los demás tipos de autorización de residencia temporal; es el caso de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo para investigación (art. 76.1 b) REX), y para los profesionales altamente cualificados titulados de una Tarjeta azul-UE (art. 87 b REX)-<sup>24</sup>, la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada (art. 99 REX), la residencia temporal y trabajo por cuenta propia (art. 105.2 b) REX), la residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (art. 111 a) 1º REX).

<sup>25</sup> En su redacción originaria, la LO 4/2000, tras requerir igualmente para la autorización de la residencia temporal que el extranjero careciese de antecedentes penales en España o en países anteriores de residencia, matizaba que no sería obstáculo para *obtener o renovar* la residencia haber cometido delito en España si el sujeto había cumplido la condena, había sido indultado o estaba en situación de remisión condicional de la pena (art. 29.4). Sin embargo, la reforma de unos meses después, por la LO 8/2000, volvió a la lógica de la Ley de extranjería de 1985, negando la residencia temporal a los extranjeros con antecedentes tanto por la vía contemplada en su antecesora, configurándola como una infracción muy grave, como condicionando la autorización de la residencia temporal a la carencia de antecedentes penales y sólo permitiendo la valoración de los mismos en el caso de que hubiera un cumplimiento de la condena, indulto o remisión condicional, y sólo para los supuestos de renovación del permiso y no para la autorización inicial.

La LOEX establece la ausencia de antecedentes penales como una de las condiciones que serán valoradas en la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, considerándose en tal renovación si existen indultos o situaciones de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena privativa de libertad (art. 31.7). En su desarrollo reglamentario, se introduce una pequeña variación en la redacción, que abre la posibilidad también a ser tenida en cuenta, junto a la existencia de un indulto o de la suspensión de la condena, la satisfacción de su cumplimiento (arts. 51.5 a) y 71.5 a)<sup>26</sup>.

Por lo tanto, la LOEX no cierra la posibilidad a la renovación de la residencia temporal en los casos de existencia de antecedentes, circunstancia ésta que podrá ser ponderada a partir de la valoración de otros criterios genéricos incorporados en su texto, como “el esfuerzo de integración del extranjero”, “acreditado mediante un informe positivo de la CCAA que certifique la asistencia a las acciones formativas”.

En cualquier caso, en no pocas ocasiones, el extranjero infractor se encontrará ante una situación de irregularidad sobrevenida, siendo imposible la renovación de una autorización previa de residencia temporal al no poder cumplir los demás requisitos legales para su renovación como, por ejemplo, la existencia de una relación laboral o de un contrato de trabajo.

d) *Excepción de la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales a extranjeros delincuentes*

Cuando concurren circunstancias excepcionales referidas al arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público, la LOEX prevé la posibilidad de concesión de una autorización de residencia temporal (art. 31.5). Si además se trata de mayores de edad a efectos laborales, esta autorización llevará aparejada además una autorización de trabajo.

No es la Ley, sino su reglamento, el que introduce la carencia de antecedentes penales tanto en España como en su país de origen o país/es en los que haya residido el extranjero en el último año, como un requisito para la obtención de las autorizaciones de residencia temporal por razón de arraigo laboral (art. 124.1) y arraigo social (art. 124.3).

No obstante, y si bien el texto reglamentario no incorpora una previsión similar entre los requisitos para la obtención de una autorización de residencia temporal por razones de arraigo familiar (art. 124.3), por razones de protección internacional (art. 125), por razones humanitarias (art. 126) o por colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público (arts. 127, 135 y 137), en

<sup>26</sup> “Para la renovación de la autorización se valorará, en su caso, previa solicitud de oficio de los respectivos informes: a) que el extranjero haya cumplido la condena, haya sido indultado o se halle en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena”.

la configuración del procedimiento de solicitud de este tipo de permiso excepcional se exige la presentación de un certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país/es en que haya residido el solicitante los cinco años anteriores a la entrada en España. En este documento no deberán constar condenas por delitos existentes en el Ordenamiento español (art. 128).

e) *Autorización de residencia de larga duración*

También los antecedentes penales del extranjero van a ser evaluados para la concesión o no de la autorización de residencia de larga duración, residencia a la que pueden acceder los extranjeros que hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años y que les autoriza a residir y trabajar en España de manera indefinida y en las mismas condiciones que a los españoles<sup>27</sup>. No obstante, ni la Ley ni su Reglamento configuran directamente la ausencia de antecedentes como un presupuesto para su concesión, sino que se introduce de manera indirecta en el ámbito procedimental, cuando se requiere que el extranjero acompañe a su solicitud el certificado de antecedentes penales, no debiendo constar en éste condenas por delitos previstos en el Ordenamiento español (arts. 149.2 y 3 REX). Esta confusa redacción debería permitir interpretar que la carencia de antecedentes penales no debería ser establecida como un impedimento *a priori* para la concesión de la autorización de residencia de larga duración, sino como un elemento más de juicio para resolver la autorización o no de este tipo de residencia. Otra interpretación sería incoherente ya no con el texto literal de la Ley y el Reglamento, sino con la posibilidad que ambos permiten de autorizar la renovación de la residencia temporal a extranjeros con antecedentes<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Véase la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 que, en su artículo 6 establece que los Estados Miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública, tomando en consideración, para su evaluación, la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública.

<sup>28</sup> Por su parte, aunque el CC español no condiciona expresamente la concesión de la nacionalidad por residencia a la inexistencia de antecedentes penales del solicitante, éste es uno de los elementos que van a ser evaluados para averiguar si el solicitante responde al estándar medio de conducta que le es exigible. A parte del requisito temporal de permanencia en España durante una serie de años, el CC introduce la necesidad de que la residencia del extranjero haya sido legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición y se exige que el interesado justifique, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22 CC). Especial importancia tiene la audiencia personal del encargado del Registro y el informe del Ministerio del Interior (art. 221 y 222 Reglamento del Registro Civil). Además, el Ministerio de Justicia podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional. Entre los elementos que se van a ponderar en la concesión de la solicitud, para constatar la existencia o no de esa buena conducta típica, se encuentran nuevamente los antecedentes penales, ya que el solicitante tiene que indicar en su solicitud para la concesión de la nacionalidad por residencia “si está procesado o tiene antecedentes penales”, como establece el art. 220 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley del Registro Civil. Como ha señalado el TS en su sentencia de 30 de noviembre de 2000, en tanto la concesión de la nacionalidad no supone el reconocimiento de un derecho, sino un “acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado, que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones”, se puede condicionar a que el solicitante cumpla una serie de requisitos y a que “justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica”. En cambio, el TS ha establecido en diversas sentencias que el hecho de haber sido objeto de diligencias penales “no es un obstáculo insalvable para considerar satisfecho el requisito de la buena conducta cívica” siempre que, por supuesto, se

### 3.1.2. *La figura de la expulsión de inmigrantes en la LOEX*

El segundo mecanismo que incorpora la LOEX frente al extranjero delincuente es la figura de su expulsión, expulsión que se manifiesta a través de una doble vertiente: ya al comienzo del procedimiento penal, con la expulsión judicial de los extranjeros inculcados o procesados por la comisión de un hecho delictivo, ya en un momento posterior, una vez que haya cumplido la condena impuesta en un proceso penal, configurando la existencia de antecedentes penales como causa de expulsión administrativa.

#### a) *Expulsión judicial de extranjeros inculcados o procesados*

Al igual que su antecesora, la LO 7/1985, de 1 de julio (art. 21.1), la LOEX recoge desde su redacción inicial la expulsión judicial de los extranjeros procesados o imputados que lo estén en un procedimiento judicial por delito o falta si la pena privativa de libertad prevista es inferior a seis años o para las penas de distinta naturaleza, procediéndose al archivo de la causa penal (art. 57.7 LOEX)<sup>29</sup>.

A pesar de que su regulación se encuentre en la LOEX, se trata indudablemente de una medida de naturaleza judicial, y no administrativa, puesto que es el juez –Juez de instrucción o Juez de lo Penal-, previa audiencia del Ministerio Fiscal, quien debe autorizar esta expulsión<sup>30</sup>. Aunque su finalidad sea la de evitar que los extranjeros cometan delitos para, con la tramitación de un procedimiento penal, evitar su expulsión, la adopción de esta medida requiere que exista un procedimiento administrativo previo de expulsión por alguna de las causas previstas legalmente, presupuesto al que se suma el requisito de que el sujeto se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial<sup>31</sup>. Por ello, el acuerdo de expulsión procede de la propia Administración, tras la incoación del consiguiente procedimiento sancionador, siendo el juez quien finalmente autoriza la procedencia de esta expulsión. Su función no será otra que la mera constatación de que el acuerdo gubernativo de expulsión cumple con los

desprendan del expediente administrativo otros datos de signo positivo que lo justifique” (STS de 19 de diciembre de 2008). En cuanto a los antecedentes cancelados, el TS ha señalado que si bien la existencia de antecedentes penales debe ser evaluada como un factor para analizar la concurrencia o no de la conducta cívica, deben tenerse en cuenta otras circunstancias concurrentes como el tiempo en el que se dictó la condena, la tipificación delictiva, el modo como ocurrió el hecho punible o la situación familiar o profesional del solicitante durante la residencia en territorio español (STS 5 de octubre de 2002).

<sup>29</sup> Expulsión que deberá ser hecha efectiva en el plazo más breve posible y, en todo caso, en un plazo no superior a tres días (art. 57.7 LOEX). Es posible su aplicación en el caso de las faltas o cuando exista una causa por varios delitos, si cada uno de ellos no supera los seis años de privación de libertad.

<sup>30</sup> Sin embargo, el TC entendió en su sentencia 24/2000, de 31 de enero, que se trataba de una sanción administrativa y no de una pena, donde la autorización judicial supone un requisito necesario para que la expulsión pueda llevarse a cabo por la Administración.

<sup>31</sup> La expulsión requiere que el sujeto se encuentre imputado o procesado, entendiéndose que podrá procederse a la expulsión “tan pronto se concrete la inculpación en fase de diligencias previas, mediante la citación del extranjero ante el juez de instrucción en calidad de imputado quedará expedita la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa”. Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería y 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. La expulsión podrá realizarse en cualquier momento de la tramitación del proceso hasta el inicio del juicio oral. Una vez empezado éste, no podrá ser adoptada, a no ser que haya algún motivo legal por el que se acuerde la suspensión de las sesiones del juicio oral, con pérdida de validez de lo actuado. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006.

requisitos legales<sup>32</sup>. Aunque también debe decidir sobre la conveniencia o no de la medida, su ámbito de decisión se ha visto progresivamente limitado. En efecto, en un primer momento la expulsión judicial se configuró como una medida potestativa del juez, lo que permitía la evaluación de los intereses contrapuestos que debían ser ponderados en la autorización o denegación de la expulsión<sup>33</sup>. No obstante, y debido a las reticencias que la aplicación de esta figura encontró entre los jueces, fundamentalmente atendiendo al derecho al proceso debido y a los derechos constitucionales protegidos así como a los problemas de índole práctica para llevar a cabo esta medida presentes en no pocas ocasiones<sup>34</sup>, se reformó para darle un carácter prácticamente automático. De esta manera, la reforma llevada a cabo mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, estableció como norma general la utilización de la expulsión, pues, de decidir su no adopción, el juez se ve obligado a motivar la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. No obstante, este automatismo pretendido por la reforma ha venido a ser matizado correctamente en la práctica<sup>35</sup>. Y ello porque, como ha puesto de manifiesto reiteradamente la doctrina, esta figura implica la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado en aras a un principio de oportunidad, no previsto en nuestra legislación procesal, y que no está sino subordinado a una política defensiva de extranjería<sup>36</sup>, que prioriza la expulsión del extranjero frente a la investigación y sanción de los delitos cometidos por él<sup>37</sup>, postergando con ello la competencia jurisdiccional a intereses de naturaleza no penal<sup>38</sup>. A ello se unen las consideraciones que plantean que esta medida violenta el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)<sup>39</sup>, que garantiza que el extranjero tenga derecho a obtener la tutela efectiva

<sup>32</sup> Siendo su función, como ha establecido el TC en su sentencia 24/2000, de 31 de enero, análoga a la del Juez que conoce en sede de *habeas corpus* de la situación del extranjero que va a ser expulsado. El Juez penal será el que deba velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando provisionalmente el presupuesto material que justifica la actuación administrativa de expulsión, correspondiendo en cambio a los Tribunales contencioso-administrativos el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión.

<sup>33</sup> PÉREZ PÉREZ, J. señala los intereses contrapuestos que entran en conflicto: el interés del Estado en expulsar frente al interés del Estado en castigar al delito, juzgando al posible culpable y ejecutando lo juzgado así como el interés del extranjero, -ya favorable, ya contrario a la expulsión- frente al interés del perjudicado por el delito, atendiendo a la posibilidad de que las responsabilidades civiles queden excluidas si se determina la expulsión del extranjero. «La expulsión del extranjero en el proceso penal». *Cuadernos de Derecho Judicial XXXVII*, 1994, p. 517.

<sup>34</sup> ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”. *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 34 a 37.

<sup>35</sup> La Circular 2/2006 de la Fiscalía se pronuncia en contra de su aplicación cuando se trate de delitos graves (con una pena de cinco años) y a favor para los delitos menos graves. En este caso, para pronunciarse a favor en la fase de audiencia previa ante el Juez, entiende la Circular que deberán ser evaluados atendiendo a criterios como la trascendencia del delito cometido, si ha sido cometido por grupos organizados, ha provocado alarma social o si existe una necesidad reforzada de respuesta penal. También considera que no deberá procederse a la expulsión si existen expectativas de los perjudicados de obtener reparación o si es relevante la declaración del extranjero para el esclarecimiento de la responsabilidad de terceros.

<sup>36</sup> Poniendo el Derecho penal al servicio de las políticas migratorias ejercidas por el Gobierno de turno PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Comares, Granada, 2004, p. 339.

<sup>37</sup> En cualquier caso, el TC ha negado que el extranjero tenga derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se deba continuar el procedimiento judicial hasta su culminación (STC 24/2000, de 31 de enero).

<sup>38</sup> ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena”, ob. cit., p. 32.

<sup>39</sup> Derecho fundamental del que son titulares también los extranjeros, en atención a lo establecido en el art. 13 CE y el reconocimiento explícito realizado por el TC en diversas sentencias, como en la STC 107/1984, de 23 de noviembre,

de los jueces mediante un proceso público sin dilaciones indebidas y a la presunción de inocencia<sup>40</sup>. Y, con ello, al interés de la víctima y de la sociedad a que el sistema reaccione adecuadamente al delito cometido<sup>41</sup>.

De hecho y ante el peligro de que cierta criminalidad pudiera quedar impune, la propia LOEX introduce como criterio corrector la excepción de aplicación de esta figura a los procesados o imputados por el delito de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 CP), y en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis)<sup>42</sup>. Además, para evitar una posible lesión del principio *ne bis in idem*, no podrá ser aplicada cuando no exista relación entre los hechos que han dado lugar al expediente administrativo de expulsión y la realización de los hechos imputados por los que se sigue la causa penal<sup>43</sup>.

Frente a la expulsión como sustitutivo penal, que sólo puede ser acordada respecto a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa, la LOEX amplía el ámbito subjetivo de esta expulsión también a los extranjeros que tengan una autorización de residencia temporal y que podrán por tanto ser objeto de un procedimiento sancionador que finalice con su expulsión del territorio nacional, con las limitaciones establecidas en el artículo 57.5 LOEX<sup>44</sup>.

La expulsión conlleva en todo caso la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España y el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del Extranjero expulsado (art. 57.4 LOEX).

donde incluye la tutela judicial efectiva entre los derechos derivados de la garantía de la dignidad humana y que, por tanto, deben ser reconocidos de igual manera a extranjeros y nacionales.

<sup>40</sup> Y, con ello, un derecho a un proceso y a la obtención de una sentencia. TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código penal de 2009». *InDret*, 2010, p. 7. Por el contrario, entiende CUGAT MAURI, M. que no vulneraría ni la presunción de inocencia ni las garantías derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que son casos en los que el extranjero sería igualmente expulsado administrativamente por su situación de irregularidad. Entiende que, por tanto, y al requerirse la existencia previa de un expediente administrativo de expulsión, la expulsión judicial simplemente garantiza la intervención de la autorización judicial en los supuestos en los que el extranjero sin residencia está procesado y, por tanto, obligado a comparecer ante el juez y que tal presunción no presupone la culpabilidad y, con ello, las garantías derivadas del art. 24 desaparecen si el juez renuncia a la condena. «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal». *Revista de Derecho y Proceso Penal* nº 6, 2001, p. 29.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ MESA, M.J., que entiende que esta renuncia al proceso a favor de la expulsión sólo podría estar justificada, en atención al principio de oportunidad procesal, en casos de delitos que no sean muy graves y tras valorarse el interés tanto del extranjero como del perjudicado por el delito. «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica». *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 271 y 272.

<sup>42</sup> En estos supuestos, introducidos por vez primera por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, se procederá a su expulsión una vez cumplida la pena privativa de libertad a la que hayan sido condenados (art. 57.8 LOEX).

<sup>43</sup> SSTS Sala 3ª 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004 y 2 de marzo y 29 de abril de 2005.

<sup>44</sup> En concreto, se exceptúa a los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años, los residentes de larga duración, los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española y los beneficiarios de una prestación por incapacidad para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocurridos en España y los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial pública destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Todos ellos sólo podrán ser expulsados si han cometido la infracción contemplada en el art. 54.1a) LOEX, consistente en la participación en actividades contrarias a la seguridad nacional, orden público o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o bien si son reincidentes en la comisión, durante un año, de una infracción muy grave sancionable con la expulsión.

b) *Expulsión administrativa por la existencia de antecedentes penales no cancelados*

Como último eslabón de la política migratoria defensiva contra el inmigrante delincuyente, La LOEX configura como una infracción grave, sancionada con la expulsión administrativa del territorio, la existencia de antecedentes penales no cancelados (art. 57.2)<sup>45</sup>. Esta infracción ya contemplada en la Ley de Extranjería de 1985, fue suprimida de nuestro Ordenamiento en el corto periodo de vigencia de la LO 4/2000 hasta la reforma de la LO 8/2000.

Esta expulsión será de aplicación a quien haya cometido un hecho delictivo doloso castigado con una pena privativa de libertad superior a un año, ya lo haya cometido en otro país, ya en territorio nacional. Es el mecanismo para proceder a la expulsión de los extranjeros condenados en España a los que no se les ha aplicado la expulsión judicial (art. 57.7 LOEX) ni la expulsión penal (art. 89)<sup>46</sup>.

La expulsión, prevista para los casos de infracciones muy graves (art. 54) y para algunos de los supuestos de infracción grave contemplados en el art. 53, implica además de su salida del territorio español, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España y el archivo de los procedimientos que tuvieran por objeto conseguir la autorización para la residencia o el trabajo. Asimismo, la expulsión conlleva la prohibición de entrada en el territorio español, prohibición que en principio no puede exceder de cinco años, a no ser que el extranjero suponga una grave amenaza para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, pudiendo entonces ampliarse hasta los diez años (art. 58 LOEX).

Esta medida plantea, en primer lugar, una posible redundancia con la figura de la no concesión de la autorización de residencia temporal, pues un extranjero que no pueda acceder a ésta por haber sido condenado por un delito se encontrará entonces en situación de irregularidad y, por tanto, se podrá producir su expulsión por la comisión de la infracción contenida en el art. 53.1 a) LOEX. Es además contradictoria con la previsión de la LOEX y su REX que permite valorar para la renovación de la autorización de residencia temporal, la existencia de indultos, remisiones, suspensiones o cumplimiento de la pena, pues una interpretación literal nos llevaría

<sup>45</sup> Medida contemplada por el artículo 3 de la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, que contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacional y que podrá adoptarse en caso de “condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año”. En cambio, la Recomendación 1504, de 14 de marzo de 2001, del Consejo de Europa entiende que la expulsión de una persona después de que haya cumplido la pena de prisión constituye una doble pena. Más detenidamente sobre la normativa internacional y comunitaria relativa a la expulsión de extranjeros, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*. La Ley, Madrid, 2007, pp. 165 y ss y 171 y ss.

<sup>46</sup> Al igual que en la expulsión judicial, no se podrá expulsar, en cambio, a los residentes de larga duración, salvo que el procedimiento gubernativo de expulsión sea por la infracción consistente en la participación en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países o el estar implicados en actividades contrarias al orden público (art. 54.1 a) LOEX) o si ha reincidido en la comisión de una sanción de la misma naturaleza en un año (art. 57.5 LOEX).

también a entender la necesidad de aplicar en estos supuestos la infracción contenida en el artículo 57.2 y, por tanto, proceder a su expulsión, sin poder autorizar en ningún caso la renovación<sup>47</sup>.

Pero además, refleja una importante distorsión en la configuración del ámbito subjetivo de aplicación respecto al sustitutivo penal del art. 89 CP, al permitir que se aplique a un extranjero que no se encuentre en una situación previa de irregularidad administrativa (a excepción de los comunitarios y los que tienen una autorización de residencia permanente), como sí que se exige en la expulsión penal. Esa divergencia en la configuración de la expulsión administrativa por la existencia de antecedentes penales y la expulsión penal produce además un efecto perverso, puesto que mientras que el CP permite sustituir la pena de prisión al extranjero irregular por la expulsión, al extranjero en situación de regularidad administrativa se le obliga a cumplir la condena para ser expulsado en un momento posterior, una vez terminada ésta<sup>48</sup>.

Además, el recurso automático a la expulsión tras el cumplimiento de la condena supone, por último, una renuncia a los fines resocializadores de la pena en los supuestos en los que se ven abocados, tras su cumplimiento, a su expulsión del territorio nacional<sup>49</sup>. No así lo ha entendido el TC, que en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, rechaza que esta causa de expulsión contemplada en el art. 57 LOEX vulnere el artículo 25.2 CE al entender que éste se dirige a las penas privativas de libertad, sin que la expulsión pueda ser entendida dentro de éstas. Más aún, excluye del cumplimiento de tal finalidad al legislador en la articulación de las figuras contempladas en la legislación de extranjería<sup>50</sup>.

Los efectos de la actuación conjunta y acumulada de esta medida de expulsión con los obstáculos incorporados en la Legislación de Extranjería para el acceso a una autorización de residencia y de trabajo de los delincuentes extranjeros no comunitarios se proyectan, en primer lugar, sobre el mandato constituyente de reeducación y inserción social (art. 25.2 CE). En efecto, por su automatismo e inevitabilidad, se aboca al extranjero, una vez haya cumplido la condena, bien a un proceso de expulsión, bien –si no se tramita su expediente o no se acepta por parte del país de origen su expulsión- a una situación de irregularidad que se perpetuará hasta la cancelación de antecedentes, requisito para poder acceder a un permiso de residencia temporal (art. 31.5 LOEX). Sólo queda el resquicio, si se trata de la

<sup>47</sup> O, como señala críticamente con esta defectuosa técnica legal, ASÚA BATARRITA, A., puede justificar la interpretación restrictiva, y por ello no deseable, que permita la concesión de la renovación sólo en los supuestos de condenas inferiores a un año de prisión. «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena...», ob. cit., p. 42.

<sup>48</sup> Ésa es la razón por la que la LO 4/2000, antes de la reforma de la LO 8/2000, estableció que no sería obstáculo para obtener o renovar la residencia el haber cometido un delito en España si se hubiera cumplido la condena (art. 29.4).

<sup>49</sup> Igualmente, GUIASOLA LERMA, C., «Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración». *La Ley Penal* nº 67, 2010, p. 48.

<sup>50</sup> «Aquel mandato constitucional se dirige al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la política penal y penitenciaria, pero no al legislador que establece medidas administrativas en el marco de la política de extranjería».

renovación de una autorización de residencia temporal, de que sea valorada la existencia de indultos, suspensión de la pena privativa de libertad o su cumplimiento (art. 31.7 LOEX y 51.5 a) REX). La Ley ha cerrado en cambio el paso a introducir otras variables, como el arraigo, la existencia de relaciones familiares, el desempeño de un trabajo o la primariedad delictiva, factores todos ellos que podrían haber sido adoptados como indicadores para valorar la improcedencia de la expulsión a pesar de la existencia de esos antecedentes penales.

Por último, esta medida también cuestiona el principio *ne bis in idem*<sup>51</sup>, puesto que la acumulación sobre el cumplimiento de la condena por la comisión de un delito de una posterior expulsión administrativa de naturaleza sancionadora supone en sí un doble castigo. No así lo ha interpretado en cambio el TC, que en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, niega que la expulsión tras el cumplimiento de una pena suponga una violación de este principio penal al responder a fines diferentes<sup>52</sup>.

### 3.2. Régimen jurídico del extranjero infractor comunitario

Sin embargo, esta política defensiva contra el extranjero delincuente vence ante la delincuencia de extranjeros comunitarios, cuya respuesta obviamente se encuentra condicionada por el derecho a la libre circulación y residencia por el territorio de los Estados miembro de los ciudadanos de la Unión Europea.

A los *ciudadanos* comunitarios no les será de aplicación la legislación de extranjería más que en aquellos aspectos que les pudieran ser más favorables que las normas de régimen comunitario que se les aplican de manera preferente<sup>53</sup>. Esa normativa preferente se contempla en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la UE de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y, en su desarrollo en el derecho español, en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Por lo tanto, no podrá procederse a la expulsión de un ciudadano comunitario y asimilados<sup>54</sup> a no ser que existan motivos graves de orden público o seguridad pública<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Igualmente RÍOS CORBACHO, J.M., «Regulación jurídica de la extranjería: situación actual», ob. cit., p. 99.

<sup>52</sup> El TC argumenta que «el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado». Véase también Auto TC 331/1997, de 3 de octubre. Críticamente con esta fundamentación, ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena», ob. cit., pp. 39 y 40.

<sup>53</sup> Y así ha querido precisarlo expresamente el legislador en su reforma del artículo 1 de la LOEX operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

<sup>54</sup> Ciudadanos de Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

<sup>55</sup> En efecto, el impedimento de la entrada en España, la denegación de la inscripción en el Registro Central de Extranjeros o de la expedición o renovación de las tarjetas de residencia y la expulsión o devolución del territorio español son limitaciones a los derechos de libre circulación y residencia que sólo pueden fundamentarse en razones de orden público, seguridad pública y salud pública. Respecto a las primeras, el artículo 15.5 d) señala que “deberán estar

Expresamente se niega que la existencia de condenas penales anteriores constituya, por sí sola, una razón para adoptar la expulsión por razón de orden público o seguridad pública<sup>56</sup>. La comisión de un nuevo hecho delictivo no puede dar lugar a la expulsión, a no ser que se anuden además otras razones adicionales de orden público o seguridad pública, que deberán tener una base distinta a la simple existencia de una condena penal<sup>57</sup>.

En consecuencia, no podrán adoptarse frente a un ciudadano comunitario ninguna de las figuras de expulsión enumeradas con anterioridad, ya las recogidas en la LOEX, ya la establecida en el art. 89 CP<sup>58</sup>.

#### **4. El trasvase de figuras de la ley de extranjería al ámbito del Derecho penal: la expulsión como sustitutivo penal<sup>59</sup>**

En 1995 el legislador decide introducir en el Código penal una medida hasta entonces contemplada en la legislación de extranjería<sup>60</sup>, como la expulsión de extran-

fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas”, “deberán constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” y que deberá ser valorada por el órgano competente a partir de los informes de las autoridades policiales, fiscales o judiciales. Asimismo, antes de adoptarse una decisión consistente en una expulsión, deberá tenerse en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica y la importancia de los vínculos con el país de origen y, en todo caso, debe estar regida por el principio de proporcionalidad.

<sup>56</sup> Artículos 27.2 Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004 y 15.5 d) RD 240/2007, de 16 de febrero.

<sup>57</sup> Exigencia que, como propone correctamente, ASÚA BATARRITA, A., debería aplicarse razonadamente de manera análoga a los extranjeros extracomunitarios, cuando la única razón para su expulsión provenga de la existencia de antecedentes por una condena por delito doloso. «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena», ob. cit., p. 44.

<sup>58</sup> Así lo recoge la Circular 2/2009, de la Fiscalía, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, al señalar que, salvo casos excepcionales, reconducibles a los supuestos de orden público, seguridad pública o salud pública del RD 240/2007, de 16 de febrero, se informe negativamente de las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios y asimilados, que se les puedan trasladar al amparo de los artículos 57.7 LOEX y 89 CP.

<sup>59</sup> Junto a la expulsión como sustitutivo penal, el Ordenamiento contempla otra alternativa que posibilita la salida voluntaria del extranjero condenado en España con el fin de cumplir su condena en el país de origen o de residencia. Sin embargo, y aunque ambos mecanismos –expulsión y cumplimiento en el país de origen- tengan una consecuencia similar, como la salida del extranjero del territorio nacional, su finalidad es bien diferente. Mientras que la expulsión supone la sumisión de la prevención y sanción de los delitos cometidos en territorio español a la política de inmigración, el cumplimiento de la condena en los países de origen o residencia es un mecanismo de cooperación jurídica internacional, cuyo objeto es la disminución del daño que supone la ejecución de una pena privativa de libertad en un país distinto al país del que el extranjero es originario, favoreciendo que con el cumplimiento cerca del medio social y familiar, la pena privativa de libertad pueda cumplir sus finalidad resocializadora. MAPELLI CAFFARENA, B., GONZÁLEZ CANO, M.I., *El traslado de personas condenadas entre países*. McGraw Hill, Madrid, 2001, p.1. La figura del cumplimiento de la condena en los países de origen queda recogida en el Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas del Consejo de Europa –Convenio de Estrasburgo-, de 21 de marzo de 1983 así como en numerosos Tratados bilaterales de los que forma parte España. Además, a partir del 5 de diciembre de 2011, la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por la que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE, sustituye al Convenio de Estrasburgo en las relaciones entre los países miembros. Si bien, al igual que el Convenio de Estrasburgo, parte del consentimiento del penado como presupuesto para el reconocimiento de la sentencia y de la ejecución de condenas, exceptúa el requisito del consentimiento si la sentencia y el certificado se transmiten al Estado miembro de la nacionalidad en el que vive el condenado, al Estado miembro al que el condenado vaya a ser expulsado una vez puesto en libertad sobre la base de una orden de expulsión o traslado o al Estado miembro del que el condenado se haya fugado o al que haya regresado ante el proceso penal abierto contra él en el Estado de emisión o por haber sido condenado en el Estado de emisión (art. 6).

<sup>60</sup> En concreto, en el artículo 21.2 de la Ley de Extranjería 7/1985, de 1 de julio: “Si el extranjero fuera condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, 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 hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le

jeros, dándole además una criticable envoltura de sustitutivos penales, como si fuera uno más de los mecanismos que, como la suspensión y las otras formas de sustitución de la pena, se orientan directamente a la consecución de la resocialización del penado. Ocultos en cambio en la (escasa) discusión política legislativa sobre la inclusión y reformas sucesivas de este precepto están otros razonamientos diametralmente opuestos a la idea de búsqueda de reinserción; evitar la permanencia del inmigrante infractor en prisión –tanto por su coste económico como por la presunción de que cometan hechos delictivos para mantenerse en territorio español– y sus especiales dificultades de reinserción al carecer de arraigo en España son presupuestos, sin demostración empírica alguna ni análisis serio previo, utilizados para justificar legislativamente –y en la doctrina, por un grupo minoritario– esta figura<sup>61</sup>.

A través de las diferentes reformas operadas en el artículo 89 CP, la figura de la expulsión penal ha ido consolidándose al tiempo que, por un lado, se ampliaba el tipo de penas sobre las que podía ser acordada y, por otro, se reducía el ámbito de discrecionalidad que inicialmente se dejaba al juez para valorar la procedencia o no de su adopción.

Así, en su redacción inicial, el artículo 89 diferenciaba dos modalidades: la sustitución por la expulsión de las penas privativas de libertad inferiores a seis años y la sustitución por la expulsión del último cuarto de la condena para las penas de prisión de seis o más años<sup>62</sup>. La reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, mantiene la expulsión inicial como sustitutivo de las penas privativas de libertad inferiores a seis años pero amplía la segunda modalidad, estableciendo que los jueces o tribunales acuerden en la sentencia o durante la ejecución la expulsión de “cualquier pena privativa de libertad” que se tuviera que cumplir o se estuviera cumpliendo “para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena”. En este caso, la sustitución parcial podrá realizarse por tanto para cualquier tipo de pena privativa de libertad en cuanto se llegue al tercer grado o se hayan cumplido las  $\frac{3}{4}$  partes, no sólo para las superiores a seis años, lo que amplía las posibilidades de expulsión.

En cuanto al segundo aspecto, la responsable del carácter prácticamente automático que se le ha querido conferir a esta medida fue la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que vino a sustituir el “podrán ser sustituidas” por el “serán sustituidas (...) 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”, automatismo

fuere impuesta”. Salvo en la restricción en el ámbito subjetivo de la expulsión, al referirse sólo a extranjeros en situación de irregularidad, el art. 89 CP amplía la regulación de esta modalidad de expulsión respecto a su precedente.

<sup>61</sup> CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., «El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio de política-criminal». *Derecho penal y política transnacional*. Atelier, Barcelona, 2005, pp. 385 y ss.

<sup>62</sup> Incorporando la LO 11/2003, de 29 de septiembre, la expulsión también en las penas de prisión de seis o más años al acceder al tercer grado penitenciario.

que se procura también para la expulsión de penas superiores a seis años y para las medidas de seguridad. Por tanto, sólo de manera excepcional y debidamente motivada, el juez podía no acordar la expulsión judicial y estimar la procedencia del cumplimiento en España<sup>63</sup>.

Este automatismo de la expulsión buscado por la reforma del 2003<sup>64</sup> pronto fue contrarrestado por la jurisprudencia que a través de tres fundamentaciones diferentes pero concurrentes, construyó los supuestos en los que podía ser desactivada y fundamentarse motivadamente su improcedencia. En primer lugar, la necesidad de ponderar las circunstancias personales del penado, como el arraigo, la vinculación familiar o que pudiese correr peligro su vida o ser objeto de tortura<sup>65</sup>. En segundo, la presencia de razones de prevención general que puedan determinar la necesidad del cumplimiento en España, con el riesgo de producir una situación generalizada de impunidad y de desprotección para los ciudadanos de adoptarse la expulsión<sup>66</sup>. En tercer lugar, el conflicto que la expulsión pueda producir con los artículos 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, afectando a la protección familiar<sup>67</sup>. Junto a ello, el TS se ha manifestado contrario a la adopción de la expulsión en los casos en los que se decreta cuando prácticamente el extranjero ha cumplido la condena, produciéndose entonces una acumulación de sanciones injustificada<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> Salvo que se tratase de una condena por los delitos comprendidos en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 que, por razones de prevención general, debía ser cumplida en España.

<sup>64</sup> Como justifica su Exposición de Motivos, se busca lograr una mayor eficacia en la expulsión y, con ello, “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”. Como señala RODRÍGUEZ MESA, M.J., la reforma emana una filosofía puramente defensiva, dirigida a devolver a sus países de origen a quienes han delinquirido y, de paso, a la reducción de la población penitenciaria. «La expulsión del extranjero en el Ordenamiento jurídico español», ob. cit., p. 278.

<sup>65</sup> STS de 8 de julio de 2004. Así el TEDH se ha pronunciado en diferentes sentencias sobre la imposibilidad de proceder a la expulsión, devolución o extradición de una persona si existen razones fundadas de que existe posibilidad de ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, pues se vulneraría el art. 3 del CEDH de 1950. SSTEDH de 7 de julio de 1989 (Soering) o de 20 de marzo de 1991 (Cruz Varas). No es suficiente en cambio la acreditación de cierto arraigo, como el haber desempeñado anteriormente un trabajo o la existencia de una relación sentimental con otra extranjera que percibe un salario, pues, de otro modo, se vaciaría de contenido la medida. STS 18 de julio de 2007.

<sup>66</sup> STS de 28 de octubre de 2004, que confirma la no expulsión decretada por la AN para un condenado a cinco años por delito de tráfico de drogas, entendiéndose que su expulsión favorecería el tráfico de cocaína por extranjeros, y desaparecería con ello la respuesta penal tanto su fin resocializador como su efecto disuasorio. Vid. también SSTs de 23 de septiembre de 2004, de 24 de octubre de 2005, 21 de diciembre de 2005, de 31 de mayo de 2006, 4 de junio de 2010 y 30 de septiembre de 2010, todas ellas sobre tráfico de drogas. Sí entiende el TS que procederá la expulsión, sin riesgo de que se elimine el efecto disuasorio de la norma penal en caso de conductas de tráfico de una cantidad ínfima. STS 25 de marzo de 2009.

<sup>67</sup> Siguiendo abundante jurisprudencia del TEDH referida a que no debe existir expulsión si existen lazos familiares próximos entre el extranjero y algún nacional del Estado de expulsión o si ya no existe relación con el Estado al que se expulsa [SSTEDH 18 de febrero de 1991 (Moustaquim), 26 de marzo de 1992 (Beldjoudi), 15 de noviembre de 1996 (Cruz Varas) o 2 de marzo de 1997 (Chahal)], la STS de 31 de mayo de 2006 señaló que “la expulsión puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales como los reconocidos en el art. 15 de la CE, al ponerlos en grave peligro de violación; o enfrentarse con la protección familiar a que se refieren los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 39 CE. Lo cual, con arreglo a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión, que reconoce el art. 24 CE, requiere una oportunidad de toma de postura, de alegaciones e incluso de pruebas. (Así en el recurso invoca el acusado su convivencia en España con una persona de la que ha tenido un hijo española)”.

<sup>68</sup> STS de 31 de mayo de 2006, que declara improcedente la expulsión para un condenado por tráfico de drogas, al no haberse solicitado por el Fiscal, no haber sido motivada en la sentencia y por haber cumplido ya el condenado siete meses de privación de libertad de los tres años de su condena. Vid. también SSTs de 7 de junio y de 11 y 24 de octubre

Ese automatismo también trató de ser corregido por parte de la Fiscalía, que en su Circular 2/2006 apuntaba los supuestos en los que los Fiscales debían manifestarse contrarios a la adopción de la expulsión, ya por prevalecer fines preventivo generales, ya por las circunstancias personales del extranjero<sup>69</sup>.

La reforma del 2010 adopta una posición templada e intermedia entre la redacción del 95 y la del 2003<sup>70</sup>, desaprovechando la ocasión de modificar uno de los aspectos más criticados por la doctrina<sup>71</sup>. Mientras que establece cierto automatismo al instar a los jueces a que las penas “serán sustituidas”, la posibilidad de no acordar la sustitución y establecer el cumplimiento de la condena en España pierde el adjetivo de “excepcional”<sup>72</sup>. En cambio, no incorpora las causas que deberían justificar el cumplimiento de la condena en España<sup>73</sup>. Sí reintroduce la reforma la audiencia al penado con carácter previo a la adopción de la expulsión, suprimida en la reforma del 2003, aunque frente a otras figuras como el cumplimiento en el país de origen, su consentimiento no se configura como requisito para la adopción de la expulsión<sup>74</sup>.

Sorprende además que el legislador se haya olvidado de reformar en éste y otros aspectos la expulsión como sustitutivo del art. 108, donde se sigue señalando el carácter excepcional del cumplimiento de la medida en España.

de 2005 y 25 de enero y 13 de febrero de 2007 sobre falta de solicitud del Fiscal y falta de motivación por el tribunal. Más recientemente, la STS de 22 de junio de 2010 entiende que una vez que se ha cumplido prácticamente la totalidad de la pena privativa de libertad, al abonarse el período de prisión preventiva cumplido por el interno, la expulsión supondría una sanción añadida, uniendo una medida de seguridad a una pena ya cumplida.

<sup>69</sup> En concreto: a) Delitos excluidos por razones de prevención general, en los que por su gravedad o trascendencia sea necesario afirmar el Orden jurídico frente al infractor, ya por su gravedad intrínseca (como el tráfico de drogas o las agresiones sexuales), ya por las particulares circunstancias de sus autores o de los fines perseguidos (delincuencia organizada, bandas armadas, terroristas, delincuencia transnacional), bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima (menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento); b) delitos en los que el sujeto accede a España para su comisión y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos; c) delitos cometidos por las organizaciones criminales; d) los delitos recogidos en los artículos 312, 313 y 318 bis; e) los subtipos agravados de pertenencia a organización en los delitos contra la salud pública o de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico; f) casos en los que deba ponderarse el arraigo, la protección de la familia, el peligro para la vida o que puedan ser objeto de tortura o tratos degradantes; g) casos de sujetos cuya situación podría ser regularizada. Aún así, como ponen de manifiesto CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER GÓMEZ, M., la utilización en las resoluciones judiciales de esa cláusula de excepcionalidad para fundamentar la necesidad de cumplimiento en España se ha caracterizado por su aleatoriedad y desigualdad, convirtiéndola en una “verdadera lotería penal”. «El Derecho penal español ante la inmigración...», ob. cit., pp. 397 y 398.

<sup>70</sup> Frente a los Proyectos de Ley de reforma del Código penal de 2006 y el Proyecto de reforma de 2009, donde se eliminaba su automatismo y se preveía nuevamente que fueran los jueces o tribunales los que tuvieran la potestad, previa audiencia de las partes, de decidir la sustitución por la expulsión del territorio nacional apreciando las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

<sup>71</sup> GUIASOLA LERMA, C., «La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89)». *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 132.

<sup>72</sup> Se recoge la prohibición legal de proceder a la expulsión cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 312, 313 y 318 bis CP.

<sup>73</sup> Y que, como establece GUIASOLA LERMA, C., debieran estar expresamente previstas en este artículo. Entre ellas enumera no sólo la naturaleza del delito, sino su gravedad así como las circunstancias del extranjero. «La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros», ob. cit., p. 132.

<sup>74</sup> Así exigido tanto por el TC, en su sentencia de 242/1994, de 20 de julio, como por el TS, en la sentencia de 8 de julio de 2004 o más recientemente en la sentencia de 24 de julio de 2006. De esta manera se subsana parcialmente la incoherencia que suponía pedir opinión al extranjero para cumplir la condena y la libertad condicional en el país de origen y no para la expulsión, que supone la extinción de su cumplimiento. CERVELLÓ DONDERIS, V., «Situación jurídica de los extranjeros en prisión». *Migraciones contemporáneas y nuevos riesgos en materia de seguridad*, Revista Galega de Seguridade Pública nº 8, 2006, p. 288.

La expulsión podrá ser acordada bien en la sentencia, bien, tras la reforma del 2010, en un auto motivado posterior, previa audiencia del penado, Ministerio Fiscal y partes personadas<sup>75</sup>, debiendo hacerse efectiva en el plazo más breve posible<sup>76</sup>.

En cuanto a su ámbito subjetivo, frente a las figuras de expulsión previstas en la LOEX, la expulsión contemplada como pena en el artículo 89 y como medida de seguridad en el 104 se dirige a los extranjeros en situación de irregularidad, ya por estar en España en régimen de estancia, por irregularidad originaria (entrada ilegal) o sobrevenida (no obtención de la prórroga de estancia, caducidad de los documentos que autorizan su residencia, sin haber solicitado la renovación). No será posible, en cambio, la expulsión de los extranjeros en residencia, temporal o permanente, extranjeros comunitarios, ni los asimilados como apátridas, refugiados y solicitantes de asilo.

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo que debe fijarse entre los cinco y los diez años, en atención a la duración de la pena sustituida y de las circunstancias personales del penado, y que comenzará a computarse a partir de la fecha de expulsión<sup>77</sup>. Este margen de ponderación que se deja al juez, propio de la vigencia del principio de proporcionalidad<sup>78</sup>, había sido cercenado por la reforma del 2003, que determinó que el extranjero no pudiera regresar en un plazo de diez años y, en todo caso, mientras no hubiera prescrito la pena<sup>79</sup>.

En el caso en el que intente su regreso a España durante ese plazo, cumplirá la condena sustituida<sup>80</sup>, lo que parece reflejar una posición subordinada del *ius pu-*

<sup>75</sup> La falta de previsión hasta 2010 de la adopción de la expulsión en la fase de ejecución no impidió que los jueces y tribunales la acordaran en un momento posterior a la sentencia. Fundamental fue la sentencia del TC 145/2006, de 8 de mayo, que declaró contraria por irrazonable al artículo 24 CE la sustitución por la expulsión en un supuesto en el que la sentencia condenatoria no recogió la posibilidad de tal sustitución y ésta se produjo una vez que la condena ya había comenzado a ser aplicada, produciendo una acumulación sucesiva entre pena y expulsión. Para no conculcar las garantías, la Circular 2/2006 de la Fiscalía planteó que esa sustitución en la ejecución se realizase sólo en dos supuestos: cuando la sentencia condenatoria ya ha planteado la sustitución, pero no ha podido producirse por concurrir alguna causa justificada que ha diferido la sustitución a la fase de ejecución de la sentencia y cuando sea el propio reo el que solicita la expulsión.

<sup>76</sup> La LO 19/2003, de 28 de diciembre, de modificación de la LOPJ determina que la expulsión se haga efectiva en el plazo más breve posible y, en todo caso, en los treinta días siguientes, a no ser que exista una causa justificada que lo impida y que deberá ser comunicada a la autoridad judicial. Hasta que esa expulsión sea materializada, se ejecutará la pena originariamente impuesta, lo que quedará dispuesto en la sentencia condenatoria (Disposición adicional 17ª). No obstante, la previsión establecida en el art. 89.6, referida a que pueda acordarse para el aseguramiento de la expulsión el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, si éste no está efectivamente privado de libertad, en los términos y con los límites y garantías previstas en la Ley para la expulsión gubernativa, obliga a ampliar el plazo hasta los 60 días de duración que el internamiento en estos centros tiene establecido en la LOEX.

<sup>77</sup> Esa expulsión además se hace extensiva respecto a los Estados parte del espacio Schengen, según la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

<sup>78</sup> Proporcionalidad que no parece respetarse si se observa que la LOEX establece como plazo máximo ordinario en cinco años la prohibición de entrada en los casos de expulsión y sólo puede subir a diez si el extranjero supone una grave amenaza para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o la salud pública. GUIASOLA LERMA, C., «La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros», ob. cit., p. 134.

<sup>79</sup> Si bien la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio devuelve al juez la potestad de determinar dentro de unos márgenes establecidos la duración de la expulsión del extranjero, el límite mínimo que fija es superior al que preveía en su primera redacción de 1995 el artículo 89, que lo establecía entre los tres y los diez.

<sup>80</sup> La LO 5/2010, de 22 de junio devuelve en este aspecto la redacción del artículo 89 a su redacción de 1995, pues la defensora LO 11/2003 había previsto que siempre que el extranjero regresara incumpliendo la prohibición de entrada, se procedería nuevamente a su expulsión y al comienzo del plazo de prohibición de entrada, con independencia del lugar en

*niendi* estatal que sólo se hace efectivo en el momento en el que fracasa la política de extranjería consistente en la expulsión como medida primigénea<sup>81</sup>. De esta manera, paradójicamente la pena de prisión de hasta seis años pasa a ser un sustitutivo penal de una medida sustitutiva que no llega además a tener la naturaleza de pena. En cualquier caso esa política de extranjería prevalece en los casos en los que el extranjero en su vuelta sea sorprendido en la frontera, pues será nuevamente expulsado por la autoridad gubernativa, comenzando además a computarse desde el principio el plazo de prohibición de entrada en territorio nacional<sup>82</sup>.

Si la expulsión, una vez adoptada en sentencia o en auto posterior, no puede llevarse a cabo, establece el artículo 89 que se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o, en su caso, del tiempo restante que quedara de cumplir. En este punto la reforma del 2010 ha mejorado el texto, eliminando la prohibición de aplicación de los sustitutivos penales en estos casos<sup>83</sup>, al incorporar, junto al cumplimiento de la pena, la posibilidad de adoptar la suspensión de la ejecución de la pena o su sustitución si se dan los requisitos establecidos legalmente<sup>84</sup>. No obstante, sigue siendo merecedor de crítica que los sustitutivos penales de la suspensión del art. 80 y de la sustitución del 88 aparezcan a su vez en sustitución de la pena sustituida por expulsión que no puede ser ejecutada, pues supone una incorrecta gradación de los fines de la pena, que nuevamente ceden a la política de extranjería y sólo reaparecen cuando ésta no puede hacerse efectiva por razones ajenas a criterios preventivo generales y especiales.

La valoración de la regulación de la expulsión penal debe ser negativa en tanto se trata de una medida que supone la desnaturalización de los sustitutivos penales. En primer lugar, porque frente a la figura de sustitución contemplada en el artículo 88, y que supone la sustitución de una pena, la de prisión, por otras, multa, trabajo en beneficio de la comunidad o localización permanente, en la sustitución del artículo 89 la pena privativa de libertad impuesta al extranjero irregular es sustitui-

el que fuera sorprendido. El legislador en cambio se ha olvidado de reformar el artículo 108, referido a las medidas de seguridad, que establece que si el extranjero trata de quebrantar la expulsión y prohibición de entrada, será devuelto por la autoridad gubernativa, comenzando de nuevo a cumplirse desde el principio los plazos de la prohibición de entrada.

<sup>81</sup> La reforma no ha venido a resolver si en este caso el extranjero cumplirá la pena privativa de libertad inicialmente impuesta en su totalidad o deberá descontarse de ésta el tiempo que ha pasado fuera del territorio español. Si bien la doctrina se inclina mayoritariamente por esta última posición (por todos, ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena», ob. cit., p. 91), la Circular de la Fiscalía General 3/2001 interpretaba que el reo debería cumplir en estos casos la totalidad de la pena impuesta. También la redacción del artículo 89 parece apoyar esta última interpretación. Como señala GUIASOLA LERMA, C., debería haberse introducido en el texto del precepto la posibilidad de reducir las penas a cumplir en función del tiempo transcurrido. «La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros», ob. cit., p. 135.

<sup>82</sup> Los efectos de la expulsión penal también alcanzan consecuentemente a los procedimientos administrativos que, en su caso, el extranjero tuviera pendiente para la obtención de la autorización para residir o trabajar en España, que serán archivados (art. 89.3).

<sup>83</sup> Prohibición que podría ser inconstitucional por vulneración de los principios de igualdad y de reinserción social. JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, p. 39.

<sup>84</sup> Ante el silencio mantenido hasta 2010 por el CP, el TC, en su Auto 136/2006, de 6 de abril, había afirmado que para los extranjeros cuya expulsión no había podido ser realizada en el plazo legal establecido, debía aplicarse la suspensión o sustitución de las penas con las mismas condiciones que a los españoles o a los extranjeros con residencia legal.

da por la expulsión, que no es contemplada como pena por el catálogo recogido en el artículo 33 CP. Sí, por el contrario, el legislador la tuvo en cuenta para incorporarla dentro del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, por lo que sólo en el caso de aplicación de la sustitución de la medida de seguridad contemplada en el art. 104 se está ante una sustitución de medidas, al menos teóricamente, homogéneas. En cambio, en el caso de la sustitución de penas, bien se puede entender que se trata de una figura de naturaleza híbrida entre la suspensión de la pena y la aplicación de una medida de seguridad agravada<sup>85</sup>, de la sustitución de una pena por una sanción administrativa<sup>86</sup> o simplemente de la renuncia, o al menos, la suspensión, al ejercicio del *ius puniendi* estatal para facilitar los fines de la política de extranjería<sup>87</sup>.

Pero también supone una desnaturalización de los substitutivos ya que encubre una renuncia a la finalidad resocializadora que les da sentido<sup>88</sup>. Efectivamente, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad del art. 80 y la sustitución del 88 requieren para su aplicación por los jueces la presencia de indicadores que muestren que, por la naturaleza y circunstancias del hecho (penas de corta duración –máximo dos años en el caso de la prisión-), y del sujeto (primariedad delictiva o no habitualidad, esfuerzo por reparar el daño causado), es necesaria una respuesta menos lesiva que la privación de libertad en aras a la consecución de la reinserción del penado. Por el contrario, la expulsión de extranjeros se realiza con independencia de las circunstancias del sujeto y se amplía su ámbito a todo tipo de penas privativas de libertad, desde las inferiores a seis años, hasta el resto en el momento en el que se llega al tercer grado o último cuarto de la condena<sup>89</sup>. La

<sup>85</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*. 2º edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 109.

<sup>86</sup> Revestida de la formalidad de consecuencia jurídica puesto que es impuesta por un juez penal en una sentencia condenatoria. ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena», ob. cit., pp. 61 y 66 o NAVARRO CARDOSO, F., «Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal “simbólico” y Derecho penal del “enemigo”». *Revista General de Derecho Penal* nº 2, 2004, p. 19.

<sup>87</sup> RODRÍGUEZ MESA, M.J., «La expulsión del extranjero en el Ordenamiento español», ob. cit., p. 275. Supone además una contradicción con otras figuras contempladas en el Ordenamiento para perseguir la reinserción del extranjero, como es la posibilidad de cumplir la libertad condicional en su país (art. 197.1 RP), que sí que exige la conformidad del interno. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 52.

<sup>88</sup> En el mismo sentido, CERVELLÓ DONDERIS, V., «Situación jurídica de los extranjeros en prisión», ob. cit., p. 300. Y así lo reconoce el propio TC en su Auto 106/1997, de 17 de abril: “la medida de suspensión solicitada por el demandante de amparo no persigue, a diferencia de otros substitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero no residente en España, pues ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena (...) ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de esas finalidades preventivo especiales que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado a su país”, aunque a renglón seguido continúa: “Debe recordarse que la finalidad preventivo-especial no es la única que corresponde cumplir a las penas y que, en particular, debe ceder siempre que resulte contrapuesta a las necesidades de carácter preventivo-general o de reafirmación del Ordenamiento jurídico”.

<sup>89</sup> En este sentido, CUGAT MAURI, M. matiza que si la expulsión penal no se configurara de manera automática, sino como una alternativa que deja al juez la posibilidad de examinar de modo personalizado y particularizado el cumplimiento de los requisitos para su aplicación, permitiéndole su adopción cuando concurra un supuesto de peligrosidad criminal y no, por ejemplo, en los casos de delincuencia ocasional, sería compatible con la función preventivo-especial de la pena, entendida la ésta ya no como integración o como aplicación de un tratamiento curativo, sino como

finalidad de este sustitutivo penal, en consecuencia, es bien distinta a la del resto de medidas alternativas.

Pero no sólo no responde a criterios preventivo-especiales<sup>90</sup>. La expulsión penal supone también una criticable renuncia a los fines preventivo-generales, y ello a pesar de las matizaciones en su interpretación que ha introducido la jurisprudencia. Dudosamente la renuncia a la ejecución de una pena privativa de libertad puede mantener la eficacia preventiva de la pena<sup>91</sup>. Y así frente a los argumentos que defienden la eficacia inhibitoria de esta medida<sup>92</sup>, la doctrina mayoritaria entiende que, al contrario, la expulsión puede actuar como un efecto llamada, a partir del mensaje de que el extranjero delincuente no cumple condena de prisión sino que es expulsado, lo que puede no sólo atraer a delincuentes extranjeros sino provocar que éstos cometan delitos más graves, puesto que la consecuencia va a ser la misma, su expulsión<sup>93</sup>.

Supone además una vulneración del principio de igualdad al producir una discriminación que se manifiesta en una triple dirección: frente a los extranjeros residentes legalmente y a los nacionales, a los que se obliga a cumplir las condenas que se les han impuesto; frente a los extranjeros a los que se les aplica, puesto que no en todos los casos la expulsión y la prohibición de regreso a España va a ser igual de gravosa; y, por último, para la víctima, a la que se le niega su derecho al resarcimiento de daños al no requerirse que el extranjero haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito cometido<sup>94</sup>. Además, tensionando tanto el principio de igualdad como el de proporcionalidad, al margen de los fines preventivo-generales, las consecuencias derivadas de la expulsión actúan de manera muy diferenciada en función del tipo de criminalidad sobre el que se proyecte<sup>95</sup>.

no creación de males mayores, evitando la comisión de nuevos delitos y el incremento de su peligrosidad. «La expulsión de los extranjeros...», ob. cit., pp. 31, 36 y 37. Pero en tanto la reforma del 2003 buscó su automatismo, cercenando la posibilidad de aplicar, más bien de no aplicar, esta medida por razones distintas a la situación administrativa del sujeto, se puede afirmar que es la propia ley la que impide la reinserción, al no contemplar tal opción el propio texto penal. CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., «El Derecho penal español ante la inmigración», ob. cit., pp. 391 y 392. Afirmación que, pese a la tibia reforma del 2010 en este aspecto, puede ser predicable también de la redacción actual del artículo 89 CP.

<sup>90</sup> Este recurso indiscriminado a la expulsión supone, junto al vaciamiento del contenido garantista del Título Preliminar del Código respecto a los inmigrantes, y la cesión ante la ideología de la segregación del principio de reinserción, una muestra de insolidaridad internacional, pues «en nombre de la cooperación con la Unión Europea son enviados a los países periféricos los delincuentes originarios de allí, renunciando a cualquier actuación preventiva, general o especial». TERRADILLOS BASOCO, J., «Política penal europea de inmigración», ob. cit., p. 984.

<sup>91</sup> Aunque precisamente el sentido de la reforma del 2010 haya sido, para algún sector de la doctrina, eludir los problemas de constitucionalidad por posible vulneración de los principios de igualdad, proporcionalidad e incompatibilidad con los fines preventivo generales y especiales de la pena. JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho penitenciario*, ob. cit., p. 40.

<sup>92</sup> Así, CUGAT MAURI, M., defiende que «el mensaje legal de que la comisión de un delito está conminada con la expulsión ataca de raíz el móvil principal de este tipo de criminalidad: quedarse en el país, y por lo tanto puede ser un eficaz recurso intimidatorio». «La expulsión de los extranjeros...», ob. cit., p. 28.

<sup>93</sup> BAUCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho penal ante el fenómeno migratorio», ob. cit., p. 61.

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ MESA, M.J., «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español», pp. 280, 281 y 286.

<sup>95</sup> Es lo que la doctrina ha denominado como ambivalencia aflictiva de la expulsión: mientras que la expulsión tendrá un gran contenido aflictivo respecto a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa que pretendiesen establecerse en nuestro país y que posiblemente tengan cierto arraigo, su significado es bien distinto para los extranjeros

La expulsión no persigue pues ni la reinserción del penado ni consigue satisfacer correctamente la finalidad preventivo-general de la pena. Busca otros fines distintos como hacer efectiva la legislación de extranjería establecida en la UE<sup>96</sup> y, colateralmente, impedir que un extranjero en situación de irregularidad que delinca pueda evitar con el cumplimiento de la condena la elusión de su expulsión<sup>97</sup>. Junto a ello, se consigue frenar el aumento del número de extranjeros en prisión, actuando como válvula de escape ante la creciente masificación de la población reclusa en España<sup>98</sup>.

En definitiva, esta figura penal sólo puede ser entendida a partir de la legislación de extranjería, cuya principal respuesta frente al extranjero que se encuentra en situación de irregularidad en España es su expulsión, convirtiéndose el Derecho penal en el mero brazo ejecutor de la política de extranjería<sup>99</sup>.

## 5. ¿Una excepción a la política defensiva?: El sistema de ejecución de penas de los penados extranjeros

Sería ingenuo pensar que este movimiento defensivo ante la criminalidad de inmigrantes, proveniente de la Ley de Extranjería y que ha hecho tambalear principios y fines fundamentales del Derecho penal en su respuesta ante los extranjeros delincuentes, se detenga en el ámbito de la imposición a éstos de las penas y sus substitutivos, y no alcance también a la ejecución penal.

Sin embargo, en este ámbito el punto de partida ha sido diferente y es lo que explica que ese movimiento progresivo de momento se manifieste de una manera

que llegaron a nuestro territorio con la finalidad de cometer un hecho delictivo o realizar negocios clandestinos. ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena», ob. cit., pp. 48 y ss; CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., «El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal», ob. cit., p. 392; o más recientemente, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», ob. cit., p. 20. También se ha hecho eco de esta diferente afectación el TS en su sentencia de 14 de febrero de 2007.

<sup>96</sup> Para ROMA VALDÉS, A., «si se condena a un extranjero y se le obliga a cumplir la pena privativa de libertad en España, se estará impidiendo el interés comunitario en la rígida aplicación de esa política [de inmigración comunitaria], restándole eficacia». «La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes de extranjeros». *Actualidad Penal*, nº 35, 1999, p. 853.

<sup>97</sup> Como así reconoce expresamente el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre «En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto».

<sup>98</sup> En este sentido, afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., que la expulsión responde más bien a criterios de política penitenciaria determinados por los de la política migratoria. *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, ob. cit., p. 692.

<sup>99</sup> RODRÍGUEZ MESA, M.J., «La expulsión del extranjero en el Ordenamiento jurídico español», ob. cit., p. 273. Por su parte, CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER GÓMEZ, M., entendiendo como insuficiente esta interpretación de la función del Derecho penal como ayudante de la política de inmigración, identifican la figura de la expulsión como un ejemplo de Derecho penal del enemigo que posibilita la construcción de una categoría de sujetos, asociados a la condición de elementos peligrosos, que en tanto enemigos requieren un tratamiento penal diferenciado. Configuración que, además, tiene para estos autores una rentabilidad política digna de consideración en tanto «la exclusión de cierta categoría de extranjeros mediante el uso del Derecho penal del enemigo aleja la atención social de la exclusión material de esos mismos sujetos producida por la organización del sistema económico-político». «El Derecho penal ante la inmigración», ob. cit., pp. 400 y ss. También una lectura del art. 89 CP como ejemplo del Derecho penal del enemigo, en NAVARRO CARDOSO, F., «Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal “simbólico” y Derecho penal del “enemigo”», ob. cit., pp. 9 y ss.

hasta ahora más contenida. En efecto, mientras que las medidas previstas en la LOEX, y en los artículos 89 y 104 CP han sido creadas originariamente para dar respuesta al problema de la delincuencia de extranjeros, hasta ahora el legislador no ha previsto un modelo penitenciario de ejecución expresamente configurado para los extranjeros delincuentes. Al revés, éstos han sido asimilados e incluidos en el régimen general de cumplimiento, previsto en 1979 en la LOGP esencialmente como respuesta para la delincuencia nacional.

Esta configuración, que ha supuesto indudablemente un incremento de sus garantías en la ejecución, frente a otros ejemplos como los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES)<sup>100</sup>, no es ajena, sin embargo a esa presión constante con los fines perseguidos en la normativa administrativa de regulación de los flujos migratorios. Por lo tanto, también en el ámbito de la ejecución penal aparece esa esquizofrenia entre control y protección.

Muestra de ello es el incremento imparable de población extranjera en los centros penitenciarios españoles. A pesar de las medidas incorporadas en la LOEX y en el CP para proceder a su expulsión, el colectivo de extranjeros que permanece en los establecimientos penitenciarios es numéricamente muy importante<sup>101</sup>. Así, de un 12% en los años ochenta y alrededor de un 17% al final de la década de los 90, a partir del 2000 se ha producido un incremento constante de alrededor de un 2% anual, pasando del 23% del 2001 al 35% en el 2009, si bien se ha apreciado un estancamiento, si no un pequeño descenso, en los últimos dos años<sup>102</sup>. A partir de la segunda mitad del 2010, se haya roto esta tendencia, produciéndose un significativo descenso de la población reclusa y, con ello, de la extranjera. La disminución de los condenados por delitos de tráfico de drogas tras la revisión de sus condenas motivada por la disminución de penalidad introducida en la reforma del 2010, un menor uso de la prisión provisional y el incremento de la utilización de la expulsión de

<sup>100</sup> Más detenidamente sobre este “excepcional régimen jurídico de internamiento de extranjeros”, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal», ob. cit., pp. 25 y ss.

<sup>101</sup> Ese gran grupo se compone tanto por los extranjeros comunitarios, a los que no se les puede aplicar la sustitución de la pena por la expulsión y que no desean cumplir la condena en su país de origen, como por los extranjeros extracomunitarios a los que no se les ha aplicado la expulsión, bien no ser aceptados en su país de origen (por desconocimiento de su nacionalidad, por la inexistencia de convenios con España y su país de origen, etc), bien porque se ha determinado la necesidad del cumplimiento total o parcial de la pena en España. También conforman este grupo los extranjeros en prisión provisional sobre los que no se acuerda su expulsión judicial y los extranjeros sometidos a un proceso de extradición a los que se les decreta la prisión provisional. Sobre la singularidad de estos últimos, véase NISTAL BURÓN, J., «La prisión preventiva en los procedimientos de extradición: consecuencias y efectos en el ámbito penitenciario». *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 1881, 2001.

<sup>102</sup> Este crecimiento de la población reclusa extranjera, que entre 2000 y 2009 se cifra en un 302% debe ponerse en todo caso en relación con el crecimiento de la población extranjera en España en el mismo período, que ha sido de un 412%, pasando de un 3.3% de los habitantes censados en 2001 a un 12 % en 2009. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho penitenciario*. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 592 y 593. De ellos, el 39% eran preventivos, frente al 23% de la población reclusa total. Por nacionalidades, el mayor número procede de Marruecos, Colombia, Argelia, Rumanía y Ecuador. GARCÍA GARCÍA, J., «Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria», *Congreso penitenciario internacional*, 2006, [www.penitenciarimeetingcongress.com/home.php](http://www.penitenciarimeetingcongress.com/home.php), pp. 2 y 4.

extranjeros como sustitutivo penal, han devuelto, al menos momentáneamente, a la población reclusa a tasas de encarcelamiento del 2008<sup>103</sup>.

<b>Año</b>	<b>Población reclusa total</b>	<b>Extranjeros</b>	<b>Porcentaje</b>
2000	45.104	8.990	19.93%
2001	47.571	11.095	23.32%
2002	51.882	13.443	25.92%
2003	56.096	15.190	27.07%
2004	59.375	17.150	28.88%
2005	61.054	18.566	30.41%
2006	64.021	20.643	32.24%
2007	67.100	22.977	34.24%
2008	73.508	26.201	35.64%
2009	76.079	27.162	35.70%
2010	73.929	26.315	35.56%
2011	71.565	24.950	34.86%

El alcance de esa política criminal basada en la exclusión y expulsión presente en la LOEX y en el CP se proyecta en la legislación penitenciaria de dos maneras muy distintas en función de si se trata del ámbito de reconocimiento del ejercicio de derechos y, correlativamente, de la función asistencial de la Administración penitenciaria para su cumplimiento, o si estamos ante el ámbito estricto de la forma de ejecución de la pena de prisión. Es en este último donde se manifiesta con más fuerza la política criminal referida.

En efecto, en el primero de ellos, y como consecuencia directa del mandato constitucional contemplado en el artículo 25.2 CE, que asigna como fin prioritario de la pena privativa de libertad la consecución de la reeducación y reinserción social, sin establecer diferenciación alguna entre nacionales y extranjeros, la LOGP no recoge un modelo de ejecución diferenciado para los extranjeros. Más bien al contrario, el principio constitucional de igualdad sirve como un límite a la Administración penitenciaria en la relación de especial sujeción que surge con el interno, asignándole una posición garante de todos los derechos reconocidos a éste tanto constitucional como legalmente, incluso salvando las situaciones de desigualdad de las que parte el extranjero en el ejercicio de tales derechos. Esos mandatos de igualdad y de orientación hacia la reinserción prevalecen por tanto frente a la mo-

<sup>103</sup> Población penitenciaria a 31 de diciembre de los años referidos, salvo 2011, cuyos datos se refieren al mes de octubre. Tabla recogida por FERNÁNDEZ ARÉVALO, L, y NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho penitenciario*, ob.cit., p. 592 y completada con las estadísticas facilitadas por la Secretaría General de Instituciones penitenciarias en su web [www.institucionpenitenciaria.es](http://www.institucionpenitenciaria.es).

dulación de derechos que, al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la CE y de la jurisprudencia constitucional al respecto<sup>104</sup>, ha realizado la LOEX en cuanto al contenido de alguno de esos derechos, condicionando su disfrute a la situación de regularidad o irregularidad administrativa o al empadronamiento, como en el caso de la asistencia sanitaria, la asistencia educativa y el trabajo. En el ámbito de la prisión, los extranjeros tienen, por ende, los mismos derechos y las mismas obligaciones que los internos nacionales<sup>105</sup>. No obstante, y a pesar de las previsiones legales, la situación deficitaria en la que muchos inmigrantes se encuentran en la vida cotidiana repercute en la dureza del cumplimiento de sus condenas<sup>106</sup>.

En cambio, la forma de cumplimiento, desde el destino a los centros hasta el acceso a figuras claves en el proceso de reinserción como los permisos, la clasificación en tercer grado o la libertad condicional, se encuentra condicionada ante la inminencia de la expulsión, ya por la vía de la sustitución de la pena, ya *a posteriori*, una vez cumplida la condena dificultándose en consecuencia el acceso a estas figuras y, con ello, evaporándose el fin primordial de reinserción que tienen las penas privativas de libertad marcado por la Constitución<sup>107</sup>.

### 5.1. La garantía de los derechos de los extranjeros en la LOGP

Si bien la legislación penitenciaria garantiza el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos reconocidos a los internos<sup>108</sup>, sin hacer distinciones sobre su nacionalidad o su situación administrativa, los déficits y carencias que presentan muchos extranjeros en prisión provocan que su cumplimiento sea de mayor dureza en la realidad que el de gran parte de los nacionales<sup>109</sup>.

#### a) *El derecho a la información*

El desconocimiento de la lengua, problema que afecta a un número importante de la población reclusa extranjera, ocasiona que los cauces establecidos para pro-

<sup>104</sup> Por todas, la STC 107/1984, en la que se señala que mientras que existen una serie de derechos derivados de la dignidad humana y que, consecuentemente, deben ser reconocidos de igual manera a nacionales y extranjeros (vida, integridad física y moral, libertad ideológica y religiosa o tutela judicial efectiva-, otros en cambio son derechos de configuración legal, susceptibles de modulación (libertad personal, educación, reunión, asociación y sindicación).

<sup>105</sup> FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho penitenciario*, ob. cit., p. 594.

<sup>106</sup> Lo que en palabras de SÁNCHEZ YLLERA, I., supone una doble condena y perjuicio, el que genera el delito cometido y el provocado por un cumplimiento más gravoso que los nacionales. «Extranjeros en prisión: doble condena», *Jueces para la Democracia*, nº 10, 1990, p. 65.

<sup>107</sup> Sobre los diferentes problemas penitenciarios a los que se enfrentan los reclusos penitenciarios, a partir de su conformación en diferentes grupos –delincuencia ocasional, delincuencia del extranjero afincado en España, delincuencia relacionada con la criminalidad de extranjeros y delincuencia procedente de la inmigración ilegal, vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera». *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal* III-2001, pp. 38 y ss.

<sup>108</sup> Consagrado legalmente en el artículo 3 LOGP que afirma que “la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza” y que es corregido por el artículo 4 RP al incorporar también la nacionalidad.

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad». *Revista General de Derecho Penal*, nº 2, 2004, pp. 4 y ss.

porcionar al interno toda la información necesaria para su vida en el establecimiento no siempre funcionen de la manera adecuada. A su vez, la falta de información produce indefensión, en tanto supone una disminución en las garantías procesales del extranjero<sup>110</sup>, bien durante el proceso penal que se siga contra él, bien durante toda la ejecución de la pena<sup>111</sup>.

La Administración está obligada a proporcionar al interno por los medios pertinentes<sup>112</sup> tanto la información necesaria a su ingreso, como la situación actual procesal y penitenciaria en la que el sujeto se encuentre, así como sobre su derecho a que su situación sea puesta en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes y sobre la posibilidad de aplicar los tratados o convenios internacionales en materia de traslado a otros países de personas condenadas y sobre la sustitución de las penas<sup>113</sup>.

A pesar de ello, en diversos foros se ha denunciado la falta de información que, junto con los problemas de idioma, presentan muchos extranjeros en las prisiones españolas<sup>114</sup>.

#### b) *El derecho a las comunicaciones*

Tampoco en el ámbito de las comunicaciones establece la legislación penitenciaria distinciones entre internos nacionales y extranjeros. Más bien al contrario, se señala que, garantizando además el principio de igualdad con los nacionales, deben organizarse atendiendo a las necesidades especiales de los reclusos extranjeros<sup>115</sup>.

Sin embargo, el ejercicio de este derecho reconocido legalmente choca frontalmente contra la situación desventajosa en la que vive un gran número de internos extranjeros. Así, buena parte de los extranjeros carecen de familiares que puedan visitarlos, ya porque no se encuentran en España, ya porque los centros penitenciarios están muy alejados de los lugares de origen. En otras ocasiones, los allegados

<sup>110</sup> SÁNCHEZ YLLERA, I., «Extranjeros en prisión: doble condena», ob. cit., p. 65.

<sup>111</sup> Precisamente para evitar la indefensión de los extranjeros debida al desconocimiento del idioma ante la incoación de un procedimiento disciplinario, el art. 242.2 j) del RP establece que en el pliego de cargos se hará constar “la posibilidad de asistir de un funcionario o interno como intérprete si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano”. De hecho, los Jueces de Vigilancia aprobaron en 2005 reclamar a la Administración penitenciaria medidas tendentes a dotar en los centros penitenciarios de intérpretes en de los idiomas más presentes en la realidad penitenciaria. «Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI Reuniones celebradas entre 1981 y 2007. Texto refundido y depurado a 1 de enero de 2008». *Revista General de Derecho Penal* nº 10, 2008, p. 38.

<sup>112</sup> Para ello contará con ejemplares informativos en los idiomas más usuales o utilizará cualquier otro medio para transmitir la información, como por ejemplo, la ayuda de funcionarios o de internos que conozcan el idioma o la ayuda de los servicios consulares.

<sup>113</sup> Artículos 49 LOGP, 4.2 k) y 52.2 RP, Instrucción 18/2005 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre Normas generales sobre internos extranjeros y Circular 1/2011 sobre extranjería en los centros penitenciarios de Cataluña.

<sup>114</sup> Por todos, Informe de la Asociación Pro Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de las prisiones en España*. Fundamentos, Madrid, 1999, p. 72. Recomienda la mejora a la comunicación de la información a los extranjeros el Informe *Extranjeros en las cárceles catalanas*, realizado por el Grupo de Recerca sobre Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad de Lleida (GRID), Centre D'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2010, disponible en [http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/Informe\\_ejecutivoSC\\_1\\_082\\_10cast.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/Informe_ejecutivoSC_1_082_10cast.pdf).

<sup>115</sup> Artículo 47.1 RP, previéndose además la comunicación de los extranjeros con sus representantes diplomáticos o consulares o con las personas designadas a tal efecto por las Embajadas o Consulados respectivos (art. 49.3 RP).

pueden tener problemas en la acreditación de su vinculación con la persona con la que van a comunicar al encontrarse también en una situación de irregularidad administrativa. A ello se suma en muchos casos la falta de recursos económicos que dificulta la realización de las otras comunicaciones previstas para apoyar las orales o compensar su inexistencia, como las escritas o telefónicas, que requieren que el coste del envío de cartas, paquetes o de las llamadas telefónicas sea sufragado por el interno<sup>116</sup>. La falta de relación con el exterior multiplica la sensación de aislamiento y desarraigo de estos internos, máxime en los casos en los que no tengan acceso a los permisos de salida.

### c) *El derecho a la libertad religiosa*

Tampoco la LOGP contempla un reconocimiento diferenciado del derecho fundamental a la libertad religiosa a partir de la nacionalidad de los reclusos. La LOGP establece que la Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse (art. 54), así como el derecho a comunicar con los sacerdotes o ministros de la religión correspondiente (art. 51.3). No obstante, en la práctica, existe una posición preeminente de la religión católica respecto al resto, respaldada por el Acuerdo sobre Asistencia Religiosa Católica en los Establecimientos Penitenciarios<sup>117</sup> y que se concreta en que mientras que la Administración asume la cobertura económica de las prestaciones de la religión católica, el resto de religiones inscritas son las que tendrán que afrontar los gastos personales y materiales derivados del ejercicio de la asistencia religiosa de los fieles ingresados en centros penitenciarios<sup>118</sup>. Precisamente es la falta de un local adecuado para la práctica de ritos una de las mayores quejas que, en el ejercicio de este derecho fundamental, manifiestan los internos extranjeros<sup>119</sup>, mientras que en el caso de la religión católica, la Orden Ministerial de 1993 garantiza que en todo caso se disponga en cada establecimiento penitenciario de una capilla o de un local adecuado a tal efecto.

### d) *El derecho a la asistencia sanitaria*

Frente lo establecido en la LOEX, que modula el contenido del derecho a la asistencia sanitaria a partir de la inscripción o no en el padrón municipal del extranjero<sup>120</sup>, la legislación penitenciaria no establece distinción alguna en la garantía de la

<sup>116</sup> Sobre la problemática específica del acceso a las comunicaciones en el caso de extranjeros, vid. *Informe sobre la situación de las prisiones en España* de la Asociación Pro Derechos Humanos, ob. cit., p. 136 o el Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco: *Situación de las cárceles del País Vasco*. Vitoria-Gasteiz, 1996, p. 130.

<sup>117</sup> Orden del Ministerio de Justicia de 24 de noviembre de 1993, en desarrollo del artículo IV del Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 15 de diciembre de 1979.

<sup>118</sup> RD 710/2006, de 9 de junio, de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria.

<sup>119</sup> *Informe sobre la Situación de las Cárceles en el País Vasco*, ob. cit., p. 130.

<sup>120</sup> Garantizando únicamente a todos los extranjeros la asistencia sanitaria pública de urgencia ocasionada por la contracción de enfermedades graves o por accidentes, así como la continuidad de dicha atención hasta que se le conceda el alta médica. En el caso de los menores de edad y de las extranjeras embarazadas, la asistencia sanitaria sí se reconoce en cambio en condiciones de igualdad (artículo 12 LOEX).

asistencia sanitaria a todos los internos<sup>121</sup>. Y ese derecho a la asistencia sanitaria sin discriminación debe ser entendido tanto respecto a la asistencia primaria, realizada en las enfermerías de los propios establecimientos penitenciarios (artículos 36 LOGP y 209 RP) como en los supuestos de derivación de estos internos al sistema autonómico de salud correspondiente cuando se trate de asistencia sanitaria especializada –en tratamiento ambulatorio o internamiento- o de una asistencia urgente<sup>122</sup>.

Esta aparente contradicción entre una Ley de Extranjería que condiciona la asistencia sanitaria al empadronamiento y que es excluyente respecto a los extranjeros no empadronados y una disposición reglamentaria, como el RP, que la universaliza con independencia de la situación administrativa del extranjero, se resuelve a partir de la posición de garante de la vida y de la salud que ostenta la Administración penitenciaria respecto a cada uno de los internos, y que deriva de la relación de especial sujeción que les une desde su entrada en un centro penitenciario hasta su salida.

#### e) *El derecho a la educación*

La LOEX niega el derecho a la educación básica y obligatoria a los extranjeros mayores de edad que no residan en situación de regularidad administrativa en España (art. 9). Por el contrario, la legislación penitenciaria no sólo no establece distinciones en el acceso a las diferentes enseñanzas, regladas y no regladas, que se recogen en su articulado, sino que introduce además algunas previsiones específicas que atiendan a las carencias que presentan los internos extranjeros. De hecho un gran número de internos extranjeros presenta problemas de desconocimiento del idioma español y de analfabetismo. Estas carencias van a dificultar en gran medida sus posibilidades de relación con el resto de internos y con los funcionarios dentro del centro, condicionando su acceso a instrumentos fundamentales del tratamiento, además de que pueden lastrar sus legítimas expectativas de reinserción.

Por ello, tras el reconocimiento de que “los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales”, el RP prevé expresamente que la Administración penitenciaria procure facilitar a los internos extranjeros los medios adecuados con el fin de que aprendan el idioma castellano y la lengua cooficial de la CCAA en la que se ubique el centro penitenciario (art. 118 RP)<sup>123</sup>. Junto a ello se ha considerado necesario intensificar la inter-

<sup>121</sup> El artículo 208 del RP afirma que “a todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población”. A esa asistencia sanitaria hay que añadir la prestación farmacéutica y las prestaciones complementarias derivadas de esta atención. En el caso de muchos extranjeros comporta la financiación de gafas y prótesis, de boca y de extremidades, siempre que se entiendan como necesarias y siempre que el interno carece de recursos económicos para obtenerlas de otra manera.

<sup>122</sup> Artículos 36 LOGP y 208 a 210 RP.

<sup>123</sup> Hay que añadir la previsión de que la biblioteca pueda disponer de publicaciones editadas en los idiomas extranjeros más usuales (art. 127.3 RP) así como la colaboración de instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros en la reinserción de los reclusos extranjeros (art. 62.4 RP).

vencción educativa con los internos extranjeros en una doble dirección: ya a través del establecimiento de programas educativos generales (alfabetización, educación primaria, formación profesional y enseñanzas superiores), ya mediante la instauración de programas específicos dirigidos a su integración en una “sociedad democrática, tolerante y pacífica”: es el caso de los programas de idioma, educación primaria, formación multicultural, educación en valores y habilidades cognitivas<sup>124</sup>.

Estas buenas intenciones se encuentran nuevamente con la realidad cotidiana que pone de manifiesto la falta de medios personales y materiales suficientes dentro de los centros para paliar las carencias de este colectivo<sup>125</sup>.

#### f) *El derecho al trabajo*

Uno de los elementos fundamentales, no sólo desde el punto de vista regimental, sino particularmente para el tratamiento penitenciario, es el trabajo, especialmente el de carácter productivo. No hay que olvidar que muchos de los internos extranjeros llegaron a España buscando un puesto de trabajo que les posibilitara un futuro más prometedor y, en muchos casos, subvenir a las cargas familiares que dejaron pendientes en sus países.

Si bien para el trabajo productivo realizado en los talleres de los centros penitenciarios, la normativa configura el derecho a no ser discriminado como un derecho laboral básico de todos los internos<sup>126</sup>, se planteaba una contradicción con la LOEX y su Reglamento puesto que condicionaban a la residencia permanente y a la residencia temporal con autorización para trabajar la obtención de la correspondiente autorización para la realización de una actividad lucrativa, laboral o profesional<sup>127</sup>. Esta contradicción fue resuelta por el Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el 1 de julio de 2005 que aprobó las Instrucciones que determinan el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales, por parte de los internos extranjeros en los talleres productivos de los centros penitenciarios y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condi-

<sup>124</sup> Instrucción 18/2005, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. De ahí que la Secretaría General de IPP haya elaborado en 2006 el Plan Marco de Intervención Educativa con internos extranjeros. Más detenidamente sobre la elaboración de este Plan y su contenido, GARCÍA GARCÍA, J., «Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria», ob. cit., pp. 20 y ss. También la Dirección General de Servicios penitenciarios catalana ha mostrado su preocupación sobre las necesidades educativas de los internos extranjeros, resaltando que el plan de trabajo con ellos debe contemplar actividades dirigidas a incrementar la formación en el conocimiento de la lengua catalana, del conocimiento de la cultura y de la sociedad de acogida y de la formación laboral. Circular 1/2001, sobre la extranjería en los centros penitenciarios de Cataluña.

<sup>125</sup> Sobre la repercusión en la sensación de aislamiento y de indefensión que el desconocimiento del idioma supone en la población extranjera, vid *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, ob. cit., p. 436 o el Informe del Defensor del Pueblo Vasco, *Situación de las cárceles en el País Vasco*, ob. cit., pp. 129 y 130.

<sup>126</sup> El artículo 5 del RD 782/2001, de 6 de julio, 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 la seguridad social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, establece: “Los internos trabajadores tendrán los siguientes derechos laborales básicos: a) A no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de nacionalidad, sexo, estado civil, por la edad, dentro de los límites marcados por la legislación laboral penitenciaria, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, así como por el idioma”.

<sup>127</sup> La reforma operada en el art. 36 LOEX por la LO 2/2009 incorpora la excepción para los penados extranjeros que se hallen cumpliendo condena para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral o profesional, de la norma general consistente en la concesión conjunta de autorización de trabajo con la de residencia.

cional. Así, y para el trabajo productivo en talleres de los centros penitenciarios, su Instrucción primera establece que la resolución de la autoridad judicial que ordene el ingreso en prisión de un interno extranjero tendrá validez de autorización de trabajo para el desarrollo de actividades laborales en los talleres productivos dentro de los centros penitenciarios, prolongándose su validez hasta la finalización de las actividades en esos talleres. Eso sí, señala expresamente que no será un obstáculo para la adopción de la medida de expulsión contemplada en el art. 57.5 LOEX.

Con esta previsión, que debería haber sido establecida en el texto de la LOEX y de su reglamento, se respalda la prevalencia de la resocialización y del derecho al trabajo como elemento fundamental de la misma, frente a las restricciones generales establecidas en la regulación de extranjería limitadoras del acceso al trabajo a los extranjeros. De hecho, en la práctica, muchos internos extranjeros desempeñan puestos de trabajo productivo, pues necesitan ganar dinero para sostener a la familia y no suelen presentar problemáticas añadidas que se lo impidan, como la adicción a drogas. Ahora bien, como a los nacionales, les afecta en igual medida la falta de talleres productivos suficientes en los centros penitenciarios.

Mayores dificultades se encuentran, en cambio, en el acceso al trabajo en el exterior, requisito para el acceso a un tercer grado pleno que, a su vez, es presupuesto para el disfrute de la libertad condicional<sup>128</sup>. Los fines resocializadores de la pena de prisión se diluyen en este punto subordinándose a los intereses del Estado en procurar la expulsión del interno que llegue a estas dos formas de ejecución que posibilitan un régimen de semilibertad o libertad condicional. Sólo cuando esa expulsión no sea posible, volverá a aparecer la finalidad resocializadora y, con ello, la posibilidad de autorizar la realización de un trabajo en el exterior para el extranjero.

Estos supuestos se mantienen regulados por el momento por la Instrucción segunda del Acuerdo de 2005<sup>129</sup>, según la cual, y siempre que la condena del penado no haya sido sustituida por la expulsión, la Subdelegación del Gobierno podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Secretaría General de IIPP de clasificación del tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de la libertad condicional<sup>130</sup>. Sin embargo, no todos los internos tendrán acceso a esa autorización<sup>131</sup>, pues quedarán

<sup>128</sup> Ámbito laboral no contemplado en el RD de 2001 (art. 1.3).

<sup>129</sup> Instrucción DGI/SGRJ/2/2011, sobre la vigencia de instrucciones, circulares y oficios elaborados por la Dirección General de Inmigración a partir de la reforma de 2009 de la LOEX y del RD de 2011.

<sup>130</sup> Su validez tendrá plenos efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social y tendrá una duración máxima de seis meses, renovable sucesivamente por la Delegación o Subdelegación del Gobierno, y hasta la fecha de cumplimiento de la condena. Tampoco supondrá un obstáculo para la tramitación del expediente para la expulsión del interno conforme a lo establecido en la LOEX.

<sup>131</sup> Prevista para el extranjero que se encuentre en situación de residencia –temporal o permanente y comunitarios- o de estancia por estudios en el momento de producirse la condena; si se encuentra en el momento de la condena o de la resolución de la Dirección General de IIPP o del Juez de Vigilancia en los supuestos de arraigo del art. 45 LOEX para la obtención de residencia temporal por circunstancias excepcionales, o en los supuestos del art. 72 REX para la obtención

excluidos de la misma los internos que, en el momento de la condena, ya estaban en una situación de irregularidad y no pudieran acogerse a la obtención de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

En cualquier caso, las importantes dificultades para encontrar un trabajo en el exterior, mayor en los reclusos y máxime para los que sean extranjeros, conduce en no pocas ocasiones al cumplimiento íntegro de la condena impuesta, sin acceso a tercer grado y, con ello, a la libertad condicional, lo que determina una condena de mayor dureza que para muchos reclusos nacionales.

## 5.2. Las restricciones en la forma de ejecución penal

Mientras que el ámbito asistencial y de reconocimiento de los derechos de los internos extranjeros ha quedado hasta el momento en cierta medida al margen del envite de las políticas migratorias de naturaleza excluyente, no ocurre así en el acceso de aquéllos a las figuras recogidas en la legislación que permiten un mayor contacto con la sociedad y un cumplimiento más humanitario: en concreto, los permisos de salida, el régimen abierto y la libertad condicional. Se hace presente aquí incluso con más intensidad ese conflicto entre garantía y control, o lo que es lo mismo, entre una legislación penitenciaria orientada prioritariamente a la búsqueda de la reinserción y que no establece distinciones por razones de nacionalidad y una política de extranjería defensiva, dirigida a la inoquización y expulsión de los extranjeros delincuentes<sup>132</sup>.

En la construcción de los mecanismos dirigidos a la obstaculización o incluso directamente al impedimento en el acceso a estas figuras para los inmigrantes subyace una identificación, tan errónea como en ocasiones interesada, entre la estancia irregular y la falta de arraigo. Esta identificación, que si bien en algunos casos puede producirse, podría fácilmente ser desvirtuada ante la presencia de otras variables que, como el conocimiento del idioma, la oferta de un trabajo o la existencia de familia o una relación sentimental en España, puedan justificar la posibilidad de integración del inmigrante en la sociedad española<sup>133</sup>. Sin embargo, un planteamiento de este tipo chocaría con la legislación de extranjería, que articula un sistema de medidas dirigidas a la no permanencia y expulsión del inmigrante con

de una autorización de residencia permanente; y para los extranjeros a los que se les hubiera autorizado para trabajar al amparo del derogado art. 66.5 del REX.

<sup>132</sup> En la misma dirección, RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. afirma que figuras tan asentadas en nuestros ordenamientos penal y penitenciario como la clasificación en grados, los permisos de salida, la libertad condicional o la figura de la prisión provisional chirrían inevitablemente cuando su aplicación se realiza sobre ciudadanos extranjeros. «Pena de prisión y extranjeros. Principios de igualdad y de resocialización». *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 290.

<sup>133</sup> Sobre la necesidad de revisión y flexibilización del concepto de arraigo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Retos principales del actual sistema penitenciario», ob. cit., p. 125. En el mismo sentido, GUIASOLA LERMA, C. propone como una posible fórmula que atempere las situaciones de falta de arraigo, concepto clave en la no concesión de los permisos de salida y en el acceso a tercer grado, el fomento de la colaboración con instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda a los reclusos extranjeros, en los términos establecidos por el art. 62.4 RP. «Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración», ob.cit., pp. 41 y 42.

antecedentes penales. De esta manera, el extranjero extracomunitario que finalmente cumple condena se ve abocado ya a su expulsión penal, sustituyendo la última parte de la condena al llegar al tercer grado o libertad condicional, ya por vía de sanción administrativa posterior, al encontrarse en una situación de irregularidad posterior y tener antecedentes penales. O, si la expulsión no es finalmente posible, queda abocado a vivir en una situación de irregularidad permanente, al margen de la legalidad<sup>134</sup>.

En definitiva, y pese al mandato genérico establecido por la CE en su artículo 25.2 CE, en el caso del cumplimiento de las condenas de los extranjeros no comunitarios los fines resocializadores vencen en aras de otros fines, legítimos pero no prioritarios, como la prevención general así como a la inoquización de los extranjeros, mediante su retención y custodia hasta que tenga lugar su expulsión del territorio nacional.

a) *Los permisos de salida*

Los requisitos para la concesión de un permiso de salida ordinario recogidos en el artículo 47.2 LOGP, la clasificación en segundo o tercer grado, la extinción de un cuarto de la condena y la no observancia de mala conducta, no establecen ningún impedimento para su disfrute en función de la nacionalidad o la situación administrativa del solicitante. Tampoco se contempla la variable de la nacionalidad como una de las que provocarían un informe negativo del Equipo Técnico para la concesión del permiso (art. 156 RP).

En cambio, y a partir de la Instrucción 1/1995, de 10 de enero y hasta la regulación actual, la extranjería ha sido incorporada vía Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias como una variable de riesgo en la concesión de los permisos. Tal consideración se ha traducido en la práctica, obviamente, en un menor disfrute de permisos ordinarios en el caso de internos extranjeros frente a los nacionales<sup>135</sup>. En la actualidad, se encuentra contemplada en la Instrucción 3/2008, que recoge la normativa sobre salidas de los internos de los centros penitenciarios<sup>136</sup>. Si bien ya la condición de extranjero supone de por sí un obstáculo en la

<sup>134</sup> Y situado por ello en una posición de riesgo criminológico evidente. Como concluye RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., «quizá se espere de este sujeto un cambio de comportamiento futuro alejado de la delincuencia, sin embargo, lo que no se explica muy bien son las razones objetivas por las que el modelo penal espera que un sujeto colocado en dicha situación, en efecto, se mantenga al margen del delito». «Extranjeros en prisión. Una marginación reiterada». *Sistema Penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Albacete, 2006, p. 192.

<sup>135</sup> Señalan FERNÁNDEZ ARÉVALO, L, y NISTAL BURÓN, J, que en septiembre de 2008, en los centros penitenciarios catalanes sólo un 19.6% de extranjeros disfrutaban de permisos de salida frente a un 31.5% de nacionales, cifrando la tasa del quebrantamiento en el caso de penados extranjeros en un 5.7% frente al 2.5% para los nacionales. *Manual de Derecho penitenciario*, ob. cit., pp. 609 y 610.

<sup>136</sup> Junto con las variables de drogodependencia, profesionalidad delictiva, reincidencia, existencia de anteriores quebrantamientos, clasificación en primer grado, ausencia de permisos, deficiencia convivencial, lejanía del lugar donde se va a disfrutar el permiso y la existencia de presiones internas. Por su parte, la Circular 1/2011 sobre extranjería en los centros penitenciarios de Cataluña, tras afirmar que resultaría lógico la denegación de permisos a los extranjeros indocumentados que se nieguen a serlo o si no es posible obtener documentación así como a los que tengan pendiente una expulsión judicial o administrativa, incorpora como posibles variables para la concesión de permisos y salidas programadas, entre otras, el tiempo de estancia previa a la comisión delictiva en nuestro país, la vinculación familiar con

concesión de los permisos<sup>137</sup>, normalmente va a ir acompañada además de otras variables también previstas en la Tabla y que son inherentes a la situación en la que se encuentran muchos inmigrantes como la lejanía del lugar del disfrute de permisos, la deficiencia convivencial, al no existir familia cerca, o el no haber disfrutado por estas razones de permisos con anterioridad, variables todas ellas que en muchos casos servirán para justificar la no concesión del permiso de salida<sup>138</sup>. La falta de arraigo del extranjero basta para motivar la no concesión del permiso<sup>139</sup>.

No obstante, la variable de extranjería no debería jugar como un elemento que justifique una práctica sistemática denegatoria de los permisos de salida a los internos extranjeros, puesto que existen otros criterios que pueden contrarrestar una situación de partida de desarraigo; es el caso de que el sujeto tenga un trabajo en prisión, mantenga una relación sentimental en España, si vive habitualmente en España, existe una ONG que se haga cargo de él durante el permiso o si ha cumplido parte de la condena<sup>140</sup>. Máxime cuando la Instrucción del 2008 incorpora una serie de medidas de control que pueden acompañar a la concesión del permiso, como por ejemplo, la tutela familiar o institucional del interno durante el permiso, la obligación de acudir a alguna institución extrapenitenciaria o asistencial o la presentación en Comisaría, Centro penitenciario o servicio asistencial durante los días que dure el permiso, así como también puede preverse una duración reducida del permiso en las primeras concesiones.

#### b) *La clasificación en tercer grado y el acceso a la libertad condicional*

Sin duda es en la clasificación, y en concreto, en el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, donde se evidencia en mayor medida esa tensión esquizofrénica que sufre la legislación penitenciaria cuando responde ante el cumplimiento de penas de los inmigrantes. En efecto, mientras que la LOGP configura un sistema de

parientes de primer grado que residan en el territorio español o el tener hijos escolarizados en España.

<sup>137</sup> Y ello porque, según esta Tabla, comienza a existir un riesgo ya en el caso de los extranjeros comunitarios que tengan una buena vinculación y apoyo institucional; riesgo que se incrementa en el caso de no nacionales que durante el permiso presentan una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelen durante el mismo, y que es mayor que el haber estado clasificado en primer grado, el no haber disfrutado de permisos, la deficiencia convivencial, la lejanía del lugar de disfrute, la reincidencia, la profesionalidad o la existencia de presiones internas. Su valoración sólo se equipara a la del riesgo por quebrantamiento, si consta ya que el sujeto se ha evadido bajo una custodia, o en los casos de drogadicción, cuando haya fracasado de manera reiterada en los intentos de rehabilitación o si no ha intentado rehabilitarse en ningún momento ni hay períodos significativos sin consumo.

<sup>138</sup> Críticamente sobre la utilización de estas variables ajenas a la voluntad del interno, RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad*. Dykinson, Madrid, 1999, p. 212. En cualquier caso, si bien estas variables deben ser tenidas en cuenta en la valoración del riesgo de no reingreso, deberán ser valoradas en el caso concreto de acuerdo a las circunstancias concurrentes. Como afirma JUANATEY DORADO, C., y así han recogido algunas resoluciones judiciales, el hecho de ser extranjero puede ser un factor de riesgo con carácter general pero no en el supuesto concreto de un extranjero perfectamente integrado en España, mientras que sí existirá si se tiene una orden de expulsión del país. *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., pp. 167 y 168.

<sup>139</sup> Así, el TC en su sentencia 24/2005, de 14 de febrero, justifica que la falta de arraigo, al igual que el largo tiempo de condena restante por cumplir, sean factores que indican el riesgo de quebrantamiento del permiso y sobre los que se puede fundamentar su no concesión. Por su parte, los Jueces de Vigilancia se muestran contrarios a su concesión en los casos de extranjeros irregulares que se nieguen a ser documentados. «Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007», ob. cit., p. 43.

<sup>140</sup> Criterios reiteradamente utilizados por Jueces de Vigilancia y Audiencias Provinciales para, vía recurso, conceder permisos denegados previamente por la Administración o el Juez de Vigilancia.

individualización científica de separación de grados, que permite la progresión hacia formas más favorables de cumplimiento, consistentes en un régimen de semi-libertad o de libertad condicional, cuando exista una evolución favorable en el interno<sup>141</sup>, el CP viene a truncar tal posibilidad en aras de la consecución de una determinada política de extranjería cuando se trate de inmigrantes en situación de irregularidad.

Tras la reforma operada por la LO 5/2010 de 2 de junio, y en los casos en los que no se haya procedido a la expulsión en un primer momento, ya judicial, ya como sustitutivo de la pena de prisión inferior a seis años, se determina por el art. 89.5 CP que los jueces o tribunales acordarán en la sentencia o durante su ejecución la expulsión 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 si hubiera cumplido las tres cuartas parte de la condena.

De esta manera, queda únicamente abierta la vía para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional para tres grupos de extranjeros: a) los que se encuentran en una situación de regularidad administrativa; b) aquellos internos sobre los que, previa audiencia del Ministerio Fiscal y siempre de forma motivada, los jueces o tribunales aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España (art. 89.5) y c) para aquellos internos sobre los cuales, aunque se haya acordado, no se pueda llevarse a efecto la expulsión. Respecto a estos últimos, y de manera sorprendente, vuelven a aparecer los fines resocializadores que, actuando de manera subsidiaria y accesoria respecto a la política migratoria, posibilitan la aplicación de la suspensión de la pena o su sustitución (art. 89.6)<sup>142</sup>. Sin embargo, estos objetivos resocializadores deberían ser irrenunciables, incluso aunque persista la amenaza de la futura expulsión, en aras a posibilitar el seguimiento del tratamiento y la reducción de la reincidencia en el futuro<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> El acceso a un régimen abierto requiere que el sujeto esté capacitado, a partir de sus circunstancias personales y penitenciarias, para vivir en un régimen de semilibertad (art. 102.4 RP). Si bien la legislación no establece la realización de un trabajo como una condición previa para su concesión, la falta del mismo es prevista como una variable para la concesión de un tercer grado restringido (art. 82 RP). Para la concesión de la libertad condicional, es necesaria la previa clasificación en tercer grado, la extinción de las  $\frac{3}{4}$  partes de la condena y la observancia de buena conducta y de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (art. 90 CP).

<sup>142</sup> Aunque pueda parecer respecto a estos últimos contradictorio que el Juez de Vigilancia pueda acordar la libertad condicional que supone el cumplimiento en libertad de la última parte de la condena cuando el Juez o Tribunal Sentenciador ha entendido que era necesario el cumplimiento de la condena en España por la naturaleza del delito, como apuntan FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho penitenciario*, ob. cit., p. 601, el art. 89.1 no puede impedir el acceso a la libertad condicional de los extranjeros irregulares porque sería un trato desigual no justificable. Además, el cumplimiento en España no determina que deba ser en su totalidad en un régimen determinado, como el ordinario, sino que también comprende las modalidades abierta y de libertad condicional. Por ello, y frente a la redacción incorporada en el 2003 que hablaba de “cumplimiento de la condena –del último cuarto de la condena– en un centro penitenciario en España”, la reforma del 2010 ha mejorado la redacción estableciendo “de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España”.

<sup>143</sup> Y ello porque por un lado habrá extranjeros que, tras el cumplimiento, no podrán ser expulsados, por ejemplo, por carecer de documentación, y debe tratarse de conseguir su integración en la sociedad. Por otro, respecto a todos los internos debe buscarse una actitud positiva frente al tratamiento y ello sólo es posible a través de la utilización correcta de figuras como la clasificación. RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., «Pena de prisión y extranjeros», ob. cit., p. 304.

Y aunque teóricamente la legislación permita que los internos extranjeros que no sean expulsados por alguna de las razones posibles puedan acceder al tercer grado y, en un segundo momento, a la libertad condicional<sup>144</sup>, la realidad muestra que las dificultades que tienen en la práctica para disfrutar de estas formas de cumplimiento suelen ser mayores que en el caso de los nacionales<sup>145</sup>. En muchas ocasiones, la falta de un trabajo en el exterior conllevará la denegación del tercer grado, lo que no debería ser existiendo fórmulas como el régimen abierto restringido, que permite el incremento de salidas del sujeto al exterior como un elemento de búsqueda de medios de subsistencia en el futuro o incluso de una asociación o institución de apoyo o acogida para cuando salga en libertad (art. 80)<sup>146</sup>. A su vez, la no concesión del tercer grado determina el no acceso a la libertad condicional y, con ello, el cumplimiento íntegro de la condena –o de los máximos legales de cumplimiento, de ser éstos inferiores-. En estos casos se puede afirmar que el cumplimiento de la pena es de mayor dureza que para los nacionales.

Además, no debe olvidarse la posibilidad de aplicación de otras formas de ejecución, como la utilización del principio de flexibilidad del art. 100 RP. Este artículo permite la realización de un modelo de ejecución individualizado para el interno en el que se integren aspectos correspondientes a diversos grados y que puede permitirle al extranjero seguir clasificado en segundo grado a la vez que disfruta de algunas de las salidas previstas para el tercero<sup>147</sup>.

## 6. Reflexiones finales

En un marco avalado por la política europea de inmigración, y reforzado mediá-

<sup>144</sup> Posibilidad que en el caso catalán se veta para los internos extranjeros sobre los que pese una resolución judicial o administrativa de expulsión del territorio nacional. Circular 1/2011 sobre extranjería en los centros penitenciarios de Cataluña.

<sup>145</sup> Sí que queda abierta en cambio la vía prevista en el art. 197.1 del RP y que prevé la concesión de la libertad condicional para internos extranjeros no residentes en España o para españoles residentes en el extranjero para el cumplimiento del último período de condena en el país de residencia. Frente a la medida de expulsión del art. 89 CP, para la aplicación de la libertad condicional en el país de origen se requiere el consentimiento del interno. Frente a aquélla, que responde a fines eminentemente defensistas, esta medida en cambio busca la reinserción del interno, al tratar de acercar al interno al país de cumplimiento, donde será más fácil su integración y en el último tramo de la condena, lo que hace que no desaparezcan los fines preventivo general y especial propios de la pena privativa de libertad. A pesar de ello, algunos autores han señalado que la falta de control de estos liberados condicionales en la práctica convierte esta medida de facto en un indulto parcial de la pena o en una expulsión consentida encubierta por vía judicial. BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., «El extranjero privado de libertad: paradojas del sistema». *I Congreso Europeo de Derecho Penitenciario*. X Jornadas Penitenciarias de Andalucía, Tomo I, Jaén, 2002, p. 273. De hecho, y buscando una política de ahorro y descongestión de la masificación de los centros, la Dirección General de Servicios Penitenciarios de Cataluña recoge como iniciativas que deben ser potenciadas en el caso de internos en situación de irregularidad su traslado a los países de origen para continuar allí su condena, de acuerdo con el Convenio de Estrasburgo o de otros convenios literales, o para cumplir la libertad condicional, conforme al citado art. 197.1 RP. Circular 1/2011 sobre extranjería en los centros penitenciarios de Cataluña.

<sup>146</sup> También a favor de la utilización de esta modalidad, en los casos de inexistencia de vinculación y arraigo social, HERNANDO GALÁN, M.B., *Los extranjeros en el Derecho penitenciario español*. Colex, Madrid, 1997, p. 60.

<sup>147</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas...», ob. cit., p. 50. Igualmente, CERVELLÓ DONDERIS, V., «Situación jurídica de los extranjeros en prisión», ob. cit., p. 299 y GUIASOLA LERMA, C., «Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración», ob. cit., p. 41.

tica y políticamente por la creencia en la sociedad de la existencia de una vinculación real entre inmigración y criminalidad, el legislador español ha configurado un modelo de política criminal contra la delincuencia de los inmigrantes –extranjeros no comunitarios- de carácter eminentemente defensista, que completa el patrón ya establecido en la legislación de extranjería a través de la inclusión de una serie de figuras que impiden la entrada y permanencia en España de inmigrantes con antecedentes y promueven su expulsión. El *descuido* que el legislador tuvo en la primera redacción de la LOEX permitiendo la concesión de autorizaciones de residencia temporal a los extranjeros que hubieran cumplido su condena, fue rápidamente *subsanado* meses después en esa lógica defensista ya señalada.

Sin embargo, y aunque se pueda llegar al acuerdo, siempre con matices, de que la regulación de los flujos migratorios es el fin primordial de la política de extranjería y que, para ello, goza de una amplia libertad en la definición del tipo de inmigrante que quiere recibir, con la introducción de esta lógica en un ámbito como el del proceso penal y el de la imposición y ejecución de las penas, el legislador ha violentado los fines y garantías del Derecho penal, poniendo el ejercicio del *ius puniendi* al servicio de la normativa administrativa de extranjería.

Una pretendida conciliación entre estos dos ámbitos normativos, política de extranjería y política criminal, necesaria para garantizar la coherencia interna del Ordenamiento español en esta materia, requeriría no obstante un replanteamiento de las figuras de expulsión judicial y expulsión penal contempladas en la LOEX y en el CP, sustituyendo en ambas su buscado automatismo por el carácter excepcional de las mismas, vinculándose además a delincuencia de escasa importancia y desligando su aplicación a partir de la situación administrativa del extranjero. Para ello, sería necesario flexibilizar el concepto de arraigo, del tal manera que se pudiera permitir la permanencia en España de extranjeros que, a pesar de su situación de irregularidad administrativa, demostraran que tienen una conexión relevante con el país que posibilite su futura reinserción, permitiéndoles el acceso para ello a las figuras recogidas en la LOGP, particularmente a aquéllas que suponen una modificación en la forma de ejecución penal. La prioridad del mandato constitucional del artículo 25.2 requeriría igualmente reintroducir en la LOEX la posibilidad de que, a pesar de la existencia de una condena cumplida, el inmigrante tuviera acceso a una autorización de residencia temporal, siempre que se demuestre la existencia de ese arraigo. Frente a la expulsión, deberían además potenciarse otras figuras como el cumplimiento de la pena y de la libertad condicional en los países de origen, que no suponen una renuncia al *ius puniendi* y sí una búsqueda de la finalidad resocializadora.

No es éste en cambio el camino seguido por el legislador que, desoyendo las críticas mayoritarias de la doctrina, ha desaprovechado las reformas de la LOEX en 2009 y del CP en 2010 para reformular la figura de la expulsión y, particularmente,

su papel preponderante como respuesta ante la criminalidad de extranjeros irregulares.

Y si bien en el ámbito de la ejecución, el alcance progresivo de la políticas migratoria y criminal de carácter defensista ha sido más tardío y contenido, factores como la utilización por parte de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y de la Dirección General de Servicios Penitenciarios catalana de un concepto poco flexible de arraigo para impedir el acceso a los extranjeros irregulares a figuras fundamentales para la finalidad resocializadora como los permisos, el tercer grado o la libertad condicional; la natural preocupación de la Administración, particularmente en una situación de crisis económica excepcional, ante la masificación de los centros penitenciarios y la sobrerrepresentación de los internos extranjeros; la experiencia previa a través de la configuración de un sistema creado *ex profeso* para la privación de libertad de los inmigrantes irregulares, como son los CIES pero con menos garantías en la realidad que las recogidas en la LOGP para los inmigrantes delincuentes, no nos permite ser excesivamente optimistas respecto a las posibilidades de no contaminación final del sistema penitenciario por parte de la política migratoria en su respuesta a la delincuencia de inmigrantes.

## 7. Bibliografía

- ASÚA BATARRITA, A. (2002), «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración». *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- BAUCELLS i LLADÓS, J (2005), «El Derecho penal ante el fenómeno inmigratorio». *Derecho y proceso penal* nº 1.
- BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A. (2002), «El extranjero privado de libertad: paradojas del sistema». *I Congreso Europeo de Derecho penitenciario. X Jornadas Penitenciarias de Andalucía*. Jaén.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A., y FERNÁNDEZ BESSA, C. (2010), «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español». *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Comares, Granada.
- CANCIO MELIÁ, M. (2005), «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)». *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Thomson-Civitas, Pamplona.
- CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M. (2005), «El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio de política-criminal». *Derecho penal y política transnacional*. Atelier, Barcelona.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. (2006), «Situación jurídica de los extranjeros en prisión». *Migraciones contemporáneas y nuevos riesgos en materia de seguridad*, *Revista Galega de Seguridade Pública* nº 8.
- CUGAT MAURI, M. (2001), «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal». *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 6.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2008), «Control social formal e inmigración». *Revista General de Derecho penal*, nº 10.
- (2004), «Reflexiones en torno a los problemas de aplicación e interpretación del artículo 318 bis del CP». Serta in *Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2006), «Retos principales del actual sistema penitenciario». *Jornadas en Homenaje al XXV aniversario de la LOGP*. Ministerio del Interior.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir) (2007), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*. La Ley, Madrid.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./ NISTAL BURÓN, J. (2011), *Manual de Derecho penitenciario*. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2005), «Los medios de comunicación y el derecho penal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-16.
- GARCÍA ALFARAZ, A. I. (2005), «Reflexión criminológica de la inmigración». *Revista General de Derecho Penal*, nº 4.
- GARCÍA ESPAÑA, E. (2002), «La delincuencia de inmigrantes en España». *Inmigración en Derecho penal. Bases para un debate*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2002) «Los extranjeros en cárceles españolas». *Inmigración en Derecho penal. Bases para un debate*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2001) *Inmigración y delincuencia en España: un análisis criminológico*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA GARCÍA, J. (2006), «Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria». Ponencia al Congreso Penitenciario Internacional: La función social de la política penitenciaria del 2006. Disponible en:  
[http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/doc\\_31096978\\_1.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/doc_31096978_1.pdf).
- GUISASOLA LERMA, C. (2010), «La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89)». *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2010) «Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración». *La Ley Penal* nº 67.
- HERNANDO GALÁN, M.B. (1997), *Los extranjeros en el Derecho penitenciario español*. Colex, Madrid.
- JUANATEY DORADO, C. (2011), *Manual de Derecho penitenciario*. Iustel, Madrid.
- LAURENZO COPELLO, P. (2009), «El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos». *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2004) «Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión». *Jueces para la Democracia*, nº 50.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (2001), «Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera». *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal* III.
- MAPELLI CAFFARENA, B., TERRADILLOS BASOCO, J. (1993), *Las consecuencias jurídicas del delito*. 2ª edición, Civitas, Madrid.
- MAPELLI CAFFARENA, B., GONZÁLEZ CANO, M.I. (2001), *El traslado de personas condenadas entre países*. McGraw Hill, Madrid.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2009), «Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?». *InDret* nº 3.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2006), «Extranjería, inmigración y sistema penal». *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2004) «Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal “simbólico” y Derecho penal del “enemigo”». *Revista General de Derecho Penal* nº 2.
- NISTAL BURÓN, J. (2001), «La prisión preventiva en los procedimientos de extradición: consecuencias y efectos en el ámbito penitenciario». *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 1881.

- PÉREZ CEPEDA, A.I. (2004), *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Comares, Granada.
- PÉREZ PÉREZ, J. (1994), «La expulsión del extranjero en el proceso penal». *Cuadernos de Derecho Judicial XXXVII*.
- RACIONERO CARMONA, F. (1999), *Derecho penitenciario y privación de libertad*. Dykinson, Madrid.
- RECHEA ALBEROLA y FERNÁNDEZ MOLINA, E (2006), «Los discursos sobre seguridad ciudadana y lucha contra la delincuencia en la prensa española». <http://www.uclm.es/Criminología/informes.asp>.
- RÍOS CORBACHO, J.M. (2006), «Regulación jurídica de la extranjería: situación actual». *Sistema penal y exclusión de extranjeros*. Bomarzo, Albacete.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J. (2006), «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica». *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2004), «Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad». *Revista General de Derecho Penal*, nº 2.
- ROMA VALDÉS, A. (1999), «La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes de extranjeros». *Actualidad Penal*, nº 35.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (2006), «Pena de prisión y extranjeros. Principios de igualdad y de resocialización». *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2006) «Extranjeros en prisión. Una marginación reiterada». *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, en Bomarzo, Albacete.
- SAN JUAN, C. (1999), «Control social y reacción social ante la criminalidad de los migrantes». *Eguzkilore*, nº 13.
- SÁNCHEZ YLLERA, I. (1990), «Extranjeros en prisión: doble condena», *Jueces para la Democracia*, nº 10.
- SERRANO GÓMEZ, A. (2002), «Delincuencia juvenil y movimientos migratorios». *Actualidad penal*, Doctrina XVI.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2010), «Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código Penal de 2009». *InDret* nº 1.
- (2008) «Política penal europea de inmigración». *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora. Dra. María del Mar Díaz Pita*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2006) «Extranjería, inmigración y sistema penal». *Inmigración y sistema penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2006) «La criminalidad de los migrantes». *Migraciones contemporáneas y nuevos riesgos en materia de seguridad*. *Revista Galega de Seguridade Publica* 8, 2006.
- «Marginalidad social, inmigración, criminalización». *El derecho penal ante la globalización*. Colex, Madrid.
- VARONA GÓMEZ, D. (2011), «Medios de comunicación y punitivismo». *InDret* nº 1.