

PROCOLOS DE ACTUACIÓN LETRADA

Se publican los protocolos de actuación letrada en distintos ámbitos profesionales que, como podrán comprobar, son de una extraordinaria utilidad para el trabajo diario de todos los abogados.

Ya la abogacía había contado con otros protocolos que también cubrieron un papel práctico esencial y han sido un gran apoyo al trabajo de los abogados. Sin embargo, los continuos cambios legislativos experimentados en los últimos años, hacían necesario la elaboración de unos nuevos protocolos. Para ello, un grupo de abogados y abogadas, han realizado con gran esfuerzo y dedicación el trabajo que ahora se presenta.

Los abogados que forma parte de la Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional del Consejo General de la Abogacía Española, los que integran los grupos y las comisiones de extranjería de los distintos Colegios, y todos los que se dedican en su trabajo a la defensa en este ámbito de la extranjería y protección internacional, se caracterizan por su entrega y compromiso diario en la defensa de las personas más necesitadas de protección, y por su constante compromiso con la defensa de los Derechos Humanos. Por eso son un orgullo y un ejemplo para toda la abogacía española.

Este trabajo realizado por parte de estos abogados y abogadas, será de gran utilidad para todos. A ellos nuestro agradecimiento.¹

Blas Jesús Imbroda Ortiz
Presidente de la Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional del Consejo General de la Abogacía Española.

¹ Han intervenido en la redacción: D^a. Sandra Ballester, D. Marcelo Belgrano, D^a. Ángeles Blanco, D^a. Teresa Díaz, D^a. Angelina Ferrándiz, D^a. Celia Garzón, D. Hipólito V. Granero, D^a. Rebeca Lino, D. Modesto Martínez, D. Vladimir E. Núñez, D^a. Sonia Ortuño, D. Carlos Rolín, D^a. Pilar Serrano, D. Francisco Solans y D. Antonio Zapata.

PROTOSCOLOS DE ACTUACION LETRADA

1. PROTOSCOLOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA.

1.1 DENEGACIONES DE ENTRADA:

1.1.1 PUESTOS FRONTERIZOS HABILITADOS

1.1.2 ENTRADAS MASIVAS.

1.2.2.1 TERRESTRES

1.2.2.2 MARÍTIMAS

1.1.3 DEVOLUCIONES

1.2 PROCEDIMIENTO PREFERENTE

1.3 PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ORDINARIO.

1.4 MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO: ASISTENCIA LETRADA AL EXTRANJERO DESDE LA DETENCIÓN HASTA EL INTERNAMIENTO EN C.I.E.

1.5 LA ASISTENCIA EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO.

1.6. EXPULSIÓN EXPRES (72 Horas).

1.7. EL ARTÍCULO 57.2 LOEX.

1.8 CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

2. PROTOSCOLOS EN MATERIA PENAL.

2.1 JUICIOS RÁPIDOS.

2.2 IDENTIFICACION DEL EXTRANJERO EN LA CALLE Y HABEAS CORPUS.

2.3 DEFENSA ENTRE INCOACIÓY Y VISTA.

2.4 ARTÍCULO 89 Y 108 CP. EXTRANJEROS CONDENADOS A PENAS DE PRISION. EXPULSIÓN JUDICIAL.

2.5 ARTÍCULOS 318. Bis y 177.bis CP EN RELACIÓY CON EL ARTÍCULO 59 LOEX.

3. EXTRANJEROS EN PRISION

4. MENORES NO ACOMPAÑADOS

1. PROTOCOLOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA.

1.1 DENEGACIÓN DE ENTRADAS Y DEVOLUCIONES

1.1.1 DENEGACIONES DE ENTRADA EN PUESTOS FRONTERIZOS.

La entrada al territorio español por un ciudadano extranjero está condicionada al cumplimiento de los requisitos del artículo 25 de la LOEX, su incumplimiento conlleva la denegación de entrada pretendida de conformidad con el artículo 26.2 LOEX, en relación con el artículo 15 del RD 557/2011, de 20 de abril.

Independientemente de que el presente protocolo se haya redactado teniendo presente la actuación letrada en Madrid, la actuación letrada expuesta es la misma que ha de seguirse en cualquier asistencia en puesto fronterizo habilitado.

1- EL TURNO DE ASISTENCIA DE BARAJAS.-

El Turno de Extranjería es específico dentro de la materia contencioso-administrativa y el acceso al mismo exige, además de los requisitos generales mínimos para el acceso a turno de oficio (curso de práctica jurídica y 3 años de antigüedad en el ejercicio de la profesión), el cumplimiento de los siguientes:

- Cinco años de antigüedad en el ejercicio de la profesión
- Curso específico en materia de extranjería (30 horas)

El Turno de Extranjería está organizado con un servicio de guardia de 24 horas (22 h. a 22 h. del día siguiente) durante las cuales los Letrados que cada día prestan el mismo (19 de lunes a viernes, y 16 los fines de semana) han de estar localizables y disponibles para acudir a prestar la asistencia donde fueren requeridos.

El Colegio asigna a cada Letrado las asistencias a realizar facilitando por lo general nombre y apellidos de la persona que ha de atender y lugar donde debe prestarse la asistencia. Una vez finalizada cada asistencia el Letrado debe informar de ello al servicio colegial, quedando disponible para nuevas asignaciones.

A cada Abogado que se encuentra de guardia se le asignan un máximo de seis asistencias.

2- ASISTENCIAS EN FRONTERA (RECHAZOS).

En este supuesto las asistencias se prestan en la comisaría del aeropuerto de Madrid-Barajas, tanto en la terminal 1, como en la terminal 4.

El Letrado es avisado por el servicio colegial debiendo personarse a la hora indicada y realizar un máximo de 6 asistencias.

En el momento previo de su asistencia el Letrado conocerá los datos y nombres de las personas a asistir para así poder ejercer el derecho de entrevistarse con ellos en forma previa a la entrevista/declaración policial

3- ACTUACION DEL LETRADO.-

1.- Entrevistarse con el pasajero antes de la toma de manifestaciones por el funcionario policial, e informarle de los motivos por los que no se le ha permitido aún su entrada en territorio español, de los hechos y causas legales.

2.- Tomar vista e instruirse del expediente iniciado.

3.- Estar presente y asistir al ciudadano en la entrevista que se realice por funcionario policial, participando activamente en la misma.

4.- Recabar copia de la resolución que se dicte e informar al interesado de modo comprensible de los términos de la misma y de los recursos que cabe interponer frente a aquella.

5.- Informar sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita y facilitarle los impresos correspondientes. De interesarlo el extranjero, ayudarle en su cumplimentación, así como indicarle que ha de acreditar, si fuere requerido para ello, sus circunstancias económicas.

6.- Para el supuesto de que el extranjero solicite el derecho a la asistencia jurídica gratuita, para la interposición de recursos, el Letrado deberá solicitar de aquél el preceptivo apoderamiento que el ciudadano efectuará de manera fehaciente a favor del profesional a presencia policial, cumplimentando a tal efecto el documento correspondiente que contendrá el mandato expreso de representación, bien en modelo que extenderá la propia autoridad de frontera o el ICAM.

7.- Facilitar el Abogado al extranjero sus datos de contacto, preferentemente correo electrónico o fax, a fin de pueda estar informado del estado de tramitación de los recursos. Igualmente facilitará un correo electrónico del Colegio de Abogados a efectos de facilitar el contacto entre aquel y el profesional designado.

Si el interesado no hace manifestación expresa de su intención de recurrir y no apodera suficientemente al Abogado para su interposición o no cumplimenta debidamente la solicitud de asistencia jurídica gratuita y remite la documentación que en su caso le sea requerida, el Abogado no continuará su actuación.

De cumplimentarse todo lo expuesto por el interesado, desde el Colegio se efectuará la designación de turno de oficio, que recaerá en el mismo profesional que prestó la asistencia inicial.

- En caso que por cualquier motivo la devolución esté prevista más allá de las 72 horas de su llegada o el retorno no puede llevarse a cabo dentro de las 72 horas desde la llegada, el Letrado que asistió al extranjero en la primera entrevista vendrá obligado a continuar la asistencia jurídica ante el Juzgado de Instrucción ante el que sea propuesto el internamiento en el C.I.E. previsto en el art. 58.6 LOEX (para las devoluciones) y en el art. 60.1 LOEX (para las denegaciones de entrada).

8.- Si el viajero ha manifestado su intención de recurrir, y el caso (a juicio profesional del Letrado) es lo bastante evidente o la situación merece una actuación urgente -por ejemplo, presencia de menores retenidos, caso de residentes legales, o familiares directos de comunitarios o residentes-, el Letrado que asiste vendrá obligado a interponer los recursos que sean pertinentes y necesarios (recurso administrativos y/o juicio contencioso administrativo con medidas cautelares y cautelares urgentes, bien ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo y/o el Juzgado de Instrucción, e incluso recursos de habeas corpus), haciendo saber que, cada uno de estos casos, siempre generará designa colegial su actuación.

1.1.2 DENEGACIONES DE ENTRADA MASIVAS

1.1.2.1. TERRESTRES (SALTO DE LAS VALLAS FRONTERIZAS DE CEUTA Y MELILLA)

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.-

Desde el Consejo General de la Abogacía Española hemos mostrado nuestra preocupación por la sucesión de acontecimientos, alguno de ellos con un resultado trágico, como los ocurridos el 16 de febrero del año 2014, que se vienen repitiendo en las vallas que se sitúan en la línea fronteriza de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Es por ello que hemos tenido a bien elaborar la presente propuesta, entendiendo que esta propuesta está inspirada por el texto legal, si bien en el contexto histórico y político en el que nos encontramos.

Así,

Considerando:

- Que se está estudiando la viabilidad de una única policía europea de fronteras, en el marco de FRONTEX.

- La idiosincrasia especial ~~de las fronteras de Ceuta y Melilla~~, que aún estando excluidas del territorio Schengen por su especial status, son plenamente parte del territorio del Estado español y en los que, por tanto, es de aplicación el acervo normativo de la Unión Europea,
- La obligación de todos -Administración en su conjunto, con especial significación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, Órganos Jurisdiccionales, Abogados, inmigrantes, etc.-, de acatar y cumplir las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto,
- La responsabilidad encomendada a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en la salvaguarda de las fronteras, y el papel garante de la Abogacía asistiendo por imperativo legal a aquellos quiénes accedan a territorio nacional por puestos no habilitados –cuál es el supuesto de los saltos de las vallas perimetrales de Ceuta y Melilla-, y la conjunta actuación que aquéllos y ésta deben llegar a cabo por facilitar un cumplimiento responsable y ágil de la legislación vigente, sin dejar de lado la observancia de los derechos individuales de las personas.
- El respeto a los Derechos Humanos como interés superior del Estado,
- La necesidad de contener los flujos migratorios que se realizan al margen del ordenamiento jurídico, y la necesidad de impedir la eficacia que puedan llegar a alcanzar las organizaciones de tráfico de personas que pudieren recomendar a sus víctimas la entrada irregular como más efectiva.
- Que el presente protocolo tiene por objeto indicar las actuaciones concretas a desarrollar de forma coordinada por cada uno de los actores en aquellos supuestos en que, de forma conjunta o individual, se produzca la entrada irregular de una persona en territorio español mediante el traspaso de la línea fronteriza de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, delimitadas y coincidentes con la valla exterior de las mismas.
- Que es responsabilidad de la Guardia Civil, conforme se establece en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la vigilancia del exterior de la frontera, la contención de quienes se acerquen a la misma con la clara intención de traspasarla en contra de lo establecido en nuestras leyes, y la detención de las personas que, pese a esa contención, consigan a pesar de todo realizar tal traspaso físico de la línea fronteriza.

Teniendo en cuenta la **Disposición final primera de la Ley de Seguridad Ciudadana 4/2015, fija un régimen especial de Ceuta y Melilla, ampliando la LOEX 4/00:**

“1. Se adiciona una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción:

~~«Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla.~~

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.»

Considerando que, cuando alguna persona consiga traspasar la valla exterior del perímetro fronterizo, y por tanto, haya penetrado físicamente con todo su cuerpo en territorio nacional, los agentes de la Guardia Civil procederán a su detención a los efectos de proceder a su identificación, de conformidad a lo que establece actualmente la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana en su artículo 16. Tras practicar la detención, para lo que evitarán la utilización de la fuerza física, los agentes de la Guardia Civil actuantes pondrán en conocimiento inmediato de la autoridad gubernativa a través de la Jefatura Superior de Policía, comunicando el lugar exacto de la frontera en el que se haya producido la interceptación a los efectos pertinentes legales.

En este sentido y al prestar la debida asistencia los letrados han de tener en cuenta:

- ASISTENCIA MÉDICA.- Las personas migrantes, de ser necesario por detectarse heridas o lesiones, serán con carácter urgente trasladadas a los efectos de recibir la asistencia médica precisa.
- ASISTENCIA HUMANITARIA Y TRASLADO A CETI.- Previo a cualquier actuación, las personas migrantes recibirán las atenciones humanitarias básicas de las que pudiesen necesitar, siendo trasladadas para ello al Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes.
- IDENTIFICACIÓN.- Los funcionarios de policía procederán inmediatamente a la identificación, filiación y reseña de los inmigrantes previo a las actuaciones relacionadas con la propia entrada irregular.

2.- LA ASISTENCIA LETRADA.

Una vez en dependencias policiales, se procederá a informar al detenido de los derechos que le asisten, en especial en materia de protección internacional, para lo que se contactará con el colegio de abogados, su sección de guardia de extranjería a los efectos de que sin dilación al abogado que se encuentre de guardia de turno de oficio, pueda asistirle y asumir la defensa de los intereses y derechos del detenido prestándole el asesoramiento necesario.

En cuanto el abogado se persone en las dependencias policiales, se le facilitará el acceso al detenido para su entrevista previa y reservada, si es necesario asistido por el intérprete.

En esa entrevista con información de derechos, se informará de manera clara e inteligible respecto a la posibilidad de solicitud de protección internacional y derecho de asilo que podrá solicitarse en ese mismo momento.

Se prestará especial atención a la inclusión o no de los migrantes en alguno de los colectivos vulnerables, (víctima de trata, menor edad).

El abogado podrá reflejar la expresión de las circunstancias que haga su representado defendido, tanto si son las previstas como exención de responsabilidad, como si no, tras lo que el expediente continuará conforme a lo establecido.

La Policía una vez identificado el extranjero preparará los documentos necesarios para sustanciar un expediente de devolución, según los supuestos previstos en el artículo 58.3 de la LOEX. Dicho expediente constará de los documentos de identificación que se puedan haber diligenciado por los agentes y de la constatación de las circunstancias de la detención, con reseña de los agentes de la Guardia Civil que practicaron la detención, los agentes de la Policía Nacional encargados del traslado a las dependencias policiales, horas y minutos de cada una de las actuaciones, y constatación de que la detención se ha operado debido a la práctica de una entrada en territorio español por puesto fronterizo no habilitado.

Asimismo se indagará qué idioma es el suficiente para entenderse con el detenido, a los efectos de requerir la presencia de un intérprete oficial de dicho idioma.

En la propuesta de devolución ~~que se incoe constará expresamente~~ el nombre completo del letrado que haya asistido y su número de colegiado quien facilitará al migrante sus datos profesionales, a los efectos de poder contactar con el letrado.

Del expediente se dará traslado, de forma que permita una transmisión inmediata, a la Delegación del Gobierno, la que, en atención a las circunstancias reseñadas, deberá adoptar la decisión oportuna en Derecho, conforme a los parámetros que siguen:

.- Si se expresaran motivos indiciarios de ser el detenido un posible solicitante de protección internacional, se procederá a la implementación del procedimiento de recepción de su solicitud mediante la modalidad “en frontera” prevista en la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y protección internacional, para lo que el extranjero seguirá contando con la asistencia del mismo letrado que hasta ese momento le acompaña, el cual se encargará de asistirle en la entrevista, y activar los oportunos recursos o mecanismos para la defensa de su solicitud.

.- Si se expresaran motivos indiciarios de ser el detenido víctima de un posible delito de trata de seres humanos, se procederá a la implementación del procedimiento previsto en el artículo 59.bis de la LOEX.

.- Si se apreciara motivos indiciarios de ser el detenido menor de edad, se procederá a comunicarlo inmediatamente a la Fiscalía de Menores, que se encargará de desplegar el proceso necesario para la determinación de la edad del detenido –siempre y cuando el mismo no acredite dicha edad con documentos que porte procedentes de su país de origen– y se actuará en consecuencia.

.- Si se apreciara cualquier otra causa que aconsejara permitir la entrada por razones humanitarias del detenido, así se hará, previa la oportuna entrega al mismo de la documentación acreditativa de su situación.

Si la Delegación del Gobierno aprecia que no concurre ninguna de estas causas de exención de responsabilidad administrativa, procederá a dictar, previa cumplimentación de los trámites legalmente previstos, una resolución de devolución que se notificará al detenido y a su abogado, con la debida indicación del día, hora, motivación, y la posibilidad de interponer los recursos legalmente previstos. Dicha resolución es ejecutiva desde el momento en que se notifica, por lo que se comenzarán los trámites para la ejecución de dicha devolución, si bien, en caso de que el abogado exprese su intención de proceder a un recurso jurisdiccional inmediato, se retrasará un mínimo de 24 horas para que pueda dirigirse a la autoridad

jurisdiccional competente, ~~aunque sin llegar a alcanzar las 72 horas~~, en cuyo caso se procederá según el apartado 9 siguiente.

De conformidad con el artículo 23 del R.D. 557/2011, y tras la adopción de la resolución de devolución y su notificación, ello conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible.

3.- ESTANCIA CETI.-

La estancia en el CETI no podrá durar más de tres meses, tiempo este considerado suficiente para la realización de los trámites y por tratarse de un centro para estancias temporales.

En el momento en que pueda procederse a la ejecución de la devolución, se procederá a acompañar y conducir, si fuera necesario con la utilización de la mínima fuerza necesaria, por parte de los efectivos de la Policía Nacional, al puesto fronterizo habilitado más cercano u operativo al lugar donde se encuentre el detenido, y allí será puesto en libertad al otro lado del puesto fronterizo, en el territorio del Estado de donde procede.

PROTOCOLO DE ATENCIÓN MÉDICA

Se contempla de manera expresa que durante la estancia temporal en CETI el usuario reciba la atención médica que se prevé en el protocolo que se viene aplicando para la detección de enfermedades infecto-contagiosas.

De ahí que puedan utilizarse, si así lo creyesen oportuno, por parte de los letrados medidas de seguridad e higiene como recomendación general.

1.1.2.2. MARÍTIMA

Nos referimos en el presente apartado a los supuestos en que se produce una entrada masiva de inmigrantes por vía marítima, en la que se debe atender, en un corto período de tiempo, a una gran cantidad de inmigrantes que son detenidos intentando entrar ilegalmente en el país, según terminología utilizada en la Ley Orgánica de Extranjería.

La actuación del Colegio de Abogados que tenga adscrito el servicio debe ser rápida, y adaptarse al momento de crisis en el que nos encontramos. Para ello es fundamental una coordinación y comunicación fluida entre las fuerzas policiales y el Colegio de Abogados.

Con carácter previo a la ~~asistencia letrada, se deberá velar por~~ la seguridad sanitaria de los abogados que prestan el servicio, facilitándoles por parte de las autoridades actuantes mascararas protectoras y guantes.

Dado que los extranjeros detenidos en estas situaciones deben ser objeto de un procedimiento de devolución, previsto en el artículo 58 de la LOEX y 23 del Real Decreto 557/2011, nos remitimos a lo expuesto en el protocolo de actuación general de devoluciones del apartado siguiente. No obstante, debido a las especiales circunstancias que se dan en estas entradas masivas de extranjeros, debemos hacer una serie de consideraciones:

- En relación a la facilitación de los datos del abogado al extranjero, coincidimos con la gran importancia de facilitarle una tarjeta con sus datos, o bien su nombre y teléfono.
- También es de gran importancia que el abogado, en la entrevista personal con el extranjero, y asistido por el intérprete suficiente, obtenga los datos de su defendido para contactar con él en su país de origen, o con algún familiar que ya se encuentre en España, al objeto de poder continuar las posteriores fases de su defensa, incluida la obtención de un poder para actuar ante la jurisdicción contencioso administrativa, y la comunicación del resultado del procedimiento.
- Se deberá facilitar por parte de la policía un espacio adecuado para entrevistarse con los extranjeros, de forma individualizada, con carácter previo a la primera asistencia. Esta entrevista se realizará intentando perturbar lo mínimo posible la actuación de las fuerzas policiales en estos momentos de crisis. Debido a lo especial de esta situación, esta entrevista se debería concretar en:

1.- Comprobar que no ha habido error sobre el país de origen del extranjero que conste en el expediente. Si se trata de un país de riesgo, o al que preveamos que no va a poder ser repatriado, se indagará sobre el modo de acreditar documentalmente este extremo, para poder aportarlo en el procedimiento de internamiento.

2.- Comprobar que el extranjero no sea menor de edad. En estos casos, se deberá indicar con carácter previo a la asistencia a las fuerzas policiales este dato, para que se active el protocolo de protección de MENAS (menores extranjeros no acompañados).

3.- Comprobar que no se trate de mujeres embarazadas, ni de personas enfermas, cuya devolución pueda suponer un riesgo para su salud.

4.- Una somera indagación previa de motivos por los que se ha iniciado la inmigración, a los efectos de poder detectar ya algún indicio de que estemos ante un posible solicitante de asilo. Estos extremos se deberán de poner de manifiesto en la asistencia que se deberá realizar

a continuación, para que ~~se hagan constar en el acta y para que~~ por las fuerzas policiales se activen los protocolos de protección de estos extranjeros, así como que se proceda a la suspensión del procedimiento de devolución.

5.- Se comprobará en todos los casos que no ha transcurrido el plazo máximo de detención, que se computará desde el momento de la recogida del extranjero en la embarcación o la detención en tierra, si hubiera sido detenido ya desembarcando. De haber transcurrido este plazo, se iniciará un procedimiento de “habeas corpus”.

6.- El artículo 58.6 de la LOEX permite solicitar la medida de internamiento del extranjero prevista para los expedientes de expulsión cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas. Nos remitimos al protocolo general en relación a los internamientos en CIE, si bien, dadas las especiales circunstancias que se dan en estas entradas masivas de extranjeros, debemos hacer una serie de consideraciones:

6.1.- Es en este momento previo a la vista del internamiento cuando se debería tener una entrevista más amplia con el extranjero, en aras a detectar si nos pudiéramos encontrar ante un posible solicitante de asilo. Con anterioridad a esta entrevista, el letrado debería informarse sobre la situación en el país de origen del extranjero y obtener informes sobre el particular, para su aportación en la vista del internamiento.

6.2.- La Circular de la Dirección General de la Policía 6/2014 indica cuales son los criterios para solicitar el ingreso de los ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento, por lo que sería muy conveniente aportar dicha Circular en el acta de internamiento. Esta Circular establece, entre otros criterios, los siguientes que podrían ser de mucha utilidad en los casos de entrada masiva de inmigrantes, en concreto la Instrucción Primera 2, que trata sobre la posibilidad real de ejecutarse la repatriación, indicándosele a los policías actuantes que realicen una valoración sobre la viabilidad real de la materialización de la expulsión, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: a) si el expedientado está provisto de documento de viaje o pasaporte; b) si se trata de un nacional de un país que tiene o no representación diplomática en España; c) si se trata de un nacional que no será documentado por las autoridades de su país; d) si es nacional de un país que, aunque lo documente, es factible que transcurra el plazo de 60 días máximo de internamiento (debe evitarse de esta manera lo ocurrido en algunos casos de entrada masiva de inmigrantes en que no se materializó prácticamente ninguna repatriación de entre los cientos de internamientos acordados). El internamiento es una medida cautelar para garantizar la ejecución de la devolución del extranjero, y deja de tener sentido cuando se prevé que no podrá materializarse, por lo que no debería de privarse de libertad a nadie sin las debidas garantías

de que esa devolución va a poder llevarse a cabo, y esto debe ponerse en conocimiento del Juez que vaya a autorizar el internamiento.

6.3.- Esta misma Circular, en su Instrucción Segunda, establece que se realice por el instructor una consulta a ACNUR sobre la situación existente en el país al que el extranjero va a ser repatriado, por lo que se abre la posibilidad de alegación en este sentido en el acta de internamiento, aportando documentación al respecto. Es muy importante no sólo acreditar la situación del país del que el extranjero es nacional, sino también la veracidad de esta nacionalidad, para lo que se deberá aportar pruebas sobre este particular, de haberse podido localizar.

6.4.- En los supuestos de extranjeros que han alegado ser menores de edad y tras la realización de la prueba de determinación de edad se solicite su internamiento por dar como resultado la mayoría de edad, hay que volver a alegar el dato de la minoría de edad, ya que se prohíbe el internamiento de menores. Se debe comprobar con carácter previo a la declaración para el internamiento que el decreto de determinación de edad del Ministerio Fiscal sea correcto, ya que actualmente se utilizan pruebas oseométricas muy falibles y poco recomendables (véase el Informe del Defensor del Pueblo acerca de la determinación de la edad de los MENAS ¿Menores o adultos? Procedimientos de determinación de la edad. Defensor del Pueblo, 2012). Hay que comprobar que las pruebas de determinación de edad son suficientes y se han realizado correctamente, y alegar la insuficiencia de las mismas para la determinación, sin duda alguna, de que el extranjero no es menor de edad si no se han realizado varias pruebas, no sólo una, y se dé en todas ellas una horquilla de edad en la que no debe entrar la minoría de edad, teniéndose en consideración además la raza del extranjero, pruebas todas ellas de conformidad con el informe citado del Defensor del Pueblo. Siempre que se pudiera recabar documentación acreditativa de la edad, esta deberá tenerse en cuenta por encima de las pruebas de determinación.

7.- Si se dictara auto de internamiento, contra el mismo proceden los recursos habituales contra los Autos dictados por el Juez de Instrucción: el recurso de reforma y el de apelación, que se interpondrán con aquellos argumentos que cada letrado considere procedentes, teniendo en cuenta todo lo previsto en el presente protocolo.

8.- Se vigilará – y en caso de que el auto de internamiento no lo prevea expresamente, se hará constar en el recurso la petición de que la nueva resolución subsane dicho defecto -- que el plazo de máximo de internamiento empiece a contarse desde el momento en que el extranjero es detenido, toda vez que desde ese momento se está privado de libertad, y por analogía con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativo al plazo máximo de prisión preventiva y del cómputo en ésta del tiempo de detención en comisaría.

9.- El abogado ~~debe tener muy presente el plazo~~ máximo de duración del internamiento, 60 días, o el indispensable para la ejecución de la expulsión, de forma que en el momento en que se constate que la expulsión no podrá llevarse a cabo en dicho plazo, se ponga de manifiesto al Juez de Instrucción para que levante el internamiento. Para ello, se solicitará al Juez que pida información a la policía sobre cómo van los trámites para ejecutar la repatriación, y esperar a que se informe, o no, por parte de la policía, instándole al Juez que, al constatar que pudiera ser previsible que no se pueda ejecutar en plazo la repatriación ésta deja de tener sentido y debe procederse a la inmediata puesta en libertad del detenido: no es más que un gasto inútil para el erario público y, lo más grave, una privación de libertad innecesaria.

1.1.3 DEVOLUCIONES

1.- NOVEDADES EN MATERIA DE DEVOLUCIONES

De las modificaciones introducidas en materia de devoluciones en la nueva redacción del articulado de la LOEX 2/2009 de 11 de diciembre y Real Decreto 557/2011 destacan:

- La sustitución del término “asilo” por “protección internacional”.
- Se ha añadido un nuevo supuesto de suspensión de la ejecución de las resoluciones de devolución en el caso de personas enfermas o cuando la medida pueda causar un riesgo para la salud, que completa al ya previsto de mujeres embarazadas, cuando suponga un riesgo para la gestación.
- Se regulan los plazos y el cómputo de la prescripción de las resoluciones de devolución, previéndose un plazo de 5 años para los supuestos de extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada, y otro de 2 años para los supuestos de extranjeros que pretendan entrar irregularmente y fueren interceptados en frontera o sus inmediaciones.
- Finalmente, como novedad se prevé el supuesto de revocación de las resoluciones de devolución en los casos de tramitación de autorizaciones por circunstancias excepcionales, siempre que la devolución no haya sido ejecutada.

No podemos obviar la modificación introducida por la Disposición Final 1ª de la L.O 4/2015, de 30 de marzo, de Seguridad Ciudadana, que añade la Disposición Adicional 10 a la LOEX 2/2009, en relación con las denominadas “devoluciones en caliente”, esta regulación establece un régimen especial para Ceuta y Melilla, en relación a los extranjeros detectados en zona fronteriza mientras intentan superar elementos de contención fronteriza, quienes podrán ser rechazados en frontera, respetando las normas internacionales. Por decisión del TEDH de 30

de julio de 2015, en relación con las “devoluciones en caliente”, se admitió a trámite demanda por la posible vulneración del artículo 4 del Protocolo 4 y del artículo 13 de la CEDH.

2.- REGULACIÓN ACTUAL

La regulación se encuentra en los artículos 58 de la LOEX y 23 del Real Decreto 557/2011.

Art. 58. 3 de la LOEX.- *No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:*

- a) *los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.*
- b) *los que pretendan entrar irregularmente, incluyéndose los interceptados en frontera o en sus inmediaciones.*

Artículo 58.4 de la LOEX.- *En el supuesto de que se formalice una solicitud de protección internacional por personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional.*

Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre., ni las personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud.

Artículo 58.6 de la LOEX.- *Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.*

Artículo 58.7 de la LOEX.- *La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación de la letra b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.* –Inciso éste resaltado en trazo azul que ha sido declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia 17/2013, de 31.01, del Tribunal Constitucional.-

Voluntad de recurrir: a los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la LO 4/2000, si durante la situación de privación de libertad del extranjero manifestase su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de devolución una vez agotada la vía administrativa ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno o el Director del Centro de Internamiento de extranjeros bajo cuyo control se encuentre, éste lo hará constar en acta que se incorporará al expediente.

Plazos de prescripción: el ~~plazo de prescripción de la resolución de~~ devolución será de cinco años si se hubiera acordado en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero; y de dos años si se hubiera acordado en aplicación del apartado b) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. La prescripción se aplicará de oficio por los órganos competentes.

De acuerdo con el art. 23.7 del R.D. 557/2011, el plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición *de entrada reiniciado*. Y el plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado b) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución.

El párrafo primero del ordinal 8 del art. 23 del R.D. 557/2011 prevé la revocación de devoluciones *“cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, se comprobase que consta contra el solicitante una resolución de devolución no ejecutada, ésta será revocada, siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales”*, precisando el párrafo segundo siguiente que *“en el caso de que el órgano competente para resolver sobre la solicitud de autorización no fuera el mismo que dictó la resolución de devolución a revocar, instará de oficio su revocación al órgano competente para ello. En el escrito por el que se inste la revocación se hará constar el tipo de autorización solicitada y expresa mención a la procedencia de la concesión de la misma, por cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, salvo el relativo a la existencia de la resolución de devolución no ejecutada”*.

3.- CONCLUSIONES.

Tras las modificaciones introducidas en materia de devoluciones en la nueva redacción del articulado de la LOEX 2/2009 de 11 de Diciembre y Real Decreto 557/2011. Especial consideración al Régimen Especial para Ceuta y Melilla que se introduce en la nueva D.A 10ª de la LOEX mediante la DF 1ª de la Ley 4/2015 de Seguridad Ciudadana.

Del tenor del art. 58.3 LOEX no debe concluirse que no deba incoarse expediente para llevar a cabo la devolución, ya que lo que este precepto establece es que no se incoará expediente de expulsión, por lo que deberá exigirse la correspondiente resolución administrativa.

Sobre el primero de los extremos del art. 58.3 LOEX ~~“los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España”~~-, siempre deberá exigirse que conste en el expediente que se incoe por consecuencia de la devolución que se pretende la resolución de expulsión cuya prohibición de entrada haya sido contravenida y acreditación de su ejecución tanto si lo fue por España como por otro país.

En cuanto a la devolución que tenga por sujetos a *“los que pretendan entrar irregularmente en el país. Se consideran incluidos a estos efectos, los extranjeros que sean “interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”*, se deberá velar por una interpretación no arbitraria y estricta de dichos criterios, sin que pueda optarse por devolución o expulsión según la nacionalidad del extranjero en cuestión.

¿Cuál es el alcance de “pretender entrar”? la frontera o sus inmediaciones.

Cuando el extranjero se encuentre ya en el interior del territorio nacional aunque estuviese en ruta o en tránsito, procede tramitar expediente de expulsión, y no devolución. La devolución de los extranjeros está prevista para supuestos de tentativa de entrada, la expresión pretender entrar es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse en el interior, es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero (Sentencia de TSJ Andalucía, sede de Sevilla, Sala de lo Contencioso, 30 de Octubre de 2006).

De la LOEX y del RELOEX resultan las siguientes normas de actuación letrada:

1º.- Que la intervención de Letrado es preceptiva (de oficio si procede), toda vez que el extranjero está detenido, y en todo caso, con base en el artículo 22.2 de la LOEX. Tendrá derecho igualmente a la asistencia de intérprete.

2º.- Debe prestarse especial atención al modo en que se lleva a cabo la devolución, siendo prioritario garantizar el trámite de audiencia al extranjero. Debe evitarse la vulneración del artículo 24 de la CE, ya que la devolución presenta el mismo carácter sancionador que la expulsión, al llevar aparejada la prohibición de entrada y la posibilidad de decretar el internamiento en supuestos de imposibilidad de ejecutar la expulsión dentro de las 72 horas (todo ello con base en la sentencia del TSJ de Andalucía, con sede en Málaga, de 28 de marzo de 2007).

3º.- En el supuesto de interposición de recurso de alzada, debe solicitarse en otrosí la suspensión del acto impugnado, a fin de evitar la expulsión del extranjero mientras se resuelve el recurso, con apoyo en la sentencia del TS de 28 de febrero de 2006.

4º.- En caso de que ~~no cumpla con el trámite de audiencia,~~ y se considere vulnerado el artículo 24 de la CE, puede interponerse recurso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, interesando la medida cautelar de suspensión, o si procede, la cautelarísima.

5º.- Una vez agotada la vía administrativa, se podrá recurrir ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo por el trámite del procedimiento abreviado, siendo la competencia territorial la del lugar del órgano que dictó la resolución o la del domicilio del administrado.

6º.- Cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, se comprobase que consta contra el solicitante una resolución de devolución no ejecutada, ésta deberá ser revocada, siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

En caso de que el órgano competente para resolver sobre la solicitud de autorización no fuera el mismo que dictó la resolución de devolución a revocar, instará de oficio su revocación al órgano competente para ello. En el escrito por el que se inste la revocación se hará constar el tipo de autorización solicitada y expresa mención a la procedencia de la concesión de la misma, por cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, salvo el relativo a la existencia de la resolución de devolución no ejecutada.

1.2 EXPULSIONES POR PROCEDIMIENTO PREFERENTE: ART. 63 LOEX.

1.- Consideraciones previas:

1.- La vigente redacción dada al art. 63 LOEX por la L.O. 2/2009 ordena el empleo del procedimiento preferente para aquellos expedientes sancionadores que se incoen por infracción del art. 53.1.d) *-"incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley"*-, del art. 53.1.f) *-"la participación del extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992 ..."*-, del art. 54.1.a) *-"participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992 ..."*-, del art. 54.1.b) *-"inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito l con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito"*, y del art. 57.2 *-"... 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"*-.

2.- Para los supuestos de estancia irregular a que se refiere el art. 53.1.a) LOEX -ya lo sea inicial ya sobrevenida- el art. 63 LOEX resultante de la L.O. 2/2009 posibilita la tramitación del expediente sancionador por el procedimiento preferente cuando el Instructor del expediente

considere que concurre ~~“riesgo de incomparecencia” -apdo. a)-~~, cuando “el extranjero evitara o dificultase la expulsión” -apdo. b)- o que “el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional” -apdo. c)- (condiciones que, significativamente, vienen a coincidir con las que el art. 62 LOEX recoge como circunstancias a tener en cuenta por el Juez de Instrucción para acordar el ingreso en el Centro de Internamiento de Extranjeros).

3.- El art. 234 del RELOEX reproduce el tenor del ordinal 1 del art. 63 LOEX tanto por lo que respecta a los supuestos en los que preceptivamente ha de ser incoado procedimiento preferente -53.1.d, 53.1.f, 54.1.a, 54.1.b, y 57.2 LOEX-, como a la posibilidad de que en los casos de estancia irregular pueda la Administración sancionar el hecho empleando el procedimiento preferente -art. 53.1.a LOEX en relación con el párrafo segundo del art. 63.1 LOEX-.

4.- Aunque pudiera parecer que el condicionamiento de que concurra en el momento de la incoación del expediente sancionador alguna de las circunstancias que exige el párrafo segundo del ordinal 1 del art. 63 LOEX para poder tramitar por el procedimiento preferente las infracciones previstas en el art. 53.1.a) LOEX provocaría que a partir de la L.O. 2/2009 el procedimiento que con carácter general debía ser aplicado es el ordinario del art. 63.bis LOEX, lo cierto es que la Circular 1/2010, de 25.01, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil -en la que se advierte que se trata de un “documento de uso restringido para unidades de extranjería y fronteras del Cuerpo Nacional de Policía” y que se encuentra “prohibida su reproducción, difusión, publicación o utilización por personal ajeno a estas unidades”-, imparte unas instrucciones a las Unidades de Extranjería que dejan en manos del funcionario policial la opción por el procedimiento ordinario o por el preferente -así, la Circular 1/2010, de 20.01, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, advierte que “se tramitará el procedimiento preferente cuando el extranjero se halle en situación irregular y, además, concorra el hecho de: carecer de domicilio; carecer de documentación; exhibir documentación caducada; aun teniendo domicilio, éste no sea fijo ni estable, sino temporal o de tránsito; si con anterioridad fue sancionado, por ejemplo, con sanción de multa por estancia irregular; o, inclusive, si incumplió una salida obligatoria”, y que también se seguirá el procedimiento preferente cuando se constate “carencia de fuentes de ingresos o de ingresos, falta de arraigo, ..., existencia previa de sanciones o condenas o incumplimientos de salidas obligatorias, etc.”-

5.- Una vez adoptada por el funcionario policial la decisión de incoar un procedimiento preferente ex arts. 63 LOEX y 234 a 236 RELOEX, el Instructor podrá acordar la medida cautelar de detención cautelar del extranjero, por un periodo máximo de 72 horas (art. 61.1.d LOEX) -aunque coincidentes en su duración de 72 horas, no debe confundirse la puesta a disposición judicial que prevén los arts. 61.1.d y 62.1 LOEX (que se aplican en el seno de un procedimiento administrativo por la comisión de una infracción administrativa, y que no se prevé la posible ampliación de su duración) con la puesta a disposición judicial que regula el art. 520.bis.1 LECRIM (aplicable a los detenidos por presuntos partícipes en la comisión de un delito, en el seno de un procedimiento penal y que puede verse ampliada su duración hasta por un máximo de 48 horas más)-.

6.- La preceptiva ~~intervención del Letrado en el procedimiento~~ preferente viene recogida en el art. 63.3 LOEX: “*se garantizará el derecho del extranjero a asistencia letrada, que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido de intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos*”, siendo este reconocimiento del derecho a la asistencia letrada al extranjero al que se incoe un procedimiento sancionador preferente reiterado en el art. 235.2 RELOEX.

7.- Aun cuando por la doctrina mayoritaria y por los Juzgados y Tribunales tras la STJUE de 23.04.2015 (Caso Zaizoune) se cuestiona únicamente la conformidad al Derecho de la Unión de la previsión de la LOEX del art. 55.1.b) de imposición de multa con apercibimiento de abandono obligatorio del territorio nacional para los supuestos de mera estancia irregular del art. 53.1.a) LOEX, debe ser cuestionada por los Letrados tanto en fase administrativa como ante los Juzgados y Tribunales, como contraria a la Directiva 115/2008 y a la previsión de ésta de establecer siempre un periodo de salida voluntario del territorio del Estado miembro de la Unión de que se trate, la inmediata ejecutividad que para todas las resoluciones en las que se acuerde la expulsión en el seno de un procedimiento preferente se establece en el art. 63.7 LOEX, sin concesión de plazo de salida voluntaria².

2.- El contenido de la asistencia.

1.- La intervención letrada a lo largo de la tramitación del procedimiento preferente no debe ni puede entenderse como una mera formalidad garantista, sino que ha de ser activa, con un claro contenido de defensa de los derechos e intereses del extranjero. La intervención letrada se inicia con la entrevista a la que se hace referencia en el apartado 11 siguiente y comprende la intervención presencial en la incoación del procedimiento preferente, en la toma de declaración al extranjero –si ésta se produce, ya que no en todos los Grupos / Brigadas de Extranjería la declaración se lleva a cabo- y notificación de la propuesta inicial de resolución, así como el examen del expediente administrativo, cumplimentación del trámite de alegaciones y de audiencia, con formalización de los recursos que procedan tanto en vía administrativa como judicial, extendiéndose, en su caso, a la asistencia en el procedimiento de internamiento ante el Juez de Instrucción.

2.- En relación al derecho fundamental a la libertad, dos son las situaciones en las que puede encontrarse el extranjero sujeto a un procedimiento preferente: como expedientado no detenido -supuesto menos frecuente- o como detenido cautelarmente -al amparo del art. 61.1.d LOEX-. Tanto en uno como en otro caso el Abogado ha de tener en cuenta que el extranjero goza de los derechos que resultan del art. 63.3 LOEX y del art. 235.2 RELOEX -asistencia letrada e intérprete-, del art. 63.4 LOEX y del art. 235.1 RELOEX -a ser oído, formulando alegaciones en el plazo de 48 horas-, y, por la remisión del art. 50 LOEX y del art. 216.1 RELOEX, a todos cuantos

²En línea con la tesis mantenida por la S^a 422/15, de 22.06.2015, de la Secc. 2^a de la Sala de lo Cont. Admvo. del T.S.J. de Murcia, Ponente Ascensión Martín Sánchez, y con la S^a 415/15, de la Secc. 1^a de la Sala de lo Cont. Admvo. del T.S.J. de Murcia, Ponente José María Pérez Crespo Payá.

derechos y garantías dimanantes de la circunstancia de tratarse de un procedimiento administrativo, de los que deben destacarse los derechos que se enumeran en el art. 35 L. 30/92, y los que resultan del art. 79.1 L. 30/92 -a aducir alegaciones y aportar documentos u otros medios de descargo hasta el momento de ser redactada la correspondiente propuesta de resolución-, y del art. 80 L. 30/92 -a proponer medios de prueba-³.

3.- Respecto a la necesidad o no de intérprete, el Letrado, sin hacer caso de lo que al respecto le indique el Instructor y/o el Secretario del expediente, ha de resultar especialmente diligente en constatar si el extranjero lo precisa o si tiene conocimientos bastantes de la lengua castellana (que es la oficial del Estado ex art. 3.1 C.E.) y/o de la que sea oficial en la Comunidad Autónoma de que se trate de acuerdo con sus Estatutos (art. 3.2 C.E.) que le permitan comprender los conceptos legales, sin que baste un conocimiento coloquial del idioma, siendo aconsejable que, en caso de duda, se recabe siempre la intervención de intérprete que conozca el idioma del que es nacional el extranjero. Si el derecho a la intervención de intérprete no se garantiza, el Abogado debe negarse a realizar la asistencia o, de insistir el Instructor y Secretario en la continuación de la tramitación sin atender a la petición de intervención de intérprete, el Letrado deberá hacer constar la oportuna protesta y anuncio de concurrencia de causa de nulidad por falta de un requisito esencial

4.- Tras la reforma operada en el art. 520 L.E.Crim. por las Leyes Orgánicas 5/2015 y 13/2015 –cuyo apdo. 6.d) vigente establece la entrevista previa y reservada del Abogado con el detenido antes de que a éste se le reciba declaración por la policía- ha dejado de tener virtualidad la polémica que generaba la derogada redacción del art. 520.6.c) L.E.Crim. acerca de si en los supuestos de detención cautelar de extranjeros por infracción a la normativa de extranjería debía resultar de aplicación la previsión de que la entrevista reservada del Abogado con el detenido sólo podría tener lugar al término de la declaración –criterio que obstinadamente venía siendo mantenido por la mayoría de las Brigadas de Extranjería-, o si estándose ante un procedimiento sancionador administrativo no existía impedimento procedimental alguno para que el Abogado y el extranjero detenido cautelarmente por infracción a la normativa de extranjería mantuvieran una entrevista reservada y previa a la declaración en sede policial: en la actualidad, ya se considere que los derechos que asisten al extranjero sujeto a un expediente administrativo sancionador de extranjería son los que resultan de la LOEX y del RELOEX, así como de las normas administrativas de remisión –que es el parecer de quién estas líneas redacta-, ya se entienda que los derechos a tener en consideración en los supuestos de detención cautelar son los del art. 520 L.E.Crim., el Letrado y el extranjero detenido cautelarmente tienen derecho a mantener entrevista reservada y previa a la declaración en sede policial, si ésta tiene lugar, o antes del inicio del procedimiento sancionador preferente.

³Téngase en cuenta que a partir del 02.10.2016, con la entrada en vigor de la L. 39/2015, de 1 de Octubre (BOE del 02.10.2015) las referencias a los arts. 35, 79.1 y 80 de la L. 30/1992 han de entenderse efectuadas a los arts 53, 76 y 77 de la Ley 39/2015.

En suma: el extranjero, ~~ya se encuentre en situación de expedientado~~ no detenido ya esté detenido cautelarmente, tiene derecho a entrevistarse con su Abogado en forma reservada y con anterioridad a la declaración ante el Instructor o, si no se toma declaración, antes del inicio del procedimiento sancionador preferente: si no está detenido, por cuanto que no existe obstáculo legal para ello; si se encuentra detenido cautelarmente ex art. 61.1.d LOEX, debe tenerse en consideración que la detención no es lo por la comisión de un ilícito penal, lo que supone que si como detenido cautelarmente es titular de los derechos de asistencia letrada (arts. 22.2 y 63.3 LOEX y 235.2 RELOEX), a la justicia gratuita en su caso (arts. 22.2 y 63.3 LOEX y 235.2 RELOEX), a formular alegaciones (art. 63.4 LOEX), a que sea comunicada su detención a la embajada o país del extranjero (arts. 237 y 258.5 RELOEX), a ser informado de la causa de la detención (art. 17.3 C.E.), a intérprete (arts. 22.2 y 63.3 LOEX y 235.3 RELOEX) y a puesta a disposición judicial en un plazo no superior a de 72 horas (art. 61.1.d, párrafo primero, LOEX), y aunque ni la LOEX ni el RELOEX contienen precepto expreso al respecto, el art. 520.6.d) L.E.Crim posibilita la entrevista reservada y previa del Letrado con el extranjero.

5.- La práctica habitual en las Comisarías de Policía es que la información de derechos al extranjero respecto del que es adoptada la medida cautelar de detención cautelar ex art. 61.1.d) LOEX se efectúe al amparo del art. 520.2 L.E.Crim., y es este un modo de actuar que debe ser advertido por el Letrado, que deberá poner de manifiesto tal incorrecto proceder tan pronto como le sea posible y, en todo caso, al formular las alegaciones en el plazo de 48 horas, ya que los derechos que asisten al extranjero que se vea privado de libertad al serle incoado un procedimiento sancionador preferente son los que resultan de la C.E. -17.3-, de la LOEX y de su desarrollo reglamentario (RELOEX) y de la L. 30/92, y el R.D. 1398/1993⁴, sin que, aunque sean parcialmente coincidentes, resulte ajustado a Derecho predicar que son los derechos del art. 520 L.E.Crim. los que deben serle reconocidos.

6.- Es preciso superar el prisma penal para enfrentar adecuadamente los derechos que corresponden al extranjero ante la detención que trae causa de la normativa de extranjería, desterrando la aplicación de la L.E.Crim⁵ para que sean la C.E., la LOEX y la L. 30/92⁶ las normas desde las que el extranjero sea informado de sus derechos.

7.- No sólo razones de índole formal apoyan que no sea de aplicación a la detención que se produzca con ocasión de la normativa de extranjería la L.E.Crim. -así, el art. 1 de la ley procesal criminal establece que *“las disposiciones del presente Código”* tendrán por destino *“actos*

⁴Citas normativas que a partir del 02.10.2016 han de entenderse efectuadas a las Leyes 39/2015 y 40/2015.

⁵Afirmación ésta sobre la necesidad de que debe ser desterrada la aplicación de la L.E.Crim. a los supuestos de detención cautelar por infracción a la normativa administrativa de extranjería que no obsta a que, atendiendo a la jurisprudencia del T.C. sobre que a los procedimientos sancionadores administrativos resultan de aplicación las previsiones del procedimiento penal, se interese qué derechos previstos para la detención provisional (como son los de los apartados e y f del apdo. 2 del art. 520 L.E.Crim.) sean reconocidos a los detenidos cautelarmente (como se hace en los apartados g y h del ordinal 16 siguiente).

⁶Vide nota al pie 3 anterior

~~punibles”-~~, también de carácter material ~~al prohibir el art. 4.1 C.P.~~ la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los que expresamente se comprendan en ellas-, e incluso de especialidad -ya que recogiendo la LOEX los derechos que corresponden a los detenidos en materia de extranjería, y la remisión que se hace a la L. 30/92⁷, son estas normas de preferente y exclusiva aplicación-, sin que pueda obviarse el mensaje subliminal que se dirige a la sociedad que resulta de la circunstancia de que sea aplicada una norma procesal penal a una infracción administrativa y que conduce a considerar a los extranjeros como delincuentes.

8.- La constante jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, que entiende aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores los principios y garantías del Derecho Penal, en cuanto que en ambos se pone de manifiesto el *iuspuniendi* del Estado - pudiéndose citar, por todas, la S.T.C. 197/1995, de 21.12, que expresamente recuerda que “*la jurisprudencia constitucional ha reconocido como límite ineludible a la potestad sancionadora de la Administración el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el art. 24 CE, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones (SSTC 77/1983, f.j. 2; 74/1985, f.j. 4”-*, no está exenta de riesgos, como se reconoce en la S.T.C. 164/1995, ya que no todos los principios del Derecho Penal tienen su equivalente en el ámbito administrativo -así, mientras que en el Derecho Penal el detenido tiene reconocido en el art. 520.2.a) L.E.Crim el “*derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere*” y que tal silencio en ningún caso supone asunción de los hechos, no puede afirmarse su vigencia en Derecho (Administrativo) de Extranjería, ya que en éste el silencio tiene el efecto de convertir el acuerdo de iniciación en propuesta de resolución tanto en el procedimiento sancionador preferente (arts. 63.5 LOEX y 234.3 RELOEX) como en el ordinario (párrafo segundo del ordinal 2 del art. 227 RELOEX)-.

9.- Las garantías que corresponden al extranjero detenido por infracción a la normativa de extranjería son las siguientes:

a) El derecho a ser informado de la causa de la detención.

Derecho éste que resulta del art. 17.3 C.E.: “*Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar*”.

b) El derecho a la asistencia letrada y a la defensa.

El art. 22.2 LOEX dispone con carácter general que “*los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio español ...*”.

Aún sin ser ello necesario dado el reconocimiento general que del derecho se hace en el art. 22.2 LOEX, en el procedimiento preferente se reitera la necesidad de la asistencia letrada en los arts. 63.3 LOEX y 235.2 RELOEX.

c) El derecho a la asistencia de un intérprete.

⁷Vide nota al pie 3.

Correlativo al derecho a la asistencia letrada y a la defensa, el art. 22.2 LOEX reconoce que *“los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a ... la asistencia de un intérprete si no comprenden o no hablan la lengua oficial que se utilice”*.

También el derecho a la asistencia de intérprete aparece concretado respecto del procedimiento preferente en los arts. 63.3 LOEX y 235.2 RELOEX.

d) El derecho a la comunicación de la situación al Consulado del país de origen del extranjero.

En la LOEX sólo su art. 60.4 menciona expresamente este derecho al referirse a la denegación de entrada, y respecto del procedimiento preferente aparece en el art. 237 RELOEX⁸.

e) El derecho a formular alegaciones.

Aunque el derecho del detenido cautelarmente por infracción a la normativa de extranjería a formular alegaciones con ocasión de la privación de libertad no se recoge en forma expresa ni en la LOEX ni en el RELOEX, su reconocimiento para todos los supuestos de detención que pueden ser acordados ex art. 61.1.d) LOEX resulta de la remisión que los arts. 50 LOEX y 216 RELOEX hacen a la L. 30/1992 y al Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el R.D. 1398/1993, de 4 de Agosto⁹: mientras que en los supuestos de detención que traigan causa de un procedimiento sancionador -ya lo sea ordinario o preferente en el que pueda proponerse la expulsión, ya lo sea ante una devolución o ante la ejecución de una resolución de expulsión dictada en un procedimiento ordinario una vez transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario-, el derecho a formular alegaciones está recogido en el art. 13.1.f) R.D. 1398/93¹⁰. En la detención que se produzca con ocasión de una denegación de entrada, que no tiene naturaleza sancionadora, es el art. 35.e)¹¹ de la L. 30/92 el que reconoce el derecho.

f) El derecho a ser puesto en el plazo de setenta y dos horas en libertad o a disposición judicial.

El reconocimiento del derecho del extranjero detenido cautelarmente con ocasión de infracción a la normativa de extranjería a ser puesto en el plazo de setenta y dos horas en libertad o a disposición judicial es de configuración legal, y aunque una inicial lectura del art. 17.2 C.E. *“La detención preventiva no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los*

⁸No está de más advertir que la genérica mención a este derecho que aparecía en el art. 258.5 RELOEX reconocido a los extranjeros a los que se incoara un procedimiento sancionador, ha quedado sin efecto al ser derogado este art. 258 RELOEX por la Disposición Derogatoria única del R.D. 162/14, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (B.O.E. de 15 marzo).

⁹Vide nota al pie 3.

¹⁰ Art. 76 de la L. 39/2015, que entrará en vigor en 02.10.2016, y que deroga el R.D. 1398/93.

¹¹ Art. 53.1.a) de la L. 39/2015, que entrará en vigor el 02.10.2016, y que deroga la L. 30/1992.

hechos y, en todo caso, ~~en el plazo máximo de setenta y dos horas~~, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial"- pudiera dar la impresión de que recoge el derecho del extranjero detenido por infracción a la normativa de extranjería a ser puesto en el plazo de setenta y dos horas en libertad o a disposición judicial, ha de advertirse que el propio T.C. en su S^a de 27.09.1999 se cuidó de precisar que la limitación temporal que establece el art. 17.2 C.E. se refiere a la "detención preventiva" -que es la que trae causa de infracción a la normativa penal-, y advirtió que "no toda compulsión personal constituye detención preventiva" y que "a estas situaciones de sujeción no les será aplicable la regla concreta de plazo máximo (de setenta y dos horas) que establece el ... art. 17.2 C.E.", por lo que "esta ejecución forzosa deberá practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas".

g) Derecho a comunicarse con la familia o persona que desee (art. 520.2.e)¹².

h) Derecho a comunicarse telefónicamente sin demora injustificada con un 3º de libre elección. (art. 520.2.f)¹³.

10.- El Letrado al personarse en la Unidad de Extranjería de la Policía Nacional se presentará ante el extranjero que vaya a asistir como Abogado independiente, sin relación con la Policía y le informará que se encuentra en las dependencias para defenderle frente a la actuación policial.

11.- El Letrado se cerciorará que el extranjero comprende los derechos que le asisten e intentará que entienda y comprenda muy bien lo que está pasando: que puede argumentar en contra, alegar, presentar pruebas, oponerse en suma.

12.- El Letrado deberá recabar de la Unidad de Extranjería el ejercicio del derecho a mantener con el extranjero, con anterioridad a la declaración a que se hace referencia en el apartado 11 anterior o si no se produce declaración con anterioridad al inicio de los trámites del procedimiento sancionador preferente, una entrevista reservada, con la finalidad, si se produce toma de declaración, de advertirle del objeto de las preguntas que le serán formuladas por los agentes policiales y las consecuencias de las respuestas y de la negativa a responder, y, si no se produce toma de declaración, de los trámites que se seguirán:

- Como quiera que la asistencia letrada en la detención del extranjero por infracción a la normativa de extranjería tiene su fundamento en el art. 22 de la L.O. 4/2000, y no en el art. 520 L.E.Crim., la intervención del Letrado no queda constreñida a lo que permite el citado art. 520.6.b) L.E.Crim -que limita la intervención del Letrado en la diligencia de toma de declaración a que, una vez finalizada, pueda solicitar la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica-. Sin perjuicio de la necesaria corrección formal con los Agentes Policiales intervinientes en el expediente, el

¹²Vide nota al pie 4 anterior.

¹³Vice nota al pie 4 anterior.

Letrado no debe ser ~~un convidado de piedra~~ mientras se lleva a cabo la diligencia con el extranjero, sino que la asistencia a prestar comprenderá la posibilidad de recomendación de que responda o no a determinadas preguntas o recomendarle que responda o no a todas o a alguna de ellas, así como la de indicarle que efectúe concretas manifestaciones aun cuando no exista la diligencia de toma de declaración.

- Ante la práctica reiteradamente llevada a cabo por la Policía Nacional de realizar actuaciones en control de documentación de extranjería exigiendo indiscriminadamente la documentación a personas en la vía pública, e incluso personándose los Agentes en el domicilio de los extranjeros, el Letrado deberá recabar del extranjero, preguntándose directamente, si al ser requerido al efecto acreditó su identidad mediante pasaporte o documento oficial válido y si, a pesar de ello, fue conducido detenido a la Comisaría -lo que en la Circular 1/2010 se conceptúa como “*detención preventiva*”, sin que esta modalidad de privación de libertad consistente en conducir a Comisaría a un extranjero que, estando documentado, no acredita en un control de identificación su estancia regular en España, esté prevista legalmente en España, lo que desde la propia Dirección General de la Policía se ha reconocido en la Circular nº 2/2012, de 16.05.2012-; si se comprueba que la detención fue practicada a pesar de que el extranjero identificó su personalidad mediante pasaporte o cédula de su país o por cualquier otro documento oficial, se ponderará por el Letrado la realización de lo siguiente:

- Hará constar una diligencia en la firma de notificación de la incoación del expediente por la que se advierta que la asistencia letrada se hace “*bajo protesta de una posible detención ilegal*”;
- Acto seguido, aunque el extranjero sea puesto en libertad inmediatamente, se procederá a comunicar al Juzgado de Guardia la circunstancia de la detención de esta persona a pesar de haberse identificado y de no ser acusada de delito alguno.
- En los casos en los que la incoación del expediente sancionador preferente recoja la ratificación por parte del Instructor de la detención practicada, pese a haberse hecho con carácter previo a la incoación del expediente la oportuna advertencia de “*protesta de una posible detención ilegal*”, se incluirá en la comunicación al Juzgado de Guardia la actuación del Instructor, como copartícipe de la detención.
- En las alegaciones que se presenten dentro del plazo de 48 horas que establece el art. 63.4 LOEX se hará constar la presentación de la comunicación al Juzgado de Guardia, se aportará copia de la misma y se dejará anunciada la concurrencia de nulidad de actuaciones por traer causa de un posible delito de detención ilegal, pidiéndose el archivo del procedimiento preferente.
- De haberse confirmado por el Instructor del expediente la “*detención preventiva*” practicada y la convierta en la “*detención cautelar*” del art. 61.1.d) LOEX, y comunicada esta circunstancia al Juzgado de Guardia, se procederá en las alegaciones a su recusación.

- Dentro de las actuaciones como Letrado del Turno de Oficio de Extranjería se incluirá el seguimiento del procedimiento penal que se siga ante el Juzgado de Instrucción competente, si bien se advertirá al extranjero de la conveniencia de solicitar en los servicios del Turno de Oficio la designación de un Abogado del Turno de Oficio Penal para su personación como acusación particular en dicho procedimiento.
- Sobre la documentación personal: el Letrado informará al extranjero que no ofrecer datos en el momento inicial es perjudicial para él (aunque debe valorarse caso por caso la oportunidad o no de facilitar datos y/o proporcionar documentación del expedientado).
- Sobre el motivo de su arribada a España: el Letrado indagará si la venida del extranjero a territorio nacional trae causa de persecución personal que pudiera justificar una petición de reconocimiento del derecho de asilo o de la protección subsidiaria al amparo de la L. 12/2009.
- Sobre los recursos económicos: el Letrado deberá informar al extranjero que el objeto de la pregunta es al efecto de que por la Policía se pondere si cuenta con recursos económicos para mantenerse (intentar romper la prevención de muchos extranjeros que, por consecuencia de lo que sí ocurre en sus países de procedencia, piensan que la pregunta tiene una intención de extorsión).
- Sobre familiares: el Letrado trasladará al extranjero que cuando se tenga familiares en situación de estancia o residencia regular en España, es importante indicar su existencia, a los efectos de acreditar arraigo familiar, y le advertirá que al facilitar sus datos no se les está poniendo en peligro alguno.

13.- Prevenciones durante la declaración:

- Como se ha indicado *supra*, el Letrado ha de asegurarse que el extranjero conoce el idioma castellano y/o la lengua oficial que se hable en la Comunidad Autónoma de que se trate en grado que le permita entender los conceptos legales (no basta un conocimiento coloquial, y, en caso de duda, es aconsejable recabar la intervención de intérprete que conozca el idioma del que es nacional el extranjero).
- Apoderamientos del art. 32¹⁴ L. 30/1992 y manifestación expresa de la voluntad de recurrir del art. 22.3 LOEX y del art. 223 RELOEX: al efecto de ser tenido por representante en el ámbito administrativo y evitar dificultades que pudieran generarse de la falta de localización del extranjero para cumplimentar el trámite de formulación de alegaciones en el plazo de 48 horas es conveniente que se haga constar en el expediente administrativo que el Letrado queda designado representante al amparo del art. 32 L. 30/1992, así como que, en aplicación del art. 22.3 LOEX y del art. 223 RELOEX, se haga constar la expresa voluntad del extranjero de interponer recurso o ejercitar la acción judicial que corresponda.

¹⁴ Art. 5 de la L. 39/2015, que entrará en vigor el 02.10.2016, y que deroga la L. 30/1992

14.- Tras la declaración:

- El Letrado debe asegurarse que al extranjero le es entregada copia de los antecedentes del expediente sancionador o, en su caso, deberá hacérsela llegar.
- El Letrado ha de recabar del extranjero datos para su localización (dirección, teléfono, correo electrónico, ...) y facilitar al extranjero nombre, nº de colegiado, dirección y teléfonos de contacto. - El Letrado ha de insistir al extranjero la necesidad de estar siempre en contacto con el Abogado.
- El Letrado debe advertir al extranjero la necesidad de trasladar al Abogado cualquier notificación que reciba, en particular la resolución sancionadora (ya sea de expulsión, ya lo sea de imposición de multa¹⁵, ya sea de archivo de las actuaciones), al efecto de que el Letrado pueda, en su caso, interponer los oportunos recursos e instar las medidas cautelares que procedan.

15.- Presentación de alegaciones:

- Las alegaciones deben plantearse en el plazo de 48 horas y en ellas se propondrán los medios de prueba y de descargo de que se disponga. De ser admitida la prueba propuesta, ésta deberá realizarse en el plazo máximo de tres días (art. 63.4 y 5 LOEX y 235.4 RELOEX). Es conveniente que la presentación de la alegaciones se haga en la Unidad de Extranjería en la que se tramite el procedimiento preferente, aunque no existe impedimento a que se haga en cualquier dependencia administrativa o correos, e incluso, a través de fax - aunque para el empleo de este medio es conveniente tomar conocimiento de si la Comisaría a la que se dirige lo acepta como instrumento idóneo de presentación-.
- Como quiera que la falta de presentación de alegaciones en el plazo de 48 horas tiene los efectos jurídicos negativos de convertir el acuerdo de iniciación del expediente en propuesta de resolución, es conveniente que, sin perjuicio de la valoración concreta que debe hacerse en cada caso, siempre se presenten alegaciones, siquiera sea negando la comisión de la infracción administrativa, dando tiempo a buscar, si existen, otros medios de descargo, evitando con ello una posible situación posterior de indefensión.
- Cuando el Letrado considere que no concurre ni está acreditada ninguna de las circunstancias que el párrafo segundo del ordinal 1 del art. 63 LOEX exige para que la infracción prevista en el art. 53.1.a) LOEX -estancia irregular- pueda ser tramitada como procedimiento preferente, interesará como primera petición que la continuación del expediente sancionador se acomode a los trámites del procedimiento ordinario del art. 63.bis LOEX.

¹⁵Sanción ésta que, a pesar de que la conclusión de la S.T.J.U.E. de 23.04.2015 está siendo mayoritariamente seguida por los por los Juzgados y Tribunales españoles, sigue siendo tenida en consideración por algunos Órganos Jurisdiccionales.

16.- Tras ser dictada ~~la resolución que ponga fin al procedimiento~~ preferente.

- El procedimiento preferente puede finalizar (1) con archivo del expediente, sin imposición de sanción; (2) con la imposición de multa con apercibimiento de abandono del territorio nacional en el término de quince días -que es la que el Tribunal Supremo ha venido considerando como sanción principal en los supuestos de estancia irregular (y que, aunque minoritariamente, algunos Juzgados y Tribunales lo siguen así estimando, aun a pesar de lo que resuelve la S^a del T.J.U.E. de 23.04.2015, ya que argumentan que lo que acontece en este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que se hace una incorrecta interpretación del sistema sancionador español¹⁶); o (3) con la expulsión del territorio nacional, también con concesión de un plazo para la abandono del territorio nacional (efecto éste que trae causa inmediata en la S^a del T.J.U.E. de 23.04.2015 y cuya inobservancia, según quedó anunciado en el ordinal 7 anterior, constituye un motivo de recurso y debe ser debe ser impugnado por contrariar la Directiva 115/2008, que preceptúa como regla general el establecimiento de un plazo voluntario de abandono del territorio); en los supuestos (2) y (3) el Letrado debe informar al extranjero de los recursos que caben: recurso potestativo de reposición como previo al contencioso administrativo o el contencioso administrativo directamente -con carácter general debe indicarse que es conveniente acudir directamente al recurso contencioso administrativo, en cuyo seno podrá ser instada la adopción de medidas cautelares (arts. 129 y ss. L. 29/1998) o cautelarísimas (art. 135 L. 29/1998, en la redacción dada por la L. 37/2011)-, y ponderar la posibilidad de que sean o no interpuestos.

- Es interesante destacar cómo frente a la utilización por la Administración de resoluciones-tipo -que el Tribunal Supremo ha venido convalidando con el argumento de que la motivación no tenía por qué ser explícita por entender que era admisible que la misma dimanare del propio expediente administrativo- en la redacción dada por la L.O. 2/2009 al art. 57.1 LOEX se exige que la expulsión sea acordada *“mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”*, lo que permitirá combatir la falta de motivación que la utilización de resoluciones-tipo provoque. La STSJ de Castilla-La Mancha de 14.03.2011 advierte que *“en las resoluciones posteriores a la entrada en vigor de la LO 2/2009 de 11 de diciembre, dado que expresamente se exige en el artículo 57.1 modificado, la motivación de la sanción en aplicación del principio de proporcionalidad, acudiremos sólo y exclusivamente a lo que conste en la resolución administrativa y no al expediente administrativo”*.

¹⁶Según aparece fundadamente explicitado en la S^a 141/2015, de 13.07.2015, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Ourense, por el Magistrado Francisco de Cominges Cáceres, en la que deja sentado que la S.T.J.U.E. de 23.04.2015 (caso Zaizoune) hace una incorrecta interpretación del sistema sancionador español y, con cita de la S.T.J.U.E. de 22.10.2009 (caso Zurita), concluye que la imposición de multa acompañada de advertencia de salida del territorio nacional como sanción a imponer por la estancia irregular y la reserva de la expulsión para los supuestos de concurrencia de circunstancias agravatorias resulta plenamente ajustada a las previsiones de la Directiva 115/2008.

17.- Si es acordado el internamiento en el Centro de Internamiento de Extranjeros:

- El Letrado deberá advertir al extranjero que tiene derecho a comunicar el internamiento al Letrado que lo asistió en el procedimiento sancionador (art. 62.bis.c y e de la LOEX).
- El Letrado deberá cuidar que el Juzgado de Instrucción ante el que se presente por la Unidad de Extranjería la petición de autorización de internamiento en el C.I.E. sea el del lugar en que se haya producido la detención (art. 62.6 LOEX), no permitiendo la práctica policial de formular las peticiones ante aquellos Juzgados de Instrucción que puedan ser más proclives a la admisión de las decisiones de internamiento.
- El Letrado deberá formular contra la decisión de internamiento Recurso de Reforma y Subsidiario de Apelación o Recurso de Apelación Directo (art. 766.1 y 3 L.E.Crim.)

18.- Previendo las consecuencias de la ejecución:

- Ante la consideración de la autoridad gubernativa de no ser precisa la presencia de Letrado en el momento de la notificación de la resolución de expulsión y para paliar la situación de absoluta indefensión en que se deja al extranjero al que se le entrega la resolución de expulsión cuya ejecución puede ser inmediata, se propone que el Letrado incorpore a los escritos de alegaciones los dos siguientes OTROSIES DIGO:

“OTROSI DIGO: El Letrado que suscribe es representante legal y administrativo del expedientado, según expresa designación efectuada ex art. 32 de la L. 30/1992, y, además, ha sido designado el domicilio profesional del Abogado como hábil para efectuar las notificaciones, siendo al Abogado al que, con independencia de que se haya acordado el internamiento en el Centro de Internamiento de Extranjeros del extranjero, deben realizarse las notificaciones, al efecto de poder desarrollar de conformidad con las leyes cuantas alegaciones haya lugar e interponer los recursos, administrativos y/o jurisdiccionales, que procedan.

OTROSI DIGO: Ad cautelam, se advierte desde este momento que, dada la propuesta de expulsión que se realiza en la resolución que motiva las presentes alegaciones, es intención de esta asistencia letrada, siguiendo instrucciones expresas y concretas del extranjero, y así se hace saber expresamente al Instructor y Secretario del expediente sancionador que, en caso de que en el expediente fuera dictada resolución acordando la expulsión contra mi representado, deberá darse cumplimiento a la prevención de preaviso que se contiene en la resolución de 27.02.2012 (expte. Gubernativo 286/2012) de los Juzgados de Instrucción números 6, 19 y 20 de Madrid, en orden a preavisar al interno con una antelación de al menos 12 horas del momento en que se va a ejecutar la expulsión, el nº de vuelo, la hora de llegada y la ciudad de destino, así como al Letrado, ya que desde este momento se anuncia la intención de interponer Recurso Contencioso Administrativo y solicitar del Juez ex arts. 24.2 C.E. y 135 de la L. 29/98 la suspensión cautelarísima de la ejecución de la resolución y posterior suspensión

~~cautelar, por lo que, en caso de que mediante una notificación de la resolución sin avisar a este Letrado o en horario que dificulte o impida acogerse a dicho derecho, o cualquier maniobra tendente a dificultarlo o impedirlo, se hace constancia de que dicha actuación podría considerarse como inculpe en el tipo del art. 542 C.P., de cuya comisión podrían ser responsables el Instructor y el Secretario del expediente”.~~

1.3 LA ASISTENCIA A EXTRANJEROS SOMETIDOS A PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ORDINARIO.

1.- MARCO NORMATIVO

La L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, incorpora el artículo 63.bis estableciendo que cuando se tramite la expulsión para supuestos distintos a los previstos en el artículo 63 el procedimiento será el ordinario. Por tanto el procedimiento preferente se reserva para las infracciones previstas en el artículo 53.1d), 53.1 f), 54.1.b) y 57.2 de la LOEX, no debemos obviar todas las novedades sobre el procedimiento preferente que se están produciendo desde la STJUE de 23/04/2015 (ver protocolo sobre procedimiento preferente). En su consecuencia, la normativa de aplicación establece que en principio y, salvo que concurren las circunstancias a las que se refiere el artículo 63.1 segundo párrafo, **para la sanción de la infracción prevista en el artículo 53.1 a), esto es, la estancia irregular, el expediente sancionador deberá tramitarse por los trámites del procedimiento ordinario.** La tramitación del procedimiento ordinario se encuentra regulada en los artículos 226 a 233 del RELOEX.

El artículo 63.bis de LOEX prevé un período de cumplimiento voluntario para el caso de que la sanción impuesta al extranjero sea la expulsión del territorio nacional, que no podrá ser inferior a siete días ni superior a treinta desde la notificación de la resolución que decreta la expulsión.

No obstante, se establece una prórroga de dicho plazo de cumplimiento voluntario, “por tiempo prudencial” cuando concurren en el extranjero expedientado, concretas circunstancias que lo aconsejen citando, a modo de ejemplo, “la duración de la estancia, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales”. La indeterminación de la LOEX, en cuanto a qué debe entenderse por “tiempo prudencial”, cuál va a ser el período de “duración de la estancia” o “la existencia de otros vínculos familiares y sociales” que se van a tener en cuenta o que aconseje la prórroga del período de cumplimiento voluntario de la sanción, deja a la discrecionalidad de la Administración la interpretación de dichos conceptos indeterminados, lo que generará mucha y diversa casuística dependiendo de la Delegación de Gobierno que dicte la resolución administrativa con la que culmine el expediente sancionador. El art .63.bis de la LOEX concluye estableciendo expresamente que en la fase de tramitación y en el período de cumplimiento voluntario podrán adoptarse medidas cautelares del artículo 61, salvo la de internamiento del extranjero, del artículo 61, letra e) de la LOEX.

2.- ASISTENCIA DEL LETRADO AL EXTRANJERO EN EL MOMENTO DE LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR.

Ex artículo 22.2 de la LOEX, al tratarse de un procedimiento sancionador que pueda suponer la sanción de expulsión del extranjero, requerirá la asistencia letrada en el momento de la incoación del expediente, independientemente de la situación en que se encuentre el extranjero en dependencias policiales, bien detenido, o bien por haber comparecido previo requerimiento. En consecuencia, el letrado deberá velar por el respeto de las garantías y derechos que le asisten, especialmente la presencia de intérprete, si no entiende castellano o la lengua oficial del lugar en que se produzca la asistencia.

El letrado podrá solicitar entrevista previa, a la comparecencia policial, con el ciudadano extranjero para exponerle con claridad lo que a su derecho convenga.

El letrado deberá facilitar al extranjero su nombre y apellidos, así como la dirección del despacho y los teléfonos de contacto. Requiriendo al extranjero asimismo, un teléfono de contacto y una dirección, y la documentación, que estime oportuna, que incorporará a las alegaciones a presentar en el plazo de 15 días establecido. Es importante hacerle comprender al extranjero, que el letrado que le asiste, es SU LETRADO, y que nada tiene que ver con la Policía, sin perjuicio de que sea ésta quien le haya llamado. Desde la asistencia en dependencias policiales, es conveniente hacerle entender al extranjero la importancia de estar en contacto con el letrado que asume su defensa y representación en el expediente sancionador que se ha iniciado, y la relevancia de aportar documentación del mismo, como copia del pasaporte, de empadronamiento, de cartillas bancarias, acreditativa de lazos familiares que puedan acreditar su arraigo en España y las posibilidades de regulación documental, con el fin de evitar la sanción por estancia irregular. (STJUE 23.04.2015 tener en cuenta, a lo que supone, la interpretación de la Directiva 2004/115/CE y la supuesta no aplicación de sanción de multa)

3.- FASE DE ALEGACIONES

Tras la notificación de la incoación del expediente sancionador se abre el plazo de alegaciones, que deben ser presentadas en el plazo de 15 días, acompañadas de los documentos que haya aportado el extranjero al Letrado, así como proponer los medios de prueba que se consideren oportunos. Y debe destacarse la importancia de presentar alegaciones, aún sin documentos y de contenido meramente jurídico en el plazo establecido, pues, de no presentarse alegaciones la iniciación podrá ser considerada como propuesta de resolución.

Debe recordarse además que conforme a lo dispuesto en el artículo 63.bis de la LOEX, la acreditación de circunstancias personales del extranjero tales como tener hijos a cargo, o la existencia de vínculos familiares y sociales, pueden justificar la prórroga del período voluntario de cumplimiento de la sanción de expulsión del territorio nacional. Por ello, el Letrado deberá tener en cuenta esta posibilidad de prórroga del cumplimiento voluntario de la sanción, ya desde la fase de alegaciones, aportando, si es el caso, documentación acreditativa de las

concretas circunstancias del extranjero, que a su juicio, pudieran justificar y defender, la prórroga del período de cumplimiento voluntario prevista en la LOEX.

Hay que hacer mención de todas las circunstancias personales del ciudadano extranjero que permitan su regularización documental de conformidad con la Directiva 2004/115/CE, máxime desde la STJUE dado que con meridiana claridad expone que previa a la expulsión el estado tiene obligación de regular al ciudadano extranjero si tiene posibilidad para ello.

4.- TRAMITE DE AUDIENCIA Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.

El artículo 232.1 RLOEX contempla que tras la fase de alegaciones y en su caso, de prueba, se de trámite de audiencia al interesado y traslado de la propuesta de resolución.

Si bien hasta la Sentencia del TJUE de 23.04.2015, ante la propuesta de una sanción de multa en su cuantía mínima poco podrá discutirse, siempre cabe alegar defectos de forma en la tramitación del expediente, instando la nulidad del mismo, con base en el artículo 62 de la Ley 30/1992, lo cierto es que tras la decisión del TJUE de 23.04.2015 se están impartiendo por las Oficinas de Extranjería instrucciones para que en los supuestos de estancia irregular no se haga propuesta de sanción de multa, por lo que se considera conveniente efectuar siempre segundas alegaciones en el plazo de 15 días siguientes a la notificación de la propuesta de resolución, con base en infracción del principio de proporcionalidad y graduación de las sanciones (artículo 127 de la Ley 30/1992 y 55. 3 de la LOEX) entre otros motivos.

5.- RESOLUCIÓN.

Dado que la sanción que se adopte en el procedimiento sancionador, ya sea la ahora improbable multa ya sea la expulsión, tiene como consecuencia la salida del territorio nacional, es conveniente que el Letrado interponga contra la resolución que se adopte cuantos recursos administrativos y jurisdiccionales procedan.

Para el supuesto de que sea interpuesto Recurso Potestativo de Reposición, se hará constar en otrosí lo siguiente “Esta parte solicita, con sustancialidad independiente del fondo de la resolución recurrida, las suspensión de la misma, acogiéndose si fuera necesario a lo previsto en el artículo 111.3 de la Ley 30/92.” Solicitando medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto administrativo siempre que pueda alegarse causa de nulidad del artículo 61 de la Ley 30/92.

Podrá optar el letrado, teniendo en cuenta la circunstancias personales del ciudadano extranjero, por la interposición directa del Recurso Contencioso-administrativo, con solicitud de medida cautelar o cautelarísima del 135 de la Ley 29/98 en función de la existencia o no de riesgo inmediato de ser ejecutada la expulsión.

1.4 LA ASISTENCIA LETRADA AL EXTRANJERO DESDE LA DETENCIÓN HASTA EL EXPEDIENTE JUDICIAL DE INTERNAMIENTO

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

En los procedimientos administrativos de devolución, retorno, así como en los que se puede proponer la sanción de expulsión del territorio nacional, es preceptiva la designación de abogado que defienda al ciudadano extranjero, tal y como se recoge en la normativa, LOEX artículos 62 y siguientes.

El artículo 61 de la LOEX establece que, desde el momento en que se incoa un procedimiento sancionador en el que se pueda proponer la expulsión, con el fin de asegurar la resolución final, se puede adoptar alguna de las medidas cautelares recogidas en dicho artículo, siendo una de ellas el Internamiento preventivo en el Centro de Internamiento de Extranjeros, siempre previa autorización judicial.

La solicitud, por la autoridad competente, de la medida cautelar de internamiento del ciudadano extranjero puede producirse en diferentes momentos del expediente administrativo sancionador:

1. En el mismo momento en que es incoado el procedimiento sancionador preferente por alguno de los supuestos recogidos en la LOEX en los artículos 54.1 a) y b), artículo 53.1 a), b) y f) y el 57.2, el instructor del expediente podrá solicitar al Juzgado de Instrucción el ingreso en el CIE mientras se tramita el expediente sancionador y así asegurar la resolución de expulsión.
2. Iniciado el procedimiento administrativo sancionador con anterioridad, el ciudadano extranjero posteriormente es detenido, y en ese momento se le notifica la resolución de orden de expulsión, y simultáneamente se solicita la medida de internamiento si la expulsión no pudiera ejecutarse en las 72 horas. Detención en la misma localidad o en otra diferente.
3. Procedimiento sancionador, dictada y notificada la resolución de expulsión, es detenido el ciudadano extranjero en momento posterior y viendo la imposibilidad de su expulsión en 72 horas se solicita la medida de internamiento.
4. Procedimiento sancionador ordinario en el que no se haya procedido a la salida voluntaria por el ciudadano extranjero, y transcurrido dicho plazo la autoridad solicita el internamiento si no se puede ejecutar la expulsión en el plazo de 72h.

Lo idílico sería que el mismo letrado que interviene en el expediente administrativo sancionador desde el inicio, lo hiciese igualmente en el procedimiento judicial de medida cautelar de internamiento, ya que el internamiento es una medida cautelar derivada del expediente administrativo, por lo que solo teniendo un conocimiento completo del expediente administrativo es posible el correcto ejercicio de la defensa del ciudadano extranjero ante el procedimiento de internamiento. Aun siendo la mejor opción de defensa para el extranjero que el mismo letrado fuera el que asumiera todo el procedimiento, tal posibilidad depende de los distintos criterios de actuación letrada de los departamentos de Turno de Oficio de cada Colegio de Abogados. Hay que tener en cuenta que no todos los actos administrativos del procedimiento se producen en la misma demarcación territorial, puede ser incoado el procedimiento en un lugar y el internamiento solicitado en otro y esto también imposibilita la asistencia jurídica integral por el mismo letrado, siendo más complicado si la asistencia es por justicia gratuita.

En los procedimientos de devolución o retorno en la solicitud de internamiento que se produce en el mismo momento de la incoación del procedimiento sancionador, suele coincidir el mismo letrado, tanto en el procedimiento administrativo como en el procedimiento judicial

de internamiento. Reza el artículo 58.6 y 60.1 párrafo 2º, de la LOEX que pueden transcurrir un plazo máximo de 72 horas para que pueda acordar y llevarse a cabo el internamiento desde la detención con la que se inicia el expediente administrativo.

En los procedimientos sancionadores de expulsión, en los que el internamiento se acuerda como medida cautelaren momento posterior a la incoación, puede no coincidir el mismo letrado, en estos casos el periodo de tiempo que transcurre desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador hasta que se solicita y se acuerda el internamiento por el Juez Instructor, provoca que la Administración, respetando los criterios de asistencia letrada del Turno de Oficio de cada Colegio de Abogados, contacte o no con el letrado designado en el expediente administrativo principal, siendo lo habitual contactar con el letrado que se encuentra ese día en funciones de guardia, (siempre que no haya designado el extranjero Letrado particular).

En los supuestos en los que se requiere la asistencia letrada, en una solicitud de medida cautelar de internamiento, en momento posterior a la incoación del procedimiento, no coincidiendo el letrado, este nuevo abogado, asiste al ciudadano extranjero por primera vez, con las evidentes dificultades que encuentra para ejercitar el derecho de defensa, sucediendo incluso no tener acceso a información básica del expediente administrativo sancionador de expulsión, como puede ser: no saber en qué fase se encuentra, si administrativa o judicial, quien es el letrado anterior, si hay medida cautelar acordada o solicitada...

Sería interesante y absolutamente necesario para un correcto ejercicio de defensa, en la medida de lo posible, que el segundo letrado designado localizase al letrado designado en el expediente administrativo ya iniciado para tener conocimiento del estado en el que se encuentra el procedimiento, la orden de expulsión decretada, por si se ha solicitado medida cautelar y se encuentra suspendida la resolución de expulsión,..etc. Toda esta información debe constar en el expediente administrativo, por lo que ha de solicitarse a la Policía el acceso al expediente.

El letrado asignado:

- Ha de tener acceso al expediente administrativo para poder así preparar la defensa en el trámite de audiencia ante la autoridad judicial.
- Ha de preocuparse por obtener la mayor información posible del ciudadano extranjero, en concreto sobre sus circunstancias personales, familiares, laborales, ya que normalmente es un breve periodo de tiempo el que transcurre desde la detención y entrevista en Comisaría hasta la puesta a disposición judicial, donde se decide la adopción o no de la medida cautelar de internamiento, por lo que toda la información que se pueda conseguir en ese breve periodo de tiempo es relevante.

Existiendo descoordinación entre los dos letrados es más posible que se materialice el internamiento y finalmente la expulsión, a pesar de que por ejemplo haya sido recurrida judicialmente y/o se encuentre suspendida, o se haya revocado; y de poco valdrá que se declare la sanción como nula o se suspenda cuando el ciudadano se encuentre en su país de origen.

En la normativa no se recoge la obligatoriedad de comunicar al letrado del procedimiento administrativo sancionador la ejecución de la expulsión, por lo que se recomienda lo siguiente:

- Incidir a las diferentes administraciones implicadas en el expediente administrativo que en la medida de lo posible se comuniquen con el letrado designado en su día en el expediente

administrativo sancionador y pongan en su conocimiento la solicitud de la medida cautelar de internamiento en los que la expulsión va a materializarse, y en los casos en que no sea posible esta comunicación la administración debe velar para que el nuevo letrado conozca todos los datos que obren en poder de la administración.

- Crear elementos de publicidad específicos para los ciudadanos extranjeros que se encuentren internados en el CIE o aprovechar los existentes, con el fin de informarles de sus derechos y obligaciones y de los posibles motivos de su internamiento, también de la necesidad de que se comuniquen con el letrado designado en el expediente administrativo sancionador para que este tenga conocimiento del internamiento, intentando en la medida de lo posible establecer comunicación entre los dos letrados si fuera el caso.

En el artículo 31 y en el 16, g) del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIE se establece que, formalizado el ingreso, los responsables del centro lo comunicarán:

- Al abogado, que conste en el respectivo expediente,
- A la Embajada o Consulado del país del interesado, y al Ministerio de asuntos Exteriores y de Cooperación.

Es aconsejable comunicar a las distintas asociaciones u organizaciones que presten atención en los CIE, al amparo del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, que puede existir esta concurrencia de letrados y hacer todo lo posible para que ambos mantengan comunicación.

2.- LA ASISTENCIA LETRADA AL EXTRANJERO DESDE LA DETENCIÓN HASTA EL INTERNAMIENTO EN C.I.E.

Una vez asumida la defensa letrada del extranjero, ha de considerarse que la misma comprende:

1.- Asistencia como detenido, para lo cual será necesario acudir a Dependencias Policiales como al Juzgado de Guardia, dentro del plazo de las 72 horas siguientes a la detención, una vez se haya requerido nuestra presencia letrada y a la mayor brevedad posible.

No hay que olvidar en ningún caso que no se trata de un detenido penal, y que por lo tanto le asisten todos los derechos reconocidos en la LOEX y en los tratados internacionales suscritos por España, que son vinculantes y deben tenerse en consideración, así como todas las directivas europeas que favorezcan el trato al extranjero en estas situaciones.

2.- Entrevista con el detenido previa a la FORMALIZACION DE LA NOTIFICACION DEL ACUERDO DE PETICION DE MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO, con el fin de conocer su situación y plantear una correcta defensa de sus intereses.

Esta entrevista resulta fundamental no solo en este momento, sino antes incluso de la notificación de la incoación o inicio del expediente sancionador. El conocimiento de la situación del extranjero y de sus circunstancias personales es importantísimo, y si lleva a la conclusión de que no procede la incoación del expediente sancionador, o en su defecto, la petición de internamiento, o en casos más comunes cada vez, la no aplicación de la LOE, (por tratarse de un familiar de ciudadano de la Unión), puede evitar, si conocemos estos datos y los hacemos valer, la propia incoación del expediente o la petición del internamiento.

Efectivamente si se dan tales situaciones, hemos de ponerlas en conocimiento del propio Instructor, a fin de que reconsidere dicha incoación o la petición de dicho internamiento,

resultando que en ocasiones así ocurre, siendo por tanto importante el conocimiento inicial de las circunstancias personales del extranjero y su condición, y la posterior conversación directa con quien va a decidir sobre la continuidad o no del expediente si procede, o de la petición de internamiento en lo que a este punto interesa.

Así las cosas, si se da el caso, hay que comunicar al Instructor para evitar la continuación de la petición del internamiento, hechos tales como:

- tratarse de ciudadanos inexpulsables, (por ser nacionales de países en los que la expulsión resulta imposible, no procediendo en este caso ningún internamiento, por cuanto implicaría una privación de libertad injustificada);
- ser familiar de ciudadano de la Unión;
- haber sido internado en CIE con anterioridad y superado el plazo máximo de estancia en este procedimiento, o sin haber sido agotado no haber podido ejecutar dicha expulsión.
- tener concedida la medida cautelar la suspensión judicial de la ejecución de la orden de expulsión;
- tener la vista para el juicio contra la propia orden de expulsión en breve; etc....
- estar incurso en otros procedimientos penales, en los que el Juez de Instrucción decretó la libertad provisional y no autorizó la expulsión.

En la entrevista con el ciudadano extranjero, en las propias dependencias policiales, debemos además obtener información de familiares, amigos y/o conocidos con los que ponernos en contacto de forma inmediata, informándoles de la situación de su conocido y de la necesidad de su colaboración en la localización de toda la documentación que nuestro cliente pueda tener, acreditativa de su situación de arraigo familiar, social...etc, sobre todo identidad, domicilio conocido, personas con las que convive... y hacernos entrega de la mismas, en aras de ser presentada ante el Juez que va a decidir sobre si procede o no su internamiento.

3.- Es de suma importancia el acceso al expediente administrativo de expulsión, esto es, el EXPEDIENTE POLICIAL GUBERNATIVO.

El artículo 23 del Reglamento CIES, relativo a la solicitud de internamiento, es de gran interés para los abogados en este punto, ya que la solicitud de ingreso en un CIE que se presente ante el Juez de Instrucción, ha de contener no solo la resolución motivada del Órgano Policial, y en su caso el Decreto de Expulsión, sino que en el EXPEDIENTE POLICIAL GUBERNATIVO habrá de contenerse la certificación de periodos de anteriores internamientos, (art. 23.3 Rto. CIES), y también debieran contenerse las solicitudes de internamientos anteriores denegadas por la autoridad judicial, esto es, por otros Jueces de Instrucción.

Es imprescindible, y así debe exigirse por el letrado, el acceso al expediente policial gubernativo antes de la comparencia o trámite de audiencia ante el Juez de Instrucción, y examinarlo íntegramente, a fin de comprobar que incluye toda la documentación a la que se ha hecho mención, resultando que si el expediente no está, o falta alguno de los datos o documentos referidos, ello debe ser alegado en la comparencia ante el Juez de Instrucción,

como motivo de nulidad de las actuaciones, y de improcedencia en definitiva del internamiento. Señalar que suele haber deficiencias en este punto, y que deben ser utilizadas para alegar la nulidad señalada.

Es importante tener en consideración el artículo 62.2 LOE, que establece que no puede acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente, y este argumento debe utilizarse si procede, ya que el solo intento de un nuevo internamiento, implica vulnerar una resolución judicial anterior y cometer fraude de ley, ya que en estos casos, el Instructor Policial intenta buscar un nuevo Juez para burlar la resolución inicial del primer Juez. Así lo consolida el artículo 246.3 del RD 557/2011.

4.- Asistencia en Juzgado de Guardia.

Iniciada la petición del internamiento, previa entrevista personal con el extranjero para conocer su situación personal, se debe intentar acreditar ante el Juez de Instrucción en funciones de guardia, que es quien va a autorizar o no el internamiento:

- Es fundamental, en este punto, acreditar un domicilio fijo, el arraigo o vinculación del extranjero con el territorio español, tanto familiar, como social, el tiempo de permanencia que pueda valorarse positivamente para presentar solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, acreditación de domicilio conocido, correcta filiación e identificación, alegaciones que pudieran ser favorables frente los antecedentes policiales y penales, estado sobre el procedimiento/s administrativos sancionador/es referidos por la Policía Nacional en la propuesta de internamiento o cualquier otro elemento que pueda ser valorado positivamente para eludir la medida de internamiento. La existencia de autos suspendiendo la expulsión.
- Además de las circunstancias personales del extranjero, hemos de alegar también cualquier defecto que se pueda estar produciendo en el expediente, teniendo presente el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, sobre todo como debe cursarse la petición de internamiento, documentos que deben constar en el expediente, así como también la Circular del Ministerio del Interior, Dirección General de la Policía 6/2014 en los que se fijan los Criterios para solicitar el ingreso de los ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento. Es del todo importante el acceso al expediente administrativo, y denunciar todas y cada una de sus posibles deficiencias de acuerdo con el nuevo Reglamento CIES, a fin de alegar si procede la nulidad de dicho expediente, y por tanto de la propia petición de internamiento tal y como se ha expuesto
- Las pruebas de las que podemos valernos pueden ser tanto documentales como la declaración de familiares o conocidos que puedan dar testimonio sólido de su situación. Han de ser comunicadas, en la comparecencia de internamiento a su Señoría o previamente ante el funcionario, para que se exponga el momento de su práctica.
- Si entendiéramos que no procedía la petición de internamiento, y ésta no se hubiera evitado ante el Instructor Policial, se ha de reiterar la argumentación en cuestión ante el Juez que ha de decidir sobre el internamiento al inicio de la propia comparecencia, o en las alegaciones frente a ella (inexpulsabilidad, existencia previa en CIE, suspensión expulsión...etc.)
- Hay que hacer valer la existencia de otras medidas cautelares menos drásticas, tales como las presentaciones periódicas, o la retirada del pasaporte, etc.

No existe impedimento alguno en la posibilidad de poder conversar previamente con el Fiscal que ha de informar sobre su petición o no de internamiento, mostrando toda la documental, así como explicación del caso concreto, puede ayudar a que no solicite el internamiento.

Se determina entonces, si concurren o no motivos suficientes para ordenar y autorizar la medida de internamiento judicial, y lo que es igualmente importante, su posterior mantenimiento.

5.- El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, deberá resolver de forma fundamentada, en base a qué supuesto/s acuerda el internamiento: riesgo de incomparecencia, carencia de domicilio, carencia de documentación identificativa, posibles actuaciones del extranjero que puedan dificultar o evitar la expulsión, así como otros elementos negativos como son antecedentes penales o procedimientos administrativos pendientes. O no autorizar el internamiento.

6.- Si pese a todo, se autoriza el internamiento por parte del Juez de Instrucción, es necesario valorar jurídicamente el contenido de la resolución judicial, con el fin de considerar si la misma está suficientemente motivada, en lo que a fondo y forma se refiere, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.1 de la LOEX.

Hay que valorar entonces si se considera oportuno recurrir la resolución judicial que contenga la orden de internamiento, bien en reforma y/o apelación.

Hay que ponderar entonces, habida cuenta de lo rápido que puede ejecutarse la medida de expulsión, de la conveniencia de recurrir en reforma, o directamente en apelación, ya que lo habitual es que la reforma no se estime por el Juzgado que acordó el internamiento, y entonces debe recurrirse directamente en apelación, a fin de no perder demasiado tiempo, ya que hay poco, y lo normal será que la eventual estimación de una apelación llegue tarde en cualquier caso. Solo si hay atisbos de una estimación en reforma debe interponerse dicho recurso, por ejemplo cuando no se ha podido aportar prueba documental que acredite los extremos expuestos en la comparecencia previa al internamiento, y en estos casos resulta conveniente hablar con el Juez de Instrucción sobre la posibilidad de estimación del recurso si se aporta dicha documentación entonces.

Todo ello nada tiene que ver con los recursos que en vía administrativa o judicial puedan interponerse frente al decreto de expulsión si éste existe. Sobre este particular, es necesario comunicar al letrado que lleva el procedimiento principal, si no es el mismo que ha intervenido en el internamiento, el resultado del mismo, a fin de que interponga los recursos y acciones que puedan resultar procedentes para la mejor defensa de los intereses del extranjero. Es importante la absoluta coordinación entre ambos letrados si son diferentes.

7.- Nada impide que, en cualquier momento pueda interesarse ante el Juez de Instrucción que acordó el internamiento, su cese, ello en virtud de nuevos datos o acontecimientos que puedan conllevar la reconsideración de mantener dicho internamiento. No hay que olvidar en que el Juez que acordó el internamiento, es el único que puede ordenar su cese en cualquier momento, se haya interpuesto o no recurso de reforma o de apelación en su caso. Es una perspectiva que a veces se deja de lado y es importante no perder de vista, ello en base al artículo 62.3 LOE.

8.- Sobre este particular, es importante destacar, que en nuestra labor de defensa de los intereses del extranjero, y a fin de que éste no esté desasistido, si no se localizara al letrado que lleva el procedimiento principal, y fuera necesario interponer acciones en dicho procedimiento, se debe proceder a recurrir en vía judicial mediante el oportuno recurso contencioso administrativo, con solicitud si así procede, de la suspensión cautelarísima de la ejecución de la orden de expulsión.

Podría valorarse la posibilidad de recurrir por vía de Vulneración de Derechos Fundamentales el propio acto administrativo de solicitud de medida cautelar de internamiento, como acto independiente, si de las circunstancias personales del ciudadano extranjero se pudiera estar conculcando alguno de los Derechos Fundamentales, no solo los reflejados en el Título correspondiente de la Constitución Española, sino también los fijados en la Carta Europea de Derechos Humanos, cuya interpretación es más amplia, contemplando situaciones que no hace nuestro Tribunal Constitucional, así como cualquier normativa internacional.

9.- Garantizar que el internamiento, a computar desde el momento de la detención del extranjero, no dure más de sesenta días (artículo 62.2 LOE).

Si la Autoridad Judicial acordase el internamiento por un plazo inferior, deberá exigirse la inmediata puesta en libertad tan pronto como cumpla el plazo fijado por el Juez de Instrucción, con apercibimiento de la posible comisión de un delito de detención ilegal.

10.- Vigilar que durante el internamiento se garanticen los derechos de asistencia letrada, acceso a intérprete oficial, derecho de información, a asistencia médica y sanitaria, de comunicación con sus familiares, entre otros, todo ello de acuerdo con la nueva regulación del Reglamento CIES, que se tratará en el punto siguiente.

11.- Informar al extranjero, si así le conviniera, de que existe la posibilidad de que acepte voluntariamente la sanción de expulsión y cumplimiento de la misma, pudiendo solicitar personalmente la salida voluntaria a su cargo.

12.- Prestar asesoramiento jurídico a los extranjeros mientras permanezcan en el Centro de Internamiento, quedando a su disposición y localizables y garantizar así un servicio de atención continuada. Este asesoramiento ya existe en Madrid, en Barcelona y en Valencia.

13.- Hay que tener en cuenta, y respecto a la ejecución de la orden de expulsión que se persigue con el internamiento, que si además se procede a retirar el pasaporte del extranjero, no hay necesidad de documentarle para proceder a la expulsión, por lo que los trámites para la Brigada de Extranjería en este punto, son más fáciles.

Si no se procede a retirar el pasaporte, hay que documentar al extranjero a través de la Oficina Consular correspondiente, con lo que el margen de maniobra es más amplio, pudiendo incluso contactar con el Consulado a estos efectos.

14.- Por su parte si hay antecedentes penales o policiales del extranjero susceptibles de ser cancelados, que han sido decisivos a la hora de dictar en decreto de expulsión, o incluso para acordar el internamiento, hay que indicar al extranjero la conveniencia de iniciar los trámites para su cancelación.

Si dicha cancelación se consigue durante el tiempo que dura el internamiento, es conveniente utilizar esta nueva situación en la eventual presentación de un recurso en vía judicial, o incluso utilizar esta nueva información para interesar ante el Juez de Instrucción que acordó el internamiento su cese.

15.- El extranjero como interno, tiene derecho a conocer la fecha de ejecución de la orden de expulsión, y la Policía actuante debe solicitar ante el Juez de Instrucción el cese del internamiento para proceder a dicha expulsión, lo que a su vez se debe notificar al letrado interviniente en las diligencias judiciales relativas a dicho internamiento. Estos datos deben tenerse en cuenta para proceder en consecuencia, y muy especialmente en lo que a la petición de suspensión cautelarísima de la orden de expulsión se refiere, si ésta no se hubiera producido ya, y en este punto actuar, o comunicar dicho extremo al letrado del procedimiento principal para que actúe en consecuencia.

16.- Del mismo modo y si el extranjero tiene procedimientos judiciales penales pendientes, la Policía actuante, antes de proceder a la ejecución de la expulsión, debe solicitar de cada uno de los Juzgados en los que se siguen dichos procedimientos, la autorización para la expulsión pese a dichos procedimientos. Es conveniente la puesta en contacto con los letrados de dichos procedimientos para que se opongán en el trámite de alegaciones correspondiente, a la ejecución de dicha expulsión por ser de interés la continuidad del procedimiento penal. (Artículo 57.7 LOEX)

17.- Como consideraciones importantes para luchar contra el internamiento señalar:

- Si se ha producido la caducidad de la acción para la interposición del recurso contencioso, por haber transcurrido dos meses desde la notificación del decreto de expulsión a un letrado anterior, o a través del TEREX, o de cualquier modo que no sea la notificación personal al interesado, intentar hacer valer que la notificación fehaciente se ha producido en ese momento con la consiguiente nulidad de la notificación anterior, para intentar interponer recurso contra la orden de expulsión;
- Si el decreto de expulsión es firme, y existen situaciones nuevas o que justifican la solicitud de revocación de la orden de expulsión, hay que intentarlo;
- La existencia de un procedimiento judicial ya iniciado, con o sin suspensión de la ejecución de la orden de expulsión.

1.5 LA ASISTENCIA EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO: RECOMENDACIONES.

En aquellos Colegios de Abogados en cuya demarcación exista un Centro de Internamiento de Extranjeros (C.I.E.), existe la obligación del Letrado/a de acudir a visitar al interno/a, en atención a lo dispuesto en el artículo 62.bis.f) de la Ley 4/2000, que se reproduce en el artículo

16.2.h) del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo (Reglamento C.I.E.), en el que se indica que, el extranjero sometido a internamiento, tiene derecho “a ser asistido de Abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.”.

- En este punto, hay que recordar que los C.I.E. tienen, normalmente, establecido un concreto horario de visita, pese a que nuestro Tribunal Supremo en alguna Sentencia ha llegado a prohibir que se pongan limitaciones en los horarios de estos centros, por lo que se aconseja llamar previamente antes de acudir, debiéndose tener en cuenta que, en la actualidad, la propia Ley viene a reconocer el derecho del interno/a a ser asistido por su Letrado/a “incluso fuera del horario general” que rija en el C.I.E, siempre que la situación de urgencia del caso lo justifique. Así mismo, el artículo 41 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo (Reglamento C.I.E.) determina que los/as internos/as se podrán comunicar libremente con sus Letrados/as, lo que refuerza esta circunstancia de libertad sin horarios para las comunicaciones entre internos/as y Letrados/as.
- Igualmente, se ha de reiterar que el extranjero tiene derecho a comunicarse con su Letrado/a de forma reservada, en un lugar que reúna las condiciones para llevar a cabo dicha entrevista, y sin la supervisión ni presencia de funcionario policial. El artículo 15.4 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo (Reglamento C.I.E.) establece la existencia de dependencias dentro del C.I.E. que aseguren la confidencialidad de las reuniones entre internos/as y Letrados/as, así como la posible existencia (mediante la suscripción del oportuno acuerdo de colaboración entre la Administración y los Colegios de Abogados) de un servicio de asistencia jurídica encargado de atender jurídicamente a los/as internos/as, que funcionará dentro del C.I.E., a disposición de los/as internos/as.
- Resulta tarea del Letrado/a que asiste al interno/a, salvo que ya fuera el/la Letrado/a que le asistió en la comparecencia de internamiento, el recabar, en su primera entrevista con el/la interno/a, toda la información acerca del lugar donde fue detenido por la Policía, el Juzgado que acordó su internamiento, y el/la Letrado/a que le asistió en dicha diligencia, solicitando dicha información al propio interno/a o, en caso de que el mismo lo desconozca o no porte consigo documentación relativa a dichos datos, la solicite directamente al responsable del C.I.E. o al Grupo Operativo policial del que dependen los/as internos/as en el C.I.E.
 - Dicha información se recabará: a) En primer lugar, a fin de poner en conocimiento del responsable del C.I.E. que, existiendo un Letrado/a designado con anterioridad, se ha de llamar al mismo para asistir al interno/a; y b) con el fin de que el/la Letrado/a posterior pueda contactar con el compañero/a Letrado/a que ya asistió al interno/a en la comparecencia de internamiento, para tratar con él la situación del internamiento y de su deber de asistencia.

REGISTRO SALIDA

- En el caso de que no exista Letrado/a anterior o que, tras las gestiones de averiguación, se desconozca su nombre, existe la obligación de asistir al extranjero internado por el/la Letrado/a que ha sido llamado para asistirle, para lo cual debe tenerse presente las recomendaciones sobre solicitudes de asistencia jurídica gratuita.
- En el supuesto de que el/la primer/a Letrado/a que asistió al interno/a no pertenezca a la sede colegial donde se halla el C.I.E., se deberá acudir al instrumento del «auxilio colegial», sin perjuicio de que, durante esa gestión, el/la Letrado/a que ha sido llamado para asistir al interno/a realice cuantas actuaciones sean necesarias para la defensa del extranjero, informando, en su caso, de todo ello al anterior Letrado/a.
- En atención a lo dispuesto en artículo 62. quáter de la Ley 4/2000, puesto en relación con el artículo 62.6 de la misma norma, reproducido en el artículo 16.2.n), y desarrollado en los artículos 19 y 20, todos ellos del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo (Reglamento C.I.E.), el/la Letrado/a puede recoger las peticiones y/o quejas, así como recursos, que formule el/la interno/a, las cuales “podrán” ser presentadas, bien ante el responsable del C.I.E. (el Director del Centro), mediante solicitud de entrevista personal por parte del interno/a con el mismo, o bien ante el propio registro con el que debe contar cada C.I.E., aunque se recomienda que se haga su presentación a través de un registro oficial externo al C.I.E., que permita dejar constancia de la petición y/o queja, o, bien que se haga ante la autoridad competente que tiene atribuida la función de control de la estancia de los/as internos/as en el C.I.E., es decir, ante uno de los Juzgados de Instrucción de la localidad donde se halle dicho C.I.E., recomendando que, en caso de tener que elegir, se acude con preferencia a la instancia judicial directamente, o que se reitere la petición ante éste último en caso de recibir una contestación insatisfactoria o la ausencia de respuesta en un plazo prudencial por parte de la Administración, a fin de que el Juzgado que ejerce el control del C.I.E. tenga conocimiento de primera mano de la situación planteada por el/la interno/a.
- Así mismo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 4/2000, dado que el plazo máximo de estancia en el C.I.E. es de 60 días, en atención a ello y a la doctrina jurisprudencial sentada por el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE), en su Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2009 (Gran Sala), en interpretación de la Directiva 2008/115/CE, sobre retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, el/la Letrado/a que asista el/la interno/a en el C.I.E. tendrá que recabar información del mismo a fin de conocer **si ha estado con anterioridad interno/a en alguno de los C.I.E. que existen en España**, solicitándole la entrega de documentación justificativa de tal situación. Para el caso de que el/la interno/a no conserve o no pueda poner a disposición del Letrado/a dicha documentación, por éste se tendrá que realizar las gestiones oportunas, bien directamente ante la autoridad policial, a la que se deberá requerir para que por ésta se consulte el Registro Central de Extranjeros y certifique sobre las medidas cautelares que aparezca que se han adoptado respecto del extranjero de que se trate (artículo 213.1.m) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril), o bien ante el órgano judicial,

bajo cuya dependencia se encuentra el/la interno/a, se requiera dicha información a la autoridad policial, a fin de confirmar dicha situación y de que el periodo de estancia previa en un C.I.E. le sea computado a efectos del plazo máximo legalmente establecido.

1.6 PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN SUPUESTOS DE EJECUCIÓN DE EXPULSIONES, DEVOLUCIONES Y DENEGACIONES DE ENTRADA, EN EL PLAZO DE 72 H.

El extranjero detenido para la ejecución en el plazo de 72 horas de una resolución de expulsión (art. 64.1 LOEX), de una devolución (arts. 58.3 y 6 y 64.4 LOEX), o de una denegación de entrada (art. 60.1.4 LOEX) es una persona privada de su libertad, y por ello goza de todos los derechos de un detenido, especialmente los recogidos en el art. 17.3 C.E., así como los resultantes de la L.O. 4/2000 y el R.D. 557/2011, en relación con la L. 30/92 y el R.D. 1398/1993, con la aplicación, siquiera sea en beneficio pro extranjero, del art. 520 LECRIM. En los procedimientos de extranjería de expulsión, de devolución o de denegación de entrada en los que haya de procederse a la detención cautelar (art. 61.1.d LOEX) previa a la ejecución forzosa de la salida de España del extranjero, la jurisprudencia constitucional le reconoce la extensión de todos los derechos propios de una situación de privación de libertad, por lo que el Letrado que asiste a un detenido cuya expulsión se pretende ejecutar en el plazo máximo de la detención (72 horas) deberá, en aras a la defensa:

- 1.- Examinar el expediente, y entrevistarse privadamente con el detenido. La relación entre Letrado y defendido está presidida por los principios de independencia y privacidad, por lo que el Letrado tiene derecho a reclamar las condiciones necesarias para que esa relación se desarrolle conforme a esos principios, y debe denunciar aquellas intervenciones en que los mismos se impidan u obstaculicen, conforme al art. 537 CP. Tiene derecho a entrevistarse con su defendido a puerta cerrada y con las debidas garantías de ausencia de escuchas o coacciones.
- 2.- Recabar toda la información posible del expediente, en especial:
 - fecha de la resolución de expulsión.
 - fecha de notificación.
 - nombre del Letrado representante en el expediente de expulsión.
 - pendencia o no de un recurso contra la expulsión y situación del mismo.
 - existencia o no de una medida cautelar de suspensión de la expulsión.
 - comprobar que efectivamente la expulsión será a su país de origen o de residencia legal.
- 3.- Conseguir toda la información posible del extranjero, en especial:
 - situación familiar y teléfono de contacto de familiares más cercanos.
 - situación administrativa y judicial.
 - estado de salud.

4.- Si el Letrado que asiste al extranjero en el expediente que se incoe para la expulsión en el plazo de 72 horas no es el mismo que intervino en el expediente que provoca la expulsión, debe ponerse en contacto inmediatamente con el compañero que asiste al extranjero en el expediente administrativo, para comunicarle la detención y la posible ejecución de la expulsión en el plazo de 72 horas.

5.- Facilitar la información necesaria al compañero que lleva el expediente administrativo para que el mismo pueda presentar los recursos oportunos que la Ley establezca contra la expulsión y solicitar la medida cautelar urgente dentro del procedimiento contencioso-administrativo, o esto último si el procedimiento judicial ya está iniciado. En el supuesto de que la medida cautelar ya se haya solicitado y no se haya resuelto, el compañero podrá solicitar la modificación de la medida cautelar a cautelar urgente o cautelarísima dada la urgencia de la inminente expulsión.

En caso de que el Letrado tenga conocimiento por otra vía de que la Policía incumple su obligación de llamar al Letrado de guardia en estos casos o lo llame para comunicarle una expulsión en el plazo de 72 horas sin solicitar la asistencia al detenido, el Abogado de guardia es la primera persona legitimada a realizar cualquier actuación en defensa del afectado, como así ha fijado la jurisprudencia constitucional, por lo que debe instar a la Policía a realizar adecuadamente la asistencia al detenido y a entrevistarse con el mismo, advirtiéndole de que en caso contrario se podría incurrir en un delito del artículo 537 CP, y acudiendo al Juzgado de guardia en caso de persistir la negativa a la asistencia letrada a los efectos de presentar la oportuna denuncia.

6.- Posibilitar que le sean llevados y entregados enseres personales para el viaje. Que familiares o amigos puedan prepararle una pequeña maleta para el viaje o dinero.

1.7 EL ART. 57.2 LOEX.

1.- Incoado expediente preferente con causa en el art. 57.2 LOEX –“Asimismo, constituirá causa de expulsión 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 Letrado cuidará que en el expediente se observen todos cuantos trámites aparecen en los arts. 63 LOEX y 234 a 236 RELOEX.

2.- La actuación del Letrado en la asistencia al extranjero al que se incoa expediente preferente al amparo del art. 57.2 LOEX habrá de ajustarse con carácter general a las normas de actuación ofrecidas en el apartado 1.2 sobre procedimiento preferente, si bien deberá ser especialmente diligente en la constatación de los siguientes elementos fácticos, que, en su caso, deberán ser alegados en descargo:

2.1.- Comprobación acerca de si la Sentencia condenatoria ha alcanzado firmeza, pues si la resolución judicial no es firme y/o se encuentra pendiente de recurso no puede constituirse en causa de expulsión.

2.2.- El requisito de que la duración de la condena sea superior a un año no queda cumplido con la acumulación de varias condenas de duración inferior a un año pero que en conjunto superen este periodo, como tampoco queda colmado con una pena de un año de duración: la condena ha de ser de al menos un año y un día de duración y haber sido impuesta por un único delito.

2.3.- Las condenas de privación de libertad por delitos imprudentes, aun cuando fueran por tiempo superior a un año y un día, no son incardinables en la causa de expulsión del art. 57.2 LOEX.

2.4.- Si los antecedentes penales originados por la condena por delito doloso a privación de libertad superior a un año han sido cancelados no opera la causa de expulsión del art. 57.2 LOEX. La concurrencia de la cancelación de los antecedentes penales debe ser alegada cuando hayan transcurrido los plazos previstos en el art. 136 C.P., aún cuando no exista expreso pronunciamiento del Ministerio de Justicia ni constancia de la cancelación en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

3.- Aun concurriendo en el extranjero una condena a privación de libertad con una duración superior a un año por la comisión de un delito doloso con vigencia de los antecedentes penales, el Letrado deberá exigir el cumplimiento de los ordinales 5 y 6 del art. 57 LOEX, que prohíbe la imposición de la sanción de expulsión, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el art. 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, en los supuestos siguientes:

- Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años (art. 57.5.a LOEX).
- Los residentes de larga duración (art. 57.5.b LOEX).
- Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española (art. 57.5.c LOEX).
- Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como los que perciban una prestación por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral (art. 57.5.d LOEX).
- Al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo (art. 57.5.in fine LOEX).
- Cuando la expulsión conculcare el principio de no devolución (art. 57.6 LOEX).
- Cuando la expulsión afecte a mujeres extranjeras embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre (art. 57.6 LOEX).

1.8 LA INTERVENCIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. RECOMENDACIONES

– Recurso Contencioso Administrativo: Los recursos se formularán ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, por el procedimiento abreviado, por tanto hay que redactar la demanda en el escrito inicial (art. 78.1 L. 29/1998), al que se podrá acompañar la solicitud de adopción de medidas cautelares, suspensivas y positivas, que en su caso pudieran plantearse (arts. 129 y ss. L. 29/1998).

Se ha de tener presente en la defensa de estos procedimientos que el régimen de extranjería aplicable a España se rige no solo por el derecho interno español sino también, y de manera especial, por el Derecho de la Unión Europea, con especial importancia en materia de derechos humanos en general y de los extranjeros en particular, tanto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Asimismo se reclama una mayor invocación a jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en defensa de las pretensiones del extranjero.

Para poder confeccionar con rigor la demanda, se deberá solicitar de la Delegación o Subdelegación de Gobierno vista del expediente administrativo. Es conveniente articular algún tipo de mecanismo con las Oficinas de Extranjería para permitir dicho examen por los Letrados (convenios, ventanillas específicas,). En todo caso debe bastar la designa colegial para acreditar la representación, imprescindible para este trámite.

– Se podrán asimismo solicitar, en su caso, medidas cautelarísimas (art. 135 L. 29/1998), si bien se aconseja su solicitud solamente cuando existan verdaderas razones de urgencia, como detención, internamiento, ejecución inmediata de la resolución de expulsión.

Competencia del Juzgado de Guardia. En virtud del Acuerdo de 28.11.2007 del Pleno del C.G.P.J. (B.O.E. de 12.12.2007), será el Juez de guardia el competente para adoptar en días y horas inhábiles en sustitución del Juez contencioso administrativo la suspensión cautelarísima de actos administrativos en materia de expulsión, devolución o retorno de extranjeros.

– En todo caso y dada la no preceptividad de la intervención de Procurador de los Tribunales en el procedimiento abreviado, la representación puede ser ostentada por el Letrado, aunque dado el tenor del art. 22.3 LOEX y del art. 223 RELOEX se debe ser cuidadoso en cuanto a la acreditación de la representación, ya que los Juzgados y Tribunales de lo contencioso administrativo no están aceptando la designa por el turno de oficio como bastante.

– El Juzgado, a petición del Letrado, adoptará las medidas cautelares que estime conveniente y señalará el día en que deberá celebrarse la vista oral. Contra el auto de medidas cautelares cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo contencioso administrativo del T.S.J.

– Con una antelación de 15 días sobre la vista, la Administración viene obligada a remitir el expediente administrativo que será puesto a disposición del demandante para poder preparar el juicio oral (art. 78.3 L. 29/1998).

– A la vista deberá acudir el Letrado y, en su caso, el Procurador, si tuviere conferida la representación, bajo apercibimiento de tener al recurrente por no comparecido y desistido del recurso. En el caso de que no compareciese la Administración se proseguirá la vista en su ausencia.

Si tal como establece el artículo 23 de la LJCA, el recurrente otorga la representación procesal al letrado, solo cabrá la sustitución del mismo en el acto de la vista en el caso que el recurrente haya apoderado a Letrado sustituto o acuda el extranjero demandante personalmente a la misma.

– En el acto de la Vista el Letrado podrá, al amparo del ordinal 6 del art. 78 L. 29/98 y en línea con lo resuelto por la S.T.C. 58/2009, de 09.03.2009, sin alterar sustancialmente la pretensión deducida en el escrito inicial de demanda, ampliar los motivos jurídicos en los que la parte recurrente fundamente el objeto de la litis, siendo lícito que, una vez que la Administración pone de manifiesto al demandante el expediente administrativo, lo que acontece con posterioridad a la formulación de la demanda, pueda la parte actora sumar a los motivos de impugnación que pudieren aparecer en la demanda inicial los que resulten del expediente administrativo.

– En orden a la realización de la prueba en juicio, la misma deberá proponerse y practicarse en el acto de la vista, por lo que es de carga de cada una de las partes su aportación. Se podrá solicitar el auxilio del Juzgado para citaciones y requerimientos con una antelación no inferior de 9 días a la fecha señalada para la Vista.

– En relación a la asistencia jurídica gratuita, el Letrado habrá de informar al justiciable extranjero de las consecuencias que la falta de tramitación de Justicia Gratuita, así como de la ausencia de constancia de la voluntad de interponer el recurso, pueden provocar en el acceso del mismo a la jurisdicción contenciosa administrativa como beneficiario de la justicia gratuita. Es recomendable que el Letrado facilite al extranjero el formulario de solicitud para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

– Debe ponderarse por el Letrado la oportunidad de hacer uso de la posibilidad prevista en el art. 78.3.párrafo tercero L. 29/1998, de solicitar que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista, y, en los supuestos en que, solicitado por el Abogado la aplicación del precepto, por la Abogacía del Estado se opusiera a ello y posteriormente en el acto de la vista únicamente propusiera la parte demandada como prueba el expediente administrativo, se pedirá la condena en costas a la Administración, ante la evidente maniobra dilatoria llevada a cabo.

– Contra la sentencia de los juzgados de lo Contencioso- Administrativo cabe la interposición del recurso de apelación.

2. PROTOCOLOS EN MATERIA PENAL

2.1 JUICIOS RÁPIDOS.

En bastantes ocasiones el extranjero es puesto a disposición de la autoridad judicial por la presunta comisión de un hecho delictivo a los que se refiere el art. 795 LECrim., que pueden dar lugar al enjuiciamiento rápido.

En estos casos nos podemos encontrar ante supuestos diferentes:

Primero. El extranjero en situación irregular es puesto a disposición del Juzgado de Instrucción con incoación previa por la policía de expediente de expulsión preferente por estancia irregular.

Segundo. El extranjero en situación irregular es puesto a disposición del Juzgado de Instrucción habiéndose notificado previamente por la policía una resolución de expulsión por estancia irregular ya existente.

Tercero. El extranjero, pese a encontrarse en situación irregular, es puesto a disposición del Juzgado de Instrucción, sin la incoación de expediente gubernativo alguno.

Cuarto. El extranjero se encuentra en situación regular.

En todos los casos, tanto si estamos ante extranjeros en situación regular, irregular o ciudadanos de la Unión y sus familiares, el letrado debe tener en cuenta la aplicación del artículo 801.2 LECrim en el sentido de valorar el acogerse o no a la reducción del tercio de la pena prevista. Y ello teniendo presente las siguientes situaciones:

- Si la conformidad supone la reducción de la pena y esta queda por debajo del año de prisión no se aplicará la expulsión (ver protocolo del art. 89 CP) y no podrá aplicarse el artículo 57.2 LOEX, por lo que no cabe tampoco expulsión administrativa ni la consecuencia de extinción de la autorización de la que podría estar disfrutando. Y también observar si la autorización administrativa que se tiene concedida tiene plazo de vigencia bastante, como para poder cumplir la pena y posible cancelación de antecedentes antes de la renovación.
- No prestar su conformidad teniendo en cuenta su situación administrativa y los efectos que una posible conformidad, que generará antecedentes penales, tendrá sobre las eventuales solicitudes iniciales de regularización o normalización o en peticiones de renovación de autorizaciones ya concedidas. Pues la autoridad administrativa correspondiente podrá emitir informe gubernativo desfavorable.
- Ante ambas alternativas, el letrado actuante deberá, ponderar adecuadamente lo más beneficioso para su cliente, de acuerdo al art. 89.4 CP (ver protocolo).
- Si no prosperara ninguna de las alternativas anteriores es aconsejable para los letrados, a efectos de definir la estrategia de defensa, pasar a diligencias previas. Ante

esta transformación a diligencias previas, y siempre antes de dictarse el Auto de transformación a PA, no existe impedimento alguno que, en este plazo intermedio, se solicite nuevamente al juez instrucción transformación a juicio rápido.

- En esta misma línea orientativa, se ha de observar por los Letrados actuantes la aplicación conjunta de las penas, no solo la de prisión, sino tales como las Órdenes de alejamiento, de comunicación, de prohibición de portar de armas, retiradas de permiso de conducir, como todas las reguladas en el CP, que se imponen con periodos mucho más largos que las penas privativas de libertad suspendidas, por lo tanto, el cumplimiento de la pena total se dilata en el tiempo atentando contra los intereses del extranjero para las futuras renovaciones o regularizaciones.
- En el supuesto de que se llegue a una Sentencia condenatoria en conformidad, el Letrado deberá impulsar el más rápido trámite de ejecución (por ejemplo de trabajos en beneficio de la comunidad) y liquidación de condena, pues todo ello influye en lo relacionado con la valoración que establece el citado artículo 71.5.a) RELOEX.

2.2 IDENTIFICACION DEL EXTRANJERO EN LA CALLE Y HABEAS CORPUS.

A pesar de que la vigente Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana y determinadas circulares policiales internas, hablan de “*detención a efectos de identificación*”, “*retención*”, “*comprobación de identidad*” o “*acompañamiento*”, es necesario recordar a todos los Letrados que estas figuras no tienen amparo constitucional, es decir, no existen como tal. Nuestra legislación solo regula la detención, sin más, y como especialidad en nuestra materia establece, para el caso de los extranjeros, la detención (mal llamada “*detención cautelar*”) como medida cautelar “*desde el momento que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión*” y esa detención debe ser acordada por parte del instructor de dicho procedimiento (art. 61 LOEX).

La vigente Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, recoge, desde una perspectiva dudosamente constitucional, la posibilidad de privar de libertad a una persona por un máximo de seis horas para su identificación. Así se pretende instaurar una nueva figura, dejando claro sin embargo, que, para la Administración, no es una detención, en los artículos 13, 16 Y 19 de la LOPSC, que establecen lo siguiente:

“Artículo 13 Acreditación de la identidad de ciudadanos extranjeros

- 1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar y portar consigo la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación regular en España.*
- 2. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal.*
- 3. Los extranjeros estarán obligados a exhibir la documentación mencionada en el apartado 1 de este artículo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad de la misma, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes de conformidad con lo dispuesto en la ley, y por el tiempo imprescindible para dicha comprobación, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no la llevaran consigo.”*

Artículo 16 Identificación de personas

1. *En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos:*
 - **a)** *Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción.*
 - **b)** *Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.”*
2. *Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.*

La persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales.
3. *En las dependencias a que se hace referencia en el apartado 2 se llevará un libro-registro en el que sólo se practicarán asientos relacionados con la seguridad ciudadana. Constarán en él las diligencias de identificación practicadas, así como los motivos, circunstancias y duración de las mismas, y sólo podrán ser comunicados sus datos a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal. El órgano competente de la Administración remitirá mensualmente al Ministerio Fiscal extracto de las diligencias de identificación con expresión del tiempo utilizado en cada una. Los asientos de este libro-registro se cancelarán de oficio a los tres años.*
4. *A las personas desplazadas a dependencias policiales a efectos de identificación, se les deberá expedir a su salida un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes.*
5. *En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y, en su caso, en esta Ley.”*

En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuere preciso a los efectos indicados.

En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

“Artículo 19. Disposiciones comunes a las diligencias de identificación, registro y comprobación

1. Las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con ocasión de actuaciones realizadas conforme a lo dispuesto en esta sección no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención.

2. La aprehensión durante las diligencias de identificación, registro y comprobación de armas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa se hará constar en el acta correspondiente, que habrá de ser firmada por el interesado; si éste se negara a firmarla, se dejará constancia expresa de su negativa. El acta que se extienda gozará de presunción de veracidad de los hechos en ella consignados, salvo prueba en contrario.”

El Pleno del TC, por Providencia de 9 de junio de 2015, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015, contra los artículos 19.2, 20.2, 36.2, 36.23, 37.1 en relación con el 30.3, 37.3, 37.7, y la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana («B.O.E.» 16 junio).

Como señala la STC 341/1993, de 18 de noviembre, “la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una “infracción” administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad” (FJ 5)

Por lo tanto, en el caso de los extranjeros que no hayan cometido un delito, solo cabe la detención si previamente se ha incoado un procedimiento para expulsión. Si la detención no está fundada en ese procedimiento sancionador ya existente con anterioridad, se estará vulnerando el derecho a la libertad del artículo 17.2 de la CE y será procedente solicitar el procedimiento de “habeas corpus” o incluso analizar la posibilidad de una denuncia por detención ilegal del artículo 167 en relación con el 163 del CP.

Cuando la Policía proceda a solicitar la identificación de un extranjero en situación irregular en la calle y éste tenga documentación suficiente para identificar su persona (pasaporte, dni de su país, carnet de conducir oficial, etc, aunque estén caducados, pero que recoja su nombre y una foto donde sea identificable), el Agente tendrá una única opción: entregar una citación en ese momento fijando día y hora para que el extranjero se persone en dependencias policiales, sin proceder a detención alguna. Cualquier otra situación es susceptible de instar un procedimiento de “habeas corpus” o de una denuncia por detención ilegal.

Cuando la Policía proceda a solicitar la identificación de un extranjero en situación irregular en la calle y no tenga documentación para identificarse, el Agente tendrá dos opciones: entregar una citación en ese momento fijando día y hora para que el extranjero se persone en dependencias policiales, sin proceder a detención alguna, o “al objeto de sancionar una infracción, podrá requerir a quienes no pudieran ser identificados a que le acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de

identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.' Y durante esa detención incoar en ese momento un procedimiento sancionador para expulsión y acordar la detención como medida cautelar en ese procedimiento, informando lógicamente al extranjero del motivo de la detención y solicitando de inmediato la asistencia letrada. Cualquier otra situación es susceptible de instar un procedimiento de "habeas corpus" o de una denuncia por detención ilegal.

El procedimiento de "habeas corpus" (**Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, Reguladora del Procedimiento Habeas Corpus**) se insta a través de comparecencia o solicitud del propio detenido o de un familiar, siendo el Juez competente el de Instrucción del lugar donde se encuentre la persona privada de libertad. No es preceptiva la intervención de abogado o procurador, pero es recomendable que cualquier letrado de guardia que tenga conocimiento de una detención ilegal, inste el procedimiento por escrito firmado por el detenido o por un familiar (su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad; descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales), o procure que el detenido lo solicite mediante comparecencia ante la policía.

El escrito o comparecencia solo tienen que contener:

- a.- El nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo judicial.
- b.- El lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes.
- c.- El motivo concreto por el que se solicita el *Habeas Corpus*.

En este último caso el motivo será la falta de amparo legal de la detención al no constar una incoación de un expediente sancionador para la expulsión del extranjero, ni haberse producido la detención por la comisión de un delito.

CONCLUSIÓN:

Se recomienda a los letrados (estén de guardia o no) que tengan conocimiento de la detención de un extranjero que esté comprendido en alguna de las situaciones que la policía denomina "detención a efectos de identificación", "detención preventiva" o "detención cautelar" o "retención", y el motivo de esa detención no sea la incoación *previa y anterior* de un expediente sancionador para la expulsión, o la comisión de un ilícito penal:

- Que insten el procedimiento de "habeas corpus" solicitando la inmediata libertad del extranjero.
- Que valoren la posible presentación de una denuncia por detención ilegal, en la que se incluiría al instructor del expediente de expulsión que pretenda dar cobertura legal con ello a la detención, como cómplice o cooperador necesario.
- Que hagan constar en las alegaciones que se presenten contra la posible incoación del expediente de expulsión tanto la interposición del habeas corpus como la denuncia, así como la recusación del instructor. (Ver protocolo de procedimiento preferente).

2.3 DEFENSA ENTRE INCOACIÓN Y VISTA

El extranjero en la fase procesal comprendida entre la incoación del procedimiento penal y la celebración de la vista oral. Marco del artículo 57.7 LOEX.

El letrado de un ciudadano extranjero incurso en un procedimiento penal, debe ser conocedor de la posibilidad contemplada en el artículo 57.7 LOEX y que afecta directamente a la situación de su cliente desde el momento del inicio de las actuaciones penales o detención y hasta la fase de vista oral.

Si el ciudadano extranjero es detenido para ejecutar una expulsión, el letrado del procedimiento administrativo sancionador deberá observar la existencia de procedimientos penales, a efecto de manifestar la necesidad de solicitar la autorización judicial correspondiente de cada proceso penal vigente. La carencia de las debidas autorizaciones de los jueces penales es causa suficiente para impedir la expulsión.

El letrado de un ciudadano extranjero investigado y procesado, ante la solicitud al juez de lo penal por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para autorizar la expulsión y el traslado de plazo de alegaciones al letrado sobre la procedencia o no de autorizar la expulsión, deberá contemplar en sus alegatos todo aquello que acredite el perjuicio de su cliente si se materializa la expulsión y se archiva la causa penal.

Debe ser alegado por el letrado como de aplicación residual o excepcional y no como una regla automática el artículo 57.7. El artículo 57 no obliga a expulsar.

A la hora de aplicar la expulsión prevista en el artículo 57.7 LOEX debe valorarse la proporcionalidad de su aplicación, atendiendo al caso y las circunstancias concretas. Se evitarán tanto las situaciones de excesiva “penalidad” como aquéllas en las que la expulsión pudiera ser un “premio” o mal menor para el extranjero.

Para acordar la medida de expulsión, tanto el Fiscal para emitir informe, como el Juez, deben exigir el expediente administrativo de expulsión completo. No basta con la mera resolución en la que se haga constar que el extranjero se encuentra procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, con la que es imposible valorar las circunstancias a las que se refiere el propio precepto.

Exigir la presencia del Ministerio Público en la audiencia previa que tiene lugar antes de resolver sobre la solicitud de expulsión al amparo del art. 57.7 LOEX, en cuanto por su Estatuto

Orgánico es el encargado de velar por la legalidad y porque así se dispone en la Circular 5/2011, de 02.11, y en la Circular 2/2006, de 27.07.

En igual sentido se ha de tener en cuenta lo establecido en los artículos 11 al 18 de la Ley 4/2015, 27 abril, del Estatuto de la Víctima del delito, la cual también es parte en el proceso y puede verse perjudicado en sus derechos.

2.4 ARTÍCULO 89 Y 108 CP.

Extranjeros condenados a penas de prisión. Expulsión Judicial. Artículos 89 y 108 del Código Penal tras su modificación por la Ley Orgánica 1/2015. Conclusiones.

1.- Cuestiones previas:

Como es conocido por todos el día 1 de julio entró en vigor la reforma del código penal aprobada por las Cortes, la cual según varios estudiosos de la materia estiman que dicha reforma nos arroja a una situación de incertidumbre, al realizarse una modificación de profundo calado y que responde a criterios utilitaristas. El art 89 ha tenido 5 modificaciones:

- 1.- Desde la vigencia del Código Penal –L.O. 10/95 de 23 de Noviembre– hasta el 22 de Enero de 2001.
- 2.- L.O. 8/2000 desde el 23 de Enero de 2001 hasta el 30 de Septiembre de 2003.
- 3.- L.O. 11/2003.
- 4.- LO 5/2010 de 22 junio 2010 el 23/12/2010.
- 5.- 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.

En lo que concierne a la materia concreta del artículo 89 del CP, sustitución de las penas de prisión, se produce una profunda modificación. De la lectura de la Exposición de Motivos de la reforma del actual CP, no se da una explicación convincente de cuales han sido los criterios tenidos en cuenta para la modificación total de este artículo 89.

Se ha de tener en cuenta, por los letrados, la valoración y aplicación de forma conjunta de las siguientes normativas e instrucciones al momento de que se solicite por el Fiscal o Acusación Particular su aplicación:

- 1.- Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.
- 2.- Directiva 38/04 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 art 27, 28, 30-2-3, 33.
- 3.- DIRECTIVA 2004/83 DE 29/4/2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida ART 21-2.
- 4.- Directiva 115/08 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular art 2.b y 5.
- 5.- Directiva (UE) 2016/343 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. Publicada 11/3/16 Diario Oficial. Entro en vigor 1/4/2016. Trasposición hasta 1 abril de 2018.

- 6.- LO 4/00 Ley de Extranjería art. 57 y 58.
- 7.- LEY 12/09 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria
- 8.- RD 557/11 ART 247.
- 9.- RD 240/07, ART 15.
- 10.- Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- 11.- LEY ORGANICA 7/14 DE 12 NOVIEMBRE INTERCAMBIO INFORMACION ANTECEDENTES PENALES Y RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES UE.
- 12.- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Art 67.Consentimiento del condenado.
- 13.- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su artículo 11 y siguientes destaca el papel activo de la víctima en el proceso penal y específicamente en el artículo 13 regula la participación de la víctima en el proceso de ejecución, en relación con el artículo 36-2 y 57 del código penal. La lista de delitos del art 13: delitos contra la vida, la libertad, integridad física y libertad de indemnidad sexual, los delitos de terrorismo o delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal. Son los mismos regulados en el artículo 89-4 a) b).

2.- Instrucciones y Circulares FGE y DGP

- 1.- Instrucción 1/2010, sobre las funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales. (punto 7. COMUNICACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES A LA AUTORIDAD GUBERNATIVA EN RELACIÓN CON LOS EXTRANJEROS). Ratifica principio acusatorio. Los fiscales interesarán, bien en el escrito de conclusiones provisionales o en el acto del juicio oral del procedimiento judicial correspondiente, que en caso de dictarse sentencia condenatoria y de sustituir la pena privativa de libertad por expulsión.
- 2.- Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado. (antecedentes Circular 3/2001, la Instrucción 2/2002 y la Circular 1/2002, todas ellas de la Fiscalía General del Estado. Estos documentos destacaron la necesidad de articular una adecuada coordinación entre los órganos judiciales y la autoridad gubernativa, con la finalidad de llevar a efecto las expulsiones previstas en el art. 57 de la Ley de Extranjería y asegurar la ejecución de las sentencias condenatorias que acuerden la expulsión del territorio nacional.)
- 3.- Circular 2/2011, de 2 de junio FGE, en relación con las organizaciones y grupos criminales y Circular 3/2011, de 11 de octubre en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y grupos criminales.

Dichas Circulares en relación con Artículo 89. 4 - Párrafo tercero inciso B, expulsión de Ciudadano de la Unión se producirá a pesar de ser residente de larga duración UE (más de 10 años) si el justiciable condenado a sido a su vez condenado por uno o más delitos de terrorismo art 571 a 580 CP); así como ha sido condenado por otros delitos cuando haya existido la circunstancia del grupo u organización criminal.

- 4.- Circular 3/15 de 22 de junio de 2015, sobre régimen Transitorio tras Reforma operada por LO1/15: punto 3.4-2 Expulsión Sustitutiva. Revisión.
- 5.- Circular 7/2015 de la Fiscalía: nuevos criterios sobre la expulsión de extranjeros como medida sustitutiva de la pena. Análisis Crítico punto 5 Sobre Ciudadanos Unión:

“Los miembros de la familia de un ciudadano español que siempre ha residido en España están excluidos del régimen comunitario previsto en el artículo 89 CP. Su relación con el ciudadano español deberá ser valorada en el ámbito del principio de proporcionalidad” STJUE 15/11/2011,

Asunto C-256/11. Tiene que haber ejercido la circulación y haber regresado con su familia. SSTJUE Asunto C-370/90 Singh, Asunto C-291/05 Eind, Asunto C-60/00 Carpenter.

6.- Instrucción nº 4/15 Dirección General Penitenciaria. Punto 2- Expulsión del territorio nacional. Ratifica continuar aplicando Instrucción 18/ 2005 e Instrucción 21/11 (ver Art 197.2 Rgto. penitenciario).

3.- Las modificaciones están centradas en los siguientes aspectos:

1.- Es de aplicación a cualquier ciudadano extranjero: tanto a ciudadanos de la Unión como a ciudadanos extracomunitarios, así como a extranjeros con protección internacional o protección subsidiaria. Es decir, con independencia de su situación de residencia de acuerdo a la Ley de Extranjería o Ley de Protección Internacional. Es decir, se aplica a todos los extranjeros ya sean residentes legales o no, tengan o no residencia de larga duración.

2.- Se modifica nuevamente los marcos de las penas para la aplicación de la expulsión: es de aplicación a penas de prisión (solo penas privativas de libertad) de más de un año hasta cinco años. Y a penas mayores de cinco años de prisión, o cuando la suma de las impuestas, sea superior a cinco años.

3.- Faculta al juez o tribunal que de acuerdo a la pena impuesta y la duración de la misma, podrá en uno u otro caso acordar la ejecución de una parte de la pena en territorio nacional procediendo posteriormente a su expulsión.

4.- Introduce claramente la aplicación del principio de proporcionalidad y permite de acuerdo a la valoración de las circunstancias del hecho y las personales del autor y su arraigo en España la no aplicación de la expulsión.

5.- Establece la excepcionalidad de que en el caso de que un extranjero expulsado regrese a España el juez o tribunal, podrá reducir su duración de la pena cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, debiendo tener en cuenta el tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en la que se haya producido su cumplimiento.

6.- Se introduce un nuevo artículo del delito previsto en el artículo 177 bis sobre la trata de seres humanos al cual no se la aplicará la sustitución de la pena por expulsión. Se ratifica los artículos 312, 303 y 318 bis del código penal a los cuales tampoco se la aplicará la sustitución de la pena por expulsión.

7.- La redacción del artículo 89, respecto a las facultades del juez o el tribunal, para acordar la ejecución de una parte de la pena en centro penitenciario español, no regula de forma clara, que criterios ha de tener en cuenta para la fijación del plazo señalado en el artículo 89.1 del CP:; *“la ejecución en centro penitenciario español no podrá ser superior a 2/3 de su extensión”* ...; mientras que en el art 89.2 para aquellos casos de penas superiores a cinco, señala que: *“...será cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional* mientras que la Exposición de Motivos señala *“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”*.

8.- Comprende todos los delitos dolosos o por imprudencia.

4.- Los letrados deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

A). El análisis individualizado de cada caso, pues se utilizarán diferentes marcos sancionadores para acordar la expulsión. En específico aquellos casos en que la pena sea entre 1 y 3 años, pues de acuerdo a la Exposición de Motivos aquellas penas que sea superiores a 3 años en todo caso el juez deben señalar el plazo a cumplir en prisión.

B). Como la expulsión ha ~~de ser acordada en sentencia~~, deberán de ser objeto de debate todas las circunstancias que señala el artículo 89.4. De no ser posible: Una vez firme la sentencia, Ejecutoria se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes.

C). Se ha de tener en cuenta todo lo señalado en el Protocolo de Juicios rápidos y conformidades.

D). Disposición transitoria primera de la LO 1/2015 lo siguiente: Retroactividad

" 2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad. **AP Madrid, sec. 7ª, S 16-11-2015, nº 906/2015, rec. 1675/2015** Pte: García Quesada, María Teresa FJ UNDECIMO.

En el mismo sentido las sentencias: **AP Cádiz, sec. 6ª, S 5-11-2015, nº 118/2015, rec. 5/2015** Martín Salinas, Emilio José FJ DUODÉCIMO; **AP Madrid, sec. 23ª, S 16-12-2015, nº 828/2015, rec. 1841/2015 FJ 5; AP Barcelona, sec. 9ª, S 23-11-2015, nº 893/2015, rec. 99/2015 FJ 5; STS 409/16 recurso 2033/16 FJ 3 aplicación del actual art 89.4 del CP**

E). Para la valoración y aplicación del principio de proporcionalidad los letrados han de tener en cuenta:

1.- Derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE. art. 8 CEDH y art 7 y 9 CEDF.

No es suficiente encontrarse en trámites de matrimonio con residente legal o ciudadano de la Unión. Además de demostrar la existencia formal del matrimonio, es preciso que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja. (STEDH de 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca, STEDH 18 de octubre de 2006 en el caso *Üner contra Holanda* y 16 de abril de 2013 en el caso *Udeh contra Suiza*). STJUE 15/11/2011, Asunto C-256/11 conviene recordar con carácter previo que el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...), referido al derecho al respeto de la vida privada y familiar, contiene derechos equivalentes a los garantizados por el artículo 8, apartado 1, del CEDH, y que, por consiguiente, debe darse al artículo 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al artículo 8, apartado 1, del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto C-400/10, PPU).

2.- Se haya concedido nacionalidad y se encuentre en fase jura-inscripción. (Pues ya es español por lo tanto, no es extranjero).

3.- Existencia de hijos con residencia legal o que sean ciudadanos de la Unión. Convención Derechos del Niño. Directiva 115/08 art 2.b y 5.

4.- Obligaciones de guardia custodia o alimentos. (SSTEDH de 17 de abril de 2003, Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia, 30 de julio de 2013 en el caso *Polidario contra Suiza*. ha recordado que el respeto efectivo de la vida familiar implica que las relaciones futuras entre padres e hijos se arreglen sobre la única base del conjunto de elementos pertinentes y que el transcurso del tiempo sin contacto entre progenitor e hijo puede tener consecuencias irremediables para su relación. Gran Sala, de 8 de marzo de 2011(C/34/09).

5.- en igual sentido se ha de explorar a si el extranjero/a ha sido víctima de los delitos previstos en la LO de Extranjería (delito contra los derechos de los trabajadores, de violencia de género) de haber cooperado con las autoridades.

6.- En igual sentido se ha de tener presente que el extranjero/a, se encuentre en tramitación de solicitud de asilo y protección subsidiaria y se demuestre el peligro para su

vida o integridad por las circunstancias del propio penado si es expulsado a su país de origen SSTs nº 791/2010, de 28 de septiembre FJ 4, y 853/2010, de 15 de octubre FJ 4.

7.- Enfermedad grave sobrevenida. D. contra Reino Unido STEDH 2/5/1997, y B. B. contra Francia, Sentencia de 7 septiembre 1998 (únicas sentencias favorables) caso Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica, de 20 de diciembre de 2011 (seropositiva), caso Balogun c. Reino Unido, de 10 de abril de 2012(tendencias suicidas diagnosticadas) caso Nacic y otros c. Suecia, de 15 de mayo de 2012 (no tenían diagnosticada ninguna enfermedad mental concreta y que, en todo caso, el país de origen (Kosovo/Serbia) tenía servicios de salud mental que podrían atenderles a su llegada. (Todas ratificaron expulsión)

8.- Extranjeros con imposibilidad de ser documentados. Imposibilidad de la propia ejecución de la Pena. Tiempo que transcurre (STEDH de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia

9.- Países en conflictos.

10.- Catástrofes.

11.- Las situaciones de arraigo y su tramitación. Dilaciones Indebidas por la Administración.

F.-) La interpretación de los conceptos jurídicos: amenaza real y suficientemente grave “*motivos imperiosos*”, evidentemente más exigente que “*motivos graves*” para el orden público o la seguridad pública. En relación con art 83 TFUE.

1.- Distinguir Seguridad pública en: seguridad interior y la seguridad exterior del Estado.

Ejemplos seguridad interior: Tráfico drogas de estupefacientes, abusos sexuales y explotación de menores. Trafico Armas, personas, órganos, Pornografía Infantil. STJUE 22/5/2012, Asunto C-348/09 (aptado 21, 23, 34).

STJUE 23/11/2010, Asunto C-145/09 (drogas) aptados 33, 43,47.

Asunto C-145/09 (drogas, grupo organizado. Otros delitos comunes lesiones, etc.

Asunto C- 348/09) abusos sexuales, agresión sexual y violación de una menor.

Ejemplos seguridad Exterior: Terrorismo, blanqueo de capitales, delitos informáticos- ciber-seguridad. STJUE 4/6/2013 Asunto C-300/11.

2.- **Orden Público:** STJUE, Sala Cuarta, de 17 de noviembre de 2011, C-430/10 (aptado33) Remite a sentencia Jipa de 10 de julio de 2008, asunto C-33/07 aptado 23. Cualquier alteración del orden social que implique necesariamente la infracción de una ley que constituya “*una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*”

3.- **Amenaza:** debe ser actual, real, no especulativa, constante, es decir, presente en el momento en que se toma la decisión de aplicarle la medida de expulsión y subsistente en el momento de su cumplimiento art. 27.2 Directiva 2004/38. **STJCE 27-10-1997, 19-1-1999, STS 29-1-1993, 6-10-2000, 20-6-2001**.**STJUE 08.12.2011**; STJCE (Gran Sala) de 31 de enero de 2006. Asunto C-503/2003. Comisión contra Reino de España, Tribunal de Justicia Europeo en su Sentencia de 27 de octubre de 1997 (Asunto "Mónica contra Marcos ") Fundamento de Derecho 29. STJUE 22/5/2012 (Asunto C-348/09) apartado 31 " “cuando una orden de expulsión del territorio se imponga como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad pero se ejecute más de dos años después de haberse dictado, el artículo 33, apartado 2, de la Directiva 2004/38 obliga al Estado miembro a comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y a examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”.

~~4.- Antecedentes penales: no es una amenaza: salvo que se infiera razonablemente la probabilidad de reincidencia vedada la adopción de la expulsión por razones de prevención general. Asunto 30/77 Bouchereau, Asuntos C-482/01 y C- 493/01 Orfanopoulos y Oliveri y Asunto C-50/06 Comisión contra Países Bajos). Una posibilidad remota de comisión de nuevos delitos no es suficiente (Asuntos C-482/01 y C- 493/01 Orfanopoulos y Oliveri).~~

G.-) Especial referencia han de tener los letrados actuantes ante: artículo 89.4 párrafo tercero Respecto a Ciudadanos de la Unión y sus Familiares en relación con art art 28-2 de la Directiva 38/2004:

1. Introduce UN PLUS ACUMULATIVO para aquellos que hubiesen residido en España durante los 10 años anteriores. En este sentido los letrados deben tener en cuenta las STJUE C-378/2012, 16 enero de 2014, **Los periodos de estancia en prisión no computan a efectos de adquisición residencia permanente** apartado -23-27 y Asunto C-400/12 STJUE (Sala Segunda) de 16 de enero de 2014. Protección contra la expulsión – Modo de cálculo del período de diez años – Consideración de los períodos de permanencia en prisión **Manera de computar período de residencia: continuada y hacia atrás desde fecha decisión expulsión. Apartado 24 -28.**
- 2.- En igual sentido los letrados actuantes deberán tener en cuenta STJUE Gran Sala, de 23 de noviembre de 2010, C-145/09, Alemania/Tsakouridis apartado 50 -53:

51-Una condena a una pena de cinco años no puede provocar una decisión de expulsión, como prevé la normativa nacional, sin tener en cuenta los aspectos descritos en el apartado anterior, algo que corresponde examinar al juez nacional.

3.-Artículo 89. 4 - Párrafo tercero inciso A. La norma señala INCISO A que para dichos delitos deben ser castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años, es decir, que serían los tipos delictivo cuyo marco sancionador supere los cinco años, entre ellos tenemos los siguientes tipos:

- Homicidio del artículo 138,139, 140.
- Artículo 143 -1del código penal inducción al suicidio.
- Artículo 144 del código penal del aborto.
- Artículo 149 1-2 del código penal lesiones con pérdida o inutilidad de un órgano miembro principal, o de un sentido...
- Artículo 150 del código penal lesiones con pérdida o inutilidad de un órgano miembro no principal.
- Artículo 163- 1 y 3 del código penal de las detenciones ilegales y secuestros.
- Artículo 164 del código penal secuestro de persona exigiendo condición.
- Artículo 166 del código penal.
- Artículo 179, 180, 183 del código penal agresión sexual.
- Artículo 188 apartado cuarto en el caso de que el menor no hubiere cumplido 16 años de edad.

4.-Artículo 89. 4 - Párrafo tercero inciso B, expulsión de Ciudadano de la Unión se producirá a pesar de ser residente de larga duración UE (más de 10 años) si el justiciable condenado a sido a su vez condenado por uno o más delitos de terrorismo art 571 a 580 CP); así como ha sido condenado por otros delitos cuando haya existido la circunstancia del grupo u organización criminal.

~~Lo anterior en relación con Circular 2/2011, de 2 de junio FGE, en relación con las organizaciones y grupos criminales y Circular 3/2011, de 11 de octubre en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y grupos criminales.~~

En este sentido tener presente la doctrina del TS sentencia 544/12Pte: **Sánchez Melgar, Julián y S 20-1-2015, nº 7/2015, rec. 10604/2014, Pte: Martínez Arrieta, Andrés**

5.-Artículo 89. 4 - Párrafo tercero inciso B. Tipologías Delictivas *“otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal”*:

- ARTÍCULO 570 BIS De las organizaciones y grupos criminales.

- art. 369. 1-2ª y 369-bis, 370-2. Delitos relativos contra la salud pública.
- art. 183-4.f) CP en relación a los delitos de *“Abusos y Agresiones Sexuales a Menores de Trece Años”*.
- art. 187-2. B) y art. 189-2 f) CP *“delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores”*.
- art. 197 quater CP respecto de los delitos de *“Descubrimiento y Revelación de Secretos”*.
- art. 264-2, 1ª CP se refiere a la agravación en los supuestos de los llamados *“daños informáticos”*.
- arts. 271 c) y 276 c) CP respecto de los *“Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial”*.
- art 305 BIS 1-b) y 307 BIS 1-b) *“delitos contra la hacienda pública y seguridad social”*.
- art. 399 bis-1 CP en relación a los *“delitos de falsificación de tarjetas de crédito”*

H.-) Deberán tener especial atención los letrados actuantes en los casos en que los investigados y procesados sean Ciudadanos de la Unión y sus familiares en cuanto:

1.-Revisión exhaustiva en la hoja histórico penal precisando si el justiciable procesado condenado tiene antecedentes por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad indemnidad sexuales (es decir delitos del título primero, del título segundo, título tercero, título cuarto, título sexto, título séptimo, título octavo, todos el código penal.) LEY ORGANICA 7/14 DE 12 NOVIEMBRE INTERCAMBIO INFORMACION ANTECEDENTES PENALES Y RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES UE.

2.- En igual sentido los letrados actuantes deberán tener en cuenta la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Art 3 (derechos fundamentales), 11 (**Pérdida sobrevenida del carácter ejecutorio de la resolución cuya ejecución ha sido transmitida**) y 67. (Consentimiento del condenado).

I.-) Sobre los apartados 7 y 8 del art 89 del CP los letrados deben tener en cuenta al momento de sus actuaciones:

1.- Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 19 de diciembre de 2013 *“la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al art. 59 del Código Penal, atendiendo al grado de aflicción que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”*

Así en el art. 59 se establece que:

“Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada”.

2.- El Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 17 de enero de 2013, p. 104, llamó la atención sobre la necesidad de que la Ley dispusiese que el tiempo en el que el extranjero está privado de libertad en un centro de internamiento a la espera de ejecutar la condena fuese abonado a la pena de prisión cuando ésta tuviese que ser finalmente cumplida, bien porque la expulsión no hubiese podido ejecutarse, bien porque el extranjero expulsado regresase a España ante de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente (art. 88.7).

3.- STS 2ª, de 7 de enero de 2014, Rº 10184/2013, EDJ2014/16325). *“Admitida la existencia de un deber legal de compensación de toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar, la necesidad de operar conforme a criterios de motivada razonabilidad resulta indispensable. Y, desde luego, el criterio proclamado en la sentencia recurrida puede considerarse ejemplar. Las comparecencias quincenales efectuadas durante 18 meses por el acusado han sido compensadas a razón de 1 día de prisión por cada 10 comparecencias, lo que totalizan 4 días a restar de los 3 años de condena que le fueron impuestos a aquél y que ahora han de ser abonados en la liquidación definitiva. Se trata de un cómputo equilibrado, razonable y, por tanto, susceptible de aplicación en supuestos de igual o similar naturaleza”.*

4.- STS 2ª de 12 de noviembre de 2014, Rº 844/2014 “(...) El abono del tiempo durante el que ha estado vigente la medida de libertad provisional, con la consiguiente obligación de comparecencia por el imputado, es un deber derivado de los principios que laten en la regulación de los arts. 58 y 59 del CP. La lectura de ambos preceptos evidencia el carácter imperativo de la previsión legal. Y el criterio de compensación ha de ser expresión de los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

5.- STS de 17 de marzo de 2015 (Nº 154/2015, Rº 10846/2014, Pte.: Moral García, Antonio sentencia cuyo origen se encuentra en el auto dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla en fecha 28 de abril de 2014, en el que se acordaba compensar la medida cautelar consistente en retirada del pasaporte a razón de un día de prisión por cada 30 días o fracción de ellos, que tuvo retirado el pasaporte la penada. En su día la condenada interpuso recurso de súplica y posterior de casación al considerar que esa correlación entre prisión y retirada de pasaporte es escasa atendiendo a sus circunstancias personales (existencia de un hijo en el extranjero y negocios que ha debido atender a través de terceras personas).

STS 53/2015, de 26 de enero *“Se trata por tanto en definitiva de delimitar si ese módulo de compensación es racional de acuerdo con el criterio establecidos en el art. 59 CP: “ Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada”. La compensación ha de hacerse, no de manera rígida, sino teniendo en cuenta el distinto grado de afflictividad de la medida en relación a la pena”.*

6.- Se le sugiere a los letrados actuantes que en el ánimo de defensa de los intereses de sus clientes y justiciables de aplicar la doctrina antes citada en cuanto a la medida cautelar de retirada del pasaporte. Para así ir creando una jurisprudencia y determinar si es abonable de cara a una futura y posible sentencia condenatoria (pena privativa de libertad), al igual que ocurre con el abono de la prisión provisional y últimamente, de las comparecencias *apud acta*.

Se continúa manteniendo en la nueva redacción del artículo 89 los siguientes aspectos:

- 1.- Se mantiene la audiencia del penado y de las partes personadas así como del ministerio fiscal.
- 2.- Debe dictarse una resolución de forma motivada que aprecie las razones que justifiquen la expulsión.
- 3.- Se mantiene la posibilidad de que la expulsión sea fijado en la propia sentencia condenatoria.
- 4.- Se mantiene el plazo de no retorno a España de cinco a 10 años.
- 5.- En igual sentido se mantiene el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. Ello continua respondiendo a principios de política criminal y de vis atractiva del derecho penal, por lo que evidentemente reduce significativamente las posibilidades de defensa al respecto. No obstante los letrados en estos casos han de partir:
 - a.- De los principios generales del derecho, en específico del carácter individualizador del derecho penal y de las penas, por ello habrá que valorar, el tipo delictivo imputado, grado de participación, etc.
 - b.- Se ha de tener en cuenta el tiempo que lleva el extranjero/a residiendo en el territorio nacional.
 - c.- Fecha de la comisión del delito, momento del juicio e imposición de la pena, en relación con la fecha de la solicitud ante la administración (Oficina de Extranjeros) y tiempo de tramitación de la solicitud (si es que aún no ha sido resulta), debiéndose tener muy presente la jurisprudencia consolidada que las dilaciones indebidas (en este caso de la administración) no deben perjudicar los intereses de los ciudadanos.
- 6.- Se ratifica que, en caso de que el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas en centro penitenciario español.
- 7.- Se mantienen igual sentido que el juez o tribunal podrá acordar con el fin de asegurar la expulsión, el ingreso del extranjero condenado en un centro de internamiento de extranjeros.
- 8.- Se mantiene que, en todo caso, de no poderse llevar a efecto la expulsión, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente a la suspensión de la ejecución de la misma de acuerdo a la nueva redacción dada por el artículo 80 y siguientes del actual código penal.

5.- Desarrollo

1. Redacción según Ley Orgánica 1/2015, la actual modificación del artículo 89 produce una modificación sustancial sobre los sujetos justiciables en su aplicación: se produce una alteración fundamental consistente en la aplicación del actual artículo 89 CP a todo ciudadano extranjero que se encuentre en territorio nacional, este o no en situación administrativa de residencia legal.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que los letrados, tanto en su escrito de defensa en la quinta de sus conclusiones, como en el informe oral, deben hacer alegación a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 4/2000 Ley de Extranjería, fundamentalmente lo recogido en los contenidos de los apartados 5º y 6º.

En igual sentido los letrados actuantes deberán tener muy presente el artículo 57-7 de la Ley 4/2000 en relación con el artículo 247 del Reglamento 557/11, teniendo muy en cuenta que la

norma señala que, la expulsión, ~~puede ser denegada siempre que existan~~ de forma motivada circunstancias excepcionales (dichas circunstancias excepcionales entre otras no son más que las recogidas en el apartado 5º del artículo 57 desde el inciso A al inciso D, así como situaciones específicas de nacimiento de hijos con nacionalidad española con valor de simple presunción, situaciones de mujeres embarazadas, peligro que para su vida pueda suponer la expulsión, ello en correspondencia con el país de origen del extranjero (situación de guerra o de conflicto militar), también se han de tener en cuenta aquellas situaciones de no reconocimiento del extranjero por el país de origen, es decir, la imposibilidad de la expulsión, no identificación, etc.

Todo ello, en relación con el artículo 89-4 del Código Penal el primer párrafo, donde señala claramente que **“no procederá”** la sustitución de la pena de prisión por expulsión atendiendo al principio de proporcionalidad debiéndose de valorar las circunstancias del hecho y las circunstancias personales del autor, señalando que claramente que se ha de tener en cuenta la situación de arraigo en España.

2.- Se ha de tener en cuenta que el actual artículo 89 precisa que la expulsión sustitutiva operará para las **penas de prisión de más de un año**. Queriendo decir, que no se podrá aplicar a penas de prisión inferior a un año, y tampoco es de aplicación al artículo 35 del vigente Código Penal (define cuáles son las penas privativas de libertad a parte de la prisión revisable y la prisión propiamente dicha) en lo concerniente a las penas de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

3.- También se hace extensiva la aplicación de la expulsión judicial del artículo 89 a los Ciudadanos de la Unión en aplicación del Real Decreto 240 y de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril. Siempre que representen una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, debiéndose tener en cuenta la naturaleza del delito sus circunstancias y la gravedad del mismo así como los antecedentes y circunstancias personales del justiciable procesado/condenado. Es decir, que establece el artículo **89.4 párrafo segundo la excepcionalidad** de la aplicación de la expulsión de los ciudadanos de la unión.

Por lo tanto, los letrados actuantes deberán en estos casos, tanto en la quinta de sus conclusiones como en el informe oral acogerse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, acogida por el Tribunal Supremo donde se define los concepto jurídico indeterminado de amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en igual sentido los letrados actuantes deberán motivar las circunstancias y naturaleza y gravedad de la comisión del delito así como si el justiciable tiene o no antecedentes- si es primario o no- y resto de circunstancias personales. Jurisprudencia entre otras **STJUE 08.12.2011**; STJCE (Gran Sala) de 31 de enero de 2006. Asunto C-503/2003. Comisión contra Reino de España, Tribunal de Justicia Europeo en su Sentencia de 27 de octubre de 1997 (Asunto "Mónica contra Marcos ") Fundamento de Derecho 29.

4.- En igual sentido el artículo 89.4 párrafo tercero introduce nuevas exenciones para aquellos que hubiesen residido en España durante los 10 años anteriores.

Introduce aquí la norma el concepto de residencia y al exponer el plazo de 10 años, se interpreta que hace referencia a los residentes de larga duración, por lo tanto, hay que tener en cuenta lo señalado en el artículo 57-5- B referente a los residentes de larga duración y **Directiva 2003/109/CE** del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países **residentes de larga duración**.

Por lo tanto, los letrados actuantes deberán:

- A) Realizar una revisión exhaustiva en la hoja histórico penal.
- B) Una vez determinado lo anterior deberá tener en cuenta para delitos con pena de prisión de más de cinco años.
- C) El letrado debe insistir y profundizar sobre, un aspecto subjetivo, las características personales del justiciable *“que se aprecie fundamentalmente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza”*.

Se orienta en este caso a los letrados que atendiendo al tipo de delito, si han sido hechos puntuales o el justiciable tiene reincidencia en dichos delitos.

D) En igual sentido el artículo 89. 4 - Párrafo tercero inciso B, ratifica que la expulsión se producirá a pesar de ser residente de larga duración si el justiciable condenado a sido a su vez condenado por uno o más delitos de terrorismo art 571 a 580 CP); así como ha sido condenado por otros delitos cuando haya existido la circunstancia del grupo u organización criminal.¹⁷ (Distinción entre el delito de asociación ilícita y los tipos de organización y grupo criminal. Según la doctrina del Tribunal Supremo¹⁸ la asociación ilícita se venía caracterizando por las siguientes exigencias: a) Existencia de una organización más o menos compleja; b) Pluralidad de personas asociadas; c) Consistencia temporal; d) y finalidad de cometer delitos. Debe añadirse que el delito de asociación ilícita permite su aplicación cuando la organización se constituye directamente para la comisión de delitos y permite su aplicación, no sólo cuando se pretende cometer varios delitos sino un solo delito. **“Organización criminal” resulta necesaria la finalidad de cometer varios delitos, pues así se deduce del tenor literal de los arts. 570 bis y ter que utilizan el plural al referirse a este presupuesto. En la reciente sentencia 544/12 del Tribunal Supremo nº **544/2012, rec. 10063/2012, Pte: Sánchez Melgar, Julián** se ha acogido el parámetro del *“objeto de protección”* para reconducir la interpretación del delito de asociación ilícita a la vista de la existencia de la tipificación de las organizaciones y grupos criminales. Si antes de la reforma el Tribunal Supremo entendía que el bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita era doble, el abuso del derecho de asociación y el orden público, una vez reguladas las organizaciones y grupos criminales en el título correspondiente a los delitos contra el orden público, el delito de asociación ilícita debe entenderse referido exclusivamente al abuso del derecho de asociación como bien jurídico protegido. Se añade en la sentencia, que la asociación ilícita habrá de caracterizarse por una pluralidad de partícipes, una estructura definida, una distribución de funciones, existencia de órgano directivo y vocación de permanencia. Se puede comprobar que los requisitos propios de la asociación ilícita son coincidentes con el de organización criminal.**

5.- Como hemos expresado anteriormente la actual modificación del artículo 89 del código penal Introduce conceptos jurídicos indeterminados que producirán inseguridad jurídica, tales conceptos son *–“asegurar la defensa del orden jurídico”, y “restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”-*, así como, introduce el concepto de arraigo, que

¹⁷ Circular 2/2011, de 2 de junio FGE, en relación con las organizaciones y grupos criminales y Circular 3/2011, de 11 de octubre en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y precursores y grupos criminales.

¹⁸ Tribunal Supremo Sala 2ª, S 20-1-2015, nº 7/2015, rec. 10604/2014, Pte: Martínez Arrieta, Andrés: *Delito de pertenencia a grupo criminal. Diferenciación entre organización y grupo criminal. El TS mantiene que la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que para apreciar el primero se requiere la estabilidad o constitución por tiempo indefinido y, reparto de tareas o funciones de manera concertada y coordinada, el segundo puede apreciarse cuando no concorra ninguno de estos requisitos o solo uno. No procede aplicar las figuras de grupo ni de organización cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico, supuesto de codelincuencia (FJ 5).*

como es bien conocido ~~tiene sus diferentes interpretaciones en~~ los diferentes Tribunales Superiores de Justicia Salas de lo Contencioso Administrativo; y otros ya comentados como amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en el aspecto subjetivo y circunstancias personales del justiciable, así como lo señalado up supra respecto a los plazos para cumplimiento de pena en centro penitenciario y luego expulsión.

Por ello se reitera el análisis individualizado de cada caso, pues se utilizarán diferentes marcos sancionadores para acordar la expulsión. En específico aquellos casos en que la pena sea entre 1 y 3 años, pues de acuerdo a la Exposición de Motivos aquellas penas que sea superiores a 3 años en todo caso el juez deben señalar el plazo a cumplir en prisión.

Como la expulsión deberá ser acordada en sentencia, por lo tanto, deberá de ser objeto de debate todas las circunstancias que señala el punto cuatro del artículo 89

6.- En igual sentido, los letrados actuantes deberán tener muy presente que en la actual redacción del artículo 89 se continúan teniendo las mismas deficiencias de redacción en cuanto a la **legitimación** para la solicitud de la aplicación de dicho artículo. Se sigue interpretando dichas penas pueden ser sustituidas por el juzgador de oficio, ello a partir de la expresión del artículo 89.1 *“serán sustituidas por expulsión”* y el art 89.2 cuando señala *“que cuando hubiere sido impuesto una pena de más de cinco años de prisión.... El juez o tribunal acordará la ejecución...”*, es decir, se interpreta que el juez o tribunal no queda vinculado por lo que le pueda ser solicitado por el Fiscal y acusación particular, teniendo la obligación por imperativo legal de pronunciarse sobre la expulsión.

Deberán los letrados actuantes observar con detenimiento la quinta de las conclusiones del escrito de acusación del ministerio público o de la acusación particular con el objetivo de precisar si en dicha conclusión se solicita por parte de la acusación la aplicación del artículo 89 del actual código penal. **Cobra vital importancia el principio doctrinal principio acusatorio.**

Se sugiere a los letrados en este sentido que si por las partes acusadoras no se hace un ejercicio correcto del principio acusatorio y no se solicita en la quinta de las conclusiones la aplicación del artículo 89 y el juez o tribunal aplicase de oficio la expulsión de acuerdo a la redacción por imperativo legal se establezcan los correspondientes recurso de apelación o casación para ir logrando la interpretación y esclarecimiento al respecto tanto por las audiencias provinciales como por el Tribunal Supremo.

No obstante se interpreta que la Legitimación para solicitar la sustitución de la pena de prisión, siguen siendo el fiscal, la acusación particular, el condenado justiciable.

También tener presente que a partir del 28-10-2015, entró en vigor **Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, la cual modifica la ley de enjuiciamiento criminal.** Dicha **Ley 4/2015, en su artículo 11 y siguientes destaca el papel activo de la víctima en el proceso penal y específicamente en el artículo 13 regula la participación de la víctima en el proceso de ejecución, en relación con el artículo 36-2 y 57 del código penal.** Respecto a los delitos contra la vida, la libertad, integridad física y libertad de indemnidad sexuales, así como los delitos de terrorismo o delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal, aspectos estos regulados en el artículo 89-4 párrafo tercero.

7.- La L.O. 1/2015 en el art. 89 C.P. como ha quedado constatado ha realizado una profunda modificación de la expulsión judicial, en especial que pueda ser acordada respecto de todos los extranjeros, con independencia de su situación de legalidad o irregularidad de su estancia, sin embargo, curiosamente ello no ha sido incorporada al art. 108 C.P., es decir, dicho artículo no

ha sido modificado y continúa reservando su aplicación para el extranjero no residente legalmente en España y no comprende los ciudadanos de la Unión.

2.5 ARTÍCULOS 318. Bis y 177.bis CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 59 LOEX.

Protocolo de actuación para defensa del extranjero imputado o víctima de delitos de inmigración clandestina y trata de seres humanos (arts. 318.bis y 177.bis C.P., tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 reguladora del nuevo Código Penal y por la L.O 8/2015 que modifica el sistema de protección a la infancia y adolescencia en cuya disposición final 2ª modifica el apartado 2) del artículo 59 bis de la LOEX).

- I. REFORMA PENAL: Separación tipológica en atención a bienes jurídicos protegidos distintos.
 - Origen y alcance de la reforma penal:
 - Se mantiene la separación criminológica que ofrecía la reforma del Código Penal de 2010 entre el delito de inmigración ilegal y la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, incluyendo en el tipo del 177 bis) 1 las conductas tales como las reflejadas en sus nuevos, apartado c) *la explotación para realizar actividades delictivas*, y el apartado e) *La celebración de matrimonios forzados*. Dicha ampliación viene amparada en la transposición de la Directiva 2011/36/UE de 5 de Abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incluyendo cuestiones que no fueron reflejadas en la anterior redacción del tipo penal que ahora son incluidas para la completa transposición de la Directiva.
 - Se mantiene la distinción entre ambas modalidades al responder a dos realidades criminológicas con bienes jurídicos protegidos distintos: de una lado, la dignidad de la persona (art. 177.bis C.P.) y de otro, el derecho de los estados a la regulación administrativa del flujo migratorio (art. 318.bis C.P) matizando con la nueva reforma qué conductas son constitutivas de la inmigración ilegal de acuerdo a su definición conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, ajustando las penas a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI
 - La reforma penal tiene especial interés en cuanto alcanza a la protección de las víctimas de estos delitos, que, cuando sean extranjeros, establece una conexión implícita con los artículos 59 y 59.bis LOEX. También existe conexión con el artículo 54.1.b LOEX. en el caso de extranjeros imputados por estos delitos.
 - Hay también que hacer referencia a la modificación operada en el artículo 59, bis apartado 2) a través de la D.F 2ª de la LO 8/2015, en tanto introduce modificaciones a la protección que ampara a la víctima del delito, elevando el llamado periodo de restablecimiento y reflexión a 90 días y ampliando la posible cobertura a hijos menores de edad o con discapacidad. Incluye así mismo aunque de forma excepcional, la protección a otras personas que tengan vínculos familiares o

similares con la víctima, ~~cuya situación condicione o~~ suponga un “obstáculo insuperable para que ésta acceda a cooperar”, según consta en la norma.

- Especificidad de la materia: sujetos especialmente protegidos y sujetos especialmente imputables.
 - *Consentimiento: mientras en el delito de inmigración ilegal se exige el consentimiento de la víctima, en el delito de trata el consentimiento o su falta es irrelevante por inexistente o declaración expresa de fraude en su obtención en el propio tipo delictivo (violencia o intimidación).*
 - Especificidad del artículo 177.bis C.P. por razón de la materia: Además de la modalidad comisiva tipificada, (por empleo de violencia, intimidación o engaño, o por abuso de superioridad o condición), ampliada con la nueva reforma, a aquellos que mediante entrega o recepción de pagos acceden al consentimiento de las personas que controlan a la víctima, el objeto de protección define el tipo penal, siendo perseguibles la explotación laboral con prácticas de esclavitud, servidumbre o mendicidad, la explotación sexual incluida la pornografía y la extracción de órganos corporales (no se incluye su tráfico y trasplante en este tipo) e incluye dos nuevas formas, la explotación para realizar actos delictivos y los matrimonios forzados.
 - Sujetos especialmente protegidos: El nuevo art. 177.bis C.P. en su apartado (1) in fine introduce la definición de **“situación de necesidad y vulnerabilidad”** como aquellas situaciones en las que la persona no tiene otra alternativa, real o aceptable que someterse al abuso”, y sigue exigiendo no sólo la comisión dolosa sino también la consecución de un fin, por el que protege penalmente a una serie de situaciones y sujetos pasivos concretos (apartado 4).
 - Este apartado (4) también modificado redefine los supuestos de agravación tanto en las situaciones a considerar como los sujetos a proteger. En la nueva redacción se amplía la protección a situaciones de puesta en peligro de la vida, la integridad física o psíquica de la persona, y refunde en el apartado siguiente los sujetos protegidos con la cualificación de víctima con especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal o, menor de edad.
 - Ampliación de imputación subjetiva: se mantiene la responsabilidad penal de las personas jurídicas en concurrencia con la especialmente agravada de los jefes de banda organizada y cuando el sujeto activo sea funcionario o autoridad.

□ Formas comisivas:

- Mientras en el artículo 318.*bis* C.P. cabe en ciertos supuestos la comisión imprudente, en el artículo 177.*bis* C.P., habiendo sido excluido de la redacción inicial la imprudencia grave, cabe concluir que sólo existe la modalidad dolosa, pero sin perjuicio de la aplicación del dolo eventual en la delimitación establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS 1335/2009 de 1 de diciembre).
- Subtipos agravados comunes: por comisión mediante violencia, engaño o intimidación, por pertenencia o jefatura a/de banda organizada, cuando se realice contra menores de edad, cuando concorra la condición de funcionario o autoridad, cuando revista la forma de persona jurídica (imposición de multa) y los del apartado 4 del artículo 177.*bis* C.P.
- Concurso de delitos: la doctrina se inclina por considerar que existe un concurso real (y no meramente ideal) de delitos entre el 318.*bis* C.P. y el 177.*bis* C.P. (visto el tenor literal de su apartado 9º), lo que agravaría considerablemente las penas, hasta llegar un punto de auténtica desproporción, lo que deberá ser ponderado por los Tribunales en los próximos años.

II. LA PROTECCION DE LAS VÍCTIMAS EXTRANJERAS: PROTOCOLOS DE ACTUACION LETRADA.

□ Víctima imputada:

En algunos supuestos puede suceder que el extranjero pueda ser al mismo tiempo víctima e imputado en el delito (apartado 11 del artículo 177.*bis* C.P.). En tal caso, la defensa letrada deberá variar en función de si se encuentra en situación de irregularidad (que será lo más frecuente) o no, y en el primer supuesto, si está en situación de prisión preventiva, internamiento o en libertad.

- En caso de prisión preventiva, la actuación a seguir será la propia de los artículos 504 y ss. de la LECRIM. con la especificidad prevista en el artículo 177.*bis* C.P., apartado 11, cuando concorra, interpretado por la vía de un supuesto de inculpabilidad objetiva y proporcionada que impide la procedibilidad penal contra el reo y no como una mera excusa absolutoria a aplicar en juicio oral (lo que no evitaría la prisión preventiva). La jurisprudencia deberá aclarar cuál de las dos interpretaciones posibles será de aplicación, más allá de la práctica forense inicial.
- En caso de Internamiento en CIE, y dado que se ha venido detectando en múltiples actuaciones gubernativas una tendencia a abusar o extralimitarse en sus capacidades de decisión en la concesión del plazo de reflexión para víctimas de trata previsto en las directivas comunitarias y artículo 59.*bis* LOEX,(actualmente con la reforma operada por

la L.O 8/2015 de 90 días) se intentará detectar la calidad de víctima de trata a través de la entrevista, preguntando si esta circunstancia fue indagada de alguna manera por la policía. En caso de que el/la internado/a manifieste haber sido víctima reciente o en el pasado de trata de seres humanos, se activará el siguiente PROTOCOLO:

- 1.- Averiguar el nombre de su Abogado y ponerse en contacto con él, constatando si la circunstancia de ser víctima de trata fue puesta de manifiesto en alguna de las fases del procedimiento penal (a los efectos del apartado 11 del art. 177.bis C.P.) y administrativo sancionador (si fuera distinto), y si se indagó tal circunstancia por el propio Abogado.
- 2.- Suplir, en su caso, la falta de información que debería haberle dado la policía. Comunicar a esta persona que, conforme a leyes europeas, al haber sido víctima de trata tiene derecho a una protección, y no a la expulsión inmediata, y a que ella valore y decida durante un periodo de 90 días si desea cooperar en la investigación y la consecuencia de su eventual elección entre el retorno asistido y la concesión de autorización inicial de trabajo y residencia. Poner en su conocimiento el contenido del artículo 59.bis de la LOEX. Escuchar sus intenciones o su deseo de acogerse a tal periodo de reflexión y actuar en consecuencia, en cuyo caso:
- 3.- Que firme por triplicado una solicitud de estancia temporal por 90 días, con petición de suspensión por dicho plazo del expediente sancionador y solicitud de puesta en libertad inmediata, dirigida a la Subdelegación de Gobierno que haya solicitado el internamiento, tramitándose a través del propio registro del CIE.
- 4.- Remitir copia del documento sellado a la Oficina del Defensor del Pueblo en calidad de QUEJA contra la actuación policial, cuando haya razones fundadas para sospechar un comportamiento doloso de la autoridad policial en la falta de información de los derechos previstos en el artículo 59.bis de la LOEX.

Si por el contrario, al margen de la trata, el imputado es víctima o testigo de un delito del artículo 318.bis C.P., y siempre que se trate de comisión por banda organizada, además de la misma indagación inicial por medio de la entrevista que en el apartado anterior, pero referida al artículo 59 LOEX, y en caso de confirmarse tal circunstancia, se aplicará el siguiente PROTOCOLO:

- 1.- Averiguar el nombre de su Abogado y ponerse en contacto con él, constatando si la circunstancia de ser víctima ó testigo de delito fue puesta de manifiesto en alguna de las fases del procedimiento, y si se indagó tal circunstancia por el propio Abogado.
- 2.- Preguntarle al extranjero si tiene un Abogado específico para el delito (en acusación particular, lo más probable es que no), indagar y levantar acta de qué tipo de delito fue y qué actuaciones se han llevado a cabo (asistencia en hospital, denuncia, asistencia por forense, prestación de testimonio en el Juzgado, etc.).

REGISTRO SALIDA

3.- Suplir. En su caso, ~~la falta de información que debería haberle dado la Policía.~~ Comunicar a esta persona que, por haber sido víctima o testigo de un delito tiene derecho a una protección, y no a la expulsión inmediata, a poner en conocimiento del fiscal su situación y a que éste paralice su expulsión. Poner en su conocimiento el contenido del artículo 59 LOEX, remarcando que para acogerse al mismo es necesaria una colaboración activa, más allá de la mera denuncia de los hechos. Escuchar sus intenciones o su deseo de acogerse a tal posibilidad y actuar en consecuencia, en cuyo caso:

- Deberá presentar por triplicado en el Registro del CIE solicitud de colaboración en los términos del artículo 59 LOEX, dirigida a la Subdelegación de Gobierno correspondiente, manifestando su intención decidida de colaborar en el esclarecimiento del delito, e interesando la exención temporal de su responsabilidad administrativa para favorecer la persecución del mismo.
 - Deberá firmar por triplicado la comunicación a la Fiscalía Provincial del lugar donde se investiguen los hechos (vía presentación por la Comisión de Asistencia Jurídica), exponiendo las circunstancias de su colaboración en el esclarecimiento de los mismos y solicitando que se active el mecanismo y en su caso las medidas de protección del artículo 59.4 de la LOEX
 - Deberá firmar comunicación al Juzgado de Instrucción internante donde exponiendo la presentación de los dos escritos precedentes, solicite la no autorización de la entrega de la puesta a disposición para expulsión, mientras no se garantice la puesta en marcha del mecanismo previsto en el artículo 59 LOEX y se resuelvan los escritos previos a Fiscalía y Subdelegación.
- En caso de expediente sancionador sin internamiento, si el expediente sancionador aun no tuviera resolución definitiva, se procederá a comunicar por escrito en el expediente administrativo y en el Juzgado instructor, la opción de acogimiento del artículo 59.2 LOEX a los fines dispuestos en el apartado 3 del mismo en cuanto a la opción de retorno asistido o concesión de autorización de trabajo y residencia. Si ya hubiera recaído resolución definitiva de expulsión, la comunicación se efectuará a la Fiscalía provincial, a fin de que la misma inste la revocación, en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 59 LOEX, y proceda en su caso a la comunicación que corresponda al Juzgado instructor de la imputación.
- Víctima y/o testigo no imputados

Se actuará de la forma prevista para las víctimas o testigos del artículo 318.bis CP que se encuentren con expediente sancionador sin internamiento, excepto la comunicación al Juzgado de Instrucción, por vía de los apartados 2 y 4 del artículo

59 LOEX, según el caso, o si se tratara de víctimas de trata de seres humanos del artículo 177.bis CP, por vía de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 59.bis LOEX.

- ❑ Menores de Edad:

En general se actuará con los mismos protocolos previstos para los distintos supuestos anteriores, pero con las salvedades previstas en los apartado 5 de los artículos 59 y 59.bis de la LOEX y en el apartado 2 del artículo 177.bis CP en cuanto a la calificación automática como víctima de trata. Por ello, cobra especial relevancia la determinación de la minoría de edad y las dificultades y resistencias de ciertas autoridades sobre su prueba.

III. LA CONCURRENCIA DE LA SANCION PENAL Y LA ADMINISTRATIVA (ARTS. 318.BIS CP Y 54.1.B LOEX)

- ❑ Debe distinguirse el apartado 1 del artículo 318.bis CP (que aun habiendo sido modificado por la última reforma de 2015), no varía en este sentido, respecto a la diferenciación de los sujetos pasivos que protege respecto del art. 313 C.P. (personas en general en el primero, trabajadores en el segundo), así como por la modalidad comisiva del segundo, en el que no se exige ni la entrada efectiva en territorio español, ni siquiera la posterior obtención de un puesto de trabajo, según jurisprudencia penal consolidada.
- ❑ El delito del artículo 318.bis.1 del CP es un delito de mera actividad pero que penaliza conductas de tendencia dirigidas a unas finalidades concretas. Por tanto, se equipara la autoría material y directa con conductas de mera participación. En la nueva redacción del artículo operada con la última reforma se introduce sin embargo el elemento subjetivo del DOLO, pues exige la “intencionalidad” en las diferentes acciones que contempla, a saber, ENTRAR, TRANSITAR Y PERMANECER, introduciendo esta última conducta como reprochable penalmente.
- ❑ Distingue sin embargo las consecuencias que se despliegan de la existencia del “ánimo de lucro” en cada una de ellas. Así en las dos primeras (entrar y transitar, 318.bis.1, son considerados como una agravante, imponiendo la pena en su mitad superior), mientras que en la tercera (permanecer) el “ánimo de lucro” se considera como condición necesaria del tipo (318.bis.2).
- ❑ Así mismo se introduce con la nueva reforma la “excusa absolutoria” de actuar con “fines humanitarios” en las conductas descritas como ENTRAR Y TRANSITAR.

- Ha habido sin embargo en la reforma realizada del tipo, una considerable reducción de las penas a imponer en base al principio de proporcionalidad (tipo base impone penas de MULTA de 3 a 12 meses o PRISION de 3 meses a 1 año)
- La jurisprudencia penal ha acotado la irrelevancia penal de ciertas conductas, que por su escasa entidad no hubieran podido producir la finalidad penada en el tipo. Esas conductas en cambio sí son sancionables administrativamente al amparo del artículo 54.1.b LOEX.

3. EXTRANJEROS EN PRISION

1.-Cuestiones comunes para penados y preventivos.

A).- Si la persona extranjera privada de libertad NO se encuentra documentada podemos a través de los trabajadores sociales y educadores intentar documentar al extranjero que ingresa indocumentado en prisión, atendiendo a la instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 14 de diciembre de 2001.

Recordemos que para ello el interno deberá otorgar la preceptiva autorización escrita para que el centro penitenciario contacte con las autoridades diplomáticas.

B).- Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

(la totalidad del texto legal estará en vigor a partir del 28 octubre de 2015)

La ley 5/2015 modifica el artículo 123 de la LECRIM

El artículo 123.1.

“b) Derecho a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su Abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales.”

Hemos de empezar a exigir el cumplimiento de este derecho también en prisión.

“d) establece el Derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa. Deberán ser traducidos, en todo caso, las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia.”

Hemos de comprobar que las notificaciones que se les entregan durante la privación de libertad les sean traducidas.

2.- EL EXTRANJERO EN PRISIÓN PREVENTIVA.

ÁMBITO PENITENCIARIO.

REGLA GENERAL: principio de igualdad o no discriminación en virtud de lo establecido en el artículo 3º de la LOGP.

El citado artículo establece el derecho de que el ejercicio de la actividad penitenciaria no establezca diferencia alguna por razón de raza o creencia religiosa.

INGRESO EN PRISIÓN: DERECHOS.

El letrado que asista a una persona extranjera que ingresa en prisión con carácter de preventivo deberá comprobar:

Que se ha cumplido lo regulado en el Art. 15.5 del RP, sobre la puesta en conocimiento de las autoridades diplomáticas y consulares del correspondiente ingreso en prisión.

Deben ser informados de manera comprensible, a ser posible en su propio idioma, de este derecho, recabando por escrito su autorización para proceder en su caso a dicha comunicación.

En el momento del ingreso el interno debe ser informado de sus derechos y obligaciones, así como de los procedimientos para hacerlos efectivos (artículo 21 R.P.)

Que toda la información que debe recibir el interno extranjero, deberá realizarse de manera que sea comprendida por el mismo, a través de los folletos informativos elaborados por la dirección de Instituciones Penitenciarias en diferentes idiomas. (La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptada con fecha 21 de junio de 1984, reconoce las dificultades de los reclusos extranjeros debido al idioma, diferencia de cultura, religión y costumbres (R 84/12)).

En caso de incumplimiento, se deberá exigir a la administración penitenciaria que se abastezca de los recursos necesarios (traductores) para la comunicación con los internos extranjeros.

El letrado deberá comprobar que el régimen para los internos preventivos, será el denominado régimen ordinario, segundo grado, si bien hay que aclarar que las personas preventivas no son clasificadas, y solo será a partir de que se dicte una Sentencia condenatoria y sea firme, cuando se procederá a su clasificación. Sin embargo cuando se hace referencia a que los internos preventivos se regirán por las normas establecidas para el régimen ordinario es porque resultan de aplicación las reglas de seguridad de orden y disciplina necesarias para una convivencia ordenada.

A que la Administración Penitenciaria, proporcione a la persona extranjera que ingresa en prisión, los cursos de español en sus centros penitenciarios, para intentar que los internos extranjeros si fueran necesario estudien el idioma español y así facilitar la comunicación dentro de la cárcel.

PERMISOS

Los permisos de salida de los interno preventivos (extraordinarios del artículo 47.1 LP), deben siempre se aprobados por el Juez o Tribunal en el que se encuentra su causa (Art. 48 LOGP).

-Recordemos que el preso preventivo está a disposición del juez que ha decretado su prisión provisional, y el preso penado está a disposición del JVP.

I.-DOCUMENTACIÓN DEL EXTRANJERO PREVENTIVO.

I.1.Extranjero preventivo en situación regular.

RENOVACIÓN.

El extranjero en situación de prisión preventiva tiene derecho a que se tramite la renovación de su documentación.

El ingreso en prisión preventiva no es causa de imposibilidad de renovación de la documentación.

PROCEDIMIENTO.

La disposición Adicional Tercera punto 3, del R.D. 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 establece que las autorizaciones de residencia y trabajo cuando se pretenda su renovación o modificación se podrán presentar en cualquier registro de conformidad con el Art. 38.4 de la ley 30/1992. Ello facilita el trámite para las personas privadas de libertad, al no ser requeridas personalmente para su renovación.

El letrado deberá indicar al extranjero la posibilidad de renovar su documentación sin necesidad de presentación personal y deberá requerir a la administración penitenciaria la documentación necesaria para instar la renovación (copia del pasaporte, copia de la Tarjeta de Identidad de Extranjeros).

El letrado del interno o éste personalmente, podrán dirigirse a los trabajadores sociales, mediante instancia si lo realiza el propio interno, en la que solicitarán la tramitación de la renovación de su documentación.

El interno podrá solicitar en cualquier momento una copia compulsada por el centro penitenciario de su documentación identificativa (NIE o pasaporte) pudiendo identificar con su solicitud el nombre de la persona a la que autoriza para su recogida.

En algunas comunidades autónomas el hecho de que la renovación la solicite una persona privada de libertad de forma preventiva, automáticamente supondrá la desestimación de su solicitud por la existencia de un informe desfavorable (antecedentes policiales). Al tramitar la renovación deberemos de advertirle al extranjero que si recibe una resolución desfavorable tiene un plazo de un mes para interponer un recurso potestativo de reposición dado que los

antecedentes policiales nunca pueden motivar por sí mismos una denegación de una renovación, por ser contraria dicha práctica al principio de presunción de inocencia (ha sido acusado de un delito pero no ha sido considerado culpable) Ver apartado de recursos.

EXPEDICIÓN DE LA TARJETA DE IDENTIDAD DE EXTRANJERO RENOVADA PREVIA CONSTATACIÓN DE LA HUELLA DACTILAR.

El letrado solicitará el traslado de la persona extranjera, para la interposición de huellas dactilares para expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero, una vez que la persona extranjera haya obtenido la renovación de su documentación por contestación de la administración o por el transcurso de 3 meses (silencio administrativo desde la solicitud de renovación), si el extranjero continuara en el centro penitenciario.

En algunas ocasiones y de forma excepcional se desplaza una unidad móvil del CNP a los centros penitenciarios para la obtención de las huellas de los internos.

RECURSOS

La denegación de la renovación pone fin a la vía administrativa y se podrá interponer potestativamente recurso de Reposición en el plazo de 1 mes desde la notificación, ante el órgano que dictó el acto administrativo o interponer recurso contencioso administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en el plazo de 2 meses.

ADVERTENCIA.I- (Ver apartado 89 C.P.)

La nueva redacción el artículo 89 del Código Penal en vigor desde el día 1 de julio de 2015 hace especialmente necesario que la persona extranjera privada de libertad acredite en los procedimientos penales que tenga en tramitación su arraigo en España (artículo 89.4 C.P.).

Ello es imprescindible siempre que la petición fiscal supere el año (89.1) dado que en caso de no acreditar el arraigo en las causas penales en tramitación (persona extranjera sea residente legal o no que se encuentra privada de libertad) la pena de prisión superior al año, una vez adquiera firmeza será sustituida por expulsión.

3- EL EXTRANJERO PENADO.

ÁMBITO PENITENCIARIO

INGRESO DERECHOS: Es de aplicación lo expuesto para el extranjero en situación preventiva.

CLASIFICACIÓN.- La propuesta de clasificación se formula en el plazo de dos meses desde el ingreso en prisión. El protocolo de clasificación debería contener una propuesta razonada de

grado y un programa individualizado de tratamiento en el que se debe de cobertura a las necesidades y carencias detectadas en el interno.

Debemos comprobar que en el programa si el interno no habla español se contenga un programa educativo de aprendizaje de la lengua.

La resolución sobre la propuesta de clasificación se dicta de forma escrita, debiendo serle notificada al interno con indicación de los recursos ante el juez de vigilancia que puede interponer en caso de disconformidad.

Los Criterios regulados en el Art. 103 RP (en relación con el 20.2 RP) son:

- Personalidad
- Duración de las penas
- Medio social del recluso
- Historia individual, familiar.
- Recursos y habilidades del recluso.

TERCER GRADO.

Se clasifica en tercer grado a los internos que por sus circunstancias personales y penitenciarias (buen comportamiento en prisión) estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semi libertad.

La clasificación directa en tercer grado de tratamiento o la progresión al mismo además de los requisitos establecidos en el C.P. Requiere en primer lugar que le penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito.

La situación irregular y por tanto sin autorización de trabajo y consecuentemente sin ingresos, teniendo siempre presente que habitualmente son personas inmigrantes económicas, y que se han visto en muchas ocasiones obligadas a delinquir al no haber podido resolver su situación administrativa, convierte el pago de la Responsabilidad Civil en impensable para los extranjeros, y por tanto la imposibilidad de acceder al tercer grado.

No se valora solo el pago de la responsabilidad económica sino también la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales. De ahí la importancia de la demostración del a voluntad de reparación, que en la práctica se materializa en pagos

fraccionados mensuales y un ~~compromiso por escrito de la continuación~~ del pago hasta su total abono.

Sin embargo esta exigencia introducida por la ley, se ve atenuada por la valoración de otros circunstancias tales como:

- Condiciones personales y patrimoniales del penado.
- Enriquecimiento obtenido por el penado a causa del delito.
- Naturaleza de los daños causados
- Numero de perjudicados
- Garantías futuras, para reparar el daño en un futuro.

En la práctica por todo lo expuso anteriormente es prácticamente imposible que una persona extranjera sin residencia legal pueda acceder al tercer grado y por ende a la libertad condicional.

PERMISOS

La legislación penitenciaria no recoge ninguna limitación al disfrute de los permisos, para las personas extranjeras.

Sin embargo existen Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en las cuales las variables que la Junta tratamiento valora para cuantificar el riesgo posible, para un mal uso de permiso, se ha introducido la variable de extranjero.

Variables:

- Extranjero,
- Drogodependencia
- Profesionalidad
- Reincidencia
- Quebrantamiento
- Ausencia de permisos
- Deficiencia convivencial
- Lejanía del lugar de residencia.

Como podemos comprobar por sí mismo el elemento de extranjería es un elemento de valoración negativa para poder disfrutar de los permisos.

Sin embargo la carencia de arraigo familiar en nuestro país, e incluso en la falta de arraigo alguno (extranjeros que son detenidos tras una estancia breve en España, y viajan solos) en

las personas presas extranjeras, ~~conllevan a una gran dificultad para~~ que puedan disfrutar de permisos, por la consideración negativa antes expuesta que valoran incrementa el riesgo de quebrantamiento de la condena o mal uso de los permisos.

Para disfrutar de un permiso la persona privada de libertad debe presentar un “aval” en el exterior, normalmente un familiar que manifiesta que el permiso se disfrutará en su casa y en su compañía. Cuando la persona privada de libertad es extranjera sin arraigo alguno el disfrute de los permisos pasará por contactar con una asociación o institución que ofrezca sus instalaciones para el disfrute del permiso.

La falta de disfrute de permisos incide de manera directa en la progresión de grado de los internos, - sin permisos no hay tercer grado ni libertad condicional- lo que conlleva que gran parte de población extranjera, cumple la totalidad de la condena.

Las reuniones que celebran los Jueces de Vigilancia penitenciaria para la elaboración de criterios unificados sobre materia penitenciaria, se estableció por unanimidad y con respecto a los permisos de salida de los extranjeros el siguiente acuerdo:

“en los permisos de salida para extranjeros no existirá discriminación para su concesión siempre que concurran los requisitos legales, debiendo sin embargo negarse la concesión de permisos a extranjeros indocumentados que se niegue a ser documentados:

Motivación: La primera parte del acuerdo es obvia y cumple con el mandato constitucional de no discriminación.

Sin embargo en la práctica puede observarse la existencia de un grupo de extranjeros, cada vez más numeroso, que se niega a ser identificado y documentado por su respectivo consulado. En estos casos el riesgo de quebrantamiento es evidentemente alto y el Acuerdo pretende evitarlo”

La recomendación número (82) 16 de Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, relativa al permiso penitenciario solicita:

- 1.- Se concedan permisos penitenciarios en la más amplia medida posible.
- 2.- Consideren para otorgar el permiso la naturaleza y gravedad del infracción, duración de la pena, personalidad y comportamiento del recluso, situación familiar Etc.

COMUNICACIONES

El Art. 41.7 del RP, regula las comunicaciones, estableciendo que se organizarán junto con las visitas de forma que satisfaga las necesidades especiales de los reclusos extranjeros.

Reconocimiento de los mismos derechos de comunicación y visitas que a los nacionales pero además, se trabaja para que estas se produzcan realmente, consiguiendo una mejor integración en medio en el cual viven.

El Art. 49.3 del RP recoge la comunicación de los reclusos extranjeros en locales adecuados, con los representantes diplomáticos o consulares del país.

LUGAR DE CUMPLIMIENTO.

El legislador realiza un esfuerzo directivo dirigido a la propia administración en la redacción de la Ley penitenciaria para que las personas sean destinadas a cumplir su condena a cárceles situadas dentro de sus provincias de residencia familiar y, por tanto, no alejadas de las mismas.

Dos ejemplos claros de ello son, por un lado, los artículos 12.1 LOGP y 9 RP que establecen: «la política de redistribución geográfica de los penados debe estar encaminada a evitar el desarraigo social de los mismos, procurando que las áreas territoriales coincidan, en la medida de lo posible, con el mapa del Estado de las Autonomías, dedicándose a los penados de cada área, la totalidad de la capacidad de los centros de cumplimiento que en la misma se ubiquen y procurando que cada área cuente con el número suficiente de establecimientos para satisfacer las necesidades penitenciarias». Por otro, la muestra de la intensa preocupación del legislador por la evitación del desarraigo de los penados es la indicación que se hace al Centro Directivo (DGIP) para que «disponga de departamentos específicos para programas relativos a drogodependencias ubicados en diferentes áreas geográficas para evitar, en lo posible, el desarraigo social de los internos que sigan programa en ellos» (art. 116.3 RP).

Las personas extranjeras privadas de libertad que carezcan de empadronamiento, o de arraigo social y familiar, de manera habitual son trasladadas de una prisión a otra, cumpliendo condena en muchas ocasiones en prisiones distantes al de su última residencia, dado que no cumplen los parámetros expuestos en el párrafo anterior. El alejamiento de la persona extranjera sin familia de su lugar de residencia anterior al cumplimiento de la pena hace que la pena privativa de libertad rompa todas las relaciones preexistentes e imposibilite la reinserción.

Por ello es importante que ~~en el momento del ingreso~~ y durante el período de clasificación del interno se le aporte a la trabajadora social del módulo en el que se encuentra la persona extranjera documentación acreditativa del arraigo: empadronamiento, pertenencia a una asociación, realización de cursos...

LIBERTAD CONDICIONAL

Es la última fase del cumplimiento de la condena, también conocida como cuarto grado. No se concede de manera automática.

Su regulación ha experimentado modificaciones sustanciales con la reforma del código penal en vigor desde el día 1 de julio de 2015

La libertad condicional viene regulada en el Código Penal en los artículos 90 y ss y 192 y ss del RP.

REQUISITOS:

- Que el interno se encuentre clasificado en tercer grado.
- Que se haya extinguido las $\frac{3}{4}$ partes de la pena impuesta
- Que haya observado buena conducta.

Para resolver sobre la suspensión el juez de V.P. Valorará:

- La personalidad del penado
- Sus antecedentes
- Las circunstancias del delito cometido
- La relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración del delito.
- Conducta durante el cumplimiento de la pena
- Circunstancias familiares y sociales

**** De nuevo se muestra la necesidad de que la persona extranjera documente su arraigo en el momento del ingreso dado que la prueba del mismo facilitará el disfrute de los beneficios penitenciarios y la progresión del interno, y efectos que quepa esperar de la propia suspensión y medidas impuestas.

Con la actual redacción del código penal ~~NO se concederá~~ la suspensión si el penado NO HUBIERA SATISFECHO LA RESPONSABILIDAD CIVIL derivada del delito (criterios apartados 5 y 6 del artículo 72 de la L.O. 1/1979 DE 26 de septiembre LOGP.

- Excepcionalmente que se haya extinguido las 2/3 partes y haya desarrollado continuamente actividades laborales, formativas etc. Artículo 90.2
- Tener o cumplir durante la condena 70 años. Artículo 91
- Sin sujeción a límite temporal padecer enfermedad muy grave incurable.

PROCEDIMIENTO.

Se inicia un expediente de libertad condicional cuando el interno se va a cumplir las $\frac{3}{4}$ partes de la condena o, las 2/3 partes en su caso.

Se eleva al Juez de Vigilancia Penitenciaria con la petición expresa del interno.

Aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria y Medidas de Control para garantizar la salida efectiva y reglas de conducta de no regresara a España antes del licenciamiento definitivo.

Con referencia al preso extranjero las peculiaridades con las siguientes:

A.- Que el art. 197 del RP, debe de aplicarse a TODOS los extranjeros, que deseen cumplir la libertad condicional en su país, ya que aunque el texto del precepto se encabeza respecto de los extranjeros “ilegales” (dice textualmente no residentes legalmente en España), también es de aplicación a los españoles con residencia legal en el extranjero, y a estos hay que asimilar el resto de los extranjeros (con residencia legal) para que puedan disfrutar de la libertad condicional en su país de residencia.

B.- Si se aplica a un extranjero, la Libertad Condicional, imponiéndole como regla de conducta (Art. 90.5 CP en relación con los artículos 83, 86 y 67 CP) la expulsión del territorio nacional del artículo 96.3.2. C.P. hay que presentar recurso dado que el contenido del artículo 96 es medida de seguridad y para su aplicación es necesario que concurren, además de un pronóstico claro de peligrosidad criminal, los requisitos que se exigen en los artículos 95 y 101 del C.P.

El Cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia que exige la conformidad previa del interno y la autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (Art., 90 y ss. del CP y 197 del RP).

EXPULSIÓN AL ACCEDER AL TERCER GRADO O CUMPLIR LAS $\frac{3}{4}$ PARTES DE LA CONDENA.

VER protocolo al artículo 89 del C.P.

El artículo 26 del R.P. Establece que en los supuestos en los que el penado es un extranjero con una medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, de conformidad con la legislación de extranjería, el Director del Centro Penitenciario notificará con antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva del artículo 24.2 la fecha de previsible extinción de la condena a la autoridad competente, “para que provea lo necesario”.

De ahí la necesidad de hacer el seguimiento de las penas privativas de libertad de las personas extranjeras con una orden de expulsión, y la necesidad de coordinación de los letrados cuando son distintos los que se ocupan de la defensa administrativa y penal.

El interno puede en cualquier momento y mediante instancia solicitar una hoja de liquidación de condena en la que se hace constar las fechas exactas en las que el mismo alcanza el cumplimiento del $\frac{1}{4}$, $\frac{2}{4}$, $\frac{3}{4}$, $\frac{4}{4}$ y $\frac{2}{3}$ de la condena.

Asimismo el artículo 197.2 impone la obligación al centro penitenciario de comunicar al Ministerio Fiscal todas las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, haciendo constar las fechas de cumplimiento de $\frac{2}{3}$ y $\frac{3}{4}$ para poder dar cumplimiento a la medida de expulsión del artículo 89 C. Penal.

Es conveniente que conozcamos la fecha del cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ y $\frac{2}{3}$ de la condena porque a partir de este momento en virtud del artículo transcrito es cuando surge el auténtico peligro de ejecución de la expulsión (sea la expulsión administrativa o sea la penal del artículo 89 CP).

AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE EXTRANJERIA

I.- DOCUMENTACIÓN DEL EXTRANJERO PENADO.

Extranjero penado en situación regular.

PROCEDIMIENTO.

Damos por reproducido todo lo expuesto en el apartado de documentación del extranjero preventivo relativo a la petición y presentación de la renovación de la autorización de residencia.

RESOLUCIÓN:

La renovación será denegada, si al resolver sobre su petición no han terminado de cumplir la pena privativa de libertad (Art 71.5 RELOEX).

De hecho aun teniendo la condición de penado, el artículo 71 establece que “se valorará a la hora de conceder la renovación” de la autorización de residencia previa solicitud de oficio de los preceptivos informes:

- Que se haya cumplido como queda dicho la totalidad de la condena.
- Que haya sido indultado.
- Que esté en situación de remisión condicional.
- Que la condena haya sido suspendida

Es de especial importancia que recordemos la necesidad de cancelar los antecedentes penales y policiales una vez ha sido cumplida en su integridad la condena y ha transcurrido el plazo de cancelación previsto en el artículo 136 del C.P.

La reforma del código penal del año 2015 eleva los plazos para obtener la cancelación de antecedentes penales, lo cual va a repercutir en las solicitudes de residencias de larga duración.

RECURSOS.

La denegación de la renovación pone fin a la vía administrativa y se podrá interponer potestativamente recurso de Reposición en el plazo de 1 mes desde la notificación, ante el órgano que dicto el acto administrativo o interponer recurso contencioso administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en el plazo de 2 meses.

AUTORIZACIONES DE TRABAJO

- A) DESARROLLO DE ACTIVIDADES LABORALES EN LOS TALLERES DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS.

La Resolución Judicial que ordene el ingreso en prisión del ciudadano extranjero la válida como autorización de trabajo.

La Dirección del centro dará traslado de aquella Resolución Judicial, a la Subdelegación o Delegación del Gobierno de la provincia en la que se encuentre ubicado el centro penitenciario.

- B) DESARROLLO DE ACTIVIDADES LABORALES FUERA DEL CENTRO PENITENCIARIO: AUTORIZACIÓN DE TRABAJO A PENADOS EXTRANJEROS EN RÉGIMEN ABIERTO O LIBERTAD CONDICIONAL

PROCEDIMIENTO:

Comunicación de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a la Delegación o subdelegación de la provincia donde radique el centro penitenciario.

Acompañando los siguientes documentos:

- resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación de tercer grado del interno, o
- Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria por el que se concede el tercer grado o la libertad condicional.

REQUISITOS:

El penado deberá acreditar una de las siguientes condiciones.

Estar en el momento de la condena en situación de residencia o estancia por estudios. ♦ Estar en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos para la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. ♦ Estar en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos para la obtención de residencia de larga duración.

Encontrarse en situación ~~de residencia o en la de estancia por estudios~~, en el momento de producirse la condena. Se acompañará copia de la autorización de residencia y copia de la Sentencia.

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 Ato del Juez de Vigilancia Penitenciaria por el que se acuerda la clasificación o la concesión de la libertad condicional, en uno de los supuestos de los arts. 123 y ss. RELOEX(circunstancias excepcionales):

- Supuestos de arraigo laboral, familiar o social.
- Supuestos de protección internacional (asilo y personas desplazadas).
- Razones humanitarias
- Extranjeros que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales.
- Seguridad nacional o
- Interés público

Estar en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos para la obtención de residencia de larga duración el artículo 147 RELOEX

- Haber residido legalmente de forma continuada en territorio español durante 5 años.
- Ser beneficiario de una pensión de jubilación en su modalidad contributiva, o Residentes beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta en su modalidad contributiva o gran invalidez del Sistema Español de seguridad Social
- Haber nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acredite haber residido en España de forma legal y continuada al menos 3 años.
- Español de origen y haya perdido al nacionalidad española
- Residentes que al llegar la mayoría de edad hayan estado tutelados durante 5 años anteriores
- Apátridas y refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria
- Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural.

EFFECTOS:

Plenos efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la seguridad social.

No otorga la condición de residente extranjero.

CUMPLIMIENTO DE CONDENAS EN EL PAÍS DE ORIGEN

1º Tratado de personas extranjeras condenadas a sus países de origen para el cumplimiento de las condenas. Convenio de Estrasburgo- Consejo de Europa 1983-

Fin principal: favorecer la reinserción social.

El derecho subjetivo existe solo en caso de existencia de derecho internacional convencional bilateral entre el país de cumplimiento de las condenas y España.

PROCEDIMIENTO:

Tramitación: La Oficina de Régimen remite a la Subdirección General de cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, solicitud del interno adjuntando la documentación pertinente.

Examinada la solicitud se acompañan los siguientes documentos:

- Testimonio de Sentencia
- Testimonio de Auto de firmeza de Sentencia
- Liquidación Judicial de la condena.
- Certificado del tiempo que resta pro cumplir de la condena que no puede ser inferior a 6 meses.
- Informe penal y penitenciario donde se reflejará las responsabilidades pendientes, situación de las mismas, clasificación etc.

El Estado de condena y el Estado de cumplimiento deben estar de acuerdo con el traslado.

RESOLUCIÓN:

El Consejo de Ministros. Se dará traslado a la Subdirección General de Cooperación Judicial del Ministerio de Justicia que lo comunicará al centro penitenciario del interno.

ANEXO: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA APLICABLE:

Sobre la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional:

- Art. 89 C.P.
- Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que autoriza el ingreso en prisión en tanto se materializa la expulsión,

si bien la ~~autoridad administrativa cuenta con treinta días~~ para llevar a cabo la expulsión y en otro caso tiene que justificar por no se ha llevado a cabo la expulsión.

Ingreso en CIE

- Art. 197 del Reglamento Penitenciario
- Arts. 90 y 96.3.2, todos del CP, en relación a la posibilidad de imponer la expulsión del territorio nacional como regla de conducta a la hora de conceder la libertad condicional.

Sobre el cumplimiento de la pena el país de origen o residencia

- Convenio 112 del Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo sobre traslado de personas condenadas, de 21 marzo 1983, ratificado por instrumento de 18 febrero 1985.
- Convenios bilaterales

Sobre expulsiones en procedimientos penales en fase de instrucción, o por estancia irregular:

- Art. 57.7 LOEXIS
- Art. 53.1.a LOEXIS

Sobre expulsiones por haber sido condenado a pena privativa de libertad superior a un año:

- Art. 57.2 LOEXIS

Conformidades en los juicios penales

- Arts. 655 (Sumario), 784.3 en relación al 787 (Procedimiento abreviado) y 801 (Juicios rápidos), todos de la LECr.

Otros aspectos:

- LOGP y RP, en lo específico sobre extranjeros
- Instrucción 21/2011 que actualiza la Instrucción 18/05 de 21 de diciembre, de la DGIP que regulan las normas generales sobre extranjeros en prisión.

4. MENORES NO ACOMPAÑADOS

La legislación actual ha mejorado sensiblemente el tratamiento que debe darse a los Menores extranjeros no acompañados y da pautas claras de seguimiento y documentación, respecto a la legislación anterior. A pesar de ello, se echa en falta mayor concreción en lo que respecta a la asistencia letrada en todo procedimiento en que esté incurso el menor no acompañado

Así Las cosas, y de conformidad con la LOEX y el RELOEX y el Protocolo Marco sobre determinación de la edad de los MENAS de fecha 13/ 10/ 2014, éstos son los pasos que deben de seguirse cuando se está ante a un menor extranjero no acompañado:

- Localizado un presunto menor extranjero no acompañado, a pesar que se tiene por prioritario localizar a sus familiares en su país para reagruparlo, en primer lugar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad lo ponen en conocimiento del Ministerio Público y de los Órganos competentes de las Comunidades Autónomas, para que se le preste atención inmediata de acuerdo con la legislación específica de menores (art. 35.3 de la LOEX y art. 190 del RELOEX)
- Si carece de documentación, o la presentada puede ser falsa y teniendo dudas acerca de la edad del extranjero, se comienza el procedimiento de determinación de la edad por el Ministerio Fiscal. Hay que tener en cuenta la STS (Sala 1ª. Pleno) de 24 de septiembre de 2014. Sentencia nº 452/20014 y la STS (Sala 1ª. Pleno) de 23 de septiembre de 2014. Sentencia nº 453/2014, por la que se fija la no realización de prueba oseométrica cuando exista documento original que acredite la edad.
- Comprobación si está Registrado en el Registro de Menas cuya inscripción es obligatoria.
- Traslado al Centro Médico a efectos de que se realicen las pruebas pertinentes acerca de la determinación de la edad (actualmente se utilizan pruebas oseométricas muy falibles y poco recomendables. Véase el Informe del Defensor del Pueblo acerca de la determinación de la edad de los MENAS ¿Menores o adultos? Procedimientos de determinación de la edad .Defensor del Pueblo 2012).
- La determinación de la edad se realiza por decreto del Ministerio Fiscal.
- No está determinada, ni legal, ni reglamentariamente, la asistencia letrada en el procedimiento de determinación de la edad, y ni siquiera existe recurso alguno contra el decreto del Ministerio Publico.
- Puesta a disposición del menor en los Servicios de Protección Autonómicos (art. 190.5 RELOEX)

- Se inicia en forma ~~paralela~~ el procedimiento de repatriación (art. 191 de la RELOEX)
- Mejora las garantías al establecer notificación al menor del inicio del procedimiento de repatriación (art. 192 RELOEX), a ser oído, e incluso a participar en el procedimiento si es mayor de 16 años. Si es menor de esa edad, se le nombra defensor judicial (art. 193 RELOEX)
- Se establece trámite de audiencia con presencia de defensor, que es aconsejable que se trate de Letrado conocedor de la materia extranjería y/o de la de protección de menores
- Toda resolución de repatriación, es recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa.
- Si no es posible la repatriación y en todo caso pasados 9 meses desde su puesta a disposición de los Servicios de Protección, el menor debe de ser documentado, y debe de realizarse de oficio o a instancia de parte (art. 196.1 RELOEX).
- Incluso debe de ser renovada dicha documentación si el menor alcanza la mayor edad, y estuvo bajo la tutela de un servicio de protección
- Si el menor alcanza a la mayoría de edad, sin estar documentado puede instarla, siempre que haya estado tutelado y pueda acreditar ingresos o contar con contrato de trabajo o ejerza actividad por cuenta propia
- Por lo expuesto, se insta a los Colegios que se creen servicios de asistencia jurídica especializada en Menores, y turnos específicos de menores que puedan brindar asistencia en lo referente a la propia documentación del menor, asistirle desde el inicio de la determinación de la edad, a defenderle en el proceso de repatriación y en todo lo que atañe a la constitución de la tutela, así como en la propia documentación del menor. Estas actuaciones actualmente exceden las materias consideradas por separado, por lo que se insta a realizar formación específica dirigida a abarcarlas en dicho Turno.