

*La extranjería en prisión.
Estudio jurídico desde la perspectiva
resocializadora*

LUCÍA PÉREZ ARNALDO



*Premio Nacional
Victoria Kent
Año 2021*

Primer Accésit

**LA EXTRANJERÍA EN PRISIÓN.
ESTUDIO JURÍDICO
DESDE LA PERSPECTIVA
RESOCIALIZADORA**

Lucía Pérez Arnaldo



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA
GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

COLECCIÓN: PREMIOS VICTORIA KENT

Edita:

Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica

Autor y Gestión de los contenidos:

Secretaría General de Instituciones Penitenciarias



Imprime:

Entidad Estatal Trabajo Penitenciario
y Formación para el Empleo



Maquetación e Impresión:

Taller de Artes Gráficas (Preimpresión)
Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)



"CÁMARA CERTIFICA" CERTIFICA QUE EL SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD EN IMPRESIÓN, ARTES GRÁFICAS, DISEÑO Y CONFECCIÓN INDUSTRIAL Y CARPINTERÍA METÁLICA ES CONFORME A LA NORMA ISO 9001:2015. CENTROS DEL ALCANCE: MADRID I, MADRID III, MADRID V, TOPAS, EL DUESO, CÓRDOBA, JAÉN, SEGOVIA, OCAÑA I, OCAÑA II, MONTERROSO Y LA GERENCIA DE LA EEDPTPFE.

El Taller de Artes Gráficas del Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro) posee la Certificación ISO 9001:2015 N° EC-1.2468.17

NIPO (ed. Papel): 126-22-046-2

NIPO (ed. Web): 126-22-047-8

Depósito Legal: M-19845-2022

ISBN: 978-84-8150-337-1

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>



En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

La Autora



Lucía Pérez Arnaldo

Formación:

Graduada en el Doble Grado en **Derecho y Administración y Dirección de Empresas** por la Universidad Rey Juan Carlos.

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias desde el año 2018.

Máster Universitario en Intervención Criminológica y Victimológica por la Universidad Miguel Hernández.

Carrera Profesional:

Actualmente desarrollo las funciones de **jurista en el Centro Penitenciario de Teixeiro (A Coruña)**, y anteriormente en el Centro Penitenciario de mujeres de Brieva (Ávila).

Abreviaturas

ABREVIATURAS

AAN	Auto Audiencia Nacional.
AAP	Auto Audiencia Provincial.
AJVP	Auto Juez de Vigilancia Penitenciaria.
Art. / Arts.	Artículo / Artículos.
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
CETPC	Convenio Europeo sobre el Traslado de Personas Condenadas.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
FGE	Fiscalía General del Estado.
FJ	Fundamento Jurídico.
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria.
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
OEDE	Orden europea de detención y entrega.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
RP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Tabla CCP	Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
TVR	Tabla de Variables de Riesgo.
UE	Unión Europea.

Índice

ÍNDICE

	Págs.
La Autora	5
Abreviaturas	9
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO I. Reinserción, igualdad y derechos de los extranjeros en el cumplimiento de las penas privativas de libertad	25
1. La igualdad y la no discriminación en el ordenamiento jurídico. Los derechos de los extranjeros	27
2. La no discriminación en el ámbito penitenciario y los derechos de los internos extranjeros	30
3. El factor de la extranjería en relación con varias figuras ...	33
3.1. Los permisos de salida	33
3.1.1. Aspectos generales. La Instrucción 1/2012 sobre permisos de salida y salidas programadas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ...	33
3.1.2. Análisis de la variable “nacionalidad” en la TVR y la circunstancia peculiar “existencia de resolución judicial o administrativa de expulsión”	37
3.1.3. Consideraciones sobre el riesgo de que el penado extranjero quebrante el permiso. Referencia a la normativa de la Unión Europea	40
3.2. El trabajo penitenciario	44
3.2.1. Aspectos generales	44
3.2.2. El trabajo productivo en los talleres penitenciarios de los internos extranjeros	46
3.2.3. El trabajo productivo en tercer grado y libertad condicional de los internos extranjeros	48
3.3. El tercer grado y la libertad condicional	49
3.4. Programas de tratamiento para reclusos extranjeros	51
4. La reinserción de los internos extranjeros en relación con las medidas repatriativas	52
4.1. Proyecto de vida en España o en otro país	52
4.2. Medidas repatriativas	54

CAPÍTULO II: La expulsión judicial y administrativa y el papel del arraigo en ambas	57
1. Expulsión judicial	59
1.1. Expulsión judicial de extranjeros extracomunitarios	59
1.2. Expulsión judicial de comunitarios	64
1.3. Retroactividad de la norma más favorable tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal	66
2. Expulsión administrativa	69
2.1. Aspectos generales	69
2.2. Expulsión administrativa de penados extranjeros no comunitarios	69
2.3. Expulsión administrativa de penados de la Unión Europea	75
2.4. Aspectos procedimentales de la expulsión administrativa	78
2.5. Problemas prácticos de la expulsión administrativa desde la perspectiva de la reinserción social y posibles soluciones jurídicas. Especial referencia a las situaciones de arraigo	81
2.6. Reflexión sobre el papel de la Administración Penitenciaria	85
2.7. Expulsión administrativa de procesados o imputados	87
CAPÍTULO III: El traslado de personas condenadas	93
1. Aspectos generales	95
2. Convenio Europeo para el Traslado de Personas Condenadas y convenios bilaterales	96
3. El traslado de personas condenadas en el ámbito de la Unión Europea: la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea	102
3.1. El principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea	102
3.2. El instrumento previsto en el Título III de la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo: la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad	103
3.2.1. Transmisión de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad	104
3.2.2. Ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad	108

CAPÍTULO IV: La libertad condicional de extranjeros	115
1. La libertad condicional del artículo 197 del Reglamento Penitenciario	117
2. La libertad condicional en el ámbito de la Unión Europea: El instrumento “libertad vigilada”, previsto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea	119
CAPÍTULO V: La acumulación de penas impuestas en el extranjero	123
1. Antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en el ámbito de la Unión Europea. La Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea	125
2. Requisitos y limitaciones previstos en el artículo 14 de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea	127
3. Evolución jurisprudencial sobre la acumulación de penas impuestas en el extranjero y situación actual	133
3.1. La STS 186/2014, de 13 de marzo y jurisprudencia anterior	133
3.2. La STS 874/2014 del Pleno de la Sala de lo Penal, de 27 de enero de 2015	136
3.3. El criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La sentencia de 23 de octubre de 2018. Asunto Arrózpide Sarasola y otros c. España	138
3.4. Situación actual	139
CAPÍTULO VI: Conclusiones	143
BIBLIOGRAFÍA	149
ANEXOS	155
I. Normativa	157
II. Instrucciones, circulares y acuerdos	160
III. Jurisprudencia y resoluciones judiciales	161

INTRODUCCIÓN

Las personas extranjeras que se encuentran reclusas en establecimientos penitenciarios españoles constituyen una parte importante de toda la población penitenciaria. Conforme a los datos más recientes de las 50.677 personas internas en los centros penitenciarios españoles 12.665 son extranjeras. Esto es, aproximadamente el 25% de la población penitenciaria es extranjera¹.

De la extranjería se derivan especificidades en el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Este tratamiento diferenciado que la legislación da, en ocasiones, a los extranjeros no conculca el principio de igualdad previsto en la Constitución Española de 1978, pues este principio no implica tratar por igual a todo el mundo, con independencia de sus circunstancias. Resulta evidente que la persona que se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad en país distinto al de su nacionalidad se encuentra, a menudo, con dificultades adicionales que se suman a la libertad restringida por la condena, como el desconocimiento del idioma, el alejamiento de sus familiares y las diferencias culturales. A estas dificultades la legislación trata de dar respuesta, con vistas a atender las necesidades específicas de la población extranjera, precisamente en aras de la igualdad y del cumplimiento del fin primordial de las penas privativas de libertad previsto en el artículo 25.2 de la Constitución Española que al establecer que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”, no distingue entre internos nacionales y extranjeros.

La normativa internacional nos ofrece una primera aproximación sobre los principios en los que debe inspirarse el sistema penitenciario en lo referente a los extranjeros. Así, con rango de recomendación, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU, revisadas por última vez en 2015, recogen el principio de no discriminación en su regla nº 2, proscribiendo la discriminación por motivos de raza, color o de origen nacional, entre otros. Las Reglas Penitenciarias Europeas, emanadas del Consejo de Europa, recogen el derecho de los extranjeros a comunicarse con las autoridades diplomáticas y consulares, a recibir información específica sobre asisten-

¹ MINISTERIO DEL INTERIOR. SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Informe General 2019*. Madrid. Reglas 37.1, 37.4 y 37.5 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, de 11 de enero de 2006.

cia jurídica y sobre la posibilidad de ser trasladado a otro país para continuar allí la ejecución de su pena².

Precisamente con la finalidad de posibilitar que el extranjero pueda cumplir la pena en su país de origen, surge el Convenio de Estrasburgo de 1983 sobre el Traslado de Personas Condenadas y los convenios bilaterales en esta materia.

En el ámbito comunitario, son numerosas las normas emanadas de la Unión Europea que afectan al cumplimiento de las penas por parte de los nacionales de otros Estados miembros, debido a la existencia de un espacio común y al estatuto jurídico que otorga dicha normativa. La Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. y la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea transponen a nuestro ordenamiento normas comunitarias, afectando a cuestiones tan importantes en la trayectoria penal del extranjero como la acumulación de penas dictadas en el extranjero, en el primer caso, y la posibilidad de transmitir la sentencia al país comunitario donde vaya a reinsertarse, en el segundo.

Desde el punto de vista penitenciario, son múltiples los artículos de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, que producen efectos en materia de extranjería introduciendo particularidades, como la comunicación del ingreso del extranjero en el establecimiento penitenciario a las autoridades consulares cuando el interno lo desee (Art. 15.5 RP) o el deber de informarle de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas y de la sustitución de las penas por la medida de expulsión, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes (Art. 52.2 RP).

Desde el punto de vista penal el instrumento que afecta específicamente a la extranjería es la expulsión judicial, prevista en el artículo 89 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Desde el punto de vista administrativo, la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y el Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla dicha ley producen importantes efectos sobre los internos no nacionales. En este ámbito es especialmente la resolución administrativa de expulsión lo que más influye en la trayectoria penitenciaria de un penado extranjero, resolución que puede tener consecuencias, por ejemplo, en la concesión de permisos de salida y, en definitiva, en su reinserción. De ahí la importancia de que, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia existente en la materia, se puedan conocer las posibilidades reales que tiene un penado extranjero de tener un proyecto de vida en España, cuando ello sea la mejor opción desde la perspectiva de la reinserción.

Finalmente, para tener una visión completa no debe obviarse la jurisprudencia, que ha esclarecido importantes aspectos no contemplados en la normativa que afectan de manera importante a los extranjeros que cumplen penas privativas de libertad, como

² Reglas 37.1, 37.4 y 37.5 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, de 11 de enero de 2006.

ocurre en el ámbito de la acumulación de penas dictadas en el extranjero o en materia de expulsión.

Como se puede apreciar, el hecho de que la persona que cumple una pena privativa de libertad no tenga nacionalidad española abre un amplio abanico de situaciones que pueden darse y de normas e instrumentos que pueden operar, con las dificultades que ello conlleva para los operadores jurídicos.

Por ello, este estudio es, por un lado, un análisis descriptivo que permite tener una visión completa de la normativa y la jurisprudencia actuales sobre la extranjería en prisión. Al mismo tiempo, en cada capítulo se examinará de forma crítica y jurídica situaciones que se dan en la práctica penitenciaria, que en ocasiones encuentran difícil encaje en la legislación, así como problemáticas tradicionales tales como la colisión entre los fines del Derecho de Extranjería y la búsqueda de la reinserción social que orienta la ejecución de las penas privativas de libertad, y posibles interpretaciones y soluciones jurídicas al respecto.

Abarcando la trayectoria que se inicia con el ingreso en prisión de un extranjero, y que finaliza, bien con la aplicación de una medida repatriativa que permita al extranjero volver al país de su nacionalidad o bien extinguiendo la pena en España, los objetivos específicos de este trabajo son los siguientes:

- Analizar la normativa que afecta a los internos extranjeros, incluida la Instrucción 3/2019 relativa a las normas generales sobre internos extranjeros de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, a la que se hará alusión en distintos apartados del presente trabajo, así como las consecuencias del factor de extranjería en distintas figuras como los permisos de salida o el trabajo penitenciario.
- Analizar las distintas medidas repatriativas existentes en nuestro ordenamiento aplicables a las personas de nacionalidad distinta a la española que se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad en un centro penitenciario español, requisitos y supuestos de aplicación, distinguiendo entre ciudadanos comunitarios y extranjeros.
- Definición de los problemas que pueden plantear tales medidas repatriativas y que han dado lugar a distintas interpretaciones, tratando de dar respuesta a tales problemáticas.
- Sintetizar cuándo resulta idónea cada medida repatriativa desde la perspectiva de la reinserción social.
- Definir qué actuaciones deben llevarse a cabo por la Administración Penitenciaria, tanto en caso de repatriación como cuando se considera, desde una perspectiva resocializadora, que la mejor opción para el extranjero sería hacer su proyecto de vida en España.
- Analizar la posibilidad de incluir penas extranjeras en la acumulación jurídica del artículo 76 del Código Penal, describiendo las distintas posiciones jurisprudenciales que se han dado a lo largo del tiempo y la situación actual.
- Realizar propuestas sobre posibles cambios normativos para el mejor logro de la reinserción social de los penados extranjeros.

En cuanto a la metodología empleada ha consistido en el estudio de la legislación, doctrina y jurisprudencia, especificados en la bibliografía y anexos de este trabajo, y accedidos a través de artículos doctrinales, manuales, revistas jurídicas on-line, Dialnet, el Boletín Oficial del Estado, noticias jurídicas, bases de datos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y como buscadores de jurisprudencia CENDOJ, Aranzadi, y CURIA.

Para tratar todo lo mencionado he seguido una estructura dividida en capítulos, cada uno de ellos con varios apartados y en ocasiones subapartados. El primer capítulo trata como cuestiones previas el principio de igualdad, la no discriminación y la reinserción de los extranjeros que cumplen penas privativas de libertad. Los capítulos dos, tres y cuatro se dedican a las medidas repatriativas, comenzando por una visión global de cada una de ellas y yendo a lo más específico en cada apartado y subapartado. El capítulo quinto se dedica al estudio de la acumulación de penas extranjeras. Finalmente, se extraen las conclusiones obtenidas, la bibliografía y los anexos con la normativa y resoluciones judiciales consultadas.

CAPÍTULO I

Reinserción, igualdad y derechos de los extranjeros en el cumplimiento de las penas privativas de libertad

1. LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Nuestro texto constitucional consagra la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico (Art. 1.1 CE) y como un derecho subjetivo en el artículo 14, según el cual:

*“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*³.

La igualdad vincula a todos los poderes públicos y tiene una doble vertiente: La igualdad en la ley, que afecta a su contenido y supone que para situaciones de hecho iguales deben aplicarse soluciones jurídicas iguales, y la igualdad ante la ley o en la aplicación de la ley, que conlleva la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable⁴.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional queda proscrita tanto la discriminación directa como la indirecta, siendo esta última la que se da cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutrales produce una específica desventaja⁵.

Sin embargo, no todo trato desigual supone una discriminación, ya que algunas diferenciaciones normativas no se consideran discriminatorias, siempre que exista una

³ Como afirma la STC 91/2019, de 3 de julio, el art. 14 CE reconoce “un verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable por jueces y tribunales”. STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 4º.

⁴ STC 114/1987, de 6 de julio, FJ 3º.

⁵ En el ámbito de la Unión Europea, el art. 2.2 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, cuyo ámbito de aplicación se refiere al acceso al empleo, educación y formación, ofrece la siguiente definición de los dos tipos de discriminación:

- Discriminación directa: cuando por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable.
- Discriminación indirecta: cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁶. Como señala FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ:

“El principio de igualdad no puede suponer en modo alguna una exigencia de que el Derecho trate a todos y todas las situaciones de la misma manera. El principio de igualdad no impide que el Derecho y los órdenes normativos en general tomen en consideración la diversidad de situaciones para darles un trato normativo diferenciado”⁷.

El TC ha avalado la constitucionalidad de las medidas de acción o discriminación positiva. Se trata de medidas encaminadas a compensar situaciones de discriminación en que se encuentran ciertos grupos, adoptadas con el artículo 9.2 CE como fundamento, en virtud del cual “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”⁸.

Es el artículo 13 de la Constitución el que da una primera aproximación sobre los derechos que tienen los extranjeros en España, estableciendo en su apartado primero lo siguiente:

“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

Este artículo contrasta con la inequívoca redacción del artículo 14 CE, del que se desprendería que los extranjeros no gozan del derecho fundamental a la igualdad. Sin embargo, esta interpretación debe complementarse con la idea de la dignidad de la persona pues, como ha señalado el TC, hay determinados derechos que también corresponden a los extranjeros en igualdad de condiciones. En este sentido, la STC 107/1984, de 23 de noviembre, señala:

“Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”⁹.

⁶ STC 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2º. En términos similares se pronuncia la STC 209/88, de 10 de noviembre, FJ 6º.

⁷ Vid. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. “Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica”. Anuario de Filosofía del Derecho XI, Valencia, 1994. Pág. 152.

⁸ Como señala la STC 19/1989, de 31 de enero, “la virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución”. STC 19/1989, de 31 de enero, FJ 4º.

⁹ STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3º.

Sin embargo, ello no implica que extranjeros y nacionales tengan idéntico estatus jurídico. El artículo 13 CE reconoce a los extranjeros la titularidad de los derechos previstos en el Título I, denominado “De los derechos y deberes fundamentales”, pero la forma de ejercer tales derechos debe regularse en los tratados y leyes. El mencionado artículo únicamente establece como excepción, en su apartado 2, los derechos reconocidos en el artículo 23 CE¹⁰, de los que solo pueden ser titulares los españoles, “salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”. Así, el texto constitucional limita la titularidad del derecho de sufragio activo y pasivo a los españoles, con la excepción de las elecciones municipales, en las que los extranjeros pueden tener tales derechos si así se regula a través de un tratado o ley.

Para tener una visión global de los derechos de los extranjeros, se debe diferenciar, como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional¹¹, entre dos grupos de derechos:

- Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos. Se trata de derechos que pertenecen a la persona como tal y que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de la Constitución constituye fundamento del orden político español. Aquí se incluirían derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica y el derecho a la tutela judicial efectiva.
- Derechos a los que se refiere el artículo 13.1 de la Constitución, en cuya regulación sí puede haber diferencias entre españoles y extranjeros. Son derechos cuya titularidad reconoce la Constitución de forma genérica a españoles y extranjeros pero que no se encuentran vinculados a la dignidad humana y respecto de los cuales es admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Estos son derechos de configuración legal, de modo que la igualdad o desigualdad en el ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, del tratado o la Ley. Pero el legislador, al regular el ejercicio de estos derechos por parte de los extranjeros, debe respetar el contenido esencial de los mismos. También debe respetar lo dispuesto en los tratados internacionales, puesto que dichos tratados, junto con la Constitución, forman el bloque de constitucionalidad. Ejemplos de este conjunto de derechos serían el derecho a la educación o el derecho de asociación.

Parte de la doctrina considera que, de los derechos del Título I, habría que distinguir entre aquellos cuya titularidad se reconoce de forma genérica, de aquellos atribuidos únicamente a los “españoles” o “ciudadanos”, en cuyo caso el legislador orgánico tendría potestad constitutiva, siendo libre para decidir si amplía o no su titularidad a

¹⁰ Relativo al sufragio activo y pasivo, el artículo 23 CE dispone: “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

¹¹ STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3º y 4, STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 3º, STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2º.

los extranjeros. En este sentido, TAJADURA TEJADA indica que existiría otra categoría de derechos. Se trata de derechos que la Constitución atribuye únicamente a los españoles, y respecto de los cuales el legislador orgánico es libre de extender o no la titularidad de los mismos a los extranjeros y de regular diferentes condiciones de ejercicio para españoles y extranjeros, con el límite de lo dispuesto en los Tratados Internacionales ratificados por España¹².

Es la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social la que regula el contenido de los derechos de los extranjeros y su forma de ejercerlos, lo cual dependerá fundamentalmente de si el extranjero se encuentra o no en situación de regularidad. Por su parte, los ciudadanos de otros estados miembros de la Unión Europea gozan del estatuto jurídico comunitario, que les otorga derechos individuales directamente invocables ante los órganos jurisdiccionales, como el derecho a la libre circulación¹³.

2. LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO Y LOS DERECHOS DE LOS INTERNOS EXTRANJEROS

La LOGP consagra el principio de igualdad en la ejecución penitenciaria en su artículo 3, que dispone 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”.

En términos parecidos el Reglamento Penitenciario de 1996 recoge el principio de igualdad en el artículo 4, prohibiendo la prevalencia de discriminación alguna “por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹⁴.

El principio de igualdad en el ámbito penitenciario implica que todo interno, sea nacional o extranjero, tiene los derechos enumerados en el artículo 4.2 del Re-

¹² TAJADURA TEJADA, J. “Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, Nº 8, 2004. Págs. 881-885.

¹³ Art. 21 del TFUE.

¹⁴ NISTAL BURÓN considera que la LOGP emplea inadecuadamente el término “diferencia”, porque de la nacionalidad se van a derivar consecuencias diferenciadas pero sin que existan desigualdades no justificadas, siendo más acertado el término “discriminación” empleado en el artículo 4 del RP. NISTAL BURÓN, J. *La condición de extranjero en el sistema penitenciario español*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018. Págs. 83-84.

glamento¹⁵ y está obligado a cumplir los deberes previstos en el artículo 5.2 del mismo¹⁶.

Pero, además, nuestra legislación penitenciaria contiene referencias específicas a la extranjería, resaltando, en ocasiones, el principio de igualdad ya enunciado de forma genérica en el artículo 3 de la LOGP y el artículo 4 del RP, probablemente con la intención de enfatizar la obligación de aplicar dicho principio en determinados ámbitos. En este sentido el legislador ha querido señalar que a las comunicaciones de los internos extranjeros se aplicarán en igualdad de condiciones las reglas generales sobre comunicaciones (Art. 41.7 RP), y que tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales (Art. 118.2 RP).

Y en otras ocasiones reconoce ciertos derechos a la población penitenciaria extranjera, concretamente los siguientes:

- El derecho a que se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión. En el momento del ingreso se les informará de forma comprensible, a ser posible en su propio idioma, de este derecho, recabando por escrito su autorización para proceder, en su caso, a tal comunicación (Art. 15.5 RP). Para hacer efectivo este derecho, el Educador del centro penitenciario le facilitará la dirección y el teléfono de la representación

-
- 15 a) Derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas.
 - b) Derecho a que se preserve su dignidad, así como su intimidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la ordenada vida en prisión. En este sentido, tienen derecho a ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros.
 - c) Derecho al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, salvo cuando fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.
 - d) Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo.
 - e) Derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación.
 - f) Derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la Administración penitenciaria.
 - g) Derecho a acceder y disfrutar de las prestaciones públicas que pudieran corresponderles.
 - h) Derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación.
 - i) Derecho a participar en las actividades del centro.
 - j) Derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como a dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el Capítulo V del Título II de este Reglamento.
 - k) Derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria.
 - 16 a) Permanecer en el establecimiento hasta el momento de su liberación, a disposición de la autoridad judicial o para cumplir las condenas de privación de libertad que se le impongan.
 - b) Acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciba del personal penitenciario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.
 - c) Colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, los funcionarios, trabajadores, colaboradores de instituciones penitenciarias, reclusos y demás personas, tanto dentro como fuera del establecimiento cuando hubiese salido del mismo por causa justificada.
 - d) Utilizar adecuadamente los medios materiales que se pongan a su disposición y las instalaciones del establecimiento.
 - e) Observar una adecuada higiene y aseo personal, corrección en el vestir y acatar las medidas higiénicas y sanitarias establecidas a estos efectos.
 - f) Realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria para el buen orden y limpieza de los establecimientos.
 - g) Participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad.

diplomática, entregándole el documento correspondiente, el cual se conservará en el expediente del interno para que quede constancia.

- El derecho a que las comunicaciones y visitas se organicen teniendo en cuenta sus necesidades especiales (Art. 41.7 RP).
- El derecho a comunicar, en locales apropiados, con los representantes diplomáticos o consulares de su país, o con las personas que las respectivas Embajadas o Consulados indiquen (Art. 49.3 RP).
- El derecho a recibir información sobre la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes. Igualmente, se les facilitará la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática acreditada en España del país correspondiente (Art. 52.2 RP). Como señala la Instrucción 3/2019 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre normas generales sobre internos extranjeros, el Jurista del centro penitenciario informará al interno extranjero sobre la posibilidad de solicitar el traslado para continuar cumpliendo condena en su país, la expulsión judicial y, en su caso, la libertad condicional en el país de origen, atendiendo a su situación penal, procesal y penitenciaria. Por otro lado, es relativamente frecuente que los internos extranjeros soliciten asilo político. En tales supuestos, se cumplimentará la solicitud en el centro penitenciario, con la asistencia de un funcionario designado por el Director, normalmente el Jurista, que será el encargado de realizar la entrevista, en presencia, en su caso, de abogado e intérprete, para posteriormente remitir la solicitud a la Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior, junto con las huellas dactilares, que se le toman en el propio centro.
- El derecho a recibir en su idioma el folleto informativo general o, en su defecto, a que se le haga una traducción oral de su contenido por los funcionarios o internos que conozcan la lengua del interesado recabando, si fuese necesario, la colaboración de los servicios consulares del Estado a que aquél pertenezca (Art. 52.4 RP). De esta manera, en el momento de ingresar en el centro penitenciario, el funcionario encargado del departamento de ingresos entrega al interno el folleto informativo “La prisión paso a paso”. Además, la Administración debe procurar proporcionar a los internos extranjeros textos de la LOGP y el RP en la lengua propia de su país de origen, a cuyo fin recabará la colaboración de las autoridades diplomáticas correspondientes (Art. 52.5 RP).
- El derecho a que la Administración Penitenciaria le facilite que pueda respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos (previsto en el artículo 230.3 RP para todos los internos, sean o no extranjeros).

A todo ello se debe añadir que hay otros derechos que, en el ámbito penitenciario, corresponden por igual a los nacionales y extranjeros, como ocurre con el derecho a la asistencia sanitaria, y el derecho al trabajo, mientras que fuera de los centros

penitenciarios, los extranjeros deben cumplir ciertos requisitos para poder ejercer los mismos¹⁷.

Por lo tanto, en ciertos aspectos, en la relación especial de sujeción que une al interno extranjero con la Administración Penitenciaria, curiosamente el primero se encuentra en una situación jurídica más ventajosa a la que tendría en libertad. Sin embargo, el panorama cambia cuando comienza a relacionarse con el exterior, ya que normalmente se encuentra en situación de irregularidad administrativa, lo cual se convierte en el principal obstáculo para su reinserción¹⁸.

3. EL FACTOR DE LA EXTRANJERÍA EN RELACIÓN CON VARIAS FIGURAS

3.1. Los permisos de salida

3.1.1. Aspectos generales. La Instrucción 1/2012 sobre permisos de salida y salidas programadas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

La extranjería tiene consecuencias en determinados aspectos de la ejecución penitenciaria, siendo uno de ellos los permisos de salida. Según el estudio de ROVIRA, LARRAURI Y ALARCÓN, el porcentaje de internos extranjeros que acceden a un permiso durante su condena es del 20%, mientras que el porcentaje de internos con nacionalidad española o de un país de la Unión Europea es del 73%¹⁹.

Haciendo una breve referencia normativa, la LOGP regula los permisos ordinarios de salida como un instrumento de tratamiento. Tales permisos no constituyen un derecho del interno de manera que, una vez verificado que se cumplen los requisitos objetivos, su concesión no es automática. Así, el artículo 47 de la LOGP dispone:

“Se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo y tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta”.

Conforme ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional los permisos, además de ser un instrumento de preparación de la vida en libertad, cumplen también la finalidad de fortalecer los vínculos familiares, reduciendo las tensiones del internamiento en prisión y siendo un estímulo de la buena conducta. Como señala en su Sentencia 112/1996, de 24 de junio:

¹⁷ En libertad, para que un extranjero tenga acceso a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos debe residir de forma legal y habitual en territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, como indica el artículo 3 de la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Y un extranjero que no tiene residencia legal en España debe cumplir una serie de requisitos para tener derecho a la asistencia sanitaria gratuita, según el artículo 3.^{er} de dicha ley.

¹⁸ SOLAR CALVO reflexiona sobre esta cuestión. Vid. SOLAR CALVO, P. “Extranjeros en prisión y jurisprudencia europea. La necesaria revisión de la TVR penitenciaria”. Revista CEFLegal, N° 222, 2019. Pág. 82.

¹⁹ ROVIRA, M., LARRAURI, E., ALARCÓN, P. “La concesión de permisos penitenciarios”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), N° 20, 2018. Pág. 15.

“Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse, e indican cual es la evolución del penado. Pero, al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia, y por ello su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que éstos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados”²⁰.

Una cuestión que se plantea a menudo es si el permiso puede servir al extranjero que tiene decretada la expulsión administrativa o judicial para prepararse para la vida en libertad si lo disfruta en una sociedad en la que no podrá reinsertarse debido a que va a ser expulsado al país de su nacionalidad. Para responder a esta cuestión resulta necesario recordar que la LOGP en su artículo 59.1 concibe el tratamiento penitenciario como “el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” y establece en el apartado segundo del mismo artículo que “el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”.

Dado que en nuestro ordenamiento se define el tratamiento penitenciario desde una perspectiva amplia, en la que las actividades tratamentales se realizan tanto en el interior como en el exterior de los centros penitenciarios y teniendo en cuenta los recursos existentes en la comunidad²¹, parece lógico que también en el caso de los extranjeros que tienen decretada la expulsión el permiso ordinario de salida puede contribuir a la consecución de la reeducación y reinserción social, fines del tratamiento penitenciario, si bien en caso de que no tengan apoyo familiar deben contar con el aval de una asociación que les acoja durante el permiso.

Volviendo a la regulación en materia de permisos, se exigen por tanto unos requisitos objetivos: estar clasificado en segundo o tercer grado, haber extinguido la cuarta parte de la condena y no observar mala conducta (en términos similares se pronuncia el artículo 154 RP).

Pero, a pesar de cumplirse estos requisitos el informe del Equipo Técnico²² debe ser desfavorable cuando resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde

²⁰ STC 112/1996, de 24 de junio, FJ 4º.

²¹ Art. 113 RP, relativo a las actividades de tratamiento.

²² Dicho órgano actúa bajo la dirección inmediata del Subdirector de Tratamiento del centro penitenciario, y pueden formar parte del mismo, entre otros profesionales, un Psicólogo, un Jurista, un Educador y un Trabajador Social, como señala el artículo 274 RP.

la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento. Este informe es preceptivo pero no vinculante, de manera que la Junta de Tratamiento²³, órgano encargado de conceder o denegar el permiso, puede seguir el mismo criterio o no, si bien lo común es que se siga dicho criterio.

Así, señala el artículo 156 RP:

“El informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.”

Por lo tanto, toda decisión sobre permisos de salida implica valorar el riesgo de quebrantamiento, de reincidencia y el posible efecto perjudicial que podría tener la salida sobre el interno, con la dificultad que ello supone, al tratarse de un juicio de probabilidad sobre el futuro.

Para facilitar la toma de decisiones sobre concesión de permisos existen dos instrumentos: la Tabla de Variables de Riesgo y la Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares.

La TVR establece una serie de factores que han demostrado estar relacionados con el riesgo de que un interno no vuelva al centro penitenciario tras el disfrute de un permiso de salida. Estos factores son los siguientes: extranjería, drogodependencia, profesionalidad, reincidencia, quebrantamiento, aplicación de artículo 10 de la LOGP, ausencia de disfrute de permisos, deficiencia convivencial, lejanía del lugar de disfrute del permiso, concurrencia o no de presiones internas.

Por otro lado, la tabla CCP establece determinadas situaciones específicas consideradas de especial relevancia que la Junta de Tratamiento debe tener en cuenta, de manera que, de darse alguna de estas circunstancias, debe motivarse especialmente la concesión del permiso. Estas circunstancias son las siguientes: que la puntuación de riesgo en la TVR sea igual o superior a 65%, que se trate de un condenado por delito contra las personas o contra la libertad sexual o de violencia de género, que pertenezca a banda armada o de carácter internacional, que haya existido especial ensañamiento en la ejecución, pluralidad de víctimas o que éstas sean menores de edad o especialmente desamparadas, que le resten más de 5 años para el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, que presente alteraciones psicopatológicas de la personalidad en situación descompensada, con mal pronóstico o con ausencia de apoyo exterior y que exista resolución judicial o administrativa de expulsión.

Estos dos instrumentos fueron introducidos inicialmente por la Instrucción 22/96, tras el estudio realizado por CLEMENTE DÍAZ²⁴, que utilizó un modelo de regre-

²³ Como señala el artículo 272 RP la Junta de Tratamiento está presidida por el Director del Centro Penitenciario y forman parte de la misma el Subdirector de Tratamiento, el Subdirector Médico, el Subdirector del Centro de Inserción Social, en los Centros de Inserción Social dependientes, los Técnicos de Instituciones Penitenciarias, Trabajador Social y Educador que hayan intervenido en las propuestas, y el Jefe de Servicios.

²⁴ CLEMENTE DÍAZ, M. *Validación y depuración de una tabla de variables de riesgo en el disfrute de permisos penitenciarios de salida*. Facultad de Psicología, Dep. Psicología Social en colaboración con la Subdirección General de

sión para analizar la validez de la TVR²⁵. El estudio se realizó a partir de un grupo de 912 reclusos, de los cuales 451 reingresaron tras el permiso y 461 no y reporta un 69,5% de clasificaciones correctas o, lo que es lo mismo, no clasifica adecuadamente el 30,5% de los casos. Este modelo clasificó correctamente un 64,52% de los sujetos que no regresaron tras el permiso y un 74,40% de los que sí regresaron. Es decir, la probabilidad de cometer un quebrantamiento de permiso por parte del interno cuando la valoración de riesgo muestra un resultado positivo asciende al 64,52%, mientras que cuando esta valoración arroja un resultado negativo la probabilidad de que no haya un quebrantamiento del permiso es del 74,40%.

Actualmente la Instrucción 1/2012 sobre permisos de salida y salidas programadas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias mantiene la vigencia de ambas tablas como instrumentos para la toma de decisiones y además incluye dentro de la tabla CCP las circunstancias peculiares “existencia de resolución judicial o administrativa de expulsión” y “comisión de delitos de violencia de género”.

Según la misma Instrucción para proceder al estudio de las solicitudes de permisos ordinarios de salida se deben tener en cuenta como métodos de conocimiento el análisis documental del historial penal y penitenciario del interno, las entrevistas con el interno y el estudio social del medio familiar y del entorno en el que está previsto el disfrute del permiso. Este estudio detallado, con aplicación de la TVR y de Concurrencia de Circunstancias Peculiares se realizará de forma completa en todos los casos de permiso inicial, cuando los permisos anteriores hayan sido acordados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria sin que hubiera mediado informe favorable por parte del Equipo Técnico, o cuando desde el último se haya producido alguna incidencia significativa para su disfrute. Los estudios posteriores revisarán simplemente el inicial y la valoración del anterior permiso.

Con toda la información disponible, el Equipo Técnico emite informe favorable o desfavorable a la concesión del permiso. En dicho informe, conforme al artículo 156.2 RP, podrá establecer condiciones y controles que debe observar el penado durante el disfrute del permiso, tales como la presentación en la Comisaría o puesto de la Guardia Civil, exigencia de que el interno sea recogido en el centro penitenciario a la salida del permiso por algún familiar, obligación de atender las llamadas del centro o de acudir a alguna institución extrapenitenciaria de carácter asistencial o terapéutico, entre otras. Estas medidas tratan de favorecer el correcto aprovechamiento del permiso.

Posteriormente la Junta de Tratamiento acordará la concesión o denegación del permiso. En caso de que se acuerde la concesión, se dará traslado de dicho acuerdo al órgano competente para la autorización del permiso, que puede ser el Juez de Vigilancia Penitenciaria o el Centro Directivo, en función de si el interno se encuentra clasificado en segundo o tercer grado y del número de días de permiso concedidos (en

Gestión Penitenciaria de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, Madrid, 1993.

²⁵ Como señalaba la Instrucción 22/96 el estudio estadístico permitió identificar y cuantificar la incidencia que determinadas variables tienen tanto en la decisión de los diferentes órganos para conceder o no permiso de salida como en el comportamiento de los internos que los disfrutaron a la hora de reincorporarse al establecimiento. Como resultado se obtuvo la TVR. Junto a estas variables hay otras que no pudieron ser validadas estadísticamente al no obtener habitualmente permiso los internos en quienes concurren o ser su número exiguo y no significativo. Estas variables son las incluidas en la Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares, como variables de especial relevancia que no pueden ser obviadas en la toma de decisiones.

algunos casos el Director del centro penitenciario es competente para la autorización del permiso por delegación de competencias).

Junto con el acuerdo de la Junta de Tratamiento, se adjunta la TVR y la Tabla CCP, y también el informe social y aquellos otros que el Equipo Técnico hubiese considerado oportuno aportar. Por tanto, tales instrumentos serán tenidos en cuenta por el órgano competente a la hora de autorizar, en su caso, el permiso.

Señala también la Instrucción 1/2012 que los resultados obtenidos, tanto de carácter cualitativo como cuantitativo, no condicionan de forma matemática el acuerdo de concesión o denegación, sino que el acuerdo final dependerá de la valoración probabilística y de todo el conjunto de argumentos y razones que existan en cada caso concreto.

3.1.2. Análisis de la variable “nacionalidad” en la TVR y la circunstancia peculiar “existencia de resolución judicial o administrativa de expulsión”

En la TVR, a cada uno de los factores que la componen se le asigna un valor que puede ir del 0 al 3 en función de la situación concreta del interno y como resultado final se obtiene un porcentaje de probabilidad de quebrantamiento. El factor “Extranjería” se valora de la siguiente manera:

- 0. Tener nacionalidad española / No nacional casado con nacional, con 3 años de convivencia en territorio nacional de forma normalizada, en situación de libertad / No nacional asentado en territorio nacional con permisos de trabajo y residencia durante 5 años.
- 1. Perteneciente a país de la CE (hoy en día Unión Europea) con buena vinculación o apoyo institucional.
- 2. No nacional que durante el permiso presenta una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelen durante el mismo.
- 3. Sin vinculación en el territorio y sin tutela acreditada, ni solvente.

Sin embargo, no todos los factores de la TVR tienen el mismo peso. La variable extranjería influye mucho más que las otras en el porcentaje de riesgo de quebrantamiento que se obtiene finalmente. Por ejemplo, si el interno es extranjero no perteneciente a la UE, que no está casado con un nacional habiendo convivido durante al menos tres años ni ha tenido permisos de trabajo y residencia durante al menos cinco años, pero tiene vinculación en España o cuenta con el aval de una asociación, se le asignaría un 2 en la variable extranjería. Si en este caso la valoración del resto de factores fuera 0, la probabilidad de quebrantamiento obtenida finalmente sería del 95%. Y ello a pesar de que el resto de factores concurren favorablemente, es decir, el interno no es drogodependiente, no presenta profesionalidad delictiva, no es reincidente, no ha quebrantado anteriormente, no ha estado en primer grado, ha disfrutado de al menos un permiso en los dos últimos años, no tiene problemas de convivencia, no está sometido a presiones internas ni el lugar en el que pretende disfrutar el permiso se encuentra lejos. Vemos cómo a pesar de no darse ningún otro factor de la TVR

que incremente el riesgo, el resultado final es que existe un riesgo muy elevado de quebrantamiento, lo cual no es real, sobre todo teniendo en cuenta que en el ejemplo propuesto el interno ya ha disfrutado de al menos un permiso, de forma que ese dato objetivo debería hacer que el riesgo de quebrantamiento disminuyese, pues se tiene la experiencia del permiso anterior disfrutado sin incidencias.

En el caso de que el interno fuera nacional de otro país de la UE con buena vinculación o apoyo institucional la puntuación del factor extranjería sería 1. Si el resto de factores, como en el ejemplo anterior, tuvieran una valoración de 0, la TVR nos seguiría dando un riesgo de quebrantamiento bastante elevado, del 75%. De nuevo se da la contradicción de que, a pesar de haber salido ya de permiso, la tabla nos indica que existe un importante riesgo de quebrantamiento.

Lógicamente, si además de darse el factor de extranjería concurre alguno de los demás puntuado en 1, 2 o 3, el porcentaje de riesgo de quebrantamiento obtenido es aún mayor que el expresado en los ejemplos anteriores.

En cuanto a la tabla CCP, a menudo el penado extranjero tiene decretada la expulsión judicial o administrativa. Sobre esta circunstancia peculiar, la Instrucción 1/2012 dispone lo siguiente:

“En los casos de penados extranjeros (no comunitarios) que no fueran residentes legales en el momento del estudio del permiso y además tengan decretada resolución administrativa o judicial de expulsión (...) se valorarán tales circunstancias específicas para el estudio de posibles permisos. Su concesión, en todo caso, deberá venir especialmente justificada y motivada, en atención a la existencia de otras circunstancias cualificadas concurrentes que, a juicio del Equipo Técnico, aminoren sensiblemente el riesgo de mal uso o quebrantamiento”.

Como crítica, conforme a dicha redacción, la existencia de resolución de expulsión es una circunstancia peculiar a tener en cuenta únicamente en el caso de los extranjeros no comunitarios, cuando actualmente se puede expulsar tanto judicial como administrativamente también a ciudadanos pertenecientes a la UE, como se examinará en el capítulo dedicado a la expulsión.

Según dicha redacción, la existencia de resolución de expulsión no debe conllevar automáticamente la denegación del permiso. Si bien puede llevar a considerar, a priori, que existe un elevado riesgo de quebrantamiento, este puede verse contrarrestado con otros factores, como el arraigo, el apoyo familiar o de una asociación²⁶.

Conforme al conocimiento obtenido de la práctica, el riesgo de quebrantamiento puede ser elevado cuando el penado no quiere ser expulsado, ante la posibilidad de que aproveche el permiso de salida para fugarse y no verse abocado a abandonar España. También cuando no tiene ningún arraigo familiar en España y tiene lejos a su familia, especialmente si se da alguna circunstancia por la que le urja estar cerca de

²⁶ ANDRÉS LASO señala la importante aportación que prestan las Organizaciones No Gubernamentales y las asociaciones que colaboran con la Institución Penitenciaria, y considera que con la creación de pisos de acogida para las salidas temporales de extranjeros sin arraigo “se contribuye a humanizar la estricta realidad mediante el disfrute de estas salidas temporales e implica un alivio considerable de las tensiones que la privación de libertad crea en todas las personas”. *Vid.* ANDRÉS LASO, A. *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*. Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016. Pág. 403.

sus familiares (enfermedad o dificultades económicas de algún familiar, por ejemplo). Por el contrario, entiendo que este riesgo decae en el caso frecuente del penado extranjero que tiene un trabajo remunerado en la prisión, siendo su salario la principal fuente de ingresos de su familia, que habitualmente se encuentra en otro país, y ello es de vital importancia para él. También puede disminuir cuando tiene arraigo en España o el apoyo de una institución.

Pero en todo caso se trata de consideraciones generales, siendo imprescindible individualizar en cada caso y conocer al interno, dada la variedad de circunstancias vitales que pueden presentarse y de motivaciones que puede tener para hacer o no un buen uso del permiso, eliminando todo automatismo y contando con la posibilidad de establecer medidas durante su disfrute que permitan aminorar los riesgos.

En este mismo sentido de dar importancia al arraigo se pronuncian los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, que en sus Criterios de Actuación señalan:

“En los permisos de salida para extranjeros la situación de irregularidad, con orden de expulsión vigente, no excluye automáticamente la concesión del permiso, cuando el interno acredite arraigo suficiente en territorio español. No obstante serán causa de denegación los supuestos de extranjeros indocumentados, que se nieguen a ser documentados”²⁷.

Algunos ejemplos de resoluciones judiciales que conceden permisos a extranjeros dando prioridad al arraigo por encima de otras consideraciones son las siguientes²⁸:

- Auto del JVP de Valladolid de fecha 01/08/2013: en este caso se trata de un extranjero con arraigo en España (padre y hermanos) que tenía regularizada su estancia al tiempo de la condena.
- Auto del JVP de Salamanca de fecha 21/12/2009: en cuanto a la condición de extranjero, considera la Audiencia que, aunque es un dato a tener en cuenta, por lo que indica falta de arraigo y eventual riesgo de intentar sustraerse a la acción de la justicia, no obstante, dicho inconveniente quedaría superado porque la Pastoral Penitenciaria de Salamanca está dispuesta a acogerle y pueden establecerse mecanismos alternativos de control para garantizar el buen uso del permiso.
- Auto del JVP de Ciudad Real de fecha 30/10/14: que concede un permiso a un extranjero que había sido denegado por la Junta de Tratamiento debido a la existencia de una orden de expulsión, como única motivación. Considera el JVP que esta circunstancia única no puede ser susceptible de interrumpir el tratamiento individualizado del interno, con un acercamiento al mundo exterior.
- Auto del JVP de Ceuta de fecha 15/12/2006: este auto considera que el riesgo de fuga del interno extranjero es tolerable, debido al estado avanzado de cumplimiento de condena y a que cuenta con el aval de una institución.

²⁷ Criterio 44 de los *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018. Texto refundido y depurado actualizado a mayo de 2018*. Según la motivación de este criterio de actuación se trata de combinar, por un lado, la exigencia del arraigo efectivo, a efectos de disfrute y no quiebra del permiso y, por otro, el relevante indicio de quiebra de aquellos que se niegan a documentarse.

²⁸ MINISTERIO DEL INTERIOR. SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2015. Permisos Penitenciarios*. Madrid, 2016. Págs. 268-270, 281-282, 314 y 320-321.

- Auto AP Madrid 1869/04 de 25 de junio: que considera que “el penado ha cumplido prácticamente la mitad de la condena y observa buena conducta. La dimensión de la pena permitiría su expulsión del territorio nacional conforme al artículo 89 del C. Penal, por lo que no puede caerse en la tentación de dramatizar hasta el extremo el riesgo de fuga. Ese riesgo está además paliado por la acogida del interno por una prestigiosa institución vinculada a la pastoral penitenciaria. En consecuencia, se concederá el permiso durante cuatro días condicionado a que el interno sea recogido a la salida del Centro por algún miembro de esa asociación”.

Retomando la cuestión de la utilidad de estas tablas como instrumentos que permiten objetivar la toma de decisiones en materia de permisos de salida, en muchos casos el resultado que dan no se corresponde con la realidad. Como indica SOLAR CALVO:

“La TVR y el informe CCP se construyen en torno a una parte de los datos que definen la situación del interno y les adjudican un riesgo de manera automática, sin permitir matizaciones capaces de plasmar la verdadera situación en la que dichos internos se encuentran”²⁹.

En el estudio realizado por FÉREZ-MANGAS y ANDRÉS-PUEYO se analizó la capacidad del protocolo de valoración del riesgo RisCanvi, utilizada en el ámbito de la Administración Penitenciaria de Cataluña, para predecir el quebrantamiento de condena. De los 668 sujetos estudiados quebrantaron 334, de los cuales 212 eran extranjeros, esto es, el 63,4%, si bien los datos obtenidos señalan la utilidad limitada de este instrumento de predicción, que solo clasificó correctamente el 49,04% de los casos³⁰.

3.1.3. Consideraciones sobre el riesgo de que el penado extranjero quebrante el permiso. Referencia a la normativa de la Unión Europea

En relación con la posibilidad de que un interno extranjero no retorne al centro penitenciario tras el disfrute de un permiso de salida, resulta necesario preguntarse qué mecanismos jurídicos permitirían reclamar a esa persona.

En el ámbito nacional se dictaría una orden de búsqueda y captura. Se trata, en realidad, de una requisitoria (figura regulada en la LECrim) cuya finalidad es la búsqueda y localización, en este caso, de un penado.

Si existe la sospecha de que el penado se encuentra en otro país, además de la requisitoria, existen dos mecanismos que permitirían localizarle fuera del territorio español. Podrá recurrirse a uno u otro mecanismo en función del país en el que se encuentre (o se sospeche que pueda encontrarse) el penado. Así, se distinguen dos ámbitos:

²⁹ SOLAR CALVO, P. “Extranjeros en prisión...” *Op. cit.* Págs. 100-102. En términos similares a los expuestos, la autora considera necesaria la modificación de las técnicas actuariales penitenciarias, por su automatismo y por la necesidad de adaptarlas a los parámetros de la jurisprudencia.

³⁰ FÉREZ-MANGAS, D., ANDRÉS-PUEYO, A. “Predicción y prevención del quebrantamiento de los permisos penitenciarios”. *Revista Española de Investigación Criminológica*, Nº 13, 2015. Págs. 16-18.

– **Ámbito de la Unión Europea:**

En este punto resulta necesario hacer referencia a ciertos aspectos de la gestión de fronteras y la cooperación en materia penal y policial en el ámbito de la Unión Europea.

En cuanto a la gestión de fronteras, su objetivo es crear una zona única sin controles fronterizos internos –el espacio Schengen–, que también requiere una política común en materia de gestión de las fronteras exteriores³¹.

El Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen entró en vigor en 1995, fue elaborado por un conjunto de Estados miembros con el fin de eliminar los obstáculos a la libre circulación de personas, pero inicialmente ajeno a la estructura institucional comunitaria. Posteriormente, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se incorporó al Derecho de la Unión Europea³².

El Código de Fronteras Schengen es el pilar de la gestión de fronteras exteriores. El artículo 20 del mismo recoge la eliminación de los controles en las fronteras interiores, disponiendo que “las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice inspección fronteriza alguna de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad”. Sí se permiten sin embargo las inspecciones del Estado dentro de su territorio, como indica el artículo 21.a) del mismo. Concretamente, entre otras, se pueden realizar inspecciones en ejercicio de las competencias estatales de policía basadas en información y experiencia policiales de carácter general sobre posibles amenazas a la seguridad pública y estén destinadas, en particular, a combatir la delincuencia transfronteriza³³.

En definitiva, el espacio Schengen permite la circulación de personas sin restricciones por el territorio de 26 países europeos, de los cuales 22 son Estados miembros de la UE. Bulgaria, Croacia, Chipre, Irlanda, Rumanía, a pesar de ser miembros de la UE no pertenecen al espacio Schengen. Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza pertenecen a dicho espacio, sin formar parte de la UE.

Precisamente, con el fin de disminuir el riesgo de fuga, la Instrucción 1/2012 de permisos de salida y salidas programadas señala que “a los internos extranjeros no pertenecientes al espacio Schengen, no se les entregará el pasaporte sino otro documento que acredite su identidad”, tratando de evitar que puedan salir del espacio libre de fronteras interiores.

Con respecto a la cooperación policial, su principal herramienta es la Oficina Europea de Policía (Europol) y se centra fundamentalmente en apoyar a los Estados miembros en su lucha contra el terrorismo, la ciberdelincuencia y otras formas graves de delincuencia organizada.

³¹ Esta política tiene como base jurídica el artículo 3 del TUE y los artículos 67 y 77 del TFUE.

³² Sobre el proceso de creación del Espacio Schengen, véase: OLESTI RAYO, A. “*El Espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los estados miembros de la Unión Europea*”. Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, Nº 15. Págs. 44-52.

³³ Como indica OLESTI RAYO: “Los controles en los puestos fronterizos intracomunitarios, en sentido estricto, se han eliminado, y han desaparecido las inspecciones que allí se realizaban; pero las autoridades estatales conservan la capacidad de poner en práctica otros instrumentos que pueden tener unos efectos y consecuencias equivalentes a los controles fronterizos”. *Ibid.* Pág.81.

En cuanto a la cooperación judicial en materia penal se basa en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye medidas para armonizar las leyes de los Estados miembros en diversos ámbitos³⁴. Este principio se plasma en nuestro ordenamiento a través de la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE. Como señala el preámbulo de dicha ley:

“Este nuevo modelo de cooperación judicial conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación. Además, se ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de un formulario o certificado que deben completar las autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro”.

El principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la UE se ha ido plasmando a través de numerosas decisiones marco y directivas europeas³⁵, lo cual implica una intensa labor legislativa para los Estados miembros para incorporar a sus ordenamientos tales disposiciones.

La LRM aglomera en un único texto normativo estas normas comunitarias, eliminando así la dispersión normativa. Como indica el preámbulo de la misma, incluye tanto las normas ya transpuestas a nuestro Derecho como las que están pendientes, evitando la señalada dispersión normativa y facilitando su conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho.

El Título II de la ley regula el instrumento de la orden europea de detención y entrega. Se trata de una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la UE con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad o medida de internamiento en centro de menores.

Por tanto, si la persona requerida se encuentra en un Estado miembro de la UE el procedimiento a seguir sería el relativo a la orden europea de detención y entrega.

En este procedimiento, como dispone el artículo 35 LRM, “son autoridades judiciales competentes para emitir una orden europea de detención y entrega el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes”.

El Capítulo II de este Título regula la emisión y transmisión de una orden europea de detención y entrega. De este procedimiento cabe destacar lo siguiente:

³⁴ Así, proclama el artículo 82.1 del TFUE: “La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales (...)”.

³⁵ Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, entre otras.

- La autoridad judicial española podrá dictar una orden europea de detención y entrega en los siguientes supuestos:
 - A) Con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales, por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo.
 - B) Con el fin de proceder al **cumplimiento de una condena** a una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo.
- La autoridad judicial española podrá dictar una orden europea de detención y entrega para el ejercicio de acciones penales cuando, concurriendo los requisitos para ello previstos en la LRM, concurren además los previstos en la LECrim para acordar el ingreso en prisión preventiva del reclamado o los de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, para acordar el internamiento cautelar de un menor. Asimismo, cuando la OEDE tenga como finalidad la entrega del reclamado para el cumplimiento de una pena se exige que no sea posible la sustitución ni la suspensión de la pena privativa de libertad a que haya sido condenado.
- En cuanto a la transmisión de la orden, cuando se conozca el paradero de la persona reclamada, la autoridad judicial española podrá comunicar directamente a la autoridad judicial competente de ejecución la orden europea de detención y entrega. En caso de que se desconozca el paradero, la autoridad judicial de emisión española podrá decidir introducir una descripción de la persona en el Sistema de Información Schengen.

– **Ámbito ajeno a la Unión Europea:**

En caso de que se sospeche que el penado se encuentra en un país de fuera de la UE habría que acudir al procedimiento de extradición activa, más largo y formal que el anterior. Se encuentra regulado en los artículos 824 y siguientes de la LECrim. La extradición es el procedimiento que permite que un Estado ponga a un presunto delincuente o a un condenado a disposición de otro Estado, bien para el enjuiciamiento o para el cumplimiento de la condena.

El procedimiento de extradición activa consiste en lo siguiente:

- Los Fiscales de las Audiencias y el del Tribunal Supremo, cada uno en su caso y lugar, pedirán que el Juez o Tribunal proponga al Gobierno que solicite la extradición de los procesados o **condenados** por sentencia firme, cuando sea procedente con arreglo a derecho.
- Para que pueda pedirse o proponerse la extradición será requisito necesario que se haya dictado auto motivado de prisión o recaído sentencia firme contra los acusados a que se refiera.
- Sólo podrá pedirse o proponerse la extradición:

1. De los españoles que habiendo delinuido en España se hayan refugiado en país extranjero.
 2. De los españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto del en que delinquieron.
 3. De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo.
- Procederá la petición de extradición:
1. En los casos que se determinen en los Tratados vigentes con la potencia en cuyo territorio se hallase el individuo reclamado.
 2. En defecto de Tratado, en los casos en que la extradición proceda según el derecho escrito o consuetudinario vigente en el territorio a cuya nación se pida la extradición.
 3. En defecto de los dos casos anteriores, cuando la extradición sea procedente según el principio de reciprocidad.

3.2. El trabajo penitenciario

3.2.1. Aspectos generales

El derecho de los reclusos a tener un trabajo remunerado está previsto en el artículo 25.2 de la Constitución, según el cual:

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

Debe señalarse la importancia de que el artículo 25.2 se encuentre ubicado en la Sección I del Capítulo II del Título I de la Constitución, es decir, dentro de los derechos fundamentales, lo cual implica que el derecho al trabajo de los internos se ve tutelado por el procedimiento preferente y sumario y por el recurso de amparo ante el TC, como indica el artículo 53 CE.

Como reiteradamente ha señalado el TC, el derecho del interno a un trabajo remunerado no es un derecho absoluto, sino que se trata de un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad depende de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento. Según la STC 172/1989:

“La Administración Penitenciaria debe superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido, arbitrando las medidas necesarias a su alcance, y observando mientras

tanto no se consiga el pleno empleo de la población reclusa, el orden de prelación que el art. 201 del Reglamento Penitenciario³⁶ establece para distribuir los puestos de trabajo disponibles. Pero únicamente tendrá relevancia constitucional el amparo del derecho al trabajo del penado si se pretende un puesto de trabajo existente al que se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido, que no puede ser objeto de una aplicación arbitraria o discriminatoria”³⁷.

El artículo 26 LOGP define el trabajo como derecho y un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento. La consideración del trabajo como “deber” no es exacta, ya que el artículo 25.2 de la Constitución proscribía los trabajos forzados, y no se prevé ninguna sanción disciplinaria para el incumplimiento de esta obligación. Además, al ser considerado el trabajo como un elemento del tratamiento penitenciario, debe entenderse necesariamente como algo voluntario³⁸.

La LOGP establece distintas modalidades de trabajo, disponiendo el artículo 27.1 lo siguiente:

“El trabajo que realicen los internos, dentro o fuera de los establecimientos, estará comprendido en alguna de las siguientes modalidades:

- a) Las de formación profesional, a las que la Administración dará carácter preferente.*
- b) Las dedicadas al estudio y formación académica.*
- c) Las de producción de régimen laboral o mediante fórmulas cooperativas o similares de acuerdo con la legislación vigente.*
- d) Las ocupacionales que formen parte de un tratamiento.*
- e) Las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento.*
- f) Las artesanales, intelectuales y artísticas”.*

La letra c) hace referencia al trabajo productivo, de manera que el resto de modalidades no son remuneradas, sin perjuicio de que los internos que desempeñan tales actividades puedan recibir recompensas, ni gozan de la protección en materia de Seguridad Social.

³⁶ Actualmente este orden de prelación viene establecido en el Real Decreto 782/2001, que regula el trabajo en los talleres productivos, cuyo artículo 3.2 establece: “La Junta de Tratamiento, como órgano administrativo competente, adjudicará los puestos a los internos, siguiendo el siguiente orden de prelación:

- 1.º Los internos en cuyo programa individualizado de tratamiento se contemple el desarrollo de una actividad laboral.
- 2.º Los internos penados sobre los preventivos.
- 3.º La aptitud laboral del interno en relación con las características del puesto de trabajo.
- 4.º La conducta penitenciaria.
- 5.º El tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario.
- 6.º Las cargas familiares.
- 7.º La situación prevista en el artículo 14.1 de este Real Decreto”.

³⁷ STC 172/1989, de 19 de octubre, FJ 3º.

³⁸ Para DE LA CUESTA ARZAMENDI el deber de trabajar del interno es una mera reproducción del contenido del artículo 35 CE que configura el trabajo como un deber de todos los españoles, siendo un deber ético-social no exigible coactivamente. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “*El trabajo de los internos en el Derecho penitenciario español*”. En Cuadernos de Derecho Judicial, 95/33, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996. Pág. 212.

El artículo 132 RP dispone lo siguiente:

“El trabajo penitenciario de carácter productivo por cuenta ajena no realizado mediante fórmulas cooperativas o similares, a que se refiere la letra c) del artículo 27.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, es un derecho y un deber del interno, constituye un elemento fundamental del tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado y tiene, además, la finalidad de preparar a los internos para su acceso al mercado laboral cuando alcancen la libertad”.

Si el tratamiento penitenciario comprende todas aquellas actividades directamente dirigidas a la consecución de la reinserción social, no hay duda de que el desempeño de un empleo ayuda a que el penado se sienta parte de la sociedad y contribuye a la mejora de la autoestima, permitiéndole llevar una vida más normalizada.

Ello no quiere decir que el trabajo penitenciario siempre se considere una actividad prioritaria dentro del programa individualizado de tratamiento. En el programa individualizado de tratamiento (PIT, en adelante), que de conformidad con el artículo 20.2 RP debe elaborar la Junta de Tratamiento para cada penado hay dos tipos de actividades: prioritarias y complementarias. Las prioritarias son aquellas que se consideran fundamentales para abordar aquellos factores que han influido en el comportamiento delictivo y para subsanar las carencias más importantes que presenta el sujeto.

Por tanto, el desempeño de un trabajo productivo solo formará parte del PIT si la Junta de Tratamiento considera que la falta de empleo o de hábitos laborales está estrechamente relacionado con la comisión del delito.

En este sentido, merece una especial reflexión el caso frecuente del extranjero condenado por traer droga a España por vía aérea con la motivación de obtener una cantidad de dinero a cambio de entregar la droga a terceras personas. En muchas ocasiones el extranjero se encuentra en una situación de necesidad económica familiar que le lleva a delinquir, careciendo de otros factores criminógenos que abordar. Para estos casos considero esencial el desempeño de un trabajo productivo que favorezca la creación de hábitos laborales en el penado y al mismo tiempo le permita contribuir al sostenimiento de sus cargas familiares³⁹.

3.2.2. El trabajo productivo en los talleres penitenciarios de los internos extranjeros

La relación laboral existente entre la Entidad Estatal Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo y el interno trabajador es una relación laboral de carácter especial de conformidad con el artículo 2.1.c) del Estatuto de los Trabajadores. Esta relación se encuentra regulada en el Real Decreto 781/2001 sobre la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en

³⁹ Conviene recordar el artículo 33.1 LOGP, que indica: “La Administración organizará y planificará el trabajo de carácter productivo en las condiciones siguientes: (...) d) Cuidará de que los internos contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones, disponiendo el recluso de la cantidad sobrante en las condiciones que se establezcan reglamentariamente”.

beneficio de la comunidad. Así, este Real Decreto regula únicamente el trabajo productivo, es decir, el mencionado en el artículo 27.1.c) de la LOGP, dejando al margen el resto de modalidades (formación profesional, estudio, actividades ocupacionales, las prestaciones personales en servicios auxiliares, las artesanales, intelectuales y artísticas).

Según el artículo 5 del mismo los internos trabajadores tienen, entre otros, derecho 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.

Ante la problemática de que según la normativa de extranjería es necesario que el extranjero cuente con un permiso de trabajo para poder realizar una actividad laboral en España⁴⁰, se dictó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 por el que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales por parte de los internos extranjeros en los talleres productivos de los centros penitenciarios y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional.

Según este, el mandamiento de prisión de una autoridad judicial tiene validez de autorización para trabajar en los talleres productivos del centro penitencio. Como indica dicho Acuerdo, esta autorización no implica que posteriormente no pueda ser expulsado.

El acuerdo permite que los internos extranjeros puedan acceder a la relación laboral especial penitenciaria en los talleres productivos en igualdad de condiciones que los internos españoles, lo cual es coherente con el principio de no discriminación que rige la actividad penitenciaria. La primera instrucción de dicho acuerdo establece lo siguiente:

- 1. “ Toda resolución de la Autoridad judicial que ordene el ingreso en prisión de un interno extranjero tendrá validez de autorización de trabajo, a los efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, para el desarrollo de actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios, gestionados por el Organismo Autónomo de Trabajo y Formación para el Empleo (actualmente es la Entidad Estatal Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo).*
- 2. Dicha resolución será comunicada por la Dirección del Centro Penitenciario a la Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que dicho Centro se encuentre ubicado, o a la Delegación del gobierno en el caso de Comunidades Autónomas uniprovinciales, y a la Dirección General de Inmigración de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.*

⁴⁰ Según el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente”.

3. *La validez de dicha resolución judicial como autorización de trabajo se prolongará hasta la finalización de las actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios.*
4. *Todo ello no obstará a la consideración como causa de expulsión, previa a la tramitación del correspondiente expediente, de toda condena, a un extranjero, por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo cancelación de los antecedentes penales o concurrencia de las circunstancias del artículo 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000”.*

En el caso de los nacionales de otros estados miembros de la UE no es necesaria la obtención de un permiso de trabajo ya que según el derecho comunitario podrán acceder a una actividad laboral en las mismas condiciones que los españoles⁴¹.

3.2.3. El trabajo productivo en tercer grado y libertad condicional de los internos extranjeros

Para el supuesto de que el penado extranjero acceda al tercer grado o a la libertad condicional en España, el Acuerdo del Consejo de Ministros establece en su segunda instrucción lo siguiente:

“1. Cuando la condena de un penado extranjero no haya sido sustituida por la sanción de expulsión por el Juez o Tribunal sentenciador, la Subdelegación del Gobierno, o Delegación del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o a la concesión de libertad condicional, siempre que el penado extranjero reúna una de las siguientes condiciones:

- Encontrarse en la situación de residencia o en la de estancia por estudios, en el momento de producirse la condena, teniendo en cuenta la posibilidad que establece el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000.*
- Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por el Real Decreto 2393/2004, para la obtención de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.*

⁴¹ La libre circulación de trabajadores dentro de la unión viene proclamada en el artículo 45 del TFUE y desarrollada en el Reglamento (UE) N° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, cuyo artículo 1 dispone:

“1. Todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado”.

- *Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del artículo 72 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por el Real Decreto 2393/2004, para la obtención de una autorización de residencia permanente.*

Cuando no concurra ninguna de las condiciones antes enumeradas, deberá tenerse en cuenta, especialmente, la posible aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en relación con la sanción de expulsión, y la comunicación interorgánica de infracciones prevista en el artículo 151.3, 4, 5 del Reglamento de dicha Ley Orgánica, así como en los artículos 26 y 197 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 196/1996.

2. *La Dirección General de Instituciones Penitenciarias dará traslado de su resolución o del Auto del Juez de Vigilancia, a la Delegación o Subdelegación de gobierno competente, a los efectos de la instrucción del expediente de concesión de validez de autorización de trabajo y la Dirección General de Inmigración.*
3. *Dicha concesión de validez de autorización de trabajo tendrá plenos efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, no otorgará por sí misma, en ningún caso, la condición de residente extranjero y tendrá una duración máxima de seis meses y hasta la fecha de cumplimiento de la condena, pudiendo solicitarse por el interesado su renovación sucesiva a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente.*
4. *Todo ello no obstará a la consideración como causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, de toda condena, a un extranjero, por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo cancelación de los antecedentes penales o concurrencia de las circunstancias del artículo 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000”.*

De esta instrucción es importante destacar que no se aplicará cuando el extranjero tiene acordada la expulsión judicial, pues en ese caso se procederá a la expulsión cuando acceda al tercer grado o libertad condicional conforme al artículo 89 CP. En los demás casos, con independencia de su situación de regularidad o irregularidad y de si tiene decretada o no la expulsión administrativa, sí se le podría conceder una autorización que le permitiese trabajar en España estando en tercer grado o libertad condicional.

3.3. El tercer grado y la libertad condicional

Las estadísticas nos muestran que la mayoría de los internos extranjeros no llegan a acceder al tercer grado ni a la libertad condicional en España. Según los datos del último Informe General de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de las 5786 excarcelaciones de extranjeros que se produjeron en 2019 (excluyendo las excarcelaciones de extranjeros preventivos que quedaron en libertad provisional) solo

585 fueron excarcelados en libertad condicional en España, esto es, un 10% aproximadamente⁴².

El resto de excarcelaciones son expulsiones, ya sea expulsión judicial en virtud del artículo 89 CP o expulsión de preventivos con autorización judicial (art 57.7 de la LOEx), traslados para cumplir condena en otro país, libertad condicional en el país de residencia, extinción de la condena (se entiende que se trata de penados que se encontraban clasificados en primer o segundo grado) y extradiciones.

En cuanto al tercer grado, en el ámbito de la extranjería es frecuente que se conceda con efecto expulsión. Es decir, el extranjero es clasificado en tercer grado con la finalidad de que sea expulsado a su país en ese momento en virtud del artículo 89 CP, ya sea aplicable el apartado primero o segundo en función de la duración de la pena.

En el ámbito penitenciario pueden darse dos posibilidades en relación con la expulsión judicial:

- Que el juez o tribunal ya haya acordado mediante sentencia o auto que se sustituya la pena por la expulsión cuando se cumpla una determinada parte de la pena. En tales casos la eventual concesión del tercer grado tendría como única finalidad adelantar el momento de la expulsión, debiendo el juez o tribunal sentenciador, conforme a la redacción del artículo 89, anticipar la expulsión al momento en que accede al tercer grado. Así, cuando el juez o tribunal, al acordar la expulsión, no mencione expresamente que deberá ser expulsado al tercer grado o libertad condicional, una vez el penado accede a una de estas situaciones antes de la fecha señalada para la expulsión, se comunicará al juez o tribunal sentenciador, como señala la Instrucción 3/2019 relativa a las normas generales sobre internos extranjeros.
- Que no exista pronunciamiento sobre la sustitución de la pena por expulsión. Igualmente, en tales casos si el penado es clasificado en tercer grado debe ser expulsado, sin perjuicio de que la expulsión no se acordará cuando resulte desproporcionada (art. 89.4 CP), aunque en caso de que el propio penado clasificado en tercer grado solicite la sustitución del resto de la pena por expulsión difícilmente puede mantenerse que esta es desproporcionada. En tales casos, una vez acceda al tercer grado, se instará del juez o tribunal sentenciador la sustitución de la pena por expulsión, adjuntando, en su caso, la solicitud del penado.

Cuando la Junta de Tratamiento valore la posibilidad de proponer la clasificación en tercer grado con efecto expulsión, considero que debe tenerse en cuenta, por un lado, si con el tiempo de cumplimiento transcurrido se han satisfecho los distintos fines de la pena, dado que el artículo 89 hace referencia a la necesidad de “asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”. En definitiva, se trata de que la sustitución de la pena por la expulsión no frustre la finalidad retributiva y preventiva de la pena y no dé lugar a la impunidad basada en la extranjería. Por otro lado, se deben valorar las variables generales de clasificación previstas en el artículo 102.2

⁴² MINISTERIO DEL INTERIOR. SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Informe... Op. Cit.* Pág. 63.

RP⁴³, ya que todo tercer grado implica que el penado debe estar capacitado para llevar a cabo una vida en semilibertad y más aún en este caso, en el que el tercer grado da lugar a una excarcelación total, reinsertándose el penado en otro país con la única condición de no volver a España en un período de cinco a diez años de manera que, si ofrece un pronóstico de peligrosidad no procedería la propuesta de clasificación en tercer grado con efecto expulsión. Además de dichas variables no se debe olvidar la exigencia de haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los términos del artículo 72, apartados 5 y 6, de la LOGP. Sobre la instrumentalización del tercer grado para la posterior expulsión judicial, resulta interesante el razonamiento del auto de la Audiencia Provincial de Granada, de 10 de diciembre de 2020, que señala que “la sustitución por la expulsión del territorio nacional exige que el penado se encuentre en tercer grado (o se cumpla el período establecido en sentencia o se conceda la libertad condicional) porque las variables del interno permiten depositar en el mismo un mayor grado de confianza, no siendo admisible que sin la concurrencia de tales variables, tal y como ocurre en el supuesto analizado, se instrumentalice la progresión para la obtención de la sustitución de la pena que acordará o no el Tribunal sentenciador una vez se cumplan los presupuestos legales y no a la inversa”⁴⁴.

3.4. Programas de tratamiento para reclusos extranjeros

Concebido el tratamiento penitenciario como un derecho del interno, lógicamente los extranjeros tienen acceso al mismo en las mismas condiciones que los españoles.

Por tanto, los internos extranjeros cuya problemática o tipología delictiva lo requiera tienen acceso a los programas específicos de tratamiento existentes en los centros penitenciarios, tales como los programas de deshabitación de drogas, el programa de intervención para agresores en el ámbito de la violencia de género, o el programa de intervención en conductas violentas⁴⁵.

Lo mismo ocurre en el ámbito educativo y formativo, de manera que, como señala el art. 118.2 RP “los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales. Con este fin, la Administración Penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro Penitenciario”.

Aunque la enseñanza tiene carácter obligatorio para todos aquellos internos que carezcan de los conocimientos propios de las enseñanzas básicas, el art. 123.1 RP destaca específicamente el carácter prioritario que tiene dicha enseñanza para los ex-

⁴³ Art. 102.2 RP:

“Para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

⁴⁴ AAP Granada 723/2020, de 10 de diciembre de 2020.

⁴⁵ Para facilitar la ejecución de programas de tratamiento dirigidos a internos extranjeros dispone el art. 62.4 RP: “La Administración Penitenciaria fomentará, especialmente, la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso, a través de las Autoridades consulares correspondientes”.

trajeros. En este sentido, entre los programas educativos existentes en instituciones penitenciarias están los programas de alfabetización y castellano para extranjeros.

En cuanto a los medios materiales, en función del número de extranjeros existente en el centro penitenciario, la biblioteca podrá disponer de publicaciones editadas en los idiomas extranjeros más usuales. A tal fin, se solicitará la cooperación de los servicios consulares correspondientes y de las organizaciones privada apropiadas (Art. 127.3 RP).

Además, existe un programa específico dirigido a internos extranjeros con la finalidad de abordar las carencias concretas que pudiera presentar esta parte de la población reclusa en conocimientos y en habilidades cognitivas y sociales. Es el Programa Marco de Intervención con Internos Extranjeros, que recoge las distintas recomendaciones del Consejo de Europa en esta materia. El programa se divide en tres áreas de intervención:

1. Intervención educativa: este área tiene como finalidad que los internos que desconozcan el idioma español puedan superar esta carencia.
2. Intervención multicultural: en este área se busca que los extranjeros conozcan la cultura española y se adapten a ella, que conozcan sus derechos, los derechos humanos y valores constitucionales. También en este área se debate mediante dinámicas de grupo sobre aspectos como los roles de los hombres y mujeres, la religión y las relaciones familiares. Por último, se les da a conocer las peculiaridades de otras nacionalidades mediante actividades interculturales abiertas.
3. Educación en valores y habilidades cognitivas: tiene como finalidad desarrollar valores como la tolerancia, el respeto y la valoración de los derechos y libertades de todos los individuos.

A lo largo de 2019 se ha llevado a cabo en cinco establecimientos penitenciarios con la participación de 120 internos de media (98 hombres y 22 mujeres)⁴⁶.

4. LA REINSERCIÓN DE LOS INTERNOS EXTRANJEROS EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS REPATRIATIVAS

4.1. Proyecto de vida en España o en otro país

Al margen de los casos en los que el juez o tribunal sentenciador acuerda la expulsión judicial, en los que es evidente que el extranjero no podrá reinsertarse en España, pues por mandato judicial será expulsado al país de su nacionalidad en el momento que se haya determinado, habiéndose valorado ya las circunstancias personales del extranjero y su posible arraigo, es necesario preguntarse cuándo la trayectoria penitenciaria del penado extranjero debe orientarse hacia la reinsertación en España y cuándo promover el regreso a su país mediante uno de los distintos instrumentos repatriativos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Para tomar esta compleja decisión considero que deben valorarse varios aspectos. Sin ánimo de profundizar en cada uno

⁴⁶ MINISTERIO DEL INTERIOR. SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Informe...* Op. Cit. Págs. 41-42.

de ellos, pues su implicación se detallará en los capítulos posteriores al examinar las diferentes medidas repatriativas, estos aspectos serían:

- **Nacionalidad:** Es fundamental distinguir entre nacionales de la Unión Europea y nacionales de terceros estados para determinar las medidas repatriativas y la legislación aplicables.
- **Situación administrativa del extranjero antes de su entrada en prisión:** en este aspecto es importante conocer si tenía o no permiso de residencia y de qué tipo. En el caso de aquellos que tienen permiso de residencia permanente la legislación le otorga determinadas garantías frente a la expulsión administrativa.
- **Existencia de resolución administrativa de expulsión:** en la mayor parte de los casos se acordará la expulsión administrativa fundamentada en el artículo 57.2 de la LOEx, aplicable a extranjeros no comunitarios. Pero ello no debe llevar a los profesionales penitenciarios a descartar automáticamente las posibilidades de reinserción en España. En primer lugar, porque ello supondría que el fin primordial de las instituciones penitenciarias, consistente en la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, como proclama el artículo 1 de la LOGP, cedería frente a la política de extranjería. En segundo lugar, porque en muchas ocasiones este tipo de expulsión se aplica con cierto automatismo, que ha sido criticado reiteradamente por la jurisprudencia, aunque tales críticas no se han visto seguidas por un cambio normativo. Y, en tercer lugar, porque aún teniendo decretada la expulsión administrativa cabe la posibilidad de regularizar su situación en determinados casos, solicitando la revocación de la expulsión y un permiso de residencia de los previstos en la legislación de extranjería, como detallaré en el capítulo dedicado a la expulsión.
- **Arraigo, especialmente familiar:** conocer si tiene familia y, en su caso, relación con ella y dónde se encuentra. En relación con el arraigo familiar es necesario destacar la existencia del permiso de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo familiar y la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea. Ambas figuras podrían permitir al extranjero regularizar su situación en España. Otro tipo de arraigo (social, económico, etc.) también debe valorarse para obtener una perspectiva completa del futuro proyecto de vida del penado.
- **Tipo de delito, cuantía de la condena y tiempo que lleva cumplido:** Es un aspecto a tener en cuenta dado que algunas de las medidas repatriativas no son aplicables en determinados delitos.

Por otro lado, también hay ciertas restricciones en el acceso al tercer grado y la libertad condicional en función del delito y de la duración de la pena. En cuanto al tercer grado, en penas superiores a cinco años, es posible que exista período de seguridad, que impide al penado acceder al tercer grado hasta que cumpla la mitad de la condena (Art 36.2 CP). En cuanto a la libertad condicional cuando se trate de condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales no podrán acceder a la modalidad de libertad condicional a la mitad de la condena, a los 2/3, ni a la libertad condicional adelantada (Art 90.8 CP). Si se trata de un condenado a pena de prisión permanente revisable se debe

tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 78 bis, 92 CP sobre los plazos que obligatoriamente deben transcurrir para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional.

En cuanto al tiempo que lleva cumplido, si se opta por procurar el retorno del extranjero a su país de origen, va a influir de manera importante en la elección del instrumento más adecuado para ello.

- **Consentimiento:** En algunas medidas repatriativas es necesario el consentimiento del interno y en otras, aún no siéndolo, facilita su aplicación, por tanto es importante tenerlo en cuenta a la hora de determinar la estrategia a seguir.

Si valorando lo expuesto se opta por procurar la reinserción del extranjero en España debe contarse con todos los instrumentos previstos en nuestra legislación, incluido naturalmente el tercer grado y la libertad condicional⁴⁷.

En tales casos, de manera simultánea al proceso de reinserción los profesionales penitenciarios deben facilitar al penado la realización de los trámites oportunos para obtener la regularización, mediante la obtención o renovación del permiso de residencia correspondiente, siendo el principal obstáculo los antecedentes penales, ya que la normativa de extranjería exige expresamente carecer de antecedentes como requisito para la obtención y renovación de tales permisos. Sin embargo, este requisito ha sido “corregido” por la jurisprudencia tanto europea como nacional en determinados supuestos en los que, como se examinará en el presente trabajo al tratar la expulsión administrativa, los fines de la política de extranjería ceden frente a otras consideraciones, como es el caso del arraigo familiar cuando se trata de padre o madre de un menor español.

4.2. Medidas repatriativas

Las medidas repatriativas examinadas en los siguientes capítulos permiten reubicar al interno extranjero en su país de origen, o, en el caso de algunas de estas medidas, en el de residencia. Dado que cada una de ellas tiene sus requisitos, procedimiento y excepciones, resulta fundamental individualizar en cada caso para elegir la opción más adecuada, de manera que se elija la mejor línea de actuación administrativa en función de la situación concreta del extranjero.

Cuando es evidente que el extranjero no podrá reinsertarse en España lo más idóneo desde la perspectiva de la reinserción es procurar el retorno a su país. Ello podría conseguirse a través de varios instrumentos.

⁴⁷ Como señala MONTERO PÉREZ DE TUDELA: “En todos aquellos casos en los que las posibilidades de establecer su proyecto de vida en territorio español se vean limitadas para el extranjero que ha cometido un delito, debemos buscar la medida repatriativa más adecuada al caso, esto es, la medida que suponga menor perjuicio y mayor beneficio para el extranjero atendiendo a sus circunstancias personales.(...) En realidad, se trata de intentar que la situaciones de derecho se ajusten a las hecho, y viceversa: igual de importante es interponer recurso contra la orden de expulsión administrativa, la sentencia que establece la expulsión judicial o la resolución de transmisión de una condena a pena privativa de libertad cuando existe una situación de arraigo y nos consta que el extranjero en cuestión tiene vínculos o lazos con la sociedad española, como aceptar que debemos acogernos a una de las medidas repatriativas explicadas en estas páginas cuando la reinserción del extranjero en la sociedad española es inviable o prácticamente imposible”. MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E. “*Las opciones repatriativas en el ordenamiento jurídico español para el extranjero infractor: factores a tener en cuenta por los profesionales del tratamiento y los operadores jurídicos*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2019, núm. 21-22. Págs. 29-30.

En primer lugar, mediante el traslado del condenado para continuar cumpliendo condena en el país de su nacionalidad, siendo aplicable el Convenio de Estrasburgo para el Traslado de Personas Condenadas o convenio bilateral en función del país del que sea nacional. Si se trata de un ciudadano comunitario no se aplicaría este procedimiento, sino el previsto en la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que permite a las autoridades judiciales españolas transmitir una sentencia por la que se impone una pena privativa de libertad para que el penado que tiene nacionalidad de un país de la Unión Europea continúe cumpliendo en el estado comunitario donde sea más fácil su reinserción.

En ambos casos, ya se trate de ciudadano comunitario o extracomunitario, no estamos hablando de expulsión, sino de traslado a otro país para continuar cumpliendo la pena. Entiendo que este mecanismo sería el adecuado para que el extranjero vuelva a su país en un momento inicial de cumplimiento de una larga condena o cuando no es viable la expulsión judicial, por ejemplo por el tipo de delito, por haberlo denegado el juez o tribunal sentenciador, o cuando teniendo en cuenta los distintos fines de la pena la Junta de Tratamiento previsiblemente no va a proponer el tercer grado con efecto expulsión a corto plazo.

Sería preferible optar por el tercer grado con efecto expulsión cuando ello sea posible teniendo en cuenta el tipo de delito y el tiempo que lleva cumplido, sobre todo en los casos en los que el delito es la única conexión entre el delincuente y la sociedad española, pues en esos casos es previsible que, si no es expulsado judicialmente, lo será administrativamente cuando cumpla el total de la condena⁴⁸. En estos casos, una vez ha sido clasificado en tercer grado el centro penitenciario se lo comunica al juez o tribunal sentenciador, siendo recomendable que también el penado solicite la expulsión en ese momento, en caso de que el juez o tribunal sentenciador no hubiese autorizado ya previamente la expulsión para el supuesto de que accediese al tercer grado.

Imaginemos el caso real de una interna de nacionalidad ecuatoriana, condenada a 25 años de prisión por asesinato, sin ningún tipo de arraigo en España (su familia reside en Ecuador) y en situación irregular antes de su entrada en prisión. No existe pronunciamiento en la sentencia ni en auto posterior sobre la sustitución de la pena por expulsión. En primer lugar, hay que tener en cuenta que, dada su situación, sería inviable que consiguiera la regularización en España una vez extinguida la pena. De permanecer cumpliendo en España, en un momento próximo al licenciamiento definitivo le sería decretada la expulsión administrativa (artículo 57.2 LOEx), no concurriendo en la interna ningún motivo avalado por la normativa ni por la jurisprudencia para regularizar su situación. En este caso, además de cumplir la condena en España, sería expulsada con posterioridad. Esta sería la peor opción posible, pues se le aplicaría un “doble castigo” de pena y expulsión, sufriendo los efectos afflictivos de la prisión durante un prolongado período de tiempo en España (unido al desarraigo), y la

⁴⁸ LLORENTE DE PEDRO, refiriéndose a las mujeres extranjeras apresadas por tráfico de drogas entiende que el mejor tratamiento penitenciario posible es el acortamiento de condena mediante la sustitución de la pena por expulsión y que durante el tiempo de encarcelamiento en el país extranjero, tres o cuatro años de media en prisiones españolas, les sirva para mejorar las carencias educativas y formativas. LLORENTE DE PEDRO, P. *“Hacia un tratamiento penitenciario con perspectiva de género”* en Criminología en el ámbito penitenciario. Cristóbal Luengo (Coordinador). Editorial Delta. Madrid. 2019. Pág. 26.

imposibilidad de permanecer en España una vez extinguida la pena como consecuencia de la expulsión administrativa y de los antecedentes.

Ante la falta de pronunciamiento del tribunal sentenciador, la interna podría solicitar la sustitución de la pena por expulsión. En el mejor de los casos se le concedería a la mitad de la condena, esto es, cuando hubiese cumplido 12 años y medio de prisión.

Además, hay factores desfavorables que probablemente le dificulten, mientras esté cumpliendo en España, el acceso a permisos de salida, al tercer grado y a una eventual libertad condicional. Fundamentalmente la cuantía de la condena, la falta de arraigo y de un proyecto de vida viable en España.

Ante estas circunstancias, si se encontrase en un momento inicial de cumplimiento de la pena la mejor opción desde la perspectiva de la reinserción sería el traslado a Ecuador, a través del Convenio entre España y Ecuador para el cumplimiento de condenas penales, de 25 de agosto de 1995, lo cual le permitiría cumplir en el medio social al que, tarde o temprano, sería expulsada y evitar su desarraigo social durante el largo tiempo que estará en prisión.

En caso de que se encontrase en un estado avanzado de cumplimiento de condena o de que no fuese viable el traslado para continuar cumpliendo en Ecuador (por ejemplo, por negarse el Estado de nacionalidad a recibirla), se podría explorar la posibilidad de proponer un tercer grado con efecto expulsión, conforme al artículo 89 CP.

Por último, es posible dar alguna orientación sobre cuándo optar por la libertad condicional de extranjeros (Art. 197 RP). Teniendo en cuenta que uno de los requisitos para acceder a la libertad condicional, en cualquiera de las modalidades previstas en el CP, es estar en tercer grado y dado que con el actual artículo 89 CP procedería la expulsión judicial de los extranjeros en todo caso cuando accedan al tercer grado, con independencia de la fecha que el juez o tribunal sentenciador hubiera podido fijar para la expulsión, para procurar el retorno del extranjero al país de nacionalidad lo lógico sería optar primero por esta vía, antes que por la libertad condicional, siempre que, lógicamente, el penado sea merecedor del tercer grado por su evolución.

Cuando no es posible la expulsión judicial, por ejemplo, por tratarse de un delito de los excluidos por el 89.9 CP podría estudiarse la vía del artículo 197.1 RP. También resultaría preferible la libertad condicional frente a la expulsión judicial cuando el penado cumple varias ejecutorias, ya que en ese caso para poder ejecutarse la expulsión judicial es necesario que cada tribunal sentenciador la autorice, por lo que la libertad condicional, dado que la concede el JVP, se tramitaría de manera más rápida.

En definitiva, cuando se concluye que la reinserción del extranjero en España no es posible no se esperará a que cumpla el total de la condena en España, sino que se optará por la aplicación del instrumento repatriativo más idóneo para el caso concreto.

CAPÍTULO II

La expulsión judicial y administrativa y el papel del arraigo en ambas

1. EXPULSIÓN JUDICIAL

1.1. Expulsión judicial de extranjeros extracomunitarios

La expulsión judicial aparece regulada en el artículo 89CP, siendo competencia del juez o tribunal sentenciador y permite, bien en el momento de la sentencia, bien en auto posterior, sustituir la pena de prisión por la expulsión, total o parcialmente, en función de la duración de la pena y de la decisión del órgano judicial. Su tenor literal dispone:

- “1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.*
- 2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.*
- 3. El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.*

4. *No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.*

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) *Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.*

b) *Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.*

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

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

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

7. *Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.*

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8. *Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa.*

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de

la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9. *No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis”.*

Conforme a dicha redacción, debemos distinguir dos supuestos:

- **Penas superiores a un año y hasta cinco años:** en estos supuestos la regla general es la sustitución íntegra de la pena por la expulsión, siendo la excepción el cumplimiento de una parte de la pena que, en ningún caso, puede ser superior a los dos tercios. El juez o tribunal acordará la sustitución íntegra cuando no considere necesaria la ejecución de la pena y, al contrario, acordará el cumplimiento de una parte de la misma cuando sea necesario para “asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”. Esta expresión se refiere, en definitiva, a las finalidades retributiva y preventiva de la pena.

En este sentido, la Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la LO 1/2015 indica que la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico consiste en “impedir que se produzca el desarme del Derecho Penal mediante la devaluación de los mecanismos de defensa del mismo, entre los que se encuentra, evidentemente, la pena”. La necesidad de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito implica “evitar la sensación de impunidad que podría instalarse en el conjunto de la sociedad si la expulsión se convierte en una suerte de burladero de la Ley penal. Tal situación de impunidad no sólo anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena -perspectiva de la prevención general negativa-, sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una inadmisibles sensación de desamparo y de pérdida de confianza en la Ley como medio eficaz para combatir conductas delictivas consideradas socialmente como graves –perspectiva de la prevención general positiva–”⁴⁹.

- **Penas superiores a cinco años o varias penas que excedan de cinco años:** en estos casos no es posible la sustitución íntegra de la pena, de manera que el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena. Esta decisión dependerá, de nuevo, de la satisfacción de los fines de la pena.

Un ejemplo claro en el que es recomendable que se exija el cumplimiento de una parte relevante de la pena previo a la expulsión sería el delito contra la salud pública⁵⁰. Imaginemos el caso tan frecuente de un extranjero que es detenido en un aeropuerto español con una cantidad de droga de notoria importancia que intentaba introducir en España. En este caso no sería posible la sustitución total de la pena, pues este tipo de delitos llevan aparejada una pena superior a

⁴⁹ Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la LO 1/2015. Págs. 11-12.

⁵⁰ Los delitos contra la salud pública representaron el 16,64% del total de delitos imputados a la población extranjera en 2019. MINISTERIO DEL INTERIOR. SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Informe... Op. Cit.* Pág. 61.

cinco años, por lo que sería aplicable el apartado 2 del artículo 89 (salvo casos concretos en los que se aprecien atenuantes que impliquen una pena menor, en cuyo caso sí sería aplicable el apartado 1). La expulsión judicial temprana, que sí sería posible, no parece recomendable en este tipo de delitos, ya que crearía una sensación de impunidad y un efecto llamada, viéndose frustrada tanto la prevención general, dirigida a la sociedad, como la prevención especial, dirigida al que sufre la pena⁵¹.

Sobre la sustitución de la pena por expulsión en delitos de notable gravedad, señala el TS:

“El acceder a la sustitución inmediata de la pena, por el mero hecho de ser extranjero (...) generaría un sentimiento de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que de acordar la expulsión del penado de forma automática en este caso, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva). Sentimiento de impunidad incluso que desincentivaría los fines de prevención especial en cuanto banalizador de la pena cuando ésta dimana de comportamientos graves”⁵².

Podría darse también el caso de que el juez o tribunal considere que el extranjero debe cumplir toda la pena de prisión para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En tales supuestos, solo procedería la expulsión judicial si accede al tercer grado o la libertad condicional.

Ya sea aplicable el apartado primero o segundo, puede ocurrir que el penado acceda al tercer grado antes de que se cumpla la fecha decidida por el juez o tribunal sentenciador para ser expulsado. En estos casos debe ser expulsado cuando acceda al tercer grado, pues el artículo 89 no deja margen al juez sentenciador. En el apartado 1 se dice: **“En todo caso se sustituirá** el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”. Y en el apartado 2, se señala: **“En estos casos se sustituirá** la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional”.

Por otro lado, el arraigo juega un papel fundamental a la hora de decidir sobre la sustitución de la pena por la expulsión. Así, el apartado cuarto establece que no proce-

⁵¹ Considera GARCÍA ESPAÑA que la sustitución de la pena por la expulsión en este tipo de delitos facilitaría la vuelta del autor y le colocaría en condiciones óptimas para volver a realizar un nuevo intento delictivo transnacional. GARCÍA ESPAÑA, E. *“La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), núm. 18-07, 2016. Pág. 21.

⁵² STS 164/2018, de 6 de abril, FJ 2º.

derá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. Esto es, en la expulsión judicial se valora, por imperativo legal, el arraigo que pueda tener en España el penado, así como sus circunstancias personales, lo cual es una garantía que, como se examinará posteriormente, no existe en la expulsión administrativa. Esta obligación de valorar si la expulsión es o no proporcionada, opera en todo caso, con independencia de que resulte aplicable el apartado 1 o 2 del artículo, en función de la duración de la pena, de manera que si la expulsión es desproporcionada no se acordará en ningún caso.

Precisamente, una de las finalidades de la modificación de este artículo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha sido condicionar expresamente la expulsión a la proporcionalidad de la medida⁵³. Si bien esta introducción de la valoración del arraigo es positiva, ello no se traduce necesariamente en mayores posibilidades de reinserción social en España, debido a la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 de la LOEx pues, como señala CAMPOS HELLÍN, “la Ley de Extranjería resta valor a todos los esfuerzos que, desde la Administración Penitenciaria se hayan realizado para reinserir a ese extranjero en la sociedad española, y convierte a esta nueva reforma del artículo 89 CP en una simple cortina de humo sin pretensión alguna de conseguir la reinserción social de los extranjeros que realizan una estancia en un centro penitenciario español”⁵⁴.

Otro aspecto destacable de dicha reforma es que el art. 89 CP ya no se refiere a extranjeros ilegales, sino a extranjeros en general. Por ello, actualmente se podría expulsar judicialmente a un extranjero que tiene permiso de residencia, pero siempre valorando sus circunstancias personales. Con esta nueva regulación se elimina el “doble castigo” que con el artículo 89 anterior podía sufrir el penado extranjero legal que, en primer lugar cumplía íntegramente la condena y posteriormente era expulsado en virtud del artículo 57.2 de la Ley de Extranjería⁵⁵.

Pero, aunque exista la posibilidad de expulsar judicialmente a extranjeros en situación de regularidad, el apartado cuarto impide que se produzcan expulsiones desproporcionadas, como la de aquel que ha residido la mayor parte de su vida en España de forma legal, que tiene todos sus vínculos en nuestro país y que ha cometido un delito de escasa gravedad. GARCÍA ESPAÑA señala como mayor avance de la reforma de la LO 1/2015 los criterios de individualización introducidos, que no existían en

⁵³ Conforme al preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo:

“También se modifica la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. De nuevo, la reforma combina la búsqueda de la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería; los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida”.

⁵⁴ Vid. CAMPOS HELLÍN, R. “El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015”. Boletín Criminológico, nº 185, 2019. Pág. 8.

⁵⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE destaca esta incoherencia del anterior artículo 89 CP, que permitía sustituir la pena de prisión al extranjero irregular por la expulsión pero no al extranjero en situación de regularidad administrativa, el cual, primero cumplía la condena, y una vez terminada era expulsado conforme al 57.2 de la LOEx. RODRÍGUEZ YAGÜE, C. “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2012, núm. 14-07. Pág. 15.

la redacción anterior y señala que antes de dicha reforma “el legislador asociaba las necesidades de aplicación de la expulsión como sustitutivo penal al hecho objetivo de que el extranjero fuese no residente legal en el país, sin atender a otras circunstancias personales o del hecho como pudiera ser el arraigo social del extranjero”⁵⁶.

En definitiva, con la actual regulación el juez o tribunal debe valorar no solo que el extranjero ha cometido un injusto penal, sino también el reproche social que merece esa conducta, el tiempo que, en su caso, considera que esa persona debe permanecer en prisión previo a la expulsión para que se satisfaga la finalidad retributiva de la pena y la prevención general y especial y el arraigo. En este sentido, LEGANÉS GÓMEZ considera que con el nuevo artículo 89 se amplía de manera exacerbada la potestad judicial, especialmente “en caso de penas superiores a cinco años, lo que generará discrepancia judicial” pero destaca como algo positivo de la reforma que “el legislador hace un llamamiento a la individualización razonada de la expulsión, y se incluye de manera expresa y por primera vez el arraigo, lo que excluye la automaticidad de su imposición”⁵⁷.

Finalmente, en cuanto al procedimiento, siempre que resulte posible se decidirá sobre la expulsión en la sentencia. En los demás casos, el juez o tribunal se pronunciará con la mayor urgencia sobre esta cuestión en auto posterior, previa audiencia de las partes. El plazo de expulsión es de cinco a diez años, dependiendo de la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. La expulsión supondrá el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. Por último, no es posible la sustitución de la pena por expulsión en los delitos de trata de seres humanos, tráfico ilegal de mano de obra, favorecimiento de la emigración simulando contrato o mediante engaño y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

En caso de concurrencia de penas sustituidas por expulsión con penas no sustituidas, como señala la Instrucción 3/2019 relativa a las normas generales sobre internos extranjeros, la Dirección del centro penitenciario comunicará al juez o tribunal que acordó la expulsión la existencia de causas penales activas, de forma que no se ejecutará la expulsión hasta que esta sea decretada también en las restantes causas o hasta que sea excarcelado en las mismas. Por otro lado, se comunicará la resolución judicial que acuerda la expulsión a la autoridad judicial que ha impuesto la pena no sustituida, para que valore la posibilidad de acordar también la expulsión en esa causa, adjuntándose, en su caso, la petición del penado solicitando la expulsión.

1.2. Expulsión judicial de comunitarios

La expulsión de los comunitarios solo procederá cuando representen una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales, conforme a la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, que regula por primera vez la expulsión judicial de los comunitarios. Se

⁵⁶ Vid. GARCÍA ESPAÑA, E. *Op. cit.* Pág. 19.

⁵⁷ LEGANÉS GÓMEZ, S. “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”. Diario La Ley, Nº 8.579, Sección Doctrina, 9 de julio de 2015. Pág. 13.

equipara así la norma penal a lo previsto en el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que prevé la expulsión administrativa de los comunitarios con carácter excepcional.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores la expulsión es aún más excepcional, pues solamente puede acordarse en caso de que el comunitario haya cometido determinados delitos graves, como indica el 89.4 CP. En estos casos, en todo caso es de aplicación lo dispuesto en el apartado 2, es decir, solo podrá acordarse la expulsión en las penas superiores a cinco años y para acceder a la misma será necesario que el penado cumpla la parte de la pena determinada por el tribunal, acceda al tercer grado o a la libertad condicional.

Parece que, al hablar de la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, el artículo 89.4 CP parte de que el comunitario no quiere ser expulsado, y ofrece por ello más garantías que para los extranjeros no comunitarios, precisamente porque la expulsión de un comunitario limita su derecho a la libre circulación y residencia, siendo acorde esta regulación con la Directiva 2004/38 de la Unión Europea, 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, que limita este tipo de expulsiones⁵⁸.

En este sentido, la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal establece en su exposición de motivos:

“La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente”.

Sin embargo, puede darse el caso de que el comunitario solicite la expulsión judicial. En ese caso, en mi opinión debería aplicarse el régimen general (apartados 1 y 2) que se aplica a los extranjeros no comunitarios, pues podría entenderse que el comunitario es un “extranjero legal”, y por tanto expulsable conforme a la nueva regulación del artículo 89. Además, si el comunitario solicita la expulsión, difícilmente puede mantenerse que esta es desproporcionada. Esta interpretación es coherente con el es-

⁵⁸ En el considerando 23 de la mencionada Directiva se dice lo siguiente:

“La expulsión de un ciudadano de la Unión y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública constituye una medida que puede perjudicar seriamente a las personas que, haciendo uso de los derechos y libertades conferidas por el Tratado, se integraron verdaderamente en el Estado miembro de acogida. Conviene por lo tanto limitar el alcance de estas medidas de conformidad con el principio de proporcionalidad para tener en cuenta el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida, su edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen”.

tatuto jurídico de la pertenencia a la Unión Europea, que en ningún caso pretende perjudicar a quienes ostentan la ciudadanía comunitaria, sino precisamente lo contrario⁵⁹.

Conforme a esta interpretación, cuando el comunitario solicita la expulsión se le aplicarían los apartados 1 y 2, pues de lo contrario solo en casos excepcionales se le podría expulsar, perjudicándole así, ya que al resto de extranjeros se les expulsa como regla general. Esto no quiere decir que se deje al antojo del penado la expulsión, pues en todo caso los apartados 1 y 2, que establecen ciertos límites, son de aplicación, de manera que el juez puede ordenar que cumpla una parte de la pena (en los casos del apartado 1 y en los del apartado 2), o incluso que cumpla toda la pena (lo cual solo sería posible en los casos del apartado 2), según resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma. Si el comunitario accede al tercer grado y además solicita la expulsión, el juez o tribunal la autorizaría, aplicándose los apartados 1 o 2, según proceda, conforme a los cuales el extranjero será expulsado, en todo caso, cuando acceda al tercer grado.

Parte de la doctrina critica la inclusión en el artículo 89 CP de la expulsión de los ciudadanos comunitarios debido a la ausencia de controles fronterizos entre los Estados que forman parte del acuerdo Schengen y a que, por tanto, un comunitario expulsado podría fácilmente volver a entrar en España. Sin embargo, entiendo que desde que el legislador ha regulado la expulsión judicial de comunitarios, con el actual artículo 89 CP, lo más correcto, desde la perspectiva del estatuto de la Unión Europea y del principio de igualdad, es aplicar el 89.4 al ciudadano de la Unión Europea como una garantía y no como un perjuicio.

Además, precisamente el art. 89.4 permite la expulsión judicial de los comunitarios y, en consecuencia, la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en supuestos de especial gravedad, por lo que no tendría sentido no poder expulsar a un comunitario en otros supuestos, de menor gravedad, cuando además lo solicita él mismo⁶⁰. Es decir, el legislador no ve obstáculo en la libre circulación existente en el espacio Schengen, pues de lo contrario no se hubiera regulado la expulsión de los comunitarios precisamente en los delitos más graves.

1.3. Retroactividad de la norma más favorable tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal

La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en el artículo 89 CP, supuso un cambio en varios sentidos. El apartado 1 del anterior precepto establecía lo siguiente:

⁵⁹ Esta idea se refleja en el artículo 1.3 de la LO 4/2000, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que dispone lo siguiente:

“Los nacionales de los Estados miembros de la Unión europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

⁶⁰ SOLAR CALVO destaca la “insolidaridad e irresponsabilidad estatal especialmente relevantes en el supuesto de los ciudadanos regulares pertenecientes a la UE, respecto de los que se renuncia al ejercicio de la potestad judicial en los supuestos delictivos que afectan a los bienes jurídicos más importantes y fundamentales”. SOLAR CALVO, P. “*Perspectivas europeas ante la inmigración ilegal*”. Revista Aranzadi Unión Europea 11. Noviembre 2015. Pág. 5.

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

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

Y el apartado 5, establecía la posibilidad de acordar la expulsión cuando el penado accediese al tercer grado o cumpliese las tres cuartas partes de la condena:

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

Comparando dicha redacción con la actual, se distinguen dos cambios fundamentales:

– **Ámbito objetivo:** tras la reforma, la expulsión se limita a las penas de prisión superiores a un año, estableciéndose un régimen distinto para penas de hasta cinco años, y otro para penas superiores. Anteriormente, era posible la sustitución total en penas privativas de libertad inferiores a seis años. Para penas superiores, se establecía como norma general la expulsión cuando el penado accediese al tercer grado o cumpliese las tres cuartas partes de la condena.

Por tanto, se aprecian varias diferencias. Por un lado, con el anterior artículo 89 CP era posible sustituir las penas de prisión de un año o de duración inferior por la expulsión. Además, también eran sustituibles otras penas privativas de libertad distintas a la de prisión, esto es, la localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Finalmente, era posible la sustitución total de penas de más de cinco años, pero inferiores a seis. Con la legislación actual, en las penas superiores a cinco años solo cabe la sustitución parcial, por lo que el penado deberá cumplir, al menos, una parte de la pena.

– **Ámbito subjetivo:** el artículo 89 CP anterior a la reforma únicamente se aplicaba a extranjeros en situación irregular. El precepto actual es aplicable a extranjeros en general, estén en situación regular o irregular, regulándose expresamente la expulsión de los comunitarios en el apartado 4.

Además, se aprecian otras modificaciones relevantes:

– El nuevo artículo 89 CP condiciona la medida de expulsión a la proporcionalidad, obligando al órgano jurisdiccional a valorar las circunstancias del hecho y las personales del autor, particularmente su arraigo.

- El actual artículo 89 CP limita la discrecionalidad judicial en los supuestos en los que el penado accede al tercer grado. Con el actual precepto, procederá la expulsión en todo caso cuando acceda al tercer grado, ya sea aplicable el apartado primero (penas superiores a un año y hasta cinco años), o el apartado segundo (penas superiores a cinco años) siempre que, lógicamente, la expulsión no resulte desproporcionada, como indica el 89.4 CP actual.

Sin embargo, con el anterior, aún accediendo el extranjero al tercer grado, el juez o tribunal podía denegar la expulsión, si apreciaba razones que justificasen el cumplimiento en España, como indicaba el apartado 5.

- Se añade la trata de seres humanos entre los delitos en los que no es posible la expulsión.
- Cuando el extranjero regresa a España antes de transcurrir el período de expulsión tanto el 89 actual como el anterior establecen que debe cumplir la pena sustituida. Sin embargo, el nuevo artículo 89 CP establece en su apartado 7 la posibilidad de que el juez o tribunal reduzca su duración “cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento”.
- Con el nuevo artículo 89 CP se establece la obligación de resolver en sentencia sobre la expulsión, siempre que sea posible. En los demás casos, el juez o tribunal debe pronunciarse con la mayor urgencia. Anteriormente, únicamente se indicaba la posibilidad de resolver en sentencia o auto motivado posterior.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, puede haber distintas situaciones en las que al penado extranjero le resulte más favorable la regulación posterior a la reforma de la LO 1/2015. Por ejemplo, podría ser más beneficioso el actual artículo 89 CP cuando al extranjero se le sustituyó, conforme al anterior precepto, una pena de localización permanente o una responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa por la expulsión, o cuando se le sustituyó una pena de prisión de un año o menor duración, siendo fundamental en ambos casos la opinión del penado para decidir sobre cuál es la norma más favorable en el caso concreto.

La Circular 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 de la FGE examina la cuestión de la retroactividad de esta norma, señalando que “surge la necesidad de valorar si procede revisar las sentencias en que se haya acordado la expulsión en sustitución de penas privativas de libertad distintas de la de prisión, o de penas de prisión que no alcancen el límite de un año, o de las penas de prisión superiores a cinco años”, teniendo en cuenta “el principio general de que han de aplicarse las normas completas de una u otra legislación, por lo que deberá previamente evaluarse la pena principal que, conforme a la nueva normativa, correspondería imponer al delito que motivó la expulsión sustitutiva”.

Además de los casos ya mencionados, la actual regulación también sería más beneficiosa para el residente legal que quiere ser expulsado. En este sentido, señala la referida circular:

“Podrá también debatirse la procedencia de la revisión cuando se trate de condenas a penas de prisión de entre uno y cinco años impuestas a extranjeros residentes legalmente en España, cuando éstos lo soliciten por considerar más beneficiosa la expulsión sustitutiva que la permanencia en España y el sometimiento a la pena impuesta, toda vez que con el nuevo régimen cabe tal posibilidad, inviable antes de la reforma operada por LO 1/2015”⁶¹.

2. EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA

2.1. Aspectos generales

La expulsión administrativa presenta importantes diferencias con respecto a la judicial. En primer lugar, el órgano que la adopta. El competente para acordar la expulsión administrativa es el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y el Subdelegado del Gobierno en los demás casos, conforme al artículo 222 del Reglamento de Extranjería.

En segundo lugar, el momento de su ejecución. La expulsión judicial se ejecuta antes de que el penado empiece a cumplir la condena o cuando ya ha cumplido una parte de la misma, pero no el total, mientras que la expulsión administrativa se ejecuta una vez cumplida la totalidad de la condena (salvo la expulsión administrativa que afecta a investigados o procesados, regulada en el artículo 57.7 de la LOEx y que afecta a personas que aún no han sido condenadas por sentencia firme).

Sin embargo, si el extranjero abandona España antes del cumplimiento de la totalidad de la condena por irse trasladado a su país para continuar cumpliendo, porque se vaya expulsado judicialmente o en libertad condicional a su país, entiendo que el período de expulsión administrativa debe contarse desde el momento en que sale de España.

En los demás la expulsión administrativa solo podría ejecutarse una vez que se produzca el licenciamiento definitivo o remisión de la pena (si el penado extranjero disfruta de la nueva libertad condicional en nuestro país), pues hasta ese momento el penado extranjero depende de una o varias autoridades judiciales españolas, y las Administraciones Públicas están obligadas a respetar las resoluciones judiciales⁶².

La expulsión administrativa tiene fundamentalmente dos bases jurídicas, en función de si la persona a la que afecta es nacional de un estado miembro de la UE o de un tercer estado. Junto a la expulsión administrativa de penados, existe la figura prevista en el artículo 57.7 de la LOEx, que afecta a investigados o procesados.

2.2. Expulsión administrativa de penados extranjeros no comunitarios

El pilar en el que se sustenta este tipo de expulsión es el artículo 57.2 de la Ley reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. En primer lugar hay que tener en cuenta el ámbito de aplicación de esta Ley. Como indica el artículo

⁶¹ Circular 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015. Págs. 9-10.

⁶² Art. 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

1.3, esta ley no se aplica a ciudadanos comunitarios salvo en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

Partiendo de ello, el artículo 57.2 nunca se aplicaría a un ciudadano comunitario, pues no es más favorable ya que, como luego veremos, la expulsión administrativa de un ciudadano comunitario ofrece mayores garantías.

Según el art. 57.2 LOEx “constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

El Tribunal Supremo ha interpretado este criterio temporal, en la Sentencia 893/2018, de 31 de mayo, estableciendo que el artículo 57.2 de la LOEx “debe ser interpretado en el sentido de que el precepto se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente, si bien, sólo en aquellos supuestos en los que la totalidad de la pena establecida en el Código Penal sea “una pena privativa de libertad superior a un año”, esto es, excluyendo aquellos delitos en los que, con independencia del máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos”⁶³.

Como se observa, el precepto habla de extranjeros, por lo tanto pueden ser legales o ilegales. Si es extranjero legal y se le expulsa, se extinguirá la autorización que hasta entonces le permitía permanecer en España, según indica el apartado cuarto.

Por su parte el 57.5 establece una serie de casos en los que no puede acordarse la expulsión administrativa. Según este apartado:

“La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54.a) del apartado 1 (dicho apartado se refiere a actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países), o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.*
- b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.*
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.*
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad*

⁶³ STS 893/2018, de 31 de mayo, FJ 10º.

profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Hay que destacar que, aunque la expulsión fundamentada en el 57.2 no se considere una sanción administrativa, sino simplemente una consecuencia legal de la comisión de un delito doloso castigado con pena superior a un año, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en toda expulsión de un residente de larga duración, sea o no de naturaleza sancionadora, deben tenerse en cuenta los aspectos señalados en el 57.5.b), pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva⁶⁴.

También lo considera así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, interpretando el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁶⁵, respondió a una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Navarra fijando la siguiente interpretación: los aspectos mencionados en el apartado 3, esto es, la duración de la residencia en el territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias que tiene la expulsión para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen, deben ser valorados antes de acordarse la expulsión de un residente de larga duración, con independencia de que tal medida haya sido acordada como sanción administrativa o como consecuencia de una condena penal⁶⁶.

En la misma línea, el TS ha resaltado la excepcionalidad de la expulsión de los residentes de larga duración, de conformidad con la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, señalando lo siguiente:

“Los Estados de la UE pueden adoptar la decisión de expulsar del territorio a un extranjero no perteneciente a la UE, provisto de permiso de residencia de larga duración, de conformidad con lo establecido en el apartado 2º del artículo 57 de la LOEX, pero, siempre y cuando éste “represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública” de ese país –que es el concepto exigido por la Directiva–, para cuya constatación se requiere y

⁶⁴ STC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6º.

⁶⁵ Este artículo habla de la protección contra la expulsión de los residentes de larga duración, y su tenor literal es el siguiente:

1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.
2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico.
3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes:
 - a) la duración de la residencia en el territorio;
 - b) la edad de la persona implicada;
 - c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia;
 - d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.
4. Una vez adoptada la decisión de expulsión, el residente de larga duración tendrá derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos, legalmente previstos en el Estado miembro de que se trate.
5. Los residentes de larga duración que carezcan de recursos suficientes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en que residan”.

⁶⁶ STJUE, de 7 de diciembre de 2017, C-636/16, ap. 26-29.

exige –por la Directiva y por la LOEX– un alto nivel de motivación por parte de la Administración, sin que resulte posible identificar o asimilar, de forma directa o automática, la condena penal impuesta, con la concurrencia de una causa de expulsión, ya que, se insiste, la citada condena, no supone, ni implica, necesariamente, que el condenado “represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública”. A ello, debemos añadir –para completar nuestra decisión– que el expresado alto nivel de motivación –el plus de motivación– debe llevarse a cabo por la Administración –y controlarse por los órganos jurisdiccionales– de conformidad con las circunstancias previstas en el apartado 3º del artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE , así como en el 57.5.b) de la LOEX”⁶⁷.

Siguiendo con el 57.5, estos son los únicos casos expresamente contemplados por la ley en los que no podría expulsarse administrativamente a un extranjero con aplicación del 57.2, casos que, como vemos, son bastante restrictivos, ya que exigen cumplir determinados tiempos, bastante largos, de permanencia en España de forma legal. Parece que el legislador no tiene en cuenta el arraigo que puede tener en España el extranjero con independencia del tiempo que ha durado su permiso de residencia.

Así, según el tenor literal del artículo, sería expulsable, por ejemplo, un extranjero que ha residido legalmente los últimos 5 años, pero que no ha nacido en España y que ha cometido en un delito de escasa gravedad (pero castigado con pena superior a un año).

Es decir, el 57.5 LOEx solo da importancia al arraigo y a los vínculos familiares en el caso de los residentes de larga duración. Y es que, en lo que se refiere a la expulsión de residentes de larga duración los países de la Unión Europea tiene como marco común la Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, algo que no ocurre en la expulsión del resto de residentes, ámbito en el que cada estado tiene su propia regulación⁶⁸.

Pero, al margen de los residentes de larga duración, ¿qué ocurre con el resto de extranjeros residentes? ¿O incluso cuando el extranjero no tiene permiso de residencia pero tiene hijos menores en España, que además son españoles? ¿Deja de ser importante el arraigo? Las garantías que ofrece la expulsión administrativa con su regulación actual, como vemos, son bastante menores que las existentes en la expulsión judicial⁶⁹.

Como señala GARCÍA ESPAÑA:

⁶⁷ STS 321/2020, de 4 de marzo, FJ 7º.

⁶⁸ BLITSA, GOULDIN, JACOBS Y LARRAURI examinan el papel de los antecedentes penales de los inmigrantes en el ámbito de la Unión Europea, distinguiendo aspectos comunes a los Estados comunitarios derivados de la eliminación de fronteras en el espacio Schengen, y medidas que pueden variar de unos estados a otros, debido a la regulación nacional en materia de extranjería. BLITSA, D., GOULDIN, L.P., JACOBS, J.B., LARRAURI, E. “*Criminal Records And Immigration: Comparing the United States and the European Union*”. Fordham International Law Journal. Vol. 39. Issue 2. 2015. Págs. 226-240.

⁶⁹ RECIO JUÁREZ interpretando conjuntamente y en términos de proporcionalidad el artículo 57.2 de la LOEx y el artículo 89 del Código Penal considera que “en cuanto a la expulsión administrativa derivada de la condena en España por la comisión de un delito, entendemos que no entraría en juego si el juzgador penal no acordase la expulsión sustitutiva en atención a las circunstancias personales del penado, por entenderla desproporcionada. En este caso, las autoridades de extranjería no podrán abrir expediente por la condena dictada y aplicar la expulsión recogida en el art. 57.2 LOEx, cuando en el proceso penal ya existió pronunciamiento sobre la cuestión”. RECIO JUÁREZ, M. “*Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal*”. Diario La Ley, Nº 8.602, Sección Doctrina, 10 de septiembre de 2015. Pág. 19.

“En tanto no se elimine la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX, cualquier regulación de la expulsión penal tendrá por finalidad reforzar la política migratoria y el control de fronteras, puesto que el horizonte marcado por aquel trunca las posibilidades de reinserción social de la pena”⁷⁰.

Además, una vez que la expulsión es firme según el 57.4 si el interesado inicia algún procedimiento para obtener cualquier tipo de permiso de residencia dicho procedimiento deberá archivar.

De ahí la importancia de que cuando a un penado se le notifique la resolución de expulsión se lo comunique rápidamente a los profesionales penitenciarios, quienes, en vista del caso concreto, puede recomendarle que recurra al Juzgado de lo Contencioso Administrativo, por entender que tiene posibilidades de quedarse en España por su arraigo, en muchas ocasiones familiar.

Y es que el arraigo, conforme reiterada jurisprudencia, sí debe tenerse en cuenta para decidir si la expulsión, tanto administrativa como judicial, es ajustada a Derecho, aunque a él no haga referencia el artículo 57, con la excepción mencionada de los residentes de larga duración⁷¹.

Ello tiene sentido, pues puede haber importantes derechos que se vean afectados por la expulsión administrativa, y cuya importancia debe ser ponderada, como el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE y el derecho a la vida privada y familiar, recogido en el artículo 8 del CEDH.

En cuanto al primero, el TC recuerda que conforme a su jurisprudencia el derecho a la intimidad previsto en el artículo 18 de la Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que el TEDH ha interpretado el artículo 8 del CEDH, pero ello no quiere decir que las relaciones afectivas, familiares y de convivencia carezcan de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional. Según el TC, la protección del derecho a la familia en nuestra Constitución se encuentran en los principios que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (Art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (Art. 39.1) y de los niños (Art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del artículo 53.2 no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (Art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 de la LOEX⁷².

Es decir, los jueces han de tener en cuenta los derechos fundamentales para verificar si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin de la expulsión administrativa, que no es otro que el de asegurar el orden público y la seguridad ciudadana⁷³.

⁷⁰ GARCÍA ESPAÑA, E. *Op. cit.* Pág. 28.

⁷¹ Como señala SOLAR CALVO “la normativa en materia de extranjería, en especial el artículo 57.2 de la LOE, no ha sido modificado en los términos que esta evolución jurisprudencial requiere”. SOLAR CALVO, P. “*Extranjeros en prisión...*” *Op. Cit.* Pág. 97.

⁷² TC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 6º y 7.

⁷³ STC 140/2009, de 17 de julio, FJ 6º.

En cuanto al derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8 del CEDH, la sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 2018, en el asunto Saber y Boughassal contra España, resume los criterios a tener en cuenta para valorar si una orden de expulsión y/o de prohibición de reentrada en el territorio es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a la finalidad legítima perseguida en virtud del artículo 8 del CEDH. En esta sentencia se trata el caso de dos marroquíes expulsados de España conforme al artículo 57.2 LOEx, y el TEDH declaró la vulneración del artículo 8 del Convenio por considerar que las autoridades españolas no ponderaron todos los intereses en juego para valorar, en el respeto de los criterios establecidos por su jurisprudencia, si las medidas litigiosas eran proporcionadas a los objetivos legítimos perseguidos y, por tanto, necesarias en una sociedad democrática. Los criterios establecidos para valorar la proporcionalidad de la expulsión son:

- “– La naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el demandante;
- La duración de la estancia del interesado en el país del que va a ser expulsado;
- El tiempo transcurrido desde la infracción y la conducta del demandante durante este período;
- La nacionalidad de las personas en cuestión;
- La situación familiar del demandante, y en especial, si procede, la duración de su matrimonio, así como otros factores que demuestren la efectividad de una vida familiar dentro de una pareja.
- La cuestión de saber si el cónyuge tenía conocimiento de la infracción en el momento de la creación del vínculo familiar;
- La cuestión de si los niños son nacidos de dicha unión y, en caso afirmativo, su edad;
- La gravedad de las dificultades a las que se puede enfrentar el cónyuge en el país al que el demandante debe ser expulsado;
- El interés y bienestar de los hijos, en particular la gravedad de las dificultades que los hijos del demandante pueden encontrarse en el país al que la persona debe ser expulsado; y
- La solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y con el país de destino”⁷⁴.

Además de los vínculos con el cónyuge e hijos menores, el TEDH también ha considerado que otro tipo de relaciones familiares pueden incluirse en el concepto de “vida privada”, como puede ocurrir con las relaciones entre hermanos o padres e hijos adultos⁷⁵.

Por otro lado, el TEDH destaca que los inmigrantes de segunda generación y aquellos llegados en la infancia o juventud pueden no conservar relación alguna con el país de origen, debido a “los vínculos particulares que estos inmigrantes han tejido con su

⁷⁴ STEDH (Sección 3ª). Asunto Saber Y Boughassal c. España, de 18 de diciembre de 2018, ap. 40.

⁷⁵ STEDH (Gran Sala). Asunto Slivenko c. Letonia, de 9 de octubre de 2003, ap. 97.

país de acogida en el que han pasado lo esencial de su vida. Han recibido en él su educación donde han establecido la mayor parte de sus relaciones sociales y donde han desarrollado pues su identidad propia. Nacidos o llegados al país de acogida debido a la emigración de sus padres, a menudo tienen en él sus principales vínculos familiares. Algunos de estos emigrantes no han conservado incluso con su país natal sino el solo vínculo de la nacionalidad”⁷⁶.

Finalmente, además de la causa de expulsión del 57.2 LOEx, también está prevista la posibilidad de expulsar al extranjero cuando comete alguna infracción muy grave de las previstas en el art. 54 LOEx, o alguna de las infracciones graves previstas en las letras a), b), c) o d) del art. 53.1 LOEx. Cuando el extranjero comete una de estas infracciones, conforme al 57.1 LOEx para decidir si se impone una sanción de multa o la sanción de expulsión se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad. En este sentido, en el ámbito penitenciario también es frecuente que se ordene la expulsión en base al art. 53.1.a), es decir, por encontrarse el extranjero irregularmente en territorio español.

2.3. Expulsión administrativa de penados de la Unión Europea

El otro pilar de la expulsión administrativa es el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Este real decreto transpone la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el Consejo 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.

Antes de proceder al estudio de este tipo de expulsión, es necesario comprender el ámbito de aplicación del Real Decreto. Conforme al artículo 1, su objeto es regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la UE y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Además, según el artículo 2 también se aplica este real decreto, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los siguientes familiares de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él:

“A) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio.

B) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser su-

⁷⁶ STEDH (Sección 4ª). Asunto Aoulmi c. Francia, de 17 de enero de 2006, ap. 84.

ficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

- C) *A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.*
- D) *A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja”.*

Según el artículo 7 los ciudadanos de la UE, para poder residir en España durante más de tres meses deben cumplir alguno de los requisitos previstos en el apartado 1⁷⁷. Además, deben solicitar personalmente la inscripción en el Registro Central de Extranjeros (Art. 7.5 del Real Decreto 240/2007).

En el caso de los familiares de un ciudadano de la UE que no ostenten la nacionalidad de un estado comunitario, deberán obtener la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, conforme al artículo 8.1 del mencionado Real Decreto.

La expulsión administrativa de los comunitarios tiene como fundamento razones de orden público, seguridad pública o de salud pública. Está prevista en el artículo 15.1 del mencionado Real Decreto, que dispone lo siguiente:

- “1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:*
- a. Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del presente real decreto.*

⁷⁷ Art. 7.1 del Real Decreto 240/2007: “1. Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si:

- a. Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o*
- b. Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o*
- c. Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia, o*
- d. Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c)”.*

b. Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.

c. Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán 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 su país de origen.”

Si el ciudadano comunitario hubiera residido legalmente durante los diez años anteriores o si fuera menor de edad las garantías frente a la decisión de expulsión son mayores, estableciéndose una protección reforzada frente a la expulsión, ya que esta solo podrá acordarse si existen motivos imperiosos de seguridad pública (Art. 15.6 del Real Decreto 240/2007).

Por su parte el apartado 5, letra d) establece en qué aspectos deben fundamentarse estas medidas que se adoptan por razones de orden público, seguridad y salud pública. Según este, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.

Toda esta regulación supone la transposición a nuestro ordenamiento de los artículos 27 y 28 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el Consejo. El artículo 27.2 párrafo segundo de dicha directiva pone de relieve que para expulsar a un comunitario su conducta deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

Según el 28.1 de la de la Directiva 2004/38/CE, antes de tomar una decisión de expulsión por razones de orden público o de seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

La jurisprudencia del TJUE pone de relieve qué debemos entender por amenaza para el orden público o la seguridad pública, y cuáles son esos “motivos imperiosos de seguridad pública”, que justificaría la expulsión de un comunitario que ha residido en España durante los diez años anteriores.

En cuanto al concepto de orden público, requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la Ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. La mera condena penal anterior del interesado no basta para considerar, de manera automática, que representa una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad, que es la única que puede justificar una restricción de los derechos que le confiere el Derecho de la Unión. Del artículo 27, apartado 2 de la Directiva 2004/38, así como de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se deduce que una medida restrictiva del derecho a la libre circulación sólo puede justificarse si respeta el principio de proporcionalidad⁷⁸.

El concepto de seguridad pública comprende la seguridad interior y la seguridad exterior del Estado. El TJUE ha declarado asimismo que el ataque al funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, además del riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, o, incluso, el ataque a intereses militares, pueden afectar a la seguridad pública. En cuanto al concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública”, supone no sólo la existencia de un ataque a la seguridad pública, sino, además, que tal ataque presente un nivel particularmente elevado de gravedad. La lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada está comprendida en el concepto “motivos graves de orden público o seguridad pública”⁷⁹.

Los delitos mencionados en el artículo 83 del TFUE, apartado 1, párrafo segundo (terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, entre otros), constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente, cabe incluir en el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública”⁸⁰.

Otro aspecto relevante de este tipo de expulsión es la obligación que tienen las autoridades competentes, en caso de que una resolución de expulsión vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, de comprobar y valorar los posibles cambios de circunstancias que pudieran haberse producido, según el artículo 15.4 del Real Decreto 240/2007.

2.4. Aspectos procedimentales de la expulsión administrativa

Para tener una visión completa de la expulsión administrativa, tanto la adoptada conforme al artículo 57.2 de la LOEx, como la fundamentada en el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, resulta imprescindible mencionar algunos aspectos procedimentales.

⁷⁸ STJUE, de 17 de noviembre de 2011, C-430/10, ap. 33, 38 y 40.

⁷⁹ STJUE de 23 de noviembre de 2010, C-145/09, ap. 41, 43 y 44.

⁸⁰ STJUE, de 22 de mayo de 2012, C-348/09, ap. 28.

La regulación del procedimiento la encontramos fundamentalmente en el Reglamento de Extranjería. El Real Decreto 240/2007 hace referencia a algunos aspectos procedimentales, que se aplicarían en los procedimientos de expulsión de los comunitarios. Estos aspectos son dos: por un lado, el informe de la Abogacía del Estado, previo a la resolución de expulsión que afecte a un comunitario que tiene el certificado de registro necesario para residir en España, o a un familiar de un comunitario que tiene la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión (Art. 16.1 del Real Decreto 240/2007). Por otro lado, se prevé una importante garantía procesal para los comunitarios y es que, cuando el comunitario, al interponer un recurso contra la resolución de expulsión, solicite como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la expulsión, esta no podrá producirse hasta que se haya adoptado una decisión sobre la medida cautelar solicitada (Art. 17.1 del mismo Real Decreto). En todo lo demás, se aplicaría el mismo procedimiento que para los extranjeros no comunitarios⁸¹.

Los procedimientos administrativos que se tramiten en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones (Art. 20.2 de la LOEx).

El procedimiento de expulsión es un procedimiento preferente regulado en el art. 234 y siguientes del Reglamento de Extranjería. De este procedimiento cabe destacar que se notifica al interesado el acuerdo de iniciación⁸², indicando que tiene un plazo de 48 horas para alegar y que, de no hacerlo, el acuerdo de iniciación se considerará como propuesta de resolución. En este procedimiento se garantiza el derecho a la asistencia letrada y a ser asistido por intérprete si no comprende el castellano, como indica el artículo 235 del Reglamento de Extranjería⁸³.

La resolución debe ser motivada y es ejecutiva de forma inmediata sin perjuicio del derecho a recurrir⁸⁴. Es decir aunque se interponga recurso, puede ejecutarse la expul-

⁸¹ Así lo indica la Disposición adicional segunda del mencionado Real Decreto 240/2007, que dice lo siguiente: *“En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos”*.

⁸² En cuanto al contenido de dicho acuerdo, dispone el artículo 243 del Reglamento de Extranjería: *“Además del contenido mínimo que ha de incluir el acuerdo de iniciación conforme lo dispuesto en el artículo 227.1 en él se indicarán expresamente los siguientes particulares:*

- a. El derecho del interesado a la asistencia jurídica gratuita en el caso de que carezca de recursos económicos suficientes de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.*
- b. El derecho del interesado a la asistencia de intérprete si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen.*
- c. Que el acuerdo de expulsión que pueda dictarse conllevará la prohibición de entrada en España, cuya duración se establecerá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 245.2 de este Reglamento y que será extensiva a los territorios de los Estados con los que España haya suscrito acuerdo en ese sentido”*.

⁸³ El Defensor del Pueblo ha destacado la importancia de la presencia de abogados con formación en materia de extranjería en los procedimientos de expulsión y devolución señalando que *“sin embargo, desde el punto de vista material, se siguen apreciando circunstancias que pueden dejar sin efecto esta garantía, convirtiendo la asistencia letrada en una mera presencia formal en el procedimiento”*. DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual 2019*. Madrid, 2020. Pág. 209.

⁸⁴ El Artículo 236 del Reglamento de Extranjería, referente a la resolución en el procedimiento preferente y a la ejecutividad establece:

sión administrativa, ya que administrativamente no cabe declarar el efecto suspensivo. No obstante, si el interno recurre, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo sí puede ordenar que se suspenda la ejecución de la expulsión mientras se tramita el recurso.

En la práctica se dan algunos problemas a la hora de ejecutar la expulsión, como la carencia de documentación que acredite la nacionalidad y la identidad del extranjero y la resistencia de determinados Estados a la hora de aceptar el retorno de sus nacionales⁸⁵. Asimismo, el Defensor del Pueblo ha señalado que “por motivos diversos, un alto porcentaje de las personas que acceden de manera irregular a territorio nacional no son expulsadas o devueltas en el plazo legalmente previsto”⁸⁶.

Es fundamental que el penado extranjero comprenda que se ha iniciado el procedimiento, los derechos que le asisten, y que el acuerdo de expulsión que pueda dictarse conllevará la prohibición de entrada en España, cuya duración puede ser de hasta cinco años, pero que puede llegar a los diez años cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública. Dicha prohibición de entrada se hará extensiva a los territorios de los Estados con los que España haya suscrito acuerdo en ese sentido (así, la prohibición de entrada en territorio español se extiende también a los territorios del Acuerdo Schengen). Además en la resolución se debe hacer constar qué recursos caben, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo, todo ello conforme al artículo 245 del Reglamento de Extranjería.

Las resoluciones en materia de expulsiones de extranjeros ponen fin a la vía administrativa según la Disposición adicional decimocuarta del Reglamento de Extranjería. Por tanto, contra estas resoluciones podría interponerse recurso contencioso-administrativo, cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo como indica el artículo 8.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁸⁷.

El acto de expulsión administrativa, como ocurre en todo acto administrativo, puede ser nulo de pleno derecho cuando se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, causa de nulidad prevista en el artículo

“1. La resolución, en atención a la naturaleza preferente y sumaria del procedimiento, se dictará de forma inmediata. Deberá ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente; no podrá aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica; y será notificada al interesado.

2. La ejecución de la orden de expulsión recaída en estos procedimientos, una vez notificada al interesado, se efectuará de forma inmediata. (...)

3. La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente, establecida en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella. En la resolución, además de la motivación que la fundamente, se harán constar los recursos que frente a ella procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos”.

⁸⁵ LÓPEZ MUÑOZ, M^a. J. “La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España”. Revista Actualidad Penal N^o 22. Semana del 26 de mayo al 1 de junio de 2003. Pág. 14.

⁸⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Op. cit.* Pág. 211.

⁸⁷ Según este, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración Periférica del Estado o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

47.1.e) de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común o anulable cuando carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o da lugar a indefensión, conforme al 48.2 de la misma Ley, siendo estos defectos alegables en los recursos que se interpongan.

2.5. Problemas prácticos de la expulsión administrativa desde la perspectiva de la reinserción social y posibles soluciones jurídicas. Especial referencia a las situaciones de arraigo

En la práctica penitenciaria en ocasiones se da la situación problemática del penado que tiene decretada la expulsión administrativa firme y que tiene arraigo en España. Puede ocurrir que el penado no recurra la resolución de expulsión en su momento, bien por dejadez, bien por no comprender el alcance y efectos de la resolución. Esto último ocurre con bastante frecuencia, dando lugar a una situación de indefensión.

Se da a menudo el caso del penado con expulsión administrativa firme acordada que, solo cuando le queda poco para extinguir su condena se percata de que va a ser expulsado una vez cumplida, y de lo que ello conlleva. En algún caso va a ser expulsado a un país donde no tiene ningún tipo de vínculo, donde nunca ha vivido y donde incluso no conoce el idioma, viéndose muy limitada la posibilidad de reinsertarse, pues, esta tarea, ya difícil de por sí, parece casi imposible en un país donde no tiene nada ni a nadie, y donde por tanto va a encontrarse con obstáculos adicionales en el entorno.

Ante esta difícil situación considero que hay dos posibles soluciones jurídicas:

– Por un lado, se podría solicitar la revocación del acto administrativo de expulsión⁸⁸, que podría acordarse por la misma autoridad que lo dictó, esto es, por el Delegado o Subdelegado del Gobierno. Si se deniega, se podría recurrir la denegación de la revocación ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo. Así se abriría de nuevo la fase de recurso ante el juez, a pesar de ser firme la resolución de expulsión, lo cual permitiría estudiar la situación del extranjero en ese momento, pues las circunstancias pueden haber cambiado con respecto al momento en que se acordó la expulsión.

Paralelamente, en los casos en los que la expulsión administrativa vaya a ejecutarse de forma inminente, lo cual ocurre cuando al penado le queda poco para extinguir su condena, sería necesario solicitar al Juzgado de lo Contencioso Administrativo como medida urgente que se suspenda la ejecución de la expulsión mientras se resuelve sobre la revocación⁸⁹. En esta solicitud deberían incluirse los motivos que acrediten que el extranjero tiene arraigo en ese momento en España y por las que la ejecución de la expulsión tendría consecuencias muy

⁸⁸ Según el artículo 109.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”.

⁸⁹ Estas medidas están reguladas en el artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El citado artículo permite al Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso, adoptar la medida solicitada sin oír a la parte contraria.

perjudiciales. Cuando la adopción de esta medida cautelarísima no puede instarse en hora y día hábil ante el Juzgado de lo Contencioso y es necesario que se resuelva inmediatamente por ser inminente la expulsión se podría solicitar la misma al Juzgado de Guardia⁹⁰, si bien es difícilmente imaginable un caso que requiera tal urgencia.

- Otra solución consistiría en que el penado consiguiera regularizar su situación en España, a pesar de la existencia de la expulsión administrativa firme, cosa que, en la mayor parte de los casos es muy complicado. Lo idóneo, en mi opinión, sería solicitar primero la revocación de la expulsión y posteriormente, si se obtiene esta, el permiso de residencia⁹¹.

El instrumento a través del cual el extranjero podrá obtener la regularización depende del supuesto concreto, pudiendo distinguirse los dos regímenes mencionados anteriormente:

- Régimen general de extranjería, regulado en la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, que la desarrolla. Este es el régimen aplicable a los extranjeros no comunitarios.

La obtención de un permiso de residencia por esta vía es tarea complicada, pues, por un lado, tenemos la expulsión firme y, por otro, la existencia de antecedentes, que impide, según la LO 4/2000, obtener un permiso de residencia temporal⁹². Si se trata de la renovación del permiso de residencia temporal, los antecedentes son un aspecto a valorar, junto con la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad, como indica el artículo 31.7 de la LOEx⁹³.

⁹⁰ Esta posibilidad está prevista en el Acuerdo de 28 de noviembre de 2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que modifica el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, que permite que los Juzgados de guardia adopten medidas cautelares en materia de extranjería. PLASENCIA DOMÍNGUEZ analiza esta cuestión, señalando cuándo el Juzgado de Guardia debe resolver en sustitución del Juzgado Contencioso sobre la suspensión de la expulsión. PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N. “*Jurisdicción Penal y Medidas Repatriativas de extranjería*”. Diario La Ley, Nº 8.984, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2017, Editorial Wolters Kluwer. Págs. 18-20.

⁹¹ NISTAL BURÓN distingue, dentro de los reclusos extranjeros con posibilidades de permanecer en España al cumplir su condena “aquellos que tienen vinculación familiar directa en España o que se encuentran en alguna de las circunstancias excepcionales que determinan la Ley y el Reglamento de Extranjería para acceder a su regularización” e indica que “con este grupo de internos se debe trabajar para que consoliden su capital social y sus posibilidades de inclusión en la sociedad a través de la formación y el trabajo, tanto en los Talleres productivos en el interior de los Centros penitenciarios, como en el exterior si acceden al tercer grado penitenciario y/o a la libertad condicional. En este sentido, la actividad penitenciaria tendría que ir encaminada a lograr la normalización social a través de su regularización administrativa (...)”. NISTAL BURÓN, J. *Op. cit.* Págs. 113-114.

⁹² Según el artículo 31.5 de la LO 4/2000:

“5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido”.

⁹³ Como señala LARRAURI “el problema que surge en los procesos de renovación es la gran discrecionalidad administrativa, ya que hay una falta de criterios consistentes y públicos que proporcionen seguridad jurídica”. *Vid.* LARRAURI, E. “Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes”. InDret, Núm. 2/2016. Pág. 8.

Para obtener la autorización de residencia de larga duración, no se exige expresamente carecer de antecedentes penales, pero sí se dice que la solicitud debe ir acompañada del certificado de antecedentes .

Dentro del régimen general en materia de extranjería está el permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales, regulado en el artículo 123 y siguientes del Reglamento de Extranjería como una autorización de residencia temporal⁹⁴.

Y dentro de este tipo de permisos, la autorización de residencia temporal por razones de arraigo, regulada en el artículo 124 del mencionado reglamento, que se puede obtener por arraigo social, laboral o familiar. Sin ánimo de profundizar en los requisitos de concesión de cada uno de estos permisos, es importante indicar la importancia del permiso por arraigo familiar porque en ocasiones el penado extranjero se encuentra en una situación en la que podría obtener esta autorización de residencia.

El permiso por arraigo familiar puede permitir al penado extranjero, padre o madre de un menor español, regularizar su situación en España, siempre que esté al corriente de las obligaciones paternofiliales, operando así como un límite al automatismo al que puede dar lugar la aplicación del 57.2 de la Ley de Extranjería en aquellos casos en que la expulsión, de producirse, supondría *de facto* separar a un menor español de su padre o madre⁹⁵.

En caso de denegación del permiso o de la renovación del mismo, se abriría la vía del recurso, que permitiría que el órgano judicial conociese de la situación del extranjero.

El TJUE ha establecido que la expulsión de un nacional de un tercer estado, padre o madre de un menor ciudadano de la Unión Europea (como sería el caso de que el hijo menor fuera español) en ocasiones puede suponer que se priva a ese menor, ciudadano de la Unión de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, conferido por el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que por tanto la mera existencia de antecedentes penales no justifica la expulsión sistemática de un extranjero no comunitario con un hijo menor ciudadano de la UE a su cargo⁹⁶.

En la misma línea RODRÍGUEZ YAGÜE critica el automatismo en la denegación de la autorización de residencia por tener antecedentes penales indicando que “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”. RODRÍGUEZ YAGÜE, C. *Op. cit.* Pág. 8.

⁹⁴ Según el artículo 31.5 de la LO 4/2000:

“5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido”.

⁹⁵ Se puede obtener este permiso, según el 124.3.a) del Reglamento de Extranjería “cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo”.

⁹⁶ Según el fallo de la STJUE, de 13 de septiembre de 2016, C-304/2014:

“El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que exige expulsar del territorio de ese Estado miembro, a un tercer Estado, a un nacional de este último que ha sido condenado penalmente, aun cuando dicho nacional tiene la guarda efectiva de un menor de corta edad, nacional de ese Estado miembro, en el que reside desde su nacimiento sin haber ejercido su derecho de libre circulación, cuando la expulsión del interesado obligaría al menor a abandonar el territorio de la Unión,

Como ejemplo en el que se sigue esta doctrina, podemos destacar el caso de un hombre colombiano que había sido condenado por un delito de violencia doméstica y lesiones, condena que se le había suspendido, y que tiene dos hijos, ciudadanos de la Unión Europea (uno de ellos de nacionalidad española) a su cargo, escolarizados y correctamente atendidos por el progenitor. El TS le concede la autorización de residencia razonando que, si se le denegase, los hijos se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión, y entonces se privaría a dos ciudadanos de la Unión Europea, menores de edad de su derecho a residir y desplazarse en el territorio comunitario. Así, reconoce el TS el derecho de los menores a ser acompañados por la persona que se encarga de su cuidado y, por tanto, que esta persona pueda residir con ellos en el Estado miembro de acogida⁹⁷.

En términos parecidos, la STJUE de 13 de septiembre de 2016, dictada en el caso Rendón, examina la denegación, de manera automática por tener antecedentes penales, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a un nacional de un tercer estado, padre que tiene la guardia exclusiva de sus hijos menores, ciudadanos de la Unión, que residen en España desde su nacimiento. La sentencia concluye que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa nacional “que exige la denegación automática de una autorización de residencia al nacional de un tercer Estado, progenitor de unos hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión y de los que tiene la guarda exclusiva, debido únicamente a que el interesado tiene antecedentes penales, cuando tal denegación tenga como consecuencia obligar a esos hijos suyos a abandonar el territorio de la Unión”⁹⁸.

La STJUE de 10 de mayo de 2017 va más allá, considerando que puede apreciarse que existe la relación de dependencia entre el nacional de un tercer estado y el menor, ciudadano de la Unión, aún cuando el progenitor extranjero no se encarga del cuidado diario y efectivo del menor. En el fallo, el TJUE señala que el hecho de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello es un elemento pertinente pero no suficiente para poder declarar que no existe entre el progenitor nacional de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto en caso de que se produjese esa denegación, concluyendo que “tal apreciación debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor de un país tercero y del riesgo que separarlo de este último entrañaría para el equilibrio del niño”⁹⁹.

privándole así del disfrute efectivo de la esencia de sus derechos como ciudadano de la Unión. No obstante, en circunstancias excepcionales, un Estado miembro puede adoptar una medida de expulsión, siempre que ésta se base en la conducta personal del referido nacional de un tercer Estado, que ha de constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad de dicho Estado miembro, y siempre que se fundamente en una consideración de los diferentes intereses en liza, lo cual incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente.”

⁹⁷ STS 15/2017 de 10 de enero de 2017.

⁹⁸ STJUE, de 13 de septiembre de 2016, C-165/14, ap. 89.

⁹⁹ STJUE, de 10 de mayo de 2017, C-133/15.

Por último, la STJUE de 8 de mayo de 2018 establece la obligación de valorar, en la solicitud presentada por un nacional de un tercer estado con fines de reagrupación familiar, la relación de dependencia existente entre él y un ciudadano de la Unión, aún en los casos en los que exista una prohibición de entrada contra el primero. Y ello con la finalidad de conocer si, en caso de denegarse un derecho de residencia derivado al extranjero, “el ciudadano de la Unión se vería obligado, de hecho, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto y quedaría privado, en consecuencia, del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto”¹⁰⁰.

- Régimen aplicable a los comunitarios: regulado en el RD 240/2007, de 16 de febrero y aplicable a los ciudadanos nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea, a los familiares de dichos ciudadanos, enumerados en su artículo 2, y actualmente también aplicable a dichos familiares cuando lo sean de ciudadano español¹⁰¹.

Cuando sea aplicable este régimen, la regularización se obtendría mediante la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, si se trata de un nacional de otro estado miembro, o mediante la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, si se trata de un familiar nacional de un tercer estado, ya sea familiar de un español o de ciudadano comunitario. Cabe destacar que, de la lectura de los artículos 7 y 8 del Real Decreto 240/2007 se desprende que no se exige, ni para el registro del ciudadano comunitario, ni para la obtención de la tarjeta de familiar de comunitario la carencia de antecedentes penales, ni que se aporte certificado de antecedentes.

2.6. Reflexión sobre el papel de la Administración Penitenciaria

La Administración Penitenciaria no resulta ajena a los procedimientos en materia de extranjería, sino que, en distintos momentos de la trayectoria penitenciaria del penado extranjero realiza distintas actuaciones que le afectan.

En primer lugar, el ingreso en prisión de un extranjero se comunica por parte del Director a la Comisaría Provincial de Policía y se solicita el Número de Identificación de Extranjero, como indica la Instrucción 3/2019 relativa a las normas generales sobre internos extranjeros de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Además, conforme al artículo 256.4 del Reglamento de Extranjería, los directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a la Oficina de Extranjería y a la comisaría provincial de policía correspondientes a su demarcación, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en virtud de sentencia judicial por delito, a los efectos de que en su caso se proceda a la expulsión.

¹⁰⁰ Fallo de la STJUE, de 8 de mayo de 2018, C-82/16.

¹⁰¹ La STS 4259/2010, de 1 de junio, suprimió la expresión “otro Estado miembro” del art. 2, primer inciso, ampliando así el ámbito subjetivo de aplicación del Real Decreto 240/2007, que ya no coincide con la Directiva 2004/38 CE, al incluir también a los familiares (que en dicho artículo se relacionan), cualquiera que sea su nacionalidad, del “ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte (...) cuando le acompañen o se reúnan con él”. De esta forma quedan equiparados los familiares de ciudadanos españoles a los familiares de ciudadanos comunitarios no españoles, que se sitúan en el ámbito subjetivo del artículo 2º Real Decreto 240/2007.

Si se recibe en el centro el acuerdo de inicio del procedimiento o resolución de expulsión se debe comunicar inmediatamente al Director o al Subdirector de Tratamiento para que el mismo día de la notificación al interno o el día siguiente, sea asesorado, normalmente por el Jurista, a los efectos de clarificarle el contenido del escrito y sus consecuencias, y para recabar información sobre si desea recurrir, conforme indica la mencionada Instrucción.

Sin embargo, en ocasiones todo lo relativo al procedimiento de expulsión administrativa se notifica directamente al interno, y es este el que debe acudir al Jurista para estudiar el caso concreto y valorar las posibilidades de reinserción en España y la viabilidad e idoneidad, en su caso, de regularizar su situación.

Si los profesionales penitenciarios conocen de la existencia de la expulsión administrativa cuando ya es firme pero esta da lugar a una situación manifiestamente injusta y que dificulta notablemente la reinserción social del extranjero entiendo que se le debe informar de la posibilidad de solicitar la revocación de la expulsión o de solicitar un permiso de residencia. Y es que la expulsión de penados extranjeros no resulta ajena a los profesionales penitenciarios por el hecho de que está directamente relacionada con el fin primordial de la actividad penitenciaria. Así, la reinserción social como máxima de nuestro sistema penitenciario¹⁰² convierte en tarea y obligación de esta Administración, dentro de sus competencias e individualizando en cada caso, procurar que al salir el penado en libertad lo haga en un entorno adecuado y no en un país donde tenga obstáculos adicionales para llevar una vida normalizada y al margen del delito, como el desconocimiento del idioma o la falta de arraigo, actuando de forma eficaz e informando al penado extranjero, desde el momento del ingreso en un centro penitenciario, de su situación, de las medidas repatriativas vigentes y que le resulten aplicables y de la viabilidad, en su caso, de obtener la regularización.

La individualización en la estrategia a seguir con cada interno extranjero resulta imprescindible, siendo el principal obstáculo la tradicional contraposición de los fines de la actividad penitenciaria y los fines de la política de extranjería, constante no resuelta por el legislador a día de hoy. Ante este problema algunos autores proponen que la evolución tratamental del penado extranjero pueda tener efecto regularizador, de manera que la legislación de extranjería contemple esta posibilidad, permitiendo, por un lado armonizar ambas políticas, y por otro que todo el trabajo realizado en el ámbito de la Administración Penitenciaria no se vea frustrado por la expulsión contemplada en el artículo 57.2 LOEx¹⁰³. Y es que, mientras subsista dicha norma en los términos actuales, sea cual sea la evolución tratamental del extranjero durante el cumplimiento de la condena en no pocas ocasiones va a ser expulsado tras extinguirla, perdiendo

¹⁰² Art. 25.2 CE y art. 1 LOGP.

¹⁰³ En este sentido, ORTIZ GONZÁLEZ, A. L. "Prisión, Extranjería, Reeducción y Reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles". (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional). Cuadernos de Derecho Penitenciario, N° 16. Ed. Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, 2008. Págs. 24-29.

SOLAR CALVO, considera que "en lo penitenciario, la única vía de conciliación posible viene de la mano de dar las mismas oportunidades a quien quiera aprovecharlas. Es decir, permitiendo a los extranjeros el acceso al tratamiento y dando sentido el mismo permitiendo que los logros alcanzados tengan efectos regularizadores una vez cumplida la condena. En definitiva, un buen pronóstico de reinserción social emitido en la última fase de cumplimiento de condena (artículo 67 LOGP) debiera tener efectos en la regularización de los extranjeros que se hubieran hecho merecedores del mismo". SOLAR CALVO, P. "*Perspectivas...*" *Op. Cit.* Pág. 6.

su sentido instrumentos como los programas de tratamiento, permisos de salida, el tercer grado y la libertad condicional y, en definitiva frustrándose los fines de nuestro sistema penitenciario en lo que afecta al colectivo de extranjeros.

2.7. Expulsión administrativa de procesados o imputado

El art. 57.5.a) de la LOEx contempla un supuesto en el que el Estado renuncia al ejercicio del *ius puniendi*, por razones de oportunidad y de utilidad social. Se trata de la posibilidad de renunciar al proceso penal cuando el procesado o imputado sea un extranjero que tiene decretada una orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución, de manera que la comisión de un delito que no se considera grave desde el punto de vista criminológico, no sirva para eludir la ejecución de la expulsión administrativa acordada conforme a la normativa de extranjería. Frecuentemente la doctrina ha considerado que el principio de oportunidad se contrapone al de legalidad. Sin embargo, como indican VECINA CIFUENTES y VICENTE BALLESTERO, entendiendo el principio de legalidad desde el punto de vista procesal (no hay proceso sin ley), “difícilmente puede decirse que el principio de oportunidad se oponga a él. Más bien al contrario, por cuanto también éste, en la medida en que se manifieste en el seno del proceso, habrá de estar determinado por la legislación procesal”¹⁰⁴.

Es importante distinguir este precepto de la expulsión judicial del art. 89 CP. En el supuesto del art. 57.7 LOEx el Juez que está conociendo del proceso penal autoriza la ejecución de una expulsión administrativa previamente acordada por la Autoridad gubernativa, mientras que en el supuesto del art. 89 CP es el propio Juez el que acuerda la expulsión (judicial, en este caso), bien en sentencia, bien en auto posterior.

La posibilidad de autorizar la expulsión administrativa ya existía en la anterior ley de extranjería, la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros.

Actualmente, dispone el art. 57.7a) LOEx:

“7.a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.”

¹⁰⁴ VECINA CIFUENTES, J. y VICENTE BALLESTEROS, T. “Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español”, en Derecho & Sociedad n. 50, 2018. Pág. 311.

Con la reforma de la LOEX operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros se estableció la autorización de la expulsión como norma general, siendo la continuación del proceso penal la excepción¹⁰⁵. La redacción actual señala que el Juez autorizará la expulsión “salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación”.

La principal duda que plantea el precepto es cuáles son esas circunstancias que justifican la denegación de la autorización, siendo comúnmente aceptado que el principio de oportunidad deberá ceder frente al de legalidad cuando haya un superior interés público en la aplicación del “*ius puniendi*” y la prevención general resulte prevalente¹⁰⁶. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en supuestos en los que, de conceder la autorización se podría estar potenciando la comisión del ilícito penal, siendo por tanto recomendable la continuación del proceso penal. En todo caso, dada la abstracta redacción del precepto, se trata de una ponderación que deja una amplia discrecionalidad al juez, por lo que, a mi juicio, sería recomendable una mayor concreción por parte del legislador sobre cuáles son o podrían ser esas circunstancias que justifican que deba continuarse el proceso penal, máxime cuando se trata de decidir una cuestión tan importante para un estado como es renunciar o no al ejercicio del derecho a castigar.

En cuanto al criterio seguido por la fiscalía, la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, establece que procederá denegar la autorización de expulsión en los casos más graves por aplicación del principio de proporcionalidad, debiendo valorar aspectos tales como la especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería.

Se debe señalar que en el orden jurisdiccional penal no debe examinarse la procedencia de la decisión de expulsión. Aspectos tales como el arraigo deben examinarse en el procedimiento administrativo y, en su caso, en la jurisdicción contencioso-administrativa, por la vía de recurso. En la jurisdicción penal, el Juez de Instrucción o, en su caso, el Juez de lo Penal comprobará únicamente que el acuerdo administrativo de expulsión ha sido dictado por el órgano competente, cumpliendo con las formalidades

¹⁰⁵ La Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre dispone, en relación con la modificación del art. 57.7, señala:

“Esta ley orgánica, al modificar el artículo 57.7 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, trata de hacer frente a los problemas que se derivan de los supuestos en que los extranjeros se encuentran sujetos a uno o varios procesos penales. La solución que se adopta consiste en prever que cuando un extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años, si existe orden de expulsión debidamente dictada, se autorice judicialmente la expulsión.

La nueva redacción del artículo 57.7 establece un procedimiento especialmente ágil y urgente para ello. En él, la autoridad gubernativa solicita la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión acordada en un expediente administrativo cuando el extranjero se encuentre incurso en un procedimiento penal. El plazo para dictar dicha resolución judicial es muy breve, pues no podrá pasar de los tres días.

Con ello se garantiza la eficacia de la orden de expulsión incluso en los supuestos de coincidencia con procesos penales”.

¹⁰⁶ VECINA CIFUENTES, J. y VICENTE BALLESTEROS, T. *Op. cit.* Pág. 313.

legales y que se da alguno de los supuestos normativos que justifican la expulsión. En este sentido, señala la STC 24/2000, de 31 de enero:

*“La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero el Juez penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención”*¹⁰⁷.

Sobre el límite penológico, señala el precepto que debe tratarse de delito castigado con pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza. Este límite, en lo relativo a penas privativas de libertad, concordaba con el establecido en el artículo 89 CP para la expulsión judicial anterior a la reforma de la LO 1/205¹⁰⁸. De esta manera, el artículo 57.7 LOEx presentaba cierta utilidad, al permitir expulsar al extranjero imputado sin necesidad de finalizar el proceso penal ya que, en caso de continuar, probablemente iba a ser expulsado igualmente, esta vez conforme al artículo 89 CP en la sentencia o en auto posterior.

Dado que, tras la reforma de la LO 1/2015, el artículo 89 CP distingue entre penas superiores a un año, en las que la expulsión judicial es la regla general, y penas superiores a cinco, en las que debe ejecutarse al menos una parte de la pena antes de sustituirse por la expulsión, resulta incoherente dicho precepto con el artículo 57.7 LOEx. Por tanto, sería recomendable ajustar el límite penológico del artículo 57.7 LOEx. Podría establecerse la autorización de la expulsión cuando el extranjero estuviese imputado o procesado por delito castigado con pena de prisión superior a un año y hasta cinco años, pues es en esos supuestos en los que, el extranjero, salvo casos excepcionales, va a ser expulsado judicialmente sin cumplir siquiera una parte de la pena. De esta manera se armonizarían ambos preceptos, evitando continuar con un proceso que, previsiblemente, culminará en una pena que no se ejecutará.

En cuanto al procedimiento, es posible la autorización de la expulsión desde el momento en que el extranjero es citado ante el Juez de Instrucción en calidad de imputado¹⁰⁹. La referencia al “procesado” es innecesaria, pues el auto de procesamiento se dicta en el ámbito del sumario, esto es, en el procedimiento ordinario¹¹⁰, y en tales casos no sería posible autorizar la expulsión por superarse el límite penológico del 57.7 LOEx.

No se especifica hasta qué momento procesal cabe autorizar la expulsión. La Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España de la Fiscalía General del Estado señala que “debe

¹⁰⁷ STC 24/2000, de 31 de enero, FJ 4º.

¹⁰⁸ El apartado primero de dicho artículo disponía:

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

¹⁰⁹ El legislador no ha sustituido este término por el de investigado, que es el utilizado desde la reforma operada en la LECrim por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

¹¹⁰ Art. 384 LECrim.

entenderse que puede instarse la misma hasta el inicio de la celebración de las sesiones de juicio oral”. También se plantea la posibilidad, más correcta a mi juicio, de que pueda autorizarse la expulsión hasta el momento en que la sentencia adquiera firmeza pues, como señala PLASENCIA DOMÍNGUEZ “el hecho de que durante la tramitación de eventuales recursos el procedimiento continúa, y por ende las razones que justifican la adopción de la medida, cesando tan solo la posibilidad de su eventual aplicación una vez adquiere firmeza la sentencia condenatoria, momento en que entrará en juego la posible aplicación de las reglas vigentes en materia de ejecución de sentencias penales”¹¹¹. Conforme a dicha postura, sería posible la aplicación del 57.7 LOEx hasta la firmeza de la sentencia, siendo a partir de entonces aplicable, en su caso, el art. 89 CP.

Antes de decidir sobre si procede la autorización debe oírse al interesado y a las partes personadas, conforme al artículo 247 del Reglamento de Extranjería¹¹². Sobre la obligatoriedad de la audiencia a las partes, resulta interesante el auto de la Audiencia Provincial de Murcia, de 10 de mayo de 2012, que anula un auto que autorizaba la expulsión conforme al art. 57.7 LOEx, por haberse dictado sin la audiencia del extranjero. Como señala dicho auto, “el derecho de audiencia previa es manifestación evidentiísima tanto del derecho de defensa como del principio de la efectiva contradicción, principios básicos de la jurisdicción penal”. En cuanto a la audiencia a las otras partes del proceso, señala que “parece absolutamente razonable que esa posibilidad de audiencia previa, de cara a autorizar o no esa expulsión administrativa, se dé también al resto de las partes, primero, ante todo, a la víctima del delito imputado que ejerce la acusación particular, pero también al actor civil, si lo hubiere. Incluso puede haber coimputados que desde el punto de vista de su propio derecho de defensa les interese de forma esencial la presencia de ese ciudadano extranjero en el proceso penal en curso hasta su finalización. Y puede haber otras partes añadidas –por ej., posibles responsables civiles directos o subsidiarios– que también pueden estar igualmente interesados en que esa persona extranjera permanezca vinculada al proceso penal hasta su finalización”¹¹³. En definitiva, la audiencia es preceptiva, dado que las distintas partes del proceso pueden tener posturas diferentes sobre la autorización de la expulsión. A modo de ejemplo, puede haber perjudicados interesados en la reparación del daño o la indemnización de perjuicios, o puede ocurrir que el extranjero esté interesados en la conclusión del procedimiento para demostrar su inocencia.

El órgano judicial competente para autorizar la expulsión es el que se encuentra conociendo de la causa en ese momento, pudiendo ser el Juez de Instrucción, Juez Central de Instrucción o Juez de Violencia sobre la Mujer si el proceso se encuentra

¹¹¹ PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N. “Las autorizaciones judiciales para la materialización de expulsiones administrativas del artículo 57.7 LOEX”. Diario La Ley, Nº 9.001, Sección Tribuna, 15 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 9.

¹¹² El mencionado artículo dispone en su párrafo primero:

*“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, **previa audiencia del Ministerio Fiscal y oído el interesado y las partes personadas**, autorice en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días su expulsión, salvo que de forma motivada aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación”.*

¹¹³ AAP Murcia 279/2012, de 10 de mayo de 2012.

en fase de investigación, o el Juez de lo Penal, Juez Central de lo Penal, Audiencia Provincial o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, si se encuentra en fase de enjuiciamiento.

Contra la resolución por la que se autoriza la expulsión, dado que no está regulado expresamente ningún recurso, debemos acudir a las normas generales previstas en la LECrim, de forma que, si el auto lo dicta un Juez de Instrucción o Juez de lo Penal cabe recurso potestativo de reforma y apelación¹¹⁴ y, si lo dicta un tribunal cabe recurso de súplica¹¹⁵.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, puede plantearse la cuestión de si el artículo 57.7 LOEx es aplicable a ciudadanos comunitarios que tienen decretada la expulsión administrativa por razones de orden público conforme al artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, aplicable a los comunitarios¹¹⁶. La Circular 3/2001 de la FGE aborda esta cuestión, señalando que, aunque resulta posible en el plano teórico, en la práctica es una medida muy poco eficaz, ya que, al poder atravesar las fronteras interiores del espacio Schengen, resulta imposible impedir que regrese a España desde su propio país, destacando el riesgo de impunidad que supone en el caso de los comunitarios renunciar a la continuación del procedimiento penal.

En mi opinión, dado que esta problemática también se da en la expulsión judicial de comunitarios (art. 89.4 CP), que curiosamente se contempla para aquellos que representan una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, no sería coherente con la legislación actual excluir a los comunitarios de la aplicación del 57.7 LOEx, si ello resulta más favorable para el investigado. Conforme a esta solución, sería posible que el juez autorizase la expulsión administrativa de un comunitario, acordada conforme al artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, si bien serán casos excepcionales, pues esta solo puede acordarse cuando el comunitario constituye una amenaza grave para el orden público.

Cabe autorizar la expulsión si existen varias causas penales pendientes contra el mismo extranjero, en cuyo caso la autoridad gubernativa recabará la autorización de cada autoridad judicial, siempre que, en cada proceso judicial, se respete el límite penológico del artículo 57.7 LOEx.

Por último, como dispone el último párrafo del art. 57.7 LOEx, no es posible la autorización judicial de la expulsión cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, es decir, tráfico ilegal de mano de obra, favorecimiento de la emigración simulando contrato o mediante engaño y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, lo cual tiene sentido, por razones retributivas y preventivas, considerando que las víctimas de tales delitos son precisamente extranjeros y que la expulsión en estos casos podría estimular la comisión de un nuevo delito. También debería añadirse a tales delitos la trata de seres humanos (Art. 177 bis CP), que ya desde 2015, con la reforma del Código Penal está excluida de la expulsión judicial.

¹¹⁴ Art. 766 LECrim.

¹¹⁵ Art. 236 LECrim.

¹¹⁶ Se debe recordar que LOEx solo es aplicable a los comunitarios en aquellos aspectos que pudieran resultarles más favorables, como señala su artículo 1.3.

En el estudio realizado por CONTRERAS ROMÁN¹¹⁷ sobre la aplicación del art. 57.7 LOEX se detectaron varias disfuncionalidades, como la existencia de autorizaciones en la fase de ejecución que se aplican como sustitutivo de penas no privativas de libertad, autorizaciones dictadas sin audiencia previa al interesado bajo fórmulas lingüísticas que difuminan las garantías del extranjero, supuestos en los que se supera el plazo máximo de tres días señalado por la norma para autorizar la expulsión, y resoluciones dictadas sin comprobar la causa o la firmeza de la orden administrativa de expulsión que fundamenta la renuncia.

¹¹⁷ CONTRERAS ROMÁN, M. “*La renuncia penal en favor de la expulsión administrativa. Análisis empírico de la aplicación del art. 57.7 de la Ley de Extranjería*”, en *International E-journal of Criminal Sciences*, n.º 13. 2019. Pág. 30 y ss.

CAPÍTULO III

El traslado de personas condenadas

1. ASPECTOS GENERALES

El traslado de personas condenadas es una manifestación de la cooperación internacional en materia penal y tiene como finalidad facilitar la reinserción, de modo que el extranjero condenado a una pena privativa pueda cumplir en otro país, ya sea el de nacionalidad o residencia. Opera, por tanto, en la fase de ejecución penal, pues supone que un Estado ejecuta la pena impuesta por otro Estado. Esto permite eliminar algunos obstáculos con los que a menudo se encuentra el extranjero que está cumpliendo condena en un país que no es el suyo, como el desconocimiento del idioma, la dificultad para comunicarse, y el desarraigo familiar, acercándole a su medio social y familiar¹¹⁸.

En palabras de MAPELLI CAFFARENA y GONZÁLEZ CANO:

“La institución del traslado de personas condenadas encuentra su máxima cobertura legal en el texto de nuestra Constitución. Concretamente se deriva del desarrollo del principio de reinserción social de los condenados a penas y medidas privativas de libertad (art 25.2 CE). Para reforzar con ciertas garantías ese proceso de reinserción interrumpido por la privación de libertad es preciso articular mecanismos como este, que permitan que el cumplimiento de la condena se pueda llevar a cabo en el lugar más próximo a aquél en el que el condenado reside habitualmente”¹¹⁹.

Con la finalidad de que un extranjero condenado en el territorio de un estado parte pueda ser trasladado al territorio de otro estado parte para cumplir condena nace, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio sobre el Traslado de Personas Condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por España el 18 de febrero de 1985. Además, existen varios tratados bilaterales entre España y otros países sobre el traslado de personas condenadas. Por último, en el ámbito de la Unión Europea, el mecanismo que permite el traslado sería el previsto en el Título III de la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que

¹¹⁸ NISTAL BURÓN, J. *Op. Cit.* Pág. 59.

¹¹⁹ MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I. *“Aspectos procedimentales y penitenciarios del traslado de personas condenadas”*. XXI Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado y la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 2000. Pág. 380.

regula separadamente el procedimiento de transmisión de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad y el procedimiento de ejecución.

2. CONVENIO EUROPEO PARA EL TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS Y CONVENIOS BILATERALES

El CETPC nace en Estrasburgo en 1983 y hasta la actualidad ha sido ratificado por 68 países, de los cuales 46 son miembros del Consejo de Europa, y el resto países ajenos a esta organización internacional¹²⁰.

Además del Convenio de Estrasburgo, España ha firmado varios convenios bilaterales con otros países que tienen la misma finalidad que el primero, esto es, permitir la ejecución de la pena o medida privativa en el estado de nacionalidad del penado¹²¹. En términos generales, estos convenios bilaterales regulan el traslado de condenados de manera similar al CETPC.

Concretamente, España tiene ratificados convenios bilaterales con los siguientes países: Arabia Saudita, Argentina, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, China (existe otro convenio con Hong Kong, por tratarse de una región administrativa especial), Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Filipinas, Guatemala, Honduras, Kazajstán, Marruecos, Mauritania, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Senegal, Tailandia, Uruguay, Venezuela y Yemen.

El CETPC permite que los extranjeros privados de libertad como consecuencia de una infracción penal tengan la posibilidad de cumplir su condena en su medio social de origen. Esto es, que una persona condenada a una pena o medida privativa de libertad en uno de los países parte del Convenio (Estado de condena) sea trasladada a otro país que también lo haya ratificado para continuar cumpliendo la condena que se le haya impuesto (Estado de cumplimiento) siempre y cuando reúna los requisitos para ser trasladado a dicho país. El penado puede expresar su deseo de ser trasladado a cualquiera de los dos Estados.

Se trata de un procedimiento cuyos trámites son principalmente administrativos. Las solicitudes, documentación y peticiones de información entre el Estado de condena y el Estado de cumplimiento se tramitan a través del Ministerio de Justicia de cada uno de ellos.

En España, la competencia para la tramitación del expediente de traslado corresponde a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, dependiente del Ministerio de Justicia.

En el caso de las solicitudes de traslado efectuadas por extranjeros condenados en nuestro país para ser trasladados a su país de origen, si el país de cumplimiento está de acuerdo con el traslado, el Ministerio de Justicia elevará al Consejo de Ministros la propuesta para autorizar el traslado. Una vez autorizado, se pone en conocimiento de

¹²⁰ Según datos actualizados del Consejo de Europa, disponibles en su página web: <https://www.coe.int>.

¹²¹ Cuando dos estados parte del Convenio de Estrasburgo hayan firmado, además, otro convenio en materia de traslado de personas condenadas tendrán la facultad de aplicar uno u otro (Art. 22.2 del CETPC).

Interpol, del tribunal sentenciador, del solicitante y de Instituciones Penitenciarias y el traslado físico es competencia del país de cumplimiento.

Cuando se trata de solicitudes de españoles condenados en el extranjero que desean ser trasladados a España para continuar cumpliendo, el Ministerio de Justicia español solicita al país de condena la documentación necesaria para autorizar el traslado. Posteriormente se eleva el expediente al Consejo de Ministros para la autorización. Una vez autorizado, el traslado físico corresponde a Interpol España. En estos casos, es decir, cuando España es el Estado de cumplimiento, el órgano competente para la ejecución y para realizar, si procede, la adaptación de la pena es la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹²².

Como vemos, la decisión de consentir el traslado es una decisión política, produciéndose únicamente la intervención judicial, por parte de la Audiencia Nacional, cuando España es el Estado de cumplimiento, a los meros efectos de ejecutar la pena, dictando la correspondiente liquidación de condena y acordando, si procede, la adaptación de la pena mediante auto.

Es importante señalar que en este procedimiento no existen plazos establecidos, ni para la tramitación de las solicitudes de traslado ni para efectuarlo, una vez concedido.

Para que pueda efectuarse el traslado el Convenio exige los siguientes **requisitos** (Art. 3 CETPC):

- El condenado debe ser nacional del Estado de cumplimiento. Dada la finalidad del traslado de personas condenadas de facilitar la reinserción en el medio social adecuado, es criticable este requisito, al impedir el traslado de una persona extranjera que tiene vínculos en otro estado, por el hecho de no ser nacional¹²³.
- La sentencia debe ser firme. Aunque el convenio no dice nada al respecto, si el penado tiene, además, alguna causa pendiente en el Estado de condena, lo lógico es que dicho estado no consentirá el traslado hasta que no recaiga sentencia firme en todos los procedimientos.
- La duración de la condena que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses el día de la recepción de la petición o indeterminada.
- El condenado, o su representante, cuando por razón de su edad o de su estado físico o mental uno de los dos Estados así lo estimare necesario, debe consentir el traslado. Para ello, prevé el convenio el deber del Estado de condena de informarle sobre lo dispuesto en el mismo.

Sin embargo, en cuanto a la obligación de que el penado consienta en ser trasladado, hay que precisar que el Protocolo Adicional al Convenio sobre Traslado de

¹²² El artículo 65.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone:
“La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: (...) 2.º De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal”.

¹²³ MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I. *Op. cit.* Pág. 383.

Personas Condenadas, hecho en Estrasburgo el 18 de diciembre de 1997, ratificado por 39 de los miembros del CETPC, entre ellos España, que lo ratificó el 23 de junio de 2017, entrando en vigor el 1 de noviembre de 2017, establece dos supuestos en los que no es necesario dicho consentimiento:

1. Personas evadidas del Estado de condena: cuando el penado se evada del país que ha dictado la condena refugiándose en su país de origen antes de haberla cumplido. En este caso, el Estado de condena podrá solicitar al país donde se encuentra el penado, que debe ser, además, el país de nacionalidad, que se encargue del cumplimiento de la condena, sin que se exija el consentimiento del condenado¹²⁴.
2. Personas condenadas que sean objeto de una medida de expulsión o de deportación: el Estado de condena puede solicitar al Estado de cumplimiento que dé su conformidad para el traslado de una persona condenada sin su consentimiento cuando la condena dictada contra ella, o una decisión administrativa adoptada como consecuencia de esa condena, lleve aparejada una medida de expulsión o de deportación o cualquier otra medida en virtud de la cual a esta persona, una vez puesta en libertad, no se le permitirá permanecer en el territorio del Estado de condena. El Estado de cumplimiento dará su conformidad después de haber tomado en consideración la opinión de la persona condenada.

En este caso, el condenado no podrá ser procesado por cualquier hecho anterior al traslado que sea distinto del que haya motivado su condena ejecutiva¹²⁵. Sin embargo, el Protocolo distingue dos supuestos en los que sí sería posible procesar a esa persona por hechos anteriores distintos:

- Cuando el Estado de condena lo autorice. Para ello, deberá solicitarlo el Estado de cumplimiento, y el Estado de condena lo autorizará si esos hechos anteriores al traslado darían lugar a la extradición o cuando esta quedaría excluida únicamente debido a la cuantía de la pena.
- Cuando, habiendo tenido posibilidad de hacerlo, el condenado no haya abandonado, en los 45 días siguientes a su puesta en libertad definitiva, el territorio del Estado de cumplimiento, o cuando haya regresado a él después de haberlo abandonado.
- Los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena deberán constituir una infracción penal con arreglo a la ley del Estado de cumplimiento o la constituirán si se cometieran en su territorio. Se establece así el principio de doble incriminación.
- El Estado de condena y el Estado de cumplimiento deberán estar de acuerdo en ese traslado. El Convenio establece la obligación de ambos estados de facilitarse información mutuamente.

¹²⁴ La posibilidad de acordar el traslado sin el consentimiento del penado cuando se fuga al estado de su nacionalidad ya estaba prevista antes de este Protocolo en el ámbito del espacio Schengen, en el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 1985 (Arts. 68 y 69).

¹²⁵ Se refleja así lo que en realidad es el principio de especialidad, que rige en el ámbito de la extradición, en virtud del cual solo se concede la extradición con la condición de que se juzgue y se condene por los delitos expresamente autorizados por el país que la concede, es decir, por los delitos que motivaron la extradición.

Para determinar la **duración** de la pena a cumplir en el Estado de cumplimiento el convenio prevé dos procedimientos distintos, pudiendo cada país que lo ratifique optar por uno o por otro:

El procedimiento de prosecución, en el que el Estado de cumplimiento queda vinculado por la naturaleza y la duración de la pena impuesta por el Estado de condena. Es decir, el Estado de cumplimiento simplemente continúa ejecutando la pena impuesta por el Estado de condena, inmediatamente o sobre la base de una resolución judicial o administrativa, sin posibilidad de modificarla en ningún aspecto.

Si se opta por este procedimiento, únicamente hay un caso en el que el Estado de cumplimiento puede modificar la pena: cuando la sanción impuesta por el Estado de condena sea incompatible, por su naturaleza o duración, con la legislación del Estado de cumplimiento. En ese caso, el Estado de cumplimiento puede adaptar mediante resolución judicial o administrativa la pena impuesta a la prevista por su legislación penal para la misma infracción. Como límites se establece que la pena adaptada debe parecerse lo máximo posible a la impuesta por el Estado de condena, y que no puede agravar por su naturaleza o duración la impuesta en el Estado de condena. Este es el procedimiento elegido por nuestro país en el momento de ratificar el CETPC.

Se plantea el problema de determinar cuándo una pena es incompatible con nuestro ordenamiento jurídico por su naturaleza o duración.

En este sentido, resulta ilustrativa la STS 5314/2013, de 17 de octubre, que dispone, en cuanto al término “naturaleza”, que para rellenar ese concepto ha de acudir al artículo 15 de la Constitución, en el que se prohíben las penas inhumanas y degradantes¹²⁶.

Conforme a la jurisprudencia del TC, la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena¹²⁷.

Mayores problemas plantea determinar cuándo la pena es incompatible con el ordenamiento jurídico español por su duración. Sobre este aspecto, dispone la STS 5314/2014:

“El criterio de la duración de la pena ha de aplicarse con una importante dosis de ponderación y medida. De modo que ni puede afirmarse que solo quedan fuera del ámbito de esta cláusula de excepción de la adaptación punitiva la prisión perpetua, ni tampoco cabe irse al extremo contrario para entender que cualquier diferencia en exceso de una pena privativa de libertad impuesta por un país extranjero en comparación con la que se establece en el nuestro determina una modificación automática del quantum punitivo.

¹²⁶ STS 5314/2013, de 17 de octubre, FJ 2º.

¹²⁷ STC 116/2010, de 24 de noviembre, FJ 2º y STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4º, entre otras.

En el primer caso se incurriría en una interpretación reduccionista y ajena a la esencia del principio de proporcionalidad que impone nuestro texto constitucional en la aplicación de las penas. Y en la segunda opción asimilaríamos el procedimiento y el sistema de “prosecución” al de “conversión””.

Es decir, la adaptación procedería en el caso de las penas que por su elevada cuantía contradicen de forma patente el principio de proporcionalidad penal, lo cual podría suceder “con penas privativas que rebasaran de forma claramente ostensible la cuantía punitiva que se establece en nuestro sistema penal. Ha de estarse, pues, a cada caso concreto para ponderar si el cumplimiento de una pena sobrepasa de forma muy desmesurada el marco punitivo señalado en nuestro Código Penal, sin que, en principio, quepa fijar cuantías concretas, aunque todo indica que, por ejemplo, una pena que supere el doble de la fijada en el Código del país de cumplimiento ha de entenderse que es muy probable que colisione con el principio de proporcionalidad que acoge un sistema penal”¹²⁸.

A modo de ejemplo, el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de dos de noviembre de 2017 aplica la adaptación de la condena, en el caso de una española condenada en Turquía como autora de un delito de tráfico ilícito de drogas a una pena de 25 años y 125 días de prisión, por transportar 640 gramos de cocaína. Según el artículo 368 del CP español, la pena a imponer por este delito iría de tres a seis años. Es decir, la pena impuesta por las autoridades judiciales turcas supera en más de cuatro veces el límite penológico máximo previsto en nuestro ordenamiento. Por ello, entiende la Sala que la pena resulta a todas luces desproporcionada e incompatible con nuestro ordenamiento, y fija la pena en 6 años de prisión, límite máximo que posibilita el 368.1 CP¹²⁹.

La otra opción prevista por el CETPC para determinar la duración de la pena a cumplir es el procedimiento de conversión de la condena. En este caso, el Estado de cumplimiento convierte la condena mediante un procedimiento judicial o administrativo, en una decisión de dicho Estado, que sustituya así la sanción impuesta en el Estado de condena por la sanción que proceda para la misma infracción en el Estado de cumplimiento.

Si un Estado parte opta por la conversión, el Convenio establece una serie de límites en cuanto al procedimiento a seguir: el Estado de cumplimiento queda vinculado por los hechos fijados en la sentencia dictada en el Estado de condena, no se puede convertir una pena privativa de libertad en una sanción pecuniaria, abonará el tiempo de privación de libertad cumplido en el Estado de condena y no agravará la situación del condenado.

Como **consecuencia** del traslado, en el Estado de condena se suspende el cumplimiento de la pena y el Estado de cumplimiento pasa a ser el único competente para tomar todas las decisiones relativas a la ejecución de la pena, conforme a su propia legislación. Ello implica que, una vez efectuado el traslado, el Estado de cumplimiento aplicará su propia legislación penitenciaria, afectando esto, lógicamente, a la forma de cumplir la pena, tanto en los aspectos regimentales, disciplinarios y relativos a la

¹²⁸ STS 5314/2013, de 17 de octubre, FJ 2º.

¹²⁹ AAN 40/2017, de 2 de noviembre de 2018.

limitación de derechos del interno en el centro penitenciario, como en las decisiones relativas a la concesión permisos penitenciarios, grados penitenciarios, libertad condicional, y demás figuras que se prevean en su legislación.

En este sentido, sería recomendable que el penado conociera el sistema penitenciario al que se someterá si consiente el traslado, dada las repercusiones que ello tendrá, y que los dos estados intervinientes se facilitaran información sobre este aspecto, algo que no está previsto en el CETPC.

Únicamente se prevén las siguientes **obligaciones** en cuanto al intercambio de información y documentación (Arts. 4 y 6 del CETPC):

- La obligación del Estado de condena de informar al Estado de cumplimiento sobre los datos personales del penado, los hechos que hayan originado la condena, la naturaleza, duración y fecha de comienzo de la condena (Art. 4 CETPC). En cuanto a la documentación, el Estado de condena debe facilitar una copia de la sentencia, la indicación de la parte ya cumplida, incluyendo la detención preventiva, la declaración del consentimiento del condenado y, cuando proceda, cualquier informe médico o social acerca del condenado, cualquier información sobre su tratamiento en el Estado de condena y cualquier recomendación para la continuación de su tratamiento en el Estado de cumplimiento (Art. 6.2 CETPC).
- La obligación del Estado de cumplimiento de facilitar al Estado de condena la siguiente documentación: documento o declaración que indique que el condenado es nacional de dicho Estado, una copia de las disposiciones legales del Estado de cumplimiento de las cuales resulte que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena en el Estado de condena constituye una infracción penal con arreglo al derecho del Estado de cumplimiento o la constituirían si se cometiera en su territorio y una declaración donde se indique si el Estado de cumplimiento sigue el procedimiento de prosecución o de conversión de la pena.

Por tanto, se observa que no se incluyen, entre las informaciones que el Estado de cumplimiento debe facilitar al de condena, ninguna relativa a su sistema penitenciario.

Sin embargo, sí se indica que para que pueda efectuarse el traslado el penado ha de consentir voluntariamente y siendo plenamente consciente de las consecuencias jurídicas del mismo. Para verificar el consentimiento, se seguirá el procedimiento previsto por el Estado de condena, y el Estado de cumplimiento podrá, por intermedio de un Cónsul u otro funcionario que designe, verificar que el consentimiento se otorga en tales condiciones (Art. 7 CETPC).

Así, aunque no se haga referencia a la obligación de informar al penado sobre el sistema penitenciario del Estado de cumplimiento, sí se indica que debe conocer las consecuencias jurídicas del traslado. Por tanto, entiendo que esta información es fundamental para que pueda consentir libremente, y que se le podría proporcionar con un informe emitido por el Estado de cumplimiento en el que se indiquen los aspectos básicos de su sistema penitenciario.

También en la fase de ejecución, el Convenio prevé varias especificidades y circunstancias en las que el Estado de condena también puede adoptar determinadas decisiones (Arts. 8.2 y 14 CETPC):

- Como aspecto beneficioso para el condenado, tanto el Estado de condena como el de cumplimiento podrán conceder un indulto, amnistía o conmutación de la pena.
- El Estado de condena es el único competente para conocer de los recursos de revisión de la sentencia¹³⁰.
- El Estado de cumplimiento está obligado a poner fin al cumplimiento de la pena si el Estado de condena toma una decisión que implique que la pena pierde su carácter ejecutivo.
- El Estado de condena no podrá hacer que se cumpla la condena cuando el Estado de cumplimiento considere el cumplimiento de la condena como terminado.

Por último, el Estado de cumplimiento debe informar al Estado de condena cuando considere terminado el cumplimiento de la pena y en caso de que el condenado se evadiera antes de que termine el cumplimiento de la sentencia.

3. EL TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

3.1. El principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea

La cooperación judicial en materia penal en la UE se basa en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (Art.82 TFUE), y se plasma en nuestro ordenamiento a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

El principio de reconocimiento mutuo permite que aquella resolución emitida en un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro. La cooperación judicial basada en este principio supone varias novedades. Como señala el preámbulo de dicha ley:

“Este nuevo modelo de cooperación judicial conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación. Además, se ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de un formulario o certificado que deben completar las autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro”.

¹³⁰ El recurso de revisión es un recurso extraordinario que permite anular sentencias firmes en determinados supuestos. En nuestro ordenamiento está regulado en el artículo 954 y siguientes de la LECrim.

Este principio se ha ido plasmando a través de varias decisiones marco y directivas europeas, algunas de las cuales ya se habían transpuesto a nuestro ordenamiento antes de la LRM, dando lugar cada instrumento de reconocimiento mutuo a una ley propia, y además a una ley complementaria de modificación de la LOPJ. Otras normas europeas aún no habían sido transpuestas, como ocurre con la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea que, en definitiva, tiene por objeto facilitar la reinserción social del condenado, permitiéndole cumplir la pena en el país donde se encuentran sus vínculos¹³¹.

En este contexto, y ante la intensa labor legislativa que deben realizar los Estados miembros para incorporar a sus ordenamientos tales disposiciones, la LRM reduce la dispersión normativa, reuniendo en un único texto todas las decisiones marco y la directiva aprobadas en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, incluyendo las normas ya transpuestas y las que estaban pendientes de transposición, facilitando su conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho.

3.2. El instrumento previsto en el Título III de la Ley 23/2014, de Reconocimiento Mutuo: la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad

En el ámbito de la Unión Europea, el mecanismo que permite que una resolución condenatoria por la que se impone una pena o medida privativa de libertad dictada en un Estado miembro sea ejecutada en otro Estado miembro, con el fin de facilitar así la reinserción social del condenado, está regulado en el Título III de la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, relativo a la “Resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad”, que diferencia dos supuestos: cuando España ejecuta una pena o medida privativa de libertad impuesta en otro Estado miembro y cuando España transmite una pena o medida por la que se impone una pena privativa de libertad a otro Estado miembro, para que la ejecute. En ambos casos, debe tratarse de una pena o medida total o parcialmente pendiente de cumplimiento.

Las resoluciones a las que se refiere este título son aquellas resoluciones judiciales firmes, dictadas tras un proceso judicial como consecuencia de una infracción penal, por las que se condena a una persona física a una pena o medida privativa de libertad o a una medida de internamiento en el caso de los menores de edad.

LA LRM distingue entre el Estado de emisión, que es el Estado miembro que dicta una orden o resolución de las reguladas en esta ley con la finalidad de que sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, y el Estado de ejecución, que la recibe para su reconocimiento y ejecución.

¹³¹ Así lo establece el considerando 9 y el artículo 3 de la Decisión Marco 2008/909/JAI.

3.2.1. Transmisión de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad

La transmisión de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad está regulada en el Capítulo II del Título III de la LRM.

Las **autoridades judiciales competentes** para transmitir una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad son las siguientes:

- El Juez de Vigilancia Penitenciaria, si ya se hubiera dado inicio al cumplimiento de la pena o medida. En este caso, la decisión de transmisión se comunicará al juez o tribunal que dictó la sentencia condenatoria. Si se trata de penados por delitos competencia de la Audiencia Nacional la competencia correspondería al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria¹³².
- El juez de menores cuando se trate de una medida impuesta de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- El juez o tribunal que hubiese dictado la sentencia en primera instancia, si no se hubiese iniciado el cumplimiento, y siempre que no estuviese cumpliendo ninguna otra. Si el penado ha sido condenado en varias sentencias de distintos tribunales, lo lógico es que para que pueda cumplir en otro país cada juez o tribunal sentenciador deberá transmitir la sentencia correspondiente, o que el penado inicie el cumplimiento en España y posteriormente el JVP acuerde la transmisión.

En cuanto al **procedimiento**, la autoridad judicial española competente puede transmitir la resolución de oficio, a solicitud del Estado de ejecución o de la persona condenada, que puede dirigir su solicitud a uno u otro estado. La solicitud, ya sea de la persona condenada o del Estado de ejecución, no vinculan a la autoridad judicial española. El auto por el que se decide sobre la transmisión se notificará personalmente al condenado, junto con el anexo III de la LRM. Contra esta resolución cabe interponer los recursos ordinarios previstos en la legislación¹³³.

Una vez acordada la transmisión, se remite al Estado de ejecución la copia de la sentencia junto con el certificado previsto en el anexo II de la LRM¹³⁴. Una vez acep-

¹³² Dispone el artículo 94.4 de la LOPJ:

“En la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria, descritas en el apartado 1 de este artículo, la competencia para la emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley y demás funciones que señale la ley, en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional. En todo caso, la competencia de estos Juzgados Centrales será preferente y excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la Audiencia Nacional”.

¹³³ En caso de que acuerde o deniegue la transmisión el JVP, cabe recurso de reforma ante el mismo Juzgado y recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondería a la Audiencia Provincial de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional quinta de la LOPJ. Si el auto lo dicta el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, por tratarse de un delito competencia de la Audiencia Nacional, la competencia para resolver el recurso de apelación corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Si es el juez o tribunal sentenciador el que dicta el auto, por no haberse iniciado el cumplimiento de la condena, caben los recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cuando el juez sentenciador sea un Juzgado de lo Penal, cabe reforma y apelación, de conformidad con el artículo 766 de la LECrim. Si el tribunal sentenciador es una Audiencia Provincial cabe recurso de súplica, según dispone el artículo 236 de la misma ley.

¹³⁴ En este formulario debe especificarse si el delito objeto de la resolución que se transmite es alguno de los eximidos del control de doble tipificación previstos en el artículo 20 LRM.

tada la ejecución de la resolución por parte del Estado de ejecución, se procederá al traslado del condenado, si se encontrara en España. El plazo para efectuar el traslado es de treinta días desde la adopción por el Estado de ejecución de la resolución firme sobre el reconocimiento y la ejecución de la resolución. Si no es posible realizarlo en ese plazo, la autoridad judicial española informará a la autoridad de ejecución, acordando una nueva fecha para el traslado, que se realizará en un plazo máximo de diez días desde la nueva fecha acordada. Si, para llegar al Estado de ejecución, es necesario el tránsito del penado por un Estado miembro distinto, la autoridad judicial española instará al Ministerio de Justicia para que solicite la autorización correspondiente.

Los **requisitos** para que la autoridad judicial española pueda transmitir una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad a la autoridad competente de otro Estado miembro son los siguientes:

- 1) Que el condenado se encuentre en España o en el Estado de ejecución.
Si el condenado se encuentra en el Estado de ejecución, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá pedir a la autoridad competente del Estado de ejecución que adopte una medida restrictiva de la libertad personal del condenado o cualquier otra medida destinada a garantizar su permanencia en dicho territorio. Aunque no se especifica en la LRM, debe entenderse que si no ha comenzado la ejecución de la pena, será el juez o tribunal sentenciador el que solicite tales medidas restrictivas.
- 2) Que la autoridad judicial española considere que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución facilita la reinserción social del condenado.
- 3) Que exista consentimiento del condenado. El consentimiento debe prestarse ante la autoridad judicial. A tal efecto, deberá estar asistido de abogado y, en su caso, intérprete y deberá haber sido informado de la finalidad de la audiencia y del consentimiento.

Sin embargo, en determinados casos no será necesario el consentimiento del penado, aunque sí se tendrá en cuenta su opinión. Concretamente, no se exige consentimiento cuando el Estado de ejecución sea:

- El Estado de nacionalidad del condenado en que posea vínculos atendiendo a su residencia habitual y a sus lazos familiares, laborales o profesionales¹³⁵.
- El Estado miembro al que el condenado vaya a ser expulsado una vez puesto en libertad sobre la base de una orden de expulsión judicial o administrativa derivada de la sentencia.
- El Estado miembro al que el condenado se haya fugado o haya regresado ante el proceso penal abierto contra él en España o por haber sido condenado en España.

Como vemos, son varios los supuestos en los que no se exige el consentimiento del penado, a diferencia de lo que establece el CETPC, que exige dicho consen-

¹³⁵ Como indica el artículo 6.5 de la Decisión Marco 2008/909/JAI, este apartado no es aplicable a Polonia cuando este sea el Estado de emisión o el Estado de ejecución, en los casos en que la sentencia haya sido dictada antes de un período de cinco años a partir del 5 de diciembre de 2011.

timiento. Si bien, con el Protocolo Adicional al Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1997 deja de exigirse el consentimiento en los supuestos de personas evadidas y personas que sean objeto de una orden de expulsión, en el ámbito de la UE se da un paso más, pues tampoco se exige consentimiento para que el penado sea trasladado al estado de su nacionalidad donde tiene su residencia habitual y sus vínculos.

- 4) La sentencia que se transmite debe ser firme, y no debe existir ninguna sentencia condenatoria pendiente de devenir firme en relación al condenado.

Si el penado ha sido condenado, además, a pagar una multa o se haya acordado el decomiso, ello no impide que se pueda transmitir la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, pudiendo realizarse también la transmisión de la resolución de decomiso o de multa.

Además, la parte de la condena pendiente debe ser de al menos seis meses. Si le queda menos, ello constituye un motivo de denegación del reconocimiento de la sentencia.

La resolución se transmitirá a un único Estado de ejecución, que puede ser uno de los siguientes:

- El Estado del que el condenado es nacional y en el que tenga su residencia habitual.
- El Estado del que el condenado es nacional y al que, de acuerdo con la sentencia o una resolución administrativa, será expulsado una vez puesto en libertad.
- Cualquier otro Estado miembro cuya autoridad competente consienta que se le transmita la resolución.
- Cualquier otro Estado miembro, sin necesidad de recabar su consentimiento, cuando así lo haya declarado ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, siempre que exista reciprocidad y concurra al menos uno de los siguientes requisitos:
 - 1.º Que el condenado resida de forma legal y continuada en ese Estado desde hace al menos cinco años y mantenga en él su derecho de residencia permanente.
 - 2.º Que sea nacional de ese Estado de ejecución pero no tenga su residencia habitual en el mismo.

Antes de la transmisión la autoridad española puede consultar a la autoridad del Estado de ejecución para concluir si la transmisión de la sentencia facilitará la reinserción del penado. La consulta es obligatoria cuando la sentencia se transmite a un Estado de ejecución distinto de aquél en que el condenado vive y del que es nacional o de aquél al que vaya a ser expulsado una vez puesto en libertad.

De esta manera, la autoridad judicial española puede transmitir la sentencia a un país de la UE del que el penado no es nacional. Por ejemplo, puede transmitirla al país donde reside, sin ser nacional, lo cual no es posible en el ámbito del CETPC, que exige que el penado sea nacional del Estado de cumplimiento. La desaparición

del requisito de la nacionalidad en el ámbito de la UE supone un avance desde la perspectiva de la reinserción social, que orienta la regulación de este instrumento de reconocimiento mutuo.

En cuando a las **consecuencias**, una vez iniciada la ejecución por parte del Estado miembro al que se ha transmitido la resolución, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deja de tener competencia sobre el condenado y la pena pasará a ejecutarse de conformidad con la legislación del Estado de ejecución, a quien corresponde la eventual concesión de la libertad condicional o anticipada, permisos y beneficios penitenciarios.

El artículo 17.4 de la Decisión Marco 2008/909 prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan tomar en consideración, a la hora de adoptar decisiones en materia de libertad condicional o anticipada, las normas nacionales del Estado de emisión relativas a la fecha en la que la persona tenga derecho a la concesión de la misma. Sin embargo, ello no debe llevar a confusión. Se trata de algo facultativo y no vinculante para el Estado de ejecución, que, en todo caso, aplicará sus propias normas en la eventual concesión de la libertad condicional.

Cuando España es el estado que transmite la sentencia, existe la posibilidad de que el Estado de ejecución solicite al JVP información sobre las disposiciones aplicables en Derecho español en materia de libertad anticipada o condicional. Y al revés, el JVP puede también solicitar información al Estado de ejecución sobre las disposiciones previstas en su legislación en esta materia. Una vez recibida esta información podrá acordar, mediante auto, retirar el certificado o dar su conformidad sobre la aplicación de dichas disposiciones.

El inicio del cumplimiento en el Estado de ejecución será notificada a los órganos sentenciadores españoles que hubieran dictado la sentencia o sentencias transmitidas.

Una vez transmitida la sentencia y el certificado, pero antes de que se inicie la ejecución, el JVP puede retirar el certificado mediante auto motivado en los siguientes casos:

- Cuando, sin haberse realizado una consulta antes de decidir la transmisión, se reciba un dictamen de la autoridad de ejecución en el que conste que el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución no facilitará la reinserción social del condenado.
- Cuando no se llegue a un acuerdo sobre la ejecución parcial de la condena¹³⁶.
- Cuando, tras solicitar información a la autoridad de ejecución sobre las disposiciones aplicables en materia de libertad anticipada o condicional, no se alcanza un acuerdo sobre su aplicación. Como ejemplo en el que se aplica dicha norma, el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 1 de Galicia, de 24 de mayo de 2018, acuerda la retirada del certificado cuando ya se había acordado el traslado del penado a Francia, pero aún no se había procedido a su traslado. Se trata de un supuesto en el que se acordó la aplicación del artículo 78 CP en la sentencia, de manera que los beneficios penitenciarios, permisos de salida y clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieren a

¹³⁶ La Decisión Marco 2008/909 prevé en el artículo 10.2 la posibilidad de que las autoridades de ambos estados acuerden el reconocimiento y ejecución parcial de la condena, bajo las condiciones por ellas establecidas.

la totalidad de las penas impuestas (que superaban los 72 años) y no al límite de cumplimiento (fijado en 20 años). Señala en JVP lo siguiente:

“De la información aportada por las autoridades judiciales francesas relativa a las normas sobre libertad condicional aplicables en ese país no solo se desprende que no existe un precepto equivalente al Art. 78 del CP español que permita aquilatar la gravedad de los delitos por los que el interno cumple condena con respecto a los beneficios penitenciarios, sino que dicha legislación resulta extraordinariamente favorable al penado que incluso podría alcanzar la libertad condicional en un plazo de dos años, fecha en la que ni siquiera alcanzaría la mitad de la condena, regulación que resulta totalmente incompatible con la española y que resulta inaceptable desde el punto de vista de la finalidad de prevención general y especial negativa de las penas (...). En consecuencia dada la divergencia entre ambas legislaciones en materia de libertad condicional, haciendo uso de la facultad prevista en el Art. 74.1.c) de la Ley 23/14, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, procede retirar el certificado dejando sin efecto la transmisión”¹³⁷.

Podrá reanudarse la ejecución de la condena en España cuando el Estado de Ejecución informe al JVP de la no ejecución de la condena debido a la fuga del condenado.

En caso de que el JVP acuerde retirar el certificado de transmisión o se revierta la ejecución a España, deberá comunicárselo a los órganos sentenciadores.

3.2.2. Ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad

La ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad está regulada en el Capítulo III del Título III de la LRM.

Las **autoridades judiciales competentes** para reconocer y ejecutar una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad son las siguientes:

- El Juez Central de lo Penal es el competente para reconocer y acordar la ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, y el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria es el competente para ejecutarla.

Deben diferenciarse las competencias entre ambos:

El Juez Central de lo Penal dicta el auto correspondiente en el que se acuerda el cumplimiento en España de esa pena o medida privativa de libertad asumiendo las funciones que corresponderían al juez o tribunal sentenciador, aprueba la correspondiente liquidación de la condena y el licenciamiento definitivo cuando finalice el cumplimiento de la pena.

Por su parte, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria asume las competencias que corresponden en general a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria previstas en el art. 94 LOPJ y el art. 76 LOGP, que consisten fundamentalmente en salvaguardar los

¹³⁷ AJVP N° 1 de Galicia 41/2017, de 24 de mayo de 2018.

derechos del interno y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

- El Juez Central de Menores cuando la resolución se refiera a una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor.

En cuanto a los requisitos, el Juez Central de lo Penal reconocerá la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad que haya sido transmitida por otro Estado miembro siempre que de esta forma se facilite la reinserción social del condenado y además se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- 1) Que el condenado sea español y resida en España.
- 2) Que sea español y vaya a ser expulsado a España debido a la condena.
- 3) Aun cuando no se den estas condiciones, si el Juez Central de lo Penal ha consentido la ejecución de la sentencia en España salvo que, en virtud de las declaraciones efectuadas por el Estado español, este consentimiento no sea necesario.

En cuanto al delito, no se realizará el control de doble tipificación en el caso de los delitos enumerados en el 20.1 LRM, siempre que estén castigados en el Estado de emisión con penas o medidas cuya duración máxima sea de al menos tres años.

Por lo que se refiere al **consentimiento** del condenado, el Juez Central de lo Penal comprobará que ha sido prestado, salvo que no sea necesario conforme a la legislación del Estado de emisión. En todo caso, no será necesario este consentimiento en los siguientes casos:

- Cuando el penado es español y reside en España.
- Cuando vaya a ser expulsado a España una vez puesto en libertad en el Estado de emisión, debido a una orden de expulsión judicial o administrativa derivada de la sentencia.
- Cuando se haya fugado o haya regresado a España por la condena dictada o por el proceso penal seguido en el Estado de emisión.

La denegación del reconocimiento de la resolución deberá efectuarse de manera motivada, fundamentándose en uno de los motivos tasados previstos. Cuando pueda concurrir alguna de estas causas, la autoridad judicial española podrá solicitar información complementaria a la autoridad del Estado de emisión. Se distinguen las siguientes causas de denegación:

- **Causas generales** (Arts. 32 y 33 LRM): previstas con carácter general para todos los instrumentos de reconocimiento mutuo. Las autoridades judiciales españolas no reconocerán ni ejecutarán las resoluciones transmitidas en los siguientes casos:
 - Cuando su ejecución vulnerase el principio non bis in ídem, por haberse dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos.
 - Cuando la resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y el delito o sanción hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español.

- Cuando el certificado que debe acompañar a la solicitud esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto, o no responda a la medida. En este caso, la autoridad española concederá a la autoridad de emisión un plazo para que presente de nuevo, complete o modifique el certificado. Se entiende, por tanto, que procederá la denegación cuando, tras dicho plazo, no se han subsanado los defectos.
- Cuando exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución. En este caso, la autoridad judicial española solicitará el levantamiento de la inmunidad, si es su competencia.
- Cuando el imputado no hubiese comparecido en el juicio del que derive la resolución, salvo que se dé alguna de las siguientes circunstancias:
 - A) Que hubiese sido citado con la suficiente antelación e informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia.
 - B) Que hubiese sido defendido por abogado en el juicio celebrado.
 - C) Que, tras serle notificada la resolución y ser informado del derecho a un nuevo juicio o a interponer recurso con la posibilidad de comparecer, declarase expresamente que no impugnaba la resolución, no la recurriese dentro del plazo o no solicitase la apertura de un nuevo juicio.

Además, la autoridad judicial española también podrá denegar el reconocimiento en los siguientes casos:

- Cuando la infracción no esté castigada en el Derecho español, siempre que no sea uno de los delitos respecto de los que no se exige control de doble tipificación.
- Cuando se trate de hechos cometidos en su totalidad o en una parte importante en territorio español.
- **Causas específicas:** son causas de denegación del reconocimiento y ejecución de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, es decir, previstas para este instrumento en concreto. Son las siguientes:
 1. Cuando, en virtud de su edad, la persona condenada no habría podido ser declarada penalmente responsable de acuerdo con nuestra legislación.
 2. Cuando, en el momento de recibir la resolución, la parte de condena pendiente sea inferior a seis meses.
 3. Cuando, sin perjuicio de la posibilidad de que se adapte la condena, la resolución imponga una medida privativa de libertad que no resulte ejecutable de acuerdo con el Derecho español. Debe entenderse que procedería la denegación cuando no ha sido posible adaptar la medida privativa de libertad impuesta, por ser de naturaleza muy distinta a las existentes en nuestro ordenamiento¹³⁸.

¹³⁸ El artículo 9 de la Decisión Marco 2008/909, sobre esta causa de denegación, se refiere a medidas “de carácter psiquiátrico o sanitario o cualquier otra medida privativa de libertad, que el Estado de ejecución no puede ejecutar de conformidad con su sistema jurídico o sanitario”.

4. Cuando, antes de decidir sobre el reconocimiento, el Juez Central de lo Penal hubiese presentado una solicitud para que esa persona fuese procesada, condenada o privada de libertad en España por un delito distinto y cometido antes de su traslado, y el Estado de emisión la hubiese denegado.
5. Cuando no se cumplan los requisitos exigidos para la transmisión de la resolución.

En cuanto al **procedimiento**, la iniciativa para que se ejecute en España la sentencia impuesta en otro país de la UE puede venir del propio Estado de emisión, del condenado o del Juez Central de lo Penal que, de oficio o a solicitud del condenado, puede solicitar la transmisión.

Cuando el Estado de emisión decide transmitir la resolución, enviará al Juez Central de lo Penal el certificado correspondiente, y, dentro de los cinco días siguientes, este dará traslado al Ministerio Fiscal para que se pronuncie sobre si procede reconocer y ejecutar la resolución. El Juez Central de lo Penal resolverá mediante auto en el plazo de otros diez días sobre si acepta o deniega el reconocimiento de la resolución. En todo caso, en el plazo de noventa días el auto debe ser firme y, si se acepta el reconocimiento, se remitirá al Juez Central de Vigilancia Penitenciaria para que se ejecute la pena o medida privativa de libertad.

En el auto se determinará el tiempo de privación de libertad que debe cumplir en España, deduciendo el tiempo cumplido en el Estado de emisión y el tiempo que haya durado la prisión preventiva o cualquier medida restrictiva de su libertad.

En caso de que el certificado emitido por el Estado de emisión esté incompleto, el Juez Central de lo Penal aplazará el reconocimiento de la resolución, concediéndose un plazo de sesenta días para que la autoridad de emisión lo complete o corrija.

Si el penado se encuentra en España, cabe la posibilidad de que el Juez Central de lo Penal, a solicitud de la autoridad de emisión o del Ministerio Fiscal, adopte medidas cautelares restrictivas de la libertad del condenado, incluso antes de que se transmita la resolución que impone la pena o medida privativa de libertad. De esta manera, el Juez Central de lo Penal puede ordenar la detención del penado y, una vez que sea puesto a su disposición, acordar la prisión provisional, o cualquier otra medida cautelar, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El tiempo que, en su caso, esté detenido o preso se le computará en la liquidación de la condena para cuya garantía se adoptó la medida.

Si se encontrase en el Estado de emisión, deberá ser trasladado a España dentro de los treinta días siguientes a la firmeza del auto de reconocimiento y ejecución de la resolución. Si no puede efectuarse en dicho plazo por circunstancias imprevistas, se fijará una nueva fecha, debiendo ser trasladado como máximo en el plazo de diez días desde la nueva fecha.

El Estado de emisión puede consultar al Juez Central de lo Penal para conocer si la ejecución en España contribuirá a la reinserción del condenado. Si no se ha solicitado tal información, una vez transmitida la sentencia a España, el Juez Central de lo Penal puede remitir un dictamen sobre este aspecto. Sobre la base de este dictamen, el Estado de ejecución puede retirar el certificado. También puede retirarlo, o el Juez

Central de lo Penal devolverlo, si no se llega a un acuerdo para la ejecución parcial de la condena.

Si el Estado de emisión retira el certificado antes de que comience la ejecución en España, el Juez Central de lo Penal archivará el procedimiento.

En cuanto a la **determinación de la pena** que debe cumplir el penado en España, hay dos supuestos en los que procede la adaptación de la misma:

- Cuando la condena impuesta es incompatible con la legislación española vigente en el momento en el que se solicita el reconocimiento de la resolución por superar el límite de la pena máxima prevista para ese delito. En este caso, el Juez Central de lo Penal podrá adaptar la condena, fijando la duración de la condena en el máximo previsto en nuestra legislación para el delito por el que fuera condenado.

En este sentido, la LRM regula la adaptación de una manera más clara que el CETPC, indicando específicamente cuándo debe entenderse que una pena es incompatible con nuestro ordenamiento por su duración.

- Cuando la condena es incompatible, por su naturaleza, con nuestra legislación. El Juez Central de lo Penal podrá adaptar la condena a la pena o medida impuesta en nuestro Código Penal para el delito por el que fuese condenado. La pena adaptada debe corresponder a la pena impuesta en la resolución judicial extranjera, no pudiendo transformarse en pena de otra naturaleza como la pena de multa. Es decir, la pena adaptada debe parecerse lo máximo posible a la pena impuesta en el Estado de emisión, de manera que, si se trata de una pena privativa de libertad, en España también deberá cumplir una pena de este tipo.

En ninguno de los dos casos la adaptación podrá agravar la condena impuesta en el Estado de emisión.

Finalmente, en cuanto a las **consecuencias**, la ejecución de la resolución se regirá por el Derecho español del mismo modo que si hubiera sido dictada por una autoridad judicial española. El Juez Central de Vigilancia Penitenciaria ejecutará la resolución según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, siendo la única autoridad competente. En materia de libertad condicional, se prevé que el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria pueda tener en cuenta la información remitida por el Estado de emisión sobre la fecha en la que, con arreglo a su ordenamiento, tendría derecho a disfrutar de la libertad condicional. Lógicamente es algo facultativo, ya que la ejecución se realiza conforme al Derecho español, y por tanto se aplicará la regulación prevista en nuestro Código Penal sobre la libertad condicional.

En lo relativo a las incidencias que pueden producirse cuando ya se está ejecutando en España la pena o medida, el Juez Central de lo Penal deberá suspender la ejecución cuando el Estado de emisión le informe de que se ha anulado o dejado sin efecto la resolución. Por ejemplo, en caso de que el Estado de emisión conceda un indulto, o anule la sentencia mediante un recurso de revisión¹³⁹.

¹³⁹ Según el art. 19 de la DM 2008/909 podrán conceder amnistía o indulto tanto el Estado de emisión como el Estado de ejecución, pero únicamente el Estado de emisión podrá decidir sobre un recurso de revisión de la sentencia.

Si el penado se fuga, el Juez Central de lo Penal comunicará esta incidencia a la autoridad de emisión, siendo posible que se devuelva a dicha autoridad la resolución haciendo constar el tiempo que estuvo privado de libertad en España cumpliendo la misma.

Por último, se deben mencionar dos supuestos relativos a la orden europea de detención y entrega, por su relación con el instrumento de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad¹⁴⁰:

- Cuando la orden europea de detención y entrega tenga como finalidad ejecutar una pena o medida privativa de libertad impuesta en el Estado emisor contra una persona que es nacional o residente del Estado que debe ejecutar la orden, este puede denegarla, comprometiéndose a ejecutar él mismo la pena o medida impuesta¹⁴¹.
- Cuando la orden se dicte para ejercitar una acción penal y se dirija contra una persona nacional o residente del Estado miembro de ejecución, este podrá condicionar la entrega a que la persona sea devuelta al Estado de ejecución para cumplir la pena o medida de seguridad que, en su caso, se pronuncie en su contra en el Estado miembro emisor de la orden de detención¹⁴².

En ambos casos se aplica el procedimiento descrito en el presente Capítulo para el reconocimiento y transmisión de sentencias penales.

El principio de especialidad, resulta aplicable tanto en caso de que España sea el Estado de emisión o de ejecución.

Como señala el art. 92 LRM, cuando España es el Estado de ejecución, este principio implica que la persona trasladada a España para cumplir una pena o medida privativa de libertad, no podrá ser procesada, condenada, ni privada de libertad en España como consecuencia de la comisión de una infracción anterior y distinta de la que hubiera motivado el traslado, salvo que se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- Que hubiera tenido la oportunidad de salir de España y no lo haya hecho en el plazo de cuarenta y cinco días desde su puesta en libertad definitiva, o bien lo ha hecho pero ha vuelto después de haber salido.
- Cuando esa infracción anterior y distinta a la que motivó el traslado no sea sancionable con una pena o medida privativa de libertad.
- Cuando el condenado haya consentido el traslado a España.
- Cuando el condenado haya renunciado después del traslado a acogerse al principio de especialidad en relación con la infracción anterior al traslado. Esta renuncia deberá realizarla asistido de abogado y ante el Juez Central de lo Penal.

¹⁴⁰ Supuestos a los que hacen alusión los artículos 4.6 y 5.2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

¹⁴¹ Este supuesto viene contemplado en el art. 48.2.b) LRM, que establece la posibilidad de denegar la ejecución de una orden europea de detención y entrega cuando recaiga sobre un español, en cuyo caso deberá cumplir la pena en España.

¹⁴² En este sentido, el artículo 55.2 LRM regula la decisión de entrega condicionada para aquellos casos en los que la orden europea de detención y entrega recaiga sobre un español.

- Cuando el Estado de emisión consienta que el penado sea procesado por el delito anterior y distinto al que motivó el traslado. Para ello, el Juez Central de lo Penal deberá remitir una solicitud de consentimiento al Estado de emisión, junto con una orden europea de detención y entrega.

Cuando España es el Estado emisor, la autoridad judicial española consentirá, en un plazo de treinta días, que no se aplique el principio de especialidad cuando el Estado de ejecución le presente una solicitud de consentimiento y una orden europea de detención y entrega y, en virtud de la misma, exista obligación de entregar a esa persona.

CAPÍTULO IV

La libertad condicional de extranjeros

1. LA LIBERTAD CONDICIONAL DEL ARTÍCULO 197 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO

El artículo 197.1 RP recoge la figura de la libertad condicional de extranjeros disponiendo lo siguiente:

“En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna”.

En cuanto a su **ámbito de aplicación** hay que precisar que, aunque el precepto solo hace referencia a los internos extranjeros que no residen legalmente en España y a los españoles residentes en el extranjero, en la práctica penitenciaria viene concediéndose este tipo de libertad condicional también a extranjeros que residen legalmente en España, incluidos los ciudadanos pertenecientes a la UE e incluso a españoles que, sin tener su residencia en el extranjero, tienen su proyecto de vida en otro país. Es decir, se interpreta de forma amplia siendo posible que un interno, sea de la nacionalidad que sea y con independencia de su situación administrativa, pueda disfrutar de la libertad condicional en el país donde va a reinsertarse¹⁴³.

En cuanto a su **naturaleza**, se debe precisar que no se trata de una modalidad distinta de libertad condicional, sino que el interno deberá cumplir en todo caso los requisitos previstos en el Código Penal para acceder a la libertad condicional, en cualquiera de sus modalidades con la única peculiaridad de que el Juez de Vigilancia

¹⁴³ NISTAL BURÓN señala que, en la práctica, la mayoría de los JVP no tienen en cuenta la situación administrativa del interno a la hora de autorizar la libertad condicional en el país de origen, pues lo contrario “conduciría al absurdo de que un extranjero en situación regular tendría que esperar a que se decretase la expulsión administrativa (...) para así convertirse en irregular y, con ello, poder acceder a esta libertad condicional”. NISTAL BURÓN, J. “La libertad condicional de los penados extranjeros. El cumplimiento en su país de residencia cuando ha sido concedida en España”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 48 (mayo - agosto), 2018, págs. 7 y 8.

Penitenciaria en el auto de concesión de la libertad condicional fijará como condición que el penado no vuelva al territorio español hasta que se produzca el licenciamiento definitivo o la remisión definitiva de la pena, en función de si se trata de la libertad condicional anterior a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, o de la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concesión de la libertad condicional, posterior a la reforma, respectivamente. El Juez de Vigilancia tiene la facultad de establecer como condición de la libertad condicional, entre otras, la obligación del penado de mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin su autorización (art. 83.1.3ª CP, aplicable a la libertad condicional según el 90.5 CP).

Un problema que puede plantearse con la libertad condicional del artículo 197.1 RP se da en los casos en los que al penado se le impuso en sentencia, además de la pena, una medida de libertad vigilada postpenitenciaria.

Dado que la libertad vigilada debe concretarse en alguna o algunas de las medidas del artículo 106.1 CP, cuando debe cumplirse en su modalidad postpenitenciaria, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que concretará el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones concretas (Art 106.2 CP).

Cuando al penado extranjero se le concede la libertad condicional en su país con la única condición de que no vuelva a España hasta la extinción de la pena y efectivamente así lo cumple, difícilmente se puede mantener un pronóstico de peligrosidad que justifique la aplicación de alguna medida de libertad vigilada (Art 106.1 CP), siendo lo lógico en tales supuestos que el juez o tribunal sentenciador deje sin efecto la libertad vigilada en el momento de concreción de las medidas, como permite el artículo 106.3.c) CP. Conforme a esta solución, no sería un obstáculo para la concesión de la libertad condicional del art. 197 RP el hecho de que existiera, además de la pena, una medida de libertad vigilada postpenitenciaria.

Para la ejecución del auto de libertad condicional, una vez efectuados los trámites de documentación necesarios, la policía acompañará al penado hasta el embarque del vuelo correspondiente. Si el penado vuelve al territorio español antes de que finalice el período de libertad condicional, esto podrá dar lugar a la revocación de la misma conforme al artículo 86.1.b) CP.

Además, nada impediría al JVP establecer otras reglas de conducta de las previstas en el artículo 83.1 CP, si bien solo tendría sentido cuando es posible controlar su cumplimiento.

Cabe preguntarse entonces qué posibilidades tiene el JVP de controlar el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas en la libertad condicional del artículo 197.1 RP., lo cual dependerá de si nos encontramos en el ámbito de la Unión Europea o de un tercer estado.

Fuera del ámbito de la UE, solo sería posible cuando exista algún convenio internacional entre España y el país donde el penado va a disfrutar la libertad condicional que permita dicho control por parte de las autoridades de este último.

Un ejemplo de convenio que permitiría el control de las condiciones de libertad condicional por parte de las autoridades de otro país lo encontramos en el Tratado entre el Reino de España y la República Argentina sobre traslado de condenados, hecho en Buenos Aires el 29 de octubre de 1987, cuyo artículo 16 dispone:

“El condenado bajo el régimen de condena condicional o de libertad condicional, podrá cumplir dicha condena bajo la vigilancia de las autoridades del Estado de cumplimiento. El Estado de cumplimiento adoptará las medidas de vigilancia solicitadas, mantendrá informado al Estado de condena sobre la forma en que se llevará a cabo, y le comunicará de inmediato el incumplimiento por parte del condenado de las obligaciones que éste haya asumido.”

Así, en el caso de los penados argentinos a los que se le conceda la libertad condicional del artículo 197.1 para disfrutarla en Argentina, sería posible el control de las reglas de conducta impuestas en el auto de libertad condicional por parte de las autoridades argentinas. Las autoridades del Estado de cumplimiento (Argentina) informarían sobre el control de las medidas y, en su caso, sobre el incumplimiento al Estado de condena (España) por vía del Ministerio de Justicia, pues se trata de un convenio internacional en materia de traslado de personas condenadas.

No sería posible el control de las reglas acordadas en el auto de libertad condicional si no existe un convenio internacional que lo prevea, en términos similares a los del ejemplo expuesto.

2. LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL INSTRUMENTO “LIBERTAD VIGILADA”, PREVISTO EN LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

La LRM regula en el Título IV el instrumento denominado “libertad vigilada”, que no debe confundirse con la medida de seguridad de libertad vigilada regulada en el CP.

En el ámbito de la LRM la libertad vigilada se define en términos más amplios, pues se refiere a un conjunto de medidas que pueden haberse acordado en varios supuestos:

- Como reglas de conducta de la libertad condicional, conforme a los artículos 90.5 y 83 CP.
- Como medidas a las que queda condicionada la suspensión de penas de los artículos 80 y siguientes del CP.
- Como obligaciones impuestas en el ámbito de la sustitución de penas del artículo 88 CP anterior a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, que derogó la figura de la sustitución de penas.

De esta manera, el art. 93.1 LRM dispone:

“Las sentencias cuyo régimen de reconocimiento y ejecución se regula por este Título son aquellas resoluciones firmes dictadas por la autoridad competente de un

Estado miembro por las que se imponga una pena o medida privativa de libertad o alguna de las medidas previstas en el artículo 94 a una persona física, cuando en relación con su cumplimiento se acuerde:

- a) La libertad condicional sobre la base de dicha sentencia o mediante una resolución ulterior de libertad vigilada.*
- b) La suspensión de la condena, bien en parte o bien en su totalidad, imponiendo una o más medidas de libertad vigilada que pueden incluirse en la propia sentencia o determinarse en una resolución de libertad vigilada aparte.*
- c) La sustitución de la pena por otra que imponga una privación de un derecho, una obligación o una prohibición que no constituya ni una pena o medida privativa de libertad, ni una sanción pecuniaria.*
- d) De acuerdo con el Derecho del Estado de emisión, una condena condicional mediante la cual se impone una o más medidas de libertad vigilada, pudiendo, en su caso, diferir de forma condicional la pena privativa de libertad impuesta”.*

Concretamente, son susceptibles de transmisión y ejecución las siguientes medidas (Art. 94 LRM):

- “a) La obligación de la persona condenada de comunicar a una autoridad específica todo cambio de domicilio o lugar de trabajo.*
- b) La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o de ejecución.*
- c) La imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución.*
- d) Los requerimientos relativos a la conducta, la residencia, la educación y la formación o las actividades de ocio, o que establezcan límites o determinen modalidades del ejercicio de una actividad profesional.*
- e) La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica.*
- f) La obligación de evitar todo contacto con determinadas personas.*
- g) La obligación de evitar todo contacto con determinados objetos que la persona condenada ha utilizado o podría utilizar para cometer infracciones penales.*
- h) La obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación.*
- i) La obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad.*
- j) La obligación de cooperar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades con respecto a la persona condenada.*
- k) La obligación de someterse a un tratamiento terapéutico o de deshabituación”.*

En cuanto al procedimiento de **transmisión**, las autoridades competentes para emitir una resolución de libertad vigilada son los Jueces o Tribunales que conozcan de la ejecución de la sentencia o resolución de libertad vigilada (Art. 95.1 LRM). Dependiendo del caso concreto, será autoridad competente el juez o tribunal sentenciador, como ocurrirá si la obligación se impone en el ámbito de una suspensión de la pena, o el JVP, para el caso de las obligaciones a las que se condiciona la libertad condicional. La transmisión se realizará, por lo general, al Estado miembro donde el penado tiene su residencia legal y habitual, aunque también podrá transmitirse a un Estado miembro distinto a aquel en el que la persona condenada tenga su residencia legal y habitual, a solicitud de la misma y siempre que la autoridad competente del Estado de la residencia del condenado haya dado su consentimiento a la transmisión (Art. 98.1 LRM).

Los requisitos exigidos para emitir a otro Estado miembro una resolución de libertad vigilada son: que se haya dictado una resolución judicial firme de libertad vigilada, que el condenado no tenga su residencia legal y habitual en España y que haya regresado al Estado donde reside legal y habitualmente o que, aun estando en nuestro país, haya manifestado su voluntad de regresar a éste o a otro Estado miembro que lo autorice (Art. 96.1 LRM).

La consecuencia de la transmisión es que, una vez que la autoridad competente del Estado de ejecución comunique el reconocimiento de la resolución de libertad vigilada que se le hubiera transmitido, la autoridad judicial española dejará de tener competencia tanto para la vigilancia de las medidas de libertad vigilada, como para adoptar resoluciones ulteriores en relación con la misma, salvo cuando el Estado de ejecución haya hecho declaración en contrario (Art. 99 LRM).

Si en el auto de libertad condicional del artículo 197.1 RP el JVP impone alguna regla de conducta distinta a la prohibición de entrada en territorio español podrá transmitirla a otro Estado miembro para su oportuno control. Sin embargo, como señalan los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus criterios de actuación la transmisión conforme a la LRM debe llevarse a cabo únicamente en los supuestos en los que las condiciones impuestas no se puedan controlar por el JVP y por tanto, no sería necesaria cuando se establece como única regla de conducta que el penado no vuelva al territorio español hasta la extinción de la condena o si se impone el abono de la responsabilidad civil y lo controla el JVP¹⁴⁴.

El procedimiento de **ejecución** se encuentra regulado en el Capítulo III del Título IV de la LRM. La autoridad competente para reconocer y ejecutar una resolución de libertad vigilada transmitida por la autoridad de otro estado miembro es el Juez Central de lo Penal o, si se refiere a un menor, el Juez Central de Menores. Únicamente se podrán reconocer las resoluciones de libertad vigilada cuando el condenado tenga su residencia legal y habitual en España y conste que haya regresado a nuestro país o que ha manifestado su voluntad de hacerlo ante la autoridad de emisión o cuando, a pesar de no tener el condenado su residencia legal y habitual en España, sí la tengan, desde hace al menos cinco años, sus ascendientes, descendientes o hermanos, o su cónyuge o persona unida a él por relación de naturaleza análoga, siempre que el condenado hu-

144 Criterio 94 de los *Criterios de actuación... Op. Cit.*

biera conseguido un contrato de trabajo o haya solicitado el cumplimiento en España de la resolución de libertad vigilada.

Se prevé la adaptación de la medida de libertad vigilada cuando, por su duración o naturaleza, sea incompatible con el ordenamiento jurídico español, sin que sea posible agravar o alargar la medida impuesta en el Estado de emisión (Art. 104 LRM).

Procederá la denegación del reconocimiento y ejecución de las resoluciones de libertad vigilada cuando en virtud de su edad, la persona condenada no habría podido ser declarada penalmente responsable según el ordenamiento español, cuando la duración de la medida sea inferior a seis meses, cuando la resolución incluye medidas médicas o terapéuticas que, de acuerdo con el Derecho español, el Juez Central de lo Penal no puede vigilar y cuando no se cumplan las condiciones exigidas para la transmisión de una resolución de libertad vigilada.

El Juez Central de lo Penal será competente para la adopción de las resoluciones ulteriores en relación con la libertad vigilada ante el incumplimiento de la medida de libertad vigilada o de la comisión de una nueva infracción penal del condenado, salvo que la sentencia no imponga una pena o medida privativa de libertad que deba aplicarse en caso de incumplimiento, en los casos de condenas condicionales. y en los casos en que la sentencia se refiera a hechos que no constituyan infracción legal en nuestro ordenamiento jurídico. En estos casos la adopción corresponde a la autoridad de emisión (Art. 106.1 LRM).

Por último, el Juez Central de lo Penal devolverá a la autoridad competente del Estado de emisión la resolución de libertad vigilada en caso de fuga de la persona condenada, en caso de que la persona condenada deje de tener su residencia habitual en España y a petición del Estado de emisión, cuando existan nuevos procesos penales abiertos contra el interesado en dicho Estado.

CAPÍTULO V

La acumulación de penas impuestas en el extranjero

1. ANTECEDENTES PENALES Y CONSIDERACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA. LA LEY ORGÁNICA 7/2014 DE 12 DE NOVIEMBRE, SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES Y CONSIDERACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

La consideración de las sentencias penales dictadas por otro Estado miembro de la UE por parte de los órganos jurisdiccionales españoles cuando, con posterioridad, conocen de un proceso penal en España viene regulada en la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

Esta norma es una expresión del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE recogido en los artículos 67 y 82 del TFUE, base de la cooperación judicial en materia penal en la Unión, y supone la transposición a nuestro ordenamiento de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal y de la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.

En su Título I regula el régimen aplicable al intercambio de información sobre antecedentes penales entre el Registro Central de Penados y los registros nacionales de otros estados miembros de la UE, cumpliendo así con el objetivo de la Decisión Marco 2008/315/JAI que consiste en definir las condiciones en las que el Estado miembro en el que se pronuncie una condena contra un nacional de otro Estado miembro deberá transmitir la información sobre dicha condena al Estado miembro de nacionalidad del condenado.

En cuanto al Título II, que es el que interesa para el objeto de este estudio, regula la consideración en los procesos penales tramitados en España de resoluciones condenatorias definitivas y firmes dictadas por un órgano jurisdiccional penal por la comisión de un delito con anterioridad contra las mismas personas físicas en otros Estados miembros de la Unión Europea. Este Título transpone a nuestro ordenamiento

la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un proceso penal. La citada Decisión Marco pretende garantizar que cada Estado miembro tome en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, sobre las cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional¹⁴⁵.

Como indica el artículo 3.2 de la citada Decisión Marco, se tomarán en consideración las sentencias anteriores dictadas en otros Estados miembros “en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución”.

En términos similares, la LO 7/2014 expresa en su Preámbulo:

“El reconocimiento de efectos alcanza no solamente al momento de imposición de la pena, sino que se extiende a las resoluciones que deban adoptarse en la fase de investigación del delito o en la de la ejecución de la pena, por ejemplo, cuando se resuelva sobre la prisión preventiva de un sospechoso, sobre la cuantía de su fianza, la determinación de la pena, la suspensión de la ejecución de una pena o la revocación de la misma, o la concesión de la libertad condicional”.

De esta manera, los antecedentes penales por condenas impuestas en otros estados miembros, siempre que cumplan los requisitos para producir efectos jurídicos en España previstos en el artículo 14 de la LO 7/2014, que a continuación se expondrán, tendrán consecuencias en el proceso penal español en varios momentos relevantes:

En primer lugar, en el momento en el que se valora la aplicación de la prisión preventiva¹⁴⁶. Posteriormente, en el momento de individualización de la pena¹⁴⁷. Después, en el momento de tomar una decisión sobre la suspensión de la pena¹⁴⁸ y, en caso de que finalmente entre en prisión, en la decisión sobre la libertad condicional¹⁴⁹. En

¹⁴⁵ Art. 3.1 de la Decisión Marco 2008/675.

¹⁴⁶ Uno de los requisitos para acordar la prisión preventiva, previsto en el artículo 503.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es: “Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere **antecedentes penales** no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso”.

¹⁴⁷ Los antecedentes pueden dar lugar a la aplicación de la agravante de reincidencia. En consonancia con la DM y la LO 7/2014, la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal modificó la agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP, con la finalidad de equiparar los antecedentes por condenas de otros estados miembros de la UE a los antecedentes españoles, añadiendo el siguiente párrafo: “*Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español*”.

¹⁴⁸ El artículo 80.1 CP menciona los antecedentes como una de las circunstancias a valorar por parte del juez o tribunal sentenciador para decidir sobre la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad.

¹⁴⁹ El artículo 90.1 CP establece que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, al decidir sobre la concesión de la libertad condicional valorará, entre otros aspectos, los antecedentes.

definitiva, ese antecedente procedente de una condena dictada en otro Estado miembro de la UE se valorará en nuestro ordenamiento jurídico de la misma forma que si procediese de una condena impuesta en España.

2. REQUISITOS Y LIMITACIONES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 14 DE LA LEY ORGÁNICA 7/2014 DE 12 DE NOVIEMBRE, SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES Y CONSIDERACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 14 de la LO 7/2014, relativo a los efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias anteriores sobre el nuevo proceso penal dispone lo siguiente:

“1. Las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que hubieran correspondido a tal condena si hubiera sido dictada en España, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que se hubieran impuesto por hechos que fueran punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión.

b) Que se haya obtenido información suficiente sobre dichas condenas a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión:

a) Sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los jueces o tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas.

b) Sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.

c) Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b).

3. Los antecedentes penales que consten en el Registro Central se tendrán por cancelados, aunque procedan de condenas dictadas en otros Estados, a efectos de su toma en consideración en España por los Jueces y Tribunales de acuerdo con el Derecho español, a menos que antes se comunique su cancelación por el Estado de condena”.

Para analizar dicho precepto deben distinguirse dos partes:

- El **apartado 1**: establece las condiciones para que una condena dictada en otro Estado miembro produzca los mismos efectos que una condena dictada en España, con ocasión de un nuevo proceso penal en España. Para que se produzca tal equiparación, es necesario que los hechos por los que la persona fue condenada en el otro Estado miembro fueran punibles conforme a la ley española en el momento de su comisión y que el órgano jurisdiccional español que conoce del nuevo proceso tenga información suficiente sobre dicha condena.

Además, para el reconocimiento de efectos jurídicos es indiferente el lugar donde se haya cumplido la condena impuesta en el otro Estado miembro. Es posible que se haya cumplido en el otro Estado miembro o en España, si se ha transmitido la sentencia por la vía del instrumento regulado en el Título III de la LRM. En este sentido, el artículo 63.2 LRM dispone:

“Lo dispuesto en este Título (Título III de la LRM) se aplica únicamente a las penas o medidas pendientes, total o parcialmente, de ejecución. Cuando hayan sido totalmente cumplidas, su consideración en un nuevo proceso penal se regirá por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”.

Y el artículo 86.1, párrafo segundo, de la LRM dispone:

“No obstante, los efectos de la resolución transmitida sobre las condenas dictadas por los Tribunales españoles, o sobre las resoluciones que, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fijen los límites de cumplimiento de condena, se determinarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 y la disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”.

Es decir, la condena dictada en otro Estado miembro, con independencia del lugar donde se cumpla, tendrá efectos jurídicos en España, al remitirse la LRM a la LO 7/2014.

- El **apartado 2** establece una serie de limitaciones, introducidas por el legislador español amparándose en el margen que la Decisión Marco 2008/675 deja a los Estados para no tener en cuenta las sentencias anteriores dictadas en otros estados miembros en determinados casos¹⁵⁰.

Las excepciones al principio general de equivalencia son dos: Por un lado, las sentencias dictadas en otros estados no interferirán en condenas anteriores dictadas en el Estado miembro donde se desarrolla el nuevo proceso ni en su ejecución (Art. 3.3 y art. 3.4 de la Decisión Marco 2008/675).

Por otro lado, el artículo 3.5 de la norma comunitaria dispone:

¹⁵⁰ En el considerando 3 de la Decisión Marco 2008/675 se pone de manifiesto que el objetivo es “definir una obligación mínima para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros”.

“Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 (donde se establece el principio de equivalencia) no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso”.

A pesar de su redacción un tanto confusa, es precisamente este apartado el que, según expone el Tribunal Supremo en la STS 874/2014, que posteriormente se examinará, excluye la obligatoriedad de la consideración de la condena de otro Estado Miembro, cuando el efecto sea el de la acumulación de condenas indicando que “los términos en los que está redactado el precepto de la Decisión, incluso acudiendo a las distintas redacciones en las diversas lenguas oficiales de la Unión, participan de un cierto carácter genérico, que ha permitido a los distintos Estados llevar a cabo una incorporación singularizada, mediante una adaptación a los distintos sistemas que existen en la Unión en materia de ejecución de penas, con los institutos propios (y diversos entre sí) de cada ordenamiento”¹⁵¹.

De esta manera, basándose en las excepciones que prevé la Decisión Marco, el legislador introduce tres supuestos en los que la condena dictada en otro Estado miembro no tendrá efectos jurídicos en España, previstos en el artículo 14.2 de la Ley Orgánica 7/2014. Son los siguientes:

- **Letra a):** la condena dictada en otro Estado miembro no producirá efectos sobre las sentencias anteriores dictadas en España, ni sobre las resoluciones para su ejecución. Ello responde a la lógica, pues en ese caso cuando se dictó sentencia en España esa persona aún no había sido condenada en el otro Estado miembro, siendo por tanto imposible que esta última tuviera efectos sobre la sentencia española.
- **Letra b):** En segundo lugar, la condena de otro Estado miembro no producirá efectos sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro. Esta exclusión también es lógica, ya que en este supuesto, cuando la persona cometió los hechos delictivos en España aún no había sido condenada en el otro Estado miembro, y

¹⁵¹ En el proceso de formación de la Decisión Marco 2008/675 la propuesta inicial de la Comisión Europea de 17 de marzo de 2005 entendía la proyección del principio de equivalencia también para el efecto de absorciones y acumulaciones de condenas. Pero pronto hubo objeciones por parte de varios estados ante la preocupación por el hecho de que la valoración de condenas dictadas por otros Estados miembros pudiera limitar, en algunos supuestos, las facultades del Juez nacional para individualizar su propia condena. La delegación holandesa puso como ejemplo su legislación, conforme a la cual al calcular la pena que puede imponerse en un nuevo proceso, en determinadas circunstancias, se deduce de ella la pena impuesta en una condena anterior. Como consecuencia de tales objeciones se introduce el apartado 5 del artículo 3 de la Decisión que, en consecuencia, responde a la necesidad de limitar los efectos que la valoración de una condena impuesta por otro Estado miembro puede tener en la determinación de la pena por el juez de otro Estado. “De ahí su contenido, según el cual, si el delito por el que se sigue el proceso en un Estado miembro fue cometido antes de que la condena dictada en otro Estado miembro fuera impuesta o ejecutada, los números 1 y 2 del artículo 3 no implicarán que los Estados tengan la obligación de valorar esta última condena, la del otro Estado de la Unión, como si hubiera sido impuesta por un juez nacional”. STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, FJ 4º.

por tanto resulta imposible valorar la condena extranjera a efectos de reincidencia en el proceso penal español¹⁵².

- **Letra c):** La excepción prevista en esta letra se refiere a la acumulación jurídica regulada en los artículos 76 CP y 988 LECRIM. Para comprenderla previamente se debe hacer referencia a la regulación de la acumulación en nuestro ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia al respecto.

Cuando una persona comete varios hechos que son constitutivos de varios delitos estamos ante un concurso real de delitos. La consecuencia jurídica es la acumulación material de las penas, que viene recogida en el artículo 73 CP, según el cual “al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”¹⁵³.

Dado que las penas privativas de libertad que recaen sobre la misma persona no pueden cumplirse simultáneamente, el artículo 75 CP establece como regla el cumplimiento sucesivo para tales supuestos¹⁵⁴.

Sin embargo, para evitar el exceso punitivo y en línea con el fin primordial al que están orientadas las penas privativas de libertad, esto es, la reinserción social (Art. 25.2 CE), el legislador ha establecido una serie de límites al cumplimiento de las penas, previstos en el artículo 76 CP que recoge la figura de la acumulación jurídica y cuyo tenor literal es el siguiente:

“1. No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

- a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.*
- b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*
- c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

¹⁵² Recordemos que el artículo 22.8º del Código Penal exige, para apreciar la agravante de reincidencia, que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título del CP, siempre que sea de la misma naturaleza.

¹⁵³ No rige la acumulación material en determinados supuestos, para los cuales el Código Penal da normas específicas. Es el caso del delito continuado (Art. 74.1 CP), el delito masa (Art. 74.2 CP), el concurso ideal (Art 77.2 CP) y el concurso medial (Art. 77.3 CP).

¹⁵⁴ Art. 75 CP:

“Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”.

d) *De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

e) *Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revivable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.*

2. *La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”.*

De esta manera, el apartado primero establece como límite, por un lado, el triple de la pena mayor y, por otro, un límite absoluto que puede ser 20, 25, 30 o 40 años, dependiendo del número y tipo de delitos. En cada caso se elegirá, de estos dos límites, el que suponga una menor respuesta punitiva para el condenado.

El apartado segundo fue interpretado por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el Acuerdo de 3 de febrero de 2016 en el siguiente sentido:

“La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia”.

En dicho acuerdo, también se estableció que “a efectos del artículo 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia en la instancia y no a la del juicio”.

Por otro lado, dispone el artículo 988 LECrim en su párrafo tercero que “cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal”.

Sin embargo, a pesar de la referencia que hace este artículo a la conexidad en los términos del artículo 17 LECrim, la jurisprudencia ha establecido reiteradamente que lo relevante a los efectos de la acumulación jurídica es la conexidad temporal. Según este criterio lo importante es que los distintos hechos delictivos objeto de acumulación pudieran haber sido enjuiciados en el mismo proceso atendiendo al momento de su comisión¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Según la STS 742/2014, de 13 de noviembre, FJ 1º:

“La doctrina de esta Sala (SSTS 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004, SSTS 192/2010 y 253/2010, 1169/2011 y 207/2014, entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29 de noviembre 2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad “temporal”, es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión.”

Así, quedarían excluidos de la acumulación, por un lado, los hechos ya sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado y, de otro, los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación, pues ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en un mismo proceso. Todo ello con el fin de no constituir a los ya condenados en poseedores de un patrimonio penológico que les provea de impunidad o de un relevante favorecimiento punitivo en los casos de quienes, ya condenados hasta esos límites legalmente determinados, podrían cometer nuevos delitos en la convicción de que las penas correspondientes a estos no habrían de cumplirse¹⁵⁶.

Volviendo a la limitación recogida en el artículo 14.2.c) de la LO 7/2014, esta impide que la condena dictada en otro Estado miembro pueda acumularse con otras condenas dictadas posteriormente en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado la sentencia en el otro Estado miembro, cuando precisamente es en esos casos cuando la acumulación jurídica sería viable, debido al criterio de conexidad temporal.

El supuesto al que se refiere esta limitación se puede apreciar en el siguiente gráfico, en el que cada línea separa temporalmente cada elemento (de más antiguo a más reciente):

Delito cometido en España ■ ■ ■ ■ Sentencia dictada en otro Estado miembro
■ ■ ■ ■ Sentencia dictada en España

Como vemos, en este caso la sentencia dictada en otro país de la UE sería acumulable con la sentencia española, pues esta última se dictó con posterioridad a la primera, y además los hechos delictivos cometidos en España son anteriores a la sentencia del otro Estado miembro, cumpliéndose el requisito temporal que exige la jurisprudencia para que las penas sean acumulables. Sin embargo, la limitación del artículo 14.2.c) de la LO 7/2014 impide la acumulación de la pena dictada en el otro estado miembro de la UE con la pena española (o penas, si hubiera varias que cumplieran con el requisito de conexidad temporal). Se observa cómo esta limitación hace imposible, en la mayoría de casos, la acumulación de penas dictadas en otros Estados miembros con penas dictadas en España. De esta manera, se frustra el principio de equivalencia en lo que se refiere a la acumulación de penas, que es precisamente el único aspecto beneficioso que podría tener para el penado el reconocimiento de efectos jurídicos a una sentencia anterior dictada en otro Estado miembro. Esta limitación no parece justificada atendiendo a la finalidad de la institución de la acumulación, que no es otra que la de evitar una excesiva prolongación de la privación de libertad que pueda producir un efecto desocializador para el penado y profundizar su marginación, justamente lo contrario de lo que señala el artículo 25.2 de la Constitución como fines a los que deben estar orientadas las penas privativas de libertad¹⁵⁷. Para cumplir con esta finalidad, habría que plantearse si lo importante es el lugar donde se hayan impuesto las penas o el tiempo total que el condenado ha estado en prisión.

Podría darse otro supuesto, representado en el siguiente gráfico:

¹⁵⁶ STS 1159/2000, de 30 de junio, FJ 1º, STS 1376/2001 de 11 de julio, FJ 2º y STS 1010/2005, 12 de septiembre, FJ único, entre otras.

¹⁵⁷ STS 472/2009, de 7 de mayo, FJ 1º.

Sentencia dictada en otro Estado miembro ■ ■ ■ ■ Delito cometido en España
■ ■ ■ ■ Sentencia dictada en España

En este caso no sería posible acumular la pena impuesta en el otro Estado miembro y la pena impuesta en España porque en el momento de cometer los hechos delictivos españoles penado ya había sido condenado en el otro Estado miembro, y por tanto no hay conexidad cronológica.

Finalmente, podría darse la siguiente situación:

Hechos delictivos cometidos en España y hechos cometidos en el otro Estado miembro ■ ■ ■ ■ Sentencia dictada en España ■ ■ ■ ■ Sentencia dictada en otro Estado miembro

En este caso, se cumpliría el requisito de conexidad temporal, pues los hechos delictivos son de la misma época, ya que cuando fueron cometidos aún no había recaído sentencia en el otro proceso. Si la sentencia dictada en el otro Estado miembro se cumple en España, sería posible la acumulación con la sentencia española, pues la limitación del artículo 14.2.c) de la LO 7/2014 no se refiere a este supuesto. Este precepto, impide la acumulación cuando la sentencia española es la posterior (caso del primer gráfico). Pero en este caso, primero se dicta sentencia en España, y luego en el otro Estado miembro. En todo caso, la sentencia dictada en el otro Estado miembro debe cumplirse en España para que sea acumulable con la española, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia. La competencia para dictar el auto de acumulación correspondería a la Audiencia Nacional, que tiene atribuida la ejecución de las sentencias dictadas en el extranjero¹⁵⁸ y, en este caso sería el último tribunal sentenciador.

Además de las limitaciones previstas en el artículo 14.2 de la LO 7/2014, se debe tener en cuenta que la Disposición adicional única establece una limitación temporal, señalando que en ningún caso serán tenidas en cuenta las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010, pues esta era la fecha límite que fijó la Decisión Marco 2008/675 para que los Estados procedieran a la transposición correspondiente.

En España, sin embargo, no fue hasta la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea cuando se produjo la transposición.

3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA ACUMULACIÓN DE PENAS IMPUESTAS EN EL EXTRANJERO Y SITUACIÓN ACTUAL

3.1. La STS 186/2014, de 13 de marzo y jurisprudencia anterior

El notable retraso en la transposición de la Decisión Marco 2008/675 tuvo como consecuencia que el Tribunal Supremo, en la STS 186/2014, de 13 de marzo, ante la pasividad del legislador, interpretase las normas relativas a la acumulación de la forma más conforme posible a la norma comunitaria, acordando la acumulación de una pena de seis años de prisión impuesta y cumplida en Francia con otras españolas.

¹⁵⁸ Art. 65.2º de la LOPJ.

Sostiene el Alto Tribunal que la posibilidad de acumular sentencias dictadas por un tribunal no español resulta más conforme con la existencia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que implica, de alguna forma, una distinta consideración de algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la soberanía.

Se debe recordar que las decisiones marco tienen carácter vinculante en el sentido de que obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Este carácter vinculante supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional y conlleva el derecho de los particulares a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Sin embargo, el principio de interpretación conforme tiene sus límites en los principios generales del Derecho y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad. Además, no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional¹⁵⁹.

MANZANARES SAMARIEGO trata la problemática que supuso el retraso en la transposición, señalando que “ante la perspectiva de otras muchas excarcelaciones de etarras que cumplieron penas en Francia, empieza a prepararse la transposición de la Decisión marco, y ello de manera que las acumulaciones se restrinjan todo lo posible” y critica que el legislador español tuviese que regular la materia “*in extremis* por vía de enmiendas en el Senado, aprovechando una ley en tramitación que en nada se refería a la acumulación en España de penas impuestas por otro país de la Unión Europea”¹⁶⁰.

La STS 186/2014 puso en alerta al legislador, que reguló la materia por la vía de enmienda en el Senado, dando lugar a la Ley Orgánica 7/2014, cuyo artículo 14, como se ha expuesto, hace prácticamente inviable la acumulación de penas impuestas en otros Estados miembros.

La Decisión Marco 2008/675/JAI constituye la primera norma que hace referencia a la posibilidad de valorar condenas anteriores dictadas en otros países (en este caso, de la Unión Europea, al tratarse de una norma comunitaria) en la fase de ejecución penal y, por tanto, a efectos de acumulación de penas.

La jurisprudencia anterior a dicha norma comunitaria consideró procedente, en algunos casos, acumular las penas impuestas en otros países con penas españolas, y en otros no. Concretamente, el criterio jurisprudencial consistió en aceptar la posibilidad de acumular penas españolas con penas impuestas en otros países, fueran o no de la Unión Europea, en aquellos casos en que las penas extranjeras se cumplían en España, por haber sido trasladado el penado en virtud de algún convenio relativo al traslado de personas condenadas y siempre que, lógicamente, se cumpliera el criterio de conexidad temporal entre los hechos delictivos exigido tradicionalmente.

Esta jurisprudencia se plasma en las siguientes sentencias:

¹⁵⁹ STJUE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, C-105/03, caso Pupino, ap. 33, 34, 38, 44 y 47.

¹⁶⁰ MANZANARES SAMARIEGO, J.L. *Cuestiones polémicas del Derecho Penal español del siglo XXI*. Reus editorial. Madrid. 2018. Pág. 103 y 105.

- La **STS 1129/2000, de 27 de junio**, considera que se debe incluir en la acumulación una pena impuesta en Tailandia. Se trataba de una pena que se cumplió en España en virtud del Tratado Hispano-Tailandés sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales. En este caso, destaca el Alto Tribunal que los artículos relativos a la acumulación de condenas (Art. 70.2 del Código Penal de 1973 y art. 76 del Código Penal actual) no contienen ninguna exclusión sobre la posibilidad de refundir penas impuestas por tribunales extranjeros con penas de tribunales nacionales, y que el fundamento de la acumulación tampoco justifica tal exclusión. Señala que “las reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un tribunal extranjero. Por lo tanto, las reglas contenidas en los arts. 70 CP. 1973 y 76 CP. pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras”. La determinante es que los hechos pudieran haber sido juzgados en un mismo proceso según el criterio temporal, siendo irrelevante la jurisdicción territorial de los tribunales sentenciadores¹⁶¹.
- La STS 2117/2002, de 18 de diciembre, que deniega la inclusión en la acumulación de una pena de siete años de prisión, impuesta y cumplida en Francia, junto con numerosas penas impuestas en España. En este caso, una vez cumplida la pena francesa, el penado fue extraditado a España para ser juzgado por los hechos delictivos cometidos en nuestro país. Según esta sentencia:

“El hecho de haberse cometido las diferentes infracciones penales en territorios sometidos a soberanías estatales distintas cuando el enjuiciamiento se produjo en Francia y allí se ha cumplido la pena, hace que la jurisdicción española tenga que considerarse ajena a lo enjuiciado en este otro país, incluso a los efectos de acumulación de condenas que ahora nos interesa”.

Continúa señalando que “es precisamente en materia de Derecho Penal donde la soberanía de los estados nacionales se muestra especialmente celosa de su ejercicio” y concluye que no había en ese momento acuerdo internacional ni norma interna que obligase a no aplicar el principio de soberanía nacional de cada estado.

- La **STS 368/2013, de 17 de abril**, acuerda acumular varias penas españolas con una pena de 10 años impuesta en Andorra que el penado se encontraba cumpliendo en España, pues fue trasladado en virtud del CETPC. Por tanto, al haber asumido la Audiencia Nacional la competencia para la ejecución de la sentencia impuesta en Andorra (Art. 65.2 LOPJ) considera el TS que no hay obstáculo para que le sean de aplicación las reglas sobre acumulación de condenas del artículo 76 CP¹⁶².

¹⁶¹ El mismo criterio siguió el Tribunal Supremo en la STS 926/2005 de 30 de junio, acordando la acumulación de una pena de 20 años impuesta en Tailandia y que el penado estaba cumpliendo en España con otras dos penas de dos y cinco años impuestas en España.

¹⁶² Aunque en el momento en que se dictó esta sentencia ya existía la Decisión Marco 2008/675/JAI no se hace referencia a ella, al no pertenecer Andorra a la Unión Europea.

Con posterioridad a la Decisión Marco 2008/675, la STS 186/2014, de 13 de marzo, permite acumular una pena impuesta y cumplida en Francia con otras españolas, algo novedoso frente al criterio seguido en la STS 2117/2002, ya mencionada, que excluía tal posibilidad cuando la condena había sido cumplida en el extranjero. El hecho diferencial entre una y otra es, precisamente, la publicación entre tanto de la Decisión marco 675/2008/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

La STS 186/2014 interpreta las normas relativas a la acumulación jurídica de conformidad con el espíritu de la Decisión Marco, que no es otro que el de otorgar a las sentencias dictadas en otros estados miembros el mismo valor jurídico que a las sentencias nacionales, en un momento en el que el legislador español no había transpuesto la norma comunitaria, indicando lo siguiente:

“Con independencia de que el Estado español, como Estado miembro de la UE, haya sido más o menos diligente en dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 de la referida Decisión marco (“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 15 de agosto de 2010”), lo cierto es que en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea.

En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación”¹⁶³.

3.2. La STS 874/2014 del Pleno de la Sala de lo Penal, de 27 de enero de 2015

Ya entrada en vigor la Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea se dictó la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, adoptada por mayoría de nueve votos contra seis, que examina la posibilidad de incluir en la acumulación jurídica una pena de 10 años impuesta y cumplida en Francia. El recurrente, que presentó la solicitud en 2013 y por tanto antes de que entrase en vigor la LO 7/2014, pretendía que se le aplicase la Decisión Marco 2008/675 a través de la interpretación del artículo 76 del CP efectuada por la STS 186/2014, de 13 de marzo.

Sin embargo, el TS deniega dicha posibilidad considerando que, con la LO 7/2014 ya no es posible mantener la interpretación anterior efectuada por la STS 186/2014, al existir ya una norma que expresamente regula la acumulación de penas impuestas en otros estados y que, como se ha expuesto, la excluye en el artículo 14.2.c). Señala que el principio de interpretación conforme de las decisiones marco permite una interpretación *praeter legem*, pero nunca *contra legem* y que “de seguirse en el momento presente la interpretación que dio la STS 186/2014, de 13 de marzo a los arts. 988 LE-CRIM y 76 CP de la manera más conforme posible con la Decisión marco, nos encon-

¹⁶³ STS 186/2014, de 13 de marzo, FJ 1º.

triaríamos con un supuesto de interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Ello por cuanto la interpretación de la STS 186/2014 supone reconocer la acumulación en supuestos excluidos ahora expresamente por el art. 14 de la Ley Orgánica. Por lo tanto, el principio de interpretación conforme no puede operar en el mismo escenario que el existente en el momento de dictarse la resolución citada”¹⁶⁴.

Es importante precisar que esta sentencia, dictada cuando ya había entrado en vigor la LO 7/2014, no la aplica retroactivamente, pues en el momento de los hechos delictivos, e incluso en el momento en que solicitó la inclusión de la pena cumplida en Francia no estaba en vigor.

En esta sentencia el TS realiza una interpretación de la Decisión Marco 2008/675 distinta a la realizada anteriormente en la STS 186/2014, fundamentando la nueva interpretación en las excepciones al principio de equivalencia establecidas en la propia decisión marco, excepciones que fueron acogidas por el legislador español en la LO 7/2014. En este sentido resulta necesario tener en cuenta que la acumulación se considera materia de determinación de penas, no de ejecución, ya que es una operación que sirve para establecer la extensión de la pena de prisión que debe cumplirse. Por tanto, la acumulación queda incluida dentro del alcance de la prohibición de la retroactividad de las normas desfavorables¹⁶⁵.

Considera el TS que es la excepción prevista en el artículo 3.5 de la Decisión Marco 2008/675 la que permitiría no valorar las penas impuestas en otros Estados miembros a efectos de acumulación de condenas valorando, además de la literalidad del precepto, el proceso de elaboración de la norma comunitaria, en el que varios países se opusieron a la posibilidad de que se asimilasen las condenas de otros Estados miembros a las nacionales a efectos de acumulación o absorción de penas, a las interpretaciones realizadas por Tribunales de Casación de otros estados de la UE¹⁶⁶ y al modo en que se ha incorporado a las legislaciones de los diferentes Estados miembros, en las que no se hace ninguna concreción sobre la acumulación o absorción.

En conclusión, una vez que el legislador ha optado por incluir en el artículo 14.2 de la LO 7/2014 las excepciones que le permite el artículo 3 de la Decisión Marco 2008/675, considera el TS que ya no es posible mantener la interpretación de la STS 186/2014, y que “el cambio en la interpretación jurisprudencial puede operar siempre que sea razonable y razonado y en este caso hay una razón de peso: se basaba en una Decisión marco no incorporada, como referente interpretativo (que no normativo), pero aquella interpretación ya ha perdido su soporte y contradice la voluntad del legislador”¹⁶⁷.

Esta sentencia fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, que mediante auto de 20 de septiembre de 2016, adoptado por mayoría de 11 votos contra 4, inadmite el recurso, considerando que “el recurrente no ha sufrido ninguna modificación retroactiva de la penalidad que le fue, desde un principio, fijada, sino que, al

¹⁶⁴ STS 874/2014 del Pleno de la Sala de lo Penal, de 27 de enero de 2015, FJ 4º.

¹⁶⁵ STEDH (Gran Sala) Asunto Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013.

¹⁶⁶ Se hace alusión a una sentencia del Tribunal Supremo holandés, de 19 de febrero de 2013, que no acumuló una condena de otro Estado miembro.

¹⁶⁷ STS 874/2014 del Pleno de la Sala de lo Penal, de 27 de enero de 2015, FJ 4º.

contrario, ha sido el propio recurrente el que ha pretendido dar eficacia retroactiva a una interpretación posible de una normativa sobrevenida con posterioridad (la Decisión Marco 2008/675)¹⁶⁸.

3.3. El criterio del TEDH: La sentencia de 23 de octubre de 2018. Asunto Arrózpide Sarasola y otros c. España

El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de computar dentro del tiempo máximo de cumplimiento unas penas ya cumplidas en Francia en la sentencia de 23 de octubre de 2018, que tiene su origen las demandas interpuestas por tres condenados por delitos de terrorismo cometidos en el seno de la organización terrorista ETA. En los tres casos fueron detenidos y condenados en Francia. Una vez cumplidas las penas francesas, fueron extraditados a España donde fueron juzgados por otros delitos cometidos en nuestro país con anterioridad a las sentencias francesas.

La Audiencia Nacional estimó las solicitudes de los tres condenados de incluir en el límite máximo de cumplimiento (30 años en este caso) las penas impuestas y cumplidas en Francia. Posteriormente la fiscalía recurrió en casación los autos de acumulación, y el TS estimó dichos recursos, siguiendo el criterio de la STS 874/2014, que ya había descartado la posibilidad de que las penas impuestas y cumplidas en Francia pudieran acumularse a las penas impuestas en España.

Los tres demandantes interpusieron recurso de amparo ante el TC, que inadmitió los tres recursos argumentando que no se habían agotado los recursos judiciales ordinarios, en concreto, el Alto Tribunal reprochaba a los recurrentes no haber interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones con base en el artículo 241 LOPJ. Sobre esta cuestión considera el TEDH que las resoluciones de inadmisibilidad de los recursos de amparo dictadas por no haber agotado previamente las vías judiciales disponibles privaron a los recurrentes del derecho de acceso a un tribunal previsto en el artículo 6 del CEDH indicando que “el hecho de que los recursos de amparo hayan sido declarados inadmisibles por no haber sido agotadas las instancias judiciales disponibles, mientras que por otro lado el Tribunal Supremo había declarado previamente que los incidentes de nulidad de los recurrentes primero y segundo eran inadmisibles por ser irrelevantes (...) debe al menos considerarse un atentado a la seguridad jurídica que han sufrido en este caso los recurrentes”¹⁶⁹.

En cuanto a la vulneración del derecho a la libertad previsto en el artículo 7 del CEDH, los recurrentes consideran que se les aplicó de manera retroactiva e imprevisible el cambio jurisprudencial operado por la STS 874/2014 y de la LO 7/2014, que entró en vigor después de su condena y de la presentación de sus solicitudes de acumulación de las penas cumplidas en Francia, y que ello condujo a una prolongación efectiva de sus penas de prisión.

Para resolver esta cuestión destaca el TEDH lo siguiente:

¹⁶⁸ ATC 155/2016, de 20 de septiembre de 2016, FJ 4º.

¹⁶⁹ STEDH (Sección 3ª) Asunto Arrózpide Sarasola y otros c. España, de 23 de octubre de 2018. Ap. 107.

“En la época en que los demandantes habían cometido los delitos y en el momento de la adopción de las decisiones de acumulación o limitación máxima de las penas que les afectaban (respectivamente, el 7 de marzo de 2006, el 31 de julio de 1997 y el 18 de noviembre de 2013), el derecho español aplicable, considerado en su conjunto -incluida la jurisprudencia-, no preveía de un modo razonable la acumulación de penas ya cumplidas en otro Estados a los fines de la fijación de la duración máxima de cumplimiento en España. El artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativa a la acumulación de penas dictadas en el marco de procedimientos penales distintos no establecía ninguna regla específica sobre la acumulación de penas impuestas en el extranjero. Los únicos precedentes jurisprudenciales favorables a la acumulación de penas se referían a la acumulación de penas dictadas en el extranjero que debían ser cumplidas en España en virtud de un tratado internacional de traslado de personas condenadas, pero no de penas ya cumplidas en su totalidad en el extranjero”¹⁷⁰.

En cuanto a la STS 186/2014, de 30 de marzo, la única que, en un caso similar, incluyó en la acumulación una pena impuesta y cumplida en Francia, considera el TEDH que se trata de una sentencia aislada que no supuso una práctica jurisprudencial consolidada en el tiempo que hubiera podido crear expectativas legítimas en los interesados, concluyendo que las decisiones del Tribunal Supremo no han supuesto una modificación del alcance de las penas impuestas y por tanto no existe vulneración del artículo 7 del CEDH.

3.4. Situación actual

La jurisprudencia posterior a la STS 874/2014 ha seguido el mismo criterio, dilucidando algún aspecto más sobre los artículos 76 CP y 988 LECrim y las sentencias dictadas en el extranjero. Continúa denegándose la acumulación de penas dictadas y ejecutadas en otro Estado miembro¹⁷¹, lo cual no constituye realmente una novedad, pues la única sentencia que aceptó esta posibilidad fue la STS 186/2014, en una primera interpretación de la Decisión Marco 2008/675.

La STS 235/2015, de 23 de abril, para mostrar la necesidad de las excepciones que prevé la Decisión Marco 2008/675 y que incorpora al ordenamiento interno la LO 7/2014 se sirve de un ejemplo:

“Trata de evitar que un sujeto en un país de la Unión haya extinguido unas penas por delitos cometidos y juzgados con posterioridad a los cometidos previamente en España, que alcancen, por ejemplo, un total de 25 ó 30 años, de tal suerte que cuando se fueran a juzgar en España un conjunto de asesinatos terroristas cometidos antes de haber sentenciado aquéllos esta Sala no podría imponer pena alguna, ya que las ya cumplidas cubrirían hasta el límite de cumplimiento las posibles condenas terroristas”.

Además, la STS 874/2014 parece ir más allá, afirmando que los artículos 76 CP y 988 LECrim se refieren únicamente a sentencias españolas, de manera que solo desde

¹⁷⁰ STEDH (Sección 3ª) Asunto Arrózpide Sarasola y otros c. España, de 23 de octubre de 2018. Ap. 126.

¹⁷¹ STS 333/2016, de 20 de abril, STS 95/2017, de 16 de febrero, STS 48/2018, de 29 de enero.

la premisa de que el art. 76 CP no incluye condenas extranjeras puede entenderse la LO 7/2014. En este sentido, establece:

“La LO 7/2014 no modifica el art. 76, sino que parte de que tal precepto solo contempla las sentencias dictadas por Tribunales Españoles. Estamos ante una ley que parte de un presupuesto: el art. 76 CP no contempla las sentencias extranjeras. Si fuese otro el punto de partida llegaríamos a una conclusión absurda: la ley por la que se traspone la Decisión Marco lo que hace es suprimir la equivalencia de las sentencias foráneas, a los efectos del art. 76, solo cuando son sentencias de Estados Miembros de la Unión Europea, pues si son de otros países, respecto al art. 76, se mantendría la supuesta interpretación previa”¹⁷².

Esta interpretación plantea la cuestión de si actualmente las penas extranjeras que se cumplen en España en virtud de un convenio internacional o de la LRM pueden acumularse con otras españolas, posibilidad que, como se ha expuesto, fue aceptada anteriormente, en la STS 1129/2000 y STS 368/2013 relativas a penas impuestas en Tailandia y Andorra, respectivamente. En ambos casos, las penas se cumplieron en España en virtud del correspondiente convenio internacional.

La STS 178/2015 aclara esta cuestión razonando que es posible la acumulación siempre y cuando el penado cumpla la pena en España en virtud de un convenio internacional que establezca que la ejecución de la pena extranjera se regirá por la normativa española¹⁷³. Esta sentencia resulta clarificadora al afirmar lo siguiente:

“La atribución jurisdiccional para ejecutar esa sentencia en España proviene de otro Convenio, en este caso del Consejo de Europa (refiriéndose al CETPC). Como se observa, todas las resoluciones indicadas que permiten la acumulación, tienen en común que se trata de una acumulación de condenas en la que concurren condenas impuestas en España con condenas dictadas en el extranjero; en virtud de un Convenio internacional que determina su ejecución en España y la aplicación de la normativa española a esa ejecución (...) pues el artículo 76.2 CP (o el anterior 70.2a) CP/1973) y el artículo 988 LECrim, no permitan sin el complementario Convenio internacional que atribuya proyectar la normativa española a la ejecución de la sentencia extranjera, desplegar sus efectos sobre estas ejecutorias”¹⁷⁴.

En definitiva, lo que no contempla el artículo 76 CP son las sentencias dictadas y cumplidas en el extranjero, de manera que son acumulables únicamente sentencias nacionales o sentencias extranjeras que en virtud de mecanismos de cooperación internacional han de ser ejecutadas en España amoldándolas a nuestro sistema, sin asimilar a estos efectos las condenas cumplidas en otros países con sistemas diferentes¹⁷⁵.

Para las penas dictadas en otros Estados miembros de la UE transmitidas a España para su ejecución en virtud de la LRM, dispone su artículo 86.1, párrafo segundo:

¹⁷² STS 874/2014 del Pleno de la Sala de lo Penal, de 27 de enero de 2015, FJ 4º.

¹⁷³ Como señala el CETPC, cuyo artículo 9.3 dispone:
“El cumplimiento de la condena se regirá por la ley del Estado de cumplimiento y este Estado será el único competente para tomar todas las decisiones convenientes”.

¹⁷⁴ STS 178/2015, de 24 de marzo, FJ 1º.

¹⁷⁵ STS 48/2018, de 29 de enero, FJ 19º y STS 333/2016, de 20 de abril, FJ 18º.

“No obstante, los efectos de la resolución transmitida sobre las condenas dictadas por los Tribunales españoles, o sobre las resoluciones que, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fijen los límites de cumplimiento de condena, se determinarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 y la disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”.

Esto es, la posibilidad de acumular sentencias transmitidas a España para su ejecución se rige también por la LO 7/2014. Así, parece voluntad del legislador restringir una posibilidad que anteriormente había sido aceptada jurisprudencialmente: acumular penas extranjeras, en este caso dictadas en la UE, cuando se cumplen en España.

Este artículo es claramente menos favorable que la jurisprudencia anterior consolidada que sí permitía la acumulación de penas extranjeras cumplidas en España. Aunque la jurisprudencia no es fuente del derecho en nuestro ordenamiento jurídico, para el TEDH la noción de “Derecho” incluye tanto la legislación como la jurisprudencia¹⁷⁶ y se puede afirmar que antes de que la LRM introdujese esta norma, un penado podía tener la expectativa razonable y legítima de que se incluyesen en la acumulación penas dictadas en otro Estado miembro que se cumplían en España.

La cuestión que seguidamente debe plantearse es si el artículo 86.1 LRM resulta aplicable a las condenas impuestas por hechos cometidos antes de la entrada en vigor de esta ley.

A estos efectos resulta clarificadora la STS 873/2016 que, refiriéndose al artículo 86.1, párrafo segundo, de la LRM, establece:

“Es claro que su contenido afecta a la interpretación que haya de hacerse del artículo 76 del Código Penal en cuanto a determinar si incluye entre las condenas susceptibles de acumulación las impuestas por Tribunales extranjeros, y que resulta restrictivo y menos favorable que el entendimiento que de ese precepto venía haciéndose hasta ahora por la jurisprudencia, según se desprende de los precedentes antes citados. (...) Por lo tanto, dado que su aplicación incide sobre la determinación de la duración temporal de la pena privativa de libertad, su regulación de esos límites máximos está afectada por la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución y 7 del CEDH”¹⁷⁷.

Esta sentencia también aclara que, aunque la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo, establece en la Disposición transitoria primera que “será aplicable a las resoluciones que se transmitan por las autoridades competentes españolas o que se reciban por esas autoridades con posterioridad a su entrada en vigor, con independencia de que hubieran sido dictadas con anterioridad o de que se refieran a hechos anteriores a la misma” ello debe entenderse, teniendo en cuenta su tenor literal, su finalidad y, especialmente, la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución, referido al régimen procesal aplicable y no a cuestiones sustantivas como las relativas

¹⁷⁶ STEDH (Gran Sala) Asunto Cantoni c. Francia, de 15 de noviembre de 1996, STEDH (Sección 3ª), E.K. c. Turquía, de 7 de febrero de 2002, entre otras.

¹⁷⁷ STS 873/2016, de 21 de noviembre, FJ 1º.

a la determinación de los límites máximos de cumplimiento. En su fallo concluye que es posible la acumulación de una pena impuesta en Francia por hechos ocurridos en 2004, a pesar de que la transmisión de la sentencia a España se estaba tramitando por la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo.

CAPÍTULO VI

Conclusiones

– En cuanto a los **permisos de salida**:

1. En la TVR, si se da el factor “extranjería” puntuado en 1, 2 o 3, el riesgo de quebrantamiento será del 75% o superior con independencia de los demás factores. Sin embargo, este riesgo puede no ser realista, ya que atiende exclusivamente a la nacionalidad y la situación administrativa del sujeto, siendo un enfoque automático y parcial que no encaja con la naturaleza de los permisos de salida como instrumento de tratamiento ni con nuestro sistema penitenciario, basado en la individualización, pudiendo encontrarse el interno extranjero en una gran diversidad de situaciones. En cuanto a la tabla CCP se debe tener en cuenta que la misma recoge una serie de situaciones a valorar especialmente en la concesión de permisos sin que se haya podido demostrar estadísticamente que los internos en quienes concurren quebranten en un porcentaje mayor al resto de internos.
2. Considero necesaria una modificación de la TVR y la tabla CCP como instrumentos de predicción por su excesivo automatismo y la falta de estudios que avalen su fiabilidad. Además, desde su inclusión en la Instrucción 22/96 no han sido modificadas, con la salvedad de la incorporación de las dos circunstancias peculiares “existencia de resolución judicial o administrativa de expulsión” y “comisión de delitos de violencia de género”, introducidas por la Instrucción 1/2012 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre permisos de salida y salidas programadas. La modificación podría consistir en disminuir el riesgo asociado al factor extranjería de la TVR, para que no arrojase automáticamente un riesgo elevado de quebrantamiento, pues extranjería no es equivalente, necesariamente, a mayor riesgo de fuga. Por otro lado, la circunstancia peculiar “existencia de resolución judicial o administrativa de expulsión” conlleva un riesgo de automatismo, de manera que no se valore realmente el arraigo y circunstancias personales del interno.
3. Mientras sigan vigentes para los profesionales penitenciarios como están en la actualidad, sus resultados deben ser tomados en cuenta con cautela, completándose con un estudio individualizado en el que prime el arraigo, con el fin de evitar la tendencia, en ningún caso deseada por el legislador, de limitar las posibilidades del interno de acceder a un instrumento de tratamiento, como

son los permisos ordinarios de salida, exclusivamente por el hecho de ser extranjero.

4. El hecho de que se trate de un ciudadano comunitario o de un tercer país es relevante en el sentido de que, en caso de que el penado se fugue a otro país, la reclamación por parte de las autoridades judiciales españolas se hará por la vía de la orden europea de detención y entrega, si se encuentra en territorio de la Unión Europea, o por la vía de la extradición activa, en caso contrario. El primero, es un procedimiento más rápido, al permitir la comunicación directa entre las autoridades judiciales de los países de la UE, siendo un instrumento regulado de forma similar en el territorio comunitario que otorga más garantías de entrega de la persona condenada. El procedimiento de extradición activa es más lento, ya que la competencia para realizar la solicitud corresponde al Gobierno, y el hecho de que la persona requerida pueda o no ser extraditada dependerá de lo dispuesto en el tratado de extradición correspondiente o, en su defecto, del derecho escrito o consuetudinario vigente en el territorio a cuya nación se pida la extradición.
 - En cuanto al **trabajo penitenciario**, la posibilidad de conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de clasificación en tercer grado prevista en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 es coherente con la orientación a la resocialización que impregna todo nuestro sistema penitenciario. Sin embargo, su funcionalidad decae en muchas ocasiones al extinguirse la condena debido a la normativa de extranjería, tendente a la expulsión basada en el artículo 57.2 de la LOEx.
 - Con respecto a la **expulsión judicial**, ante una cuestión de casuística tan diversa, el artículo 89 CP obliga al órgano judicial a tener en cuenta las circunstancias de cada caso por lo que, con su actual regulación, no debería ser posible que en la práctica se produjeran expulsiones judiciales injustificadas, dadas las garantías que ofrece su apartado cuarto.

Este artículo genera, en mi opinión, cierta problemática con los ciudadanos comunitarios que solicitan la expulsión ya que, conforme al tenor literal del artículo 89 CP, solo sería posible su expulsión en casos excepcionales en los que en penado representa una amenaza grave. Buscando una mayor coherencia con el principio de igualdad y el estatuto jurídico del comunitario, que en ningún caso pretende perjudicarle frente a los extranjeros de terceros estados, podrían considerarse aplicables los apartados 1 y 2 del mencionado artículo a los comunitarios que soliciten la expulsión.

- Como conclusión en lo que se refiere a la **expulsión administrativa** prevista en el artículo 57.2 de la LOEx, considero necesaria una modificación del mismo, de forma que se obligue expresamente a las autoridades administrativas a tener en cuenta las circunstancias personales del extranjero antes de decretar una expulsión administrativa, y es que de poco sirven los esfuerzos tanto del penado extranjero como de la Administración Penitenciaria en aras de la reinserción si, a pesar de tener una buena evolución tratamental y presentar un pronóstico favorable de vida en libertad, se le expulsa a su país una vez extinguida la condena. En definitiva, es necesario que se elimine definitivamente la posibilidad de que la expulsión se acuerde de forma automática, de manera que se obligue a las au-

toridades administrativas a individualizar en cada caso, adaptando así la norma a la reiterada jurisprudencia existente en la materia.

- En cuanto a la **expulsión del artículo 57.7 LOEx**, por coherencia normativa, considero necesario adaptar su límite penológico a lo previsto en el artículo 89 CP, de forma que quepa autorizar la expulsión de imputados o procesados precisamente en los mismos supuestos en los que el extranjero podría, posteriormente, ser expulsado judicialmente en sentencia o auto.
- En cuanto al **traslado de personas condenadas**, la LRM presenta ciertas ventajas frente al CETPC ya que, en el ámbito de este último, no existen plazos para la tramitación de las solicitudes ni para ejecutar el traslado, ni obligatoriedad por parte del Estado de cumplimiento de aceptar el traslado de la persona condenada. En el ámbito de la LRM se establecen plazos de tramitación, los motivos de denegación son taxativos, y las comunicaciones se realizan directamente entre las autoridades judiciales y no gubernativas, como ocurre con el CETPC.
- Con respecto a la **libertad condicional de extranjeros**, el instrumento “libertad vigilada” regulado en la LRM permitiría en el ámbito de la UE que el JVP pudiera transmitir reglas de conducta a otro Estado miembro para su control. En el ámbito ajeno a la UE solo sería posible si está previsto en un convenio internacional.
- En cuanto a la **acumulación de penas dictadas en el extranjero**, cabe extraer las siguientes conclusiones:
 1. Cuando un penado cumple en España una pena extranjera, ya sea procedente de otro país de la UE o de un tercer estado, en aplicación del CETPC o de otro convenio internacional sobre el traslado de condenados que determine que la ejecución de la pena se realizará conforme a la normativa española, es acumulable con penas españolas siempre que, lógicamente, se cumpla el requisito de conexidad temporal para la aplicación del artículo 76 CP, exigido por la jurisprudencia.
 2. Cuando el traslado para cumplir una pena impuesta en otro Estado miembro de la UE se efectúa según las normas de la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo, hay que atender a la fecha de los hechos delictivos extranjeros, para determinar si resulta aplicable el artículo 86.1, párrafo segundo, de la misma, que excluye, prácticamente en todos los supuestos, la acumulación al remitirse al artículo 14 de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, teniendo en cuenta el principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable. Si los hechos son anteriores a la entrada en vigor de la LRM la pena impuesta en otro Estado miembro es acumulable con penas españolas.
 3. El artículo 86.1 LRM, al restringir la acumulación de penas europeas transmitidas a España para su ejecución es menos favorable para el penado que la interpretación jurisprudencial anterior. Dado que la pena transmitida se ejecuta conforme a la legislación española, no tiene justificación excluir este aspecto beneficioso para el penado, teniendo en cuenta la finalidad del instituto de la

acumulación jurídica, que consiste en evitar la prolongación excesiva de la pena de prisión. Además, no tiene sentido que otros penados que son trasladados a España en virtud de convenios internacionales sobre el traslado de condenados puedan beneficiarse de la inclusión de las penas extranjeras en la acumulación y los comunitarios no. Por ello, sería recomendable la derogación de dicha norma.

4. Conforme a la jurisprudencia actual las penas impuestas y cumplidas en el extranjero en ningún caso serán acumulables con penas españolas.

Tratándose de sentencias dictadas y cumplidas en otros estados miembros de la UE, para hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 7/2014 no se acumularán debido a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo. El único pronunciamiento favorable fue la STS186/2014, de 13 de marzo, que realizó una primera interpretación de la Decisión Marco 2008/675, revertida en la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, y posteriores. Cuando los hechos delictivos extranjeros son posteriores a la entrada en vigor de la LO 7/2014, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, el artículo 14.2.c) de la misma excluye la acumulación.

En el caso de sentencias dictadas y cumplidas en terceros estados, la jurisprudencia nunca ha admitido su acumulación con penas españolas, considerando que los artículos 76 CP y 988 LECrim no son aplicables a sentencias dictadas y ejecutadas en el extranjero.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*. Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016.
- BLITSA, Dimitra, GOULDIN, Lauryn P., JACOBS, James B., LARRAURI, Elena. “Criminal Records And Immigration: Comparing he United States And he European Union”. *Fordham International Law Journal*. Vol. 39. Issue 2. Págs. 205-244.
- CAMPOS HELLÍN, Rodrigo. “El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015”. *Boletín Criminológico*, nº 185, 2019, pp. 1-9.
- CLEMENTE DÍAZ, Miguel. *Validación y depuración de una tabla de variables de riesgo en el disfrute de permisos penitenciarios de salida*. Facultad de Psicología, Dep. Psicología Social en colaboración con la Subdirección General de Gestión Penitenciaria de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, Madrid, 1993.
- CONTRERAS ROMÁN, María. “La renuncia penal en favor de la expulsión administrativa. Análisis empírico de la aplicación del art. 57.7 de la Ley de Extranjería”, en *International E-journal of Criminal Sciences*, nº 13, 2019. Págs. 1-36.
- *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018. Texto refundido y depurado actualizado a mayo de 2018*. A Coruña. 2018.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L. “El trabajo de los internos en el Derecho penitenciario español”. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, 95/33, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, págs. 205-244.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual 2019*. Madrid, 2020.
- FÉREZ-MANGAS, David y ANDRÉS-PUEYO, Antonio. “Predicción y prevención del quebrantamiento de los permisos penitenciarios”. *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 13, 2015, págs. 7-28.

- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación. “Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica”. *Anuario de Filosofía del Derecho XI*, Valencia, 1994, págs. 141-157.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa. “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-07, 2016, págs. 1-31.
- LARRAURI, Elena. “Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes”, *InDret*, núm. 2/2016, pos. 1-29.
- LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”. *Diario La Ley*, nº 8579, Sección Doctrina, 9 de julio de 2015, Editorial LA LEY.
- LÓPEZ MUÑOZ, María J. “La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España”. *Revista Actualidad Penal*, nº 22. Semana del 26 de mayo al 1 de junio de 2003.
- LLORENTE DE PEDRO, Pedro Alejo. “Hacia un tratamiento penitenciario con perspectiva de género”. *Criminología en el ámbito penitenciario*. Cristóbal Luen-go (Coordinador). Editorial Delta. Madrid. 2019.
- MANZANARES SAMARIEGO, José L. *Cuestiones polémicas del Derecho Penal español del siglo XXI*. Reus editorial. Madrid. 2018.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja y GONZÁLEZ CANO, María I. “Aspectos procedimentales y penitenciarios del traslado de personas condenadas”. *XXI Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado y la Dirección del Servicio Jurídico del Estado*, Madrid, 2000, págs. 375-394.
- MINISTERIO DEL INTERIOR. SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Informe General 2019*. Madrid.
- MINISTERIO DEL INTERIOR. SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Jurisprudencia penitenciaria 2000-2015. Permisos Penitenciarios*. Madrid, 2016.
- MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther. “Las opciones repatriativas en el ordenamiento jurídico español para el extranjero infractor: factores a tener en cuenta por los profesionales del tratamiento y los operadores jurídicos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-22, págs. 1-33.
- NISTAL BURÓN, Javier. *La condición de extranjero en el sistema penitenciario español*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.
- NISTAL BURÓN, Javier. “La libertad condicional de los penados extranjeros. El cumplimiento en su país de residencia cuando ha sido concedida en España”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 48 (mayo - agosto), 2018, págs. 1-14.
- OLESTI RAYO, Andreu. “El Espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras de los Estados miembros de la Unión Europea”. *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, nº 15, 2012, págs. 44-84.

- ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel L. “Prisión, Extranjería, Reeduación y Reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles”. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional). *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº 16. Ed. Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, 2008.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, Natividad. “Las autorizaciones judiciales para la materialización de expulsiones administrativas del artículo 57.7 LOEX”. *Diario La Ley*, nº 9001, Sección Tribuna, 15 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, Natividad. “Jurisdicción Penal y Medidas Repatriativas de extranjería”. *Diario La Ley*, nº 8984, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- 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, págs. 07:1- 07:42.
- RECIO JUÁREZ, Matías. “Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal”. *Diario La Ley*, nº 8602, Sección Doctrina, 10 de septiembre de 2015, Ref. D-326, Editorial LA LEY.
- ROVIRA, Martí, LARRAURI, Elena y ALARCÓN, Pau. “La concesión de permisos penitenciarios”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), nº 20, 2018, págs. 1-26.
- SOLAR CALVO, Puerto. “Extranjeros en prisión y jurisprudencia europea. La necesaria revisión de la TVR penitenciaria”. *Revista CEFLegal*, nº 222, julio 2019, págs. 77-106.
- SOLAR CALVO, Puerto. “Perspectivas europeas ante la inmigración ilegal”. *Revista Aranzadi Unión Europea*, 11. Noviembre 2015.
- TAJADURA TEJADA, Javier. “Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, nº 8, 2004, págs. 875-908.
- VECINA CIFUENTES, Javier y VICENTE BALLESTEROS, Tomás. “Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español”, en *Derecho & Sociedad* nº 50, 2018, págs. 307-323.

ANEXOS

ANEXO I: NORMATIVA

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.
- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
- Real Decreto 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 Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Normativa de la Unión Europea:

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Tratado de la Unión Europea.
- Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.
- 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 las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión.
- Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.
- Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.
- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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.
- Reglamento (CE) nº 562/2006 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).
- Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

Normativa internacional:

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.
- Convenio Europeo para el Traslado de Personas Condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983.
- Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985.
- Convenio entre España y Ecuador para el cumplimiento de condenas penales, de 25 de agosto de 1995.
- Protocolo Adicional al Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, hecho en Estrasburgo el 18 de diciembre de 1997.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.
- Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, de 11 de enero de 2006.
- Tratado entre el Reino de España y la República Argentina sobre traslado de condenados, hecho en Buenos Aires el 29 de octubre de 1987.

ANEXO II: INSTRUCCIONES, CIRCULARES Y ACUERDOS

- Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 por el que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales por parte de los internos extranjeros en los talleres productivos de los centros penitenciarios y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional.
- Acuerdo de 28 de noviembre de 2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que modifica el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.
- Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016.
- Circular 3/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.
- Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, de la Fiscalía General del Estado sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España de la Fiscalía General del Estado.
- Circular 3/2015, de 22 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.
- Circular 7/2015, de 17 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la LO 1/2015.
- Instrucción 1/2012 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre permisos de salida y salidas programadas.
- Instrucción 3/2019 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre normas generales sobre internos extranjeros.

ANEXO III: JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES JUDICIALES

1. SENTENCIAS

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 16 de junio de 2005, C-105/03, Caso Pupino.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 23 de noviembre de 2010, C-145/09, Caso Tsakouridis.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 17 de noviembre de 2011, C-430/10, Caso Gaydarov.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 22 de mayo de 2012, C-348/09.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2016, C-304/2014.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2016, C-165/14.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 10 de mayo de 2017, C-133/15.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava), de 7 de diciembre de 2017, C-636/16, Caso López Pastuzano.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 8 de mayo de 2018, C-82/16.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Asunto Cantoni c. Francia, de 15 de noviembre de 1996.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Asunto E.K. c. Turquía, de 7 de febrero de 2002.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Asunto Slivenko c. Letonia, de 9 de octubre de 2003.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª). Asunto Aoulmi c. Francia, de 17 de enero de 2006.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Asunto Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Asunto Arróz-pide Sarasola y otros c. España, de 23 de octubre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Asunto Saber y Boughassal c. España, de 18 de diciembre de 2018.

Tribunal Constitucional:

- STC 107/1984, de 23 de noviembre.
- STC 99/1985, de 30 de septiembre.
- STC 65/1986, de 22 de mayo.
- STC 114/1987, de 6 de julio.
- STC 115/1987, de 7 de julio.
- STC 128/1987, de 16 de julio.
- STC 209/1988, de 10 de noviembre.
- STC 19/1989, de 31 de enero.
- STC 172/1989, de 19 de octubre.
- STC 112/1996 de 24 de junio.
- STC 46/1999, de 22 de marzo.
- STC 24/2000, de 31 de enero.
- STC 140/2009, de 17 de julio.
- STC 116/2010, de 24 de noviembre.
- STC 186/2013, de 4 de noviembre.
- STC 131/2016, de 18 de julio.
- STC 91/2019, de 3 de julio.

Tribunal Supremo:

- STS 1129/2000, de 27 de junio.
- STS 1159/2000, de 30 de junio.
- STS 1376/2001, de 11 de julio.
- STS 2117/2002, de 18 de diciembre.
- STS 926/2005 de 30 de junio.
- STS 1010/2005, de 12 de septiembre.
- STS 472/2009, de 7 de mayo.
- STS 4259/2010, de 1 de junio.
- STS 368/2013, de 17 de abril.
- STS 5314/2013, de 17 de octubre.
- STS 186/2014, de 13 de marzo.
- STS 742/2014, de 13 de noviembre.

- STS 874/2014 de 27 de enero de 2015.
- STS 178/2015, de 24 de marzo.
- STS 235/2015, de 23 de abril.
- STS 333/2016, de 20 de abril.
- STS 873/2016, de 21 de noviembre.
- STS 15/2017 de 10 de enero.
- STS 95/2017, de 16 de febrero.
- STS 48/2018, de 29 de enero.
- STS 164/2018, de 6 de abril.
- STS 893/2018, de 31 de mayo.
- STS 321/2020, de 4 de marzo.

2. OTRAS RESOLUCIONES

- Auto nº 279/2012 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª), de 10 de mayo de 2012.
- Auto 155/2016 del Tribunal Constitucional (Pleno), de 20 de septiembre de 2016.
- Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª), procedimiento de condena en el extranjero 40/2017, de 2 de noviembre de 2018.
- Auto nº 41/2017 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Galicia, de 24 de mayo de 2018.
- Auto nº 723/2020 de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª), de 10 de diciembre de 2020.

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas
