

Protocolos de actuación en materia de extranjería. Recomendaciones y conclusiones

SUMARIO

I. Introducción a los protocolos.

II. Tipos de intervenciones.

III. Los distintos procedimientos.

IV. La asistencia a extranjeros detenidos en dependencias policiales en el procedimiento preferente de expulsión (art. 63 de la LOEX). Recomendaciones.

V. El supuesto de devolución.

VI. La intervención en los procedimientos de denegación de entrada y retorno. Recomendación núm. 15 de la CGAE: criterios para la impugnación de las denegaciones de entrada en territorio nacional.

VII. La asistencia a extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión ordinario.

VIII. La asistencia a extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión, devolución y retorno en el expediente judicial de internamiento.

IX. La asistencia en los centros de internamiento. Recomendaciones.

X. La intervención en el proceso contencioso administrativo. Recomendaciones.

XI. Asistencia a extranjeros en procedimientos penales. A) Protocolo para la defensa del extranjero en juicios rápidos. B) Protocolo para defensa del extranjero ante los juzgados de instrucción o penales desde el ámbito del derecho de extranjería. C) Identificación del extranjero en la vía pública. Retención. Artículo 20 de la LO 1/92, sobre protección de la seguridad ciudadana. Asistencia letrada al extranjero en la comisaría de policía. *Habeas corpus*. Conclusiones. D) 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 de la Ley de Extranjería tras la reforma

operada por la Ley Orgánica 11/2003. Problemas relacionados. E) El extranjero condenado a pena privativa de libertad. Artículos 89 y 108 del Código Penal tras su modificación por la Ley Orgánica 11/2003. Conclusiones. F) Artículo 318 bis, tras la reforma de la LO 11/2003. Conclusiones. G) Artículo 59 de la Ley de Extranjería. Colaboración del extranjero. Conclusiones.

XII. Asistencia del extranjero en prisión. protocolo de actuación.

XIII. Asistencia jurídica a menores no acompañados.

I. INTRODUCCIÓN A LOS PROTOCOLOS

Tal y como establece la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/96, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, en su artículo 2.2 «en los términos y con el alcance previsto en esta Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita, en el orden contencioso administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo.»

El artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España con buen criterio, vino a ampliar la cobertura de la asistencia jurídica gratuita y el derecho de defensa a todos los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos económicos suficientes, en todos aquellos procedimientos administrativos que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o su expulsión del territorio nacional. Procedimientos, inicialmente administrativos, y donde en principio no sería preceptiva la asistencia letrada y por ende tampoco la gratuita, pero dado el importante contenido aflictivo de las medidas, el legislador español ha optado por garantizar la presencia de un letrado.

No obstante la regulación es tan parca que, pese a llevar ocho años de aplicación, se continúa debatiendo acerca del alcance real de esa asistencia y sobre todo la virtualidad de la misma, dado lo sumaria de la actuación administrativa, la ausencia de carácter suspensivo de los recursos interpuestos y la lentitud de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Por ello, se hace preciso el dictado de un PROTOCOLO DE ACTUACIONES que sea referencia de la actuación letrada de los abogados de los Turnos de Oficio, en una materia de tanta incidencia e importancia, que ha llevado, sin lugar a dudas, a la configuración de una novísima especialidad jurídica: EL DERECHO MIGRATORIO Y DE EXTRANJERÍA.

La abundante casuística y diversidad de situaciones derivada de la actuación letrada en los diferentes Colegios de Abogados originan un bagaje y una experiencia colectiva acumulada de gran riqueza para el operador jurídico. De conformidad también con los últimos criterios recogidos

en los sucesivos Encuentros Intercolegiales en materia de extranjería y asilo, la Subcomisión de Extranjería del CGAE, ordena y recoge mediante los presentes PROTOCOLOS y RECOMENDACIONES, las normas e indicaciones imprescindibles y necesarias para el ejercicio del derecho fundamental a la asistencia jurídica, que también se proclama respecto de las personas extranjeras sea cual sea su situación administrativa en España.

II. TIPOS DE INTERVENCIONES

Fundamentalmente en el estricto ámbito del derecho administrativo de extranjería las asistencias se centran en los siguientes tipos de intervenciones:

1. Asistencias a extranjeros en dependencias policiales al serles notificado el Acuerdo de incoación del expediente sancionador en el Procedimiento preferente de expulsión (artículo 63 de la LOEX).
2. Asistencias a extranjeros en dependencias policiales al serles notificado el Acuerdo de incoación del Procedimiento de devolución (artículo 58 de la LOEX).
3. Asistencias a extranjeros en fronteras exteriores, portuarias o aeroportuarias, al serles notificado el Acuerdo de incoación del Procedimiento denegación en frontera y retorno (artículo 26 y 60 de la LOEX).
4. Asistencias a extranjeros en dependencias policiales en el procedimiento de ejecución forzosa de una resolución de expulsión dictada por autoridad gubernativa de la misma provincia o de otra distinta en el trámite de ejecución inmediata (artículo 64 de la LOEX).
5. Asistencias en el Juzgado en el Expediente Judicial de Internamiento, que puede acordarse mientras se sustancia la tramitación del expediente de expulsión (artículo 62 de la LOEX), devolución (artículo 58.5 de la LOEX), retorno (artículo 60 de la LOEX) o en el trámite de ejecución forzosa de la resolución de expulsión (artículo 64 de la LOEX).

En este último supuesto, el Expediente Judicial de Internamiento, no supone un procedimiento separado del procedimiento administrativo de expulsión, devolución o retorno; se trata únicamente de la posibilidad de acordar mientras se sustancie o en fase de ejecución forzosa una serie de medidas cautelares, entre ellas el posible internamiento judicial, que dada su naturaleza exigirá la asistencia letrada del extranjero en el momento de acordarse.

NOTA: Por ello, es indispensable, que el letrado que interviene en el Expediente de Expulsión, Devolución y Retorno, sea el mismo que intervenga en el Expediente judicial de internamiento, puesto que éste no es sino una medida de tipo procesal que puede adoptarse en la sustanciación del procedimiento administrativo. Con la salvedad de aquellos supuestos en que por tramitarse el expediente en localidad diferente a la del lugar del internamiento, sea preciso acudir a la figura del «auxilio colegial».

III. LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS

A) Procedimiento preferente de expulsión (artículo 63 LOEX)

De forma sucinta señalaremos que se podrán tramitar por el procedimiento preferente aquellos expedientes de expulsión comprendidos en los supuestos a) y b) del artículo 54, así como los supuestos a, d) y f) del artículo 53 de la LOEX.

En todos estos casos se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo mientras se sustancie el expediente. Si la detención sobrepasara las 72 horas precisará la autorización judicial de internamiento que puede prolongarse hasta un máximo de 40 días.

B) Procedimiento de devolución

Aplicable a los extranjeros que pretendan entrar en el territorio nacional de forma irregular y a quienes infrinjan una prohibición de entrada previamente existente. Se regula en el artículo 58 de la LOEX.

De igual manera, si la detención sobrepasara las 72 horas precisará la autorización judicial de internamiento que puede prolongarse hasta un máximo de 40 días.

C) Procedimiento de retorno

Se aplica en los supuestos de denegación de entrada regulados en el artículo 26.2 de la LOEX, cuando el extranjero carece de los requisitos legales y reglamentarios para entrar en el territorio español. Si la detención sobrepasara las 72 horas precisará la autorización judicial de internamiento que puede prolongarse hasta un máximo de 40 días. Se regula en el artículo 60 de la LOEX.

D) Procedimiento ordinario de expulsión

Se aplica a todas aquellas causas de expulsión del artículo 54, a excepción del apartado a) y b), y las a) y b) del artículo 53.

E) Procedimiento de ejecución forzosa

En el artículo 64 de la LOEX, se contempla la detención e internamiento del extranjero en el procedimiento de ejecución forzosa, tanto en supuestos de procedimientos preferentes, como ordinarios y en supuestos de ejecución de resoluciones de expulsión dictadas por otros países de la Unión Europea.

IV. LA ASISTENCIA A EXTRANJEROS DETENIDOS EN DEPENDENCIAS POLICIALES EN EL PROCEDIMIENTO PREFERENTE DE EXPULSIÓN (ARTÍCULO 63 DE LA LOEX). RECOMENDACIONES

El artículo 63.2 de la LOEX, ordena que «En estos supuestos, el extranjero tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por interprete, si no

comprende o no habla el castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos».

Desde luego, la intervención letrada en el acto de notificación del Acuerdo de incoación del procedimiento y adopción de las medidas cautelares es de la máxima trascendencia.

De ninguna manera debe ni puede entenderse como mera formalidad garantista. La asistencia como veremos debe ser activa, con un claro contenido de defensa de los derechos e intereses del detenido.

EL CONTENIDO DE LA ASISTENCIA

En cuanto al alcance material de la asistencia al extranjero detenido cautelarmente en virtud de un expediente administrativo de extranjería, hay que señalar que éste goza de todos los derechos reconocidos al detenido por el artículo 520 de la L.E.Crim. haciendo especial incidencia en el derecho a un interprete si no entiende el castellano. Si este derecho no se garantiza debe negarse la realización de la asistencia o hacerse constar la protesta, a fin de no convalidar un acto nulo por falta de un requisito esencial. La asistencia letrada no se agota con la mera intervención presencial, su alcance abarca el examen del expediente administrativo, formalización del trámite de alegaciones, audiencia y de los recursos que procedan, tanto en la vía administrativa como judicial.

Se recuerda que en comisaría al extranjero detenido en aplicación de la ley de extranjería no tiene obligación de declarar, ya que tan sólo se le comunica la incoación de un expediente administrativo, salvo que se le quiera tomar declaración en calidad de testigo por ser perjudicado, víctima o testigo de alguno de los delitos contra los derechos de los extranjeros, en cuyo caso podrá exigirse la aplicación del «premio a la delación» del artículo 59 de la Ley de Extranjería.

También debemos exigir la apoderación apud acta de conformidad con el artículo 32.3 de la Ley 30/92, a fin de garantizar la representación del cliente y poder presentar en su nombre cuantas alegaciones o recursos sean precisas.

Es importante enmarcar la asistencia dentro de un procedimiento administrativo, con lo que ello implica de garantías al amparo de la Ley 30/92 (vista del expediente, derecho a obtener copias, y demás derechos que esa Ley reconoce, artículo 35, etc.).

La intervención letrada incluye la asistencia en el procedimiento de internamiento ante el Juez de Instrucción y diferenciada para el caso de que el extranjero pudiera estar incurso en algún tipo de procedimiento penal. En todo caso la intervención debe comprender:

1. El examen de los motivos expresados en el acuerdo de incoación que motive la tramitación del expediente por el procedimiento preferente. Hemos de tener presente la reiterada doctrina del TS que en aplicación del «Principio de proporcionalidad», artículo 55.3 y 4 de la LOEX y artículo 131.3 de la LRJAP y PAC, así como TC en Sentencia 94/1993 de 22 de marzo, opta por la

sanción económica en vez de por la expulsión, sobre todo cuando no existan antecedentes desfavorables judiciales, posea domicilio conocido y tenga pasaporte. La expulsión es excepcional y así debe ser alegado. Entre otras STS 9/12/2005; 22/12/2005 y 30/6/2006.

2. El Letrado debe cerciorarse de que el extranjero comprende nuestro idioma y en otro caso solicitar la presencia de intérprete, al que tiene derecho (artículo 63.2 de la LOEX).
3. Debe informar al detenido de su situación y derechos.
4. Debe plantearse, si procediese, la petición de *habeas corpus*.
5. Las alegaciones deberán formularse en el plazo de 48 horas, en las que se plantearan los medios de prueba y descargo de que se disponga.

La ausencia de alegaciones tiene contenido jurídico negativo, en el sentido de dar por admitidos los hechos o motivos imputados. Es decir una especie de conformidad con las consecuencias jurídicas que esto supone. Por ello y salvo mejor y personal criterio, pensamos que lo mejor sería –siempre hablando con carácter general– presentar, dada la urgencia, alegaciones negando al menos las imputaciones, dando tiempo a buscar si existen, otros medios de descargo, evitando con ello una posible situación posterior de indefensión. Además en la mayoría de los casos podremos alegar la proporcionalidad.

6. Datos del Letrado: Es necesario que cada Letrado facilite al extranjero una tarjeta con sus datos, o bien su nombre y teléfono. Así se facilitará el contacto con el mismo en el futuro. Igualmente el letrado debe recabar el teléfono del extranjero, advirtiéndole de la necesidad de que pueda estar siempre localizable por si se le necesitase para alguna gestión posterior, como por ejemplo acreditar la representación en un eventual contencioso-administrativo. En la medida de lo posible se podrá confeccionar una tarjeta tipo por el correspondiente servicio del turno, donde se le advierta de esta obligación, firmando el recibí.

7. Apoderamiento Apud-acta: Son necesarios los apoderamientos apud acta para la formulación de las alegaciones a la incoación de las expulsiones, para recibir notificaciones, y en general para actuar en el expediente al encontrarnos dentro del marco del procedimiento administrativo sancionador. Obtenerlo de inmediato evita dificultades con ello localizaciones con posterioridad dada la premura de los plazos de las 48 horas para formular alegaciones. Esta representación podrá venir asimismo para recabar la postulación procesal en el marco del procedimiento contencioso-administrativo.

8. Presentación de alegaciones: La presentación de las alegaciones se podrá hacer, durante todos los días en: (especificar lugares de presentación y horarios en cada colegio). Además de su presentación en la dependencia policial o gubernativa, se podrá realizar por cualquier otro medio admitido en derecho, como por ejemplo: correo certificado; en alguna ciudades es habitual la utilización del fax, en este caso debe exigirse el acuse de recibo.

9. Solicitudes de Asistencia Jurídica Gratuita: Es importante retirar del Colegio de Abogados las SOLICITUDES DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA así como de rellenarlas con los datos que nos facilite el extranjero y que sean firmadas por el mismo a efectos de poder solicitar la obtención del derecho para el cliente.

10. Por último señalar la posibilidad de recurrir, si procede, la orden de expulsión.

Algunas consideraciones al respecto.

- La autoridad gubernativa viene entendiendo como no preceptiva la presencia de Abogado en el momento de entrega de la resolución de expulsión. Si se ha producido la detención o posterior internamiento del extranjero –habida cuenta que la ejecución de la expulsión es inmediata– en la práctica queda en la más absoluta indefensión, al no poderse recurrir las resoluciones de expulsión por no tener constancia –a pesar de la posibilidad teórica de hacerlo a través de la vía consular o diplomática–. Resulta necesario que en los casos de internamiento, el Letrado que asiste intente encontrar los mecanismos más idóneos para tener conocimiento de la notificación de la resolución y, en su caso, si procede, interponer el correspondiente recurso.
- En cualquier caso debemos tener igualmente en cuenta que los procedimientos caducan si a los seis meses no se ha notificado la resolución, por ello solo nos interesaremos por su notificación, bien si está internado y va a procederse a su expulsión, a fin de poder instar alguna medida cautelar, bien si ya ha transcurrido ese periodo de 6 meses, instando la caducidad del mismo. Debe tenerse en cuenta que la expulsión conlleva aparejada la prohibición de entrada al país por plazo de tres a diez años.
- En otros casos puede producirse el incumplimiento de las reglas que regulan el procedimiento de notificación de las resoluciones: hacerlo primero al interesado, y a continuación al representante legal, el Letrado designado.

A veces la negativa a notificar la resolución al Letrado representante –además de requerir la notificación de la resolución en forma– abre la vía del recurso contencioso administrativo y la posible caducidad del procedimiento –6 meses desde su inicio–. A tal fin es importante hacer constar el domicilio del Letrado a efectos de notificaciones, evitando así la publicación edictal, o de producirse esta, no sería válida al existir un domicilio a efectos de notificaciones, artículo 59 de la Ley 30/92. – Debe tenerse en cuenta que el artículo 141.8 del nuevo reglamento de la ley de extranjería RD 2393/2004, introduce la posibilidad de sustituir la expulsión por la salida obligatoria sin prohibición de entrada si la causa de expulsión es la estancia irregular, se ofrecen garantías suficientes de realización de la salida y el extranjero proviene de un país de los que se les exige visado para entrar en España.

RECURSOS: La resolución de expulsión agota la vía administrativa y puede, o bien interponerse el recurso de reposición potestativo o el contencioso directamente. Con carácter general nos inclinamos por el contencioso, ya que en la vía administrativa no podrá acordarse la suspensión del acto, artículo 132. 3 del RD 2393/2004.

V. EL SUPUESTO DE DEVOLUCIÓN

Aplicable a los extranjeros que pretendan entrar en el territorio nacional de forma ilegal y a quienes infrinjan una prohibición de entrada previamente existente. Se regula en el artículo 58 de la Ley de Extranjería.

Artículo 58. Efectos de la expulsión y devolución.

(...)

«2. 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 ilegalmente en el país.

3. En el supuesto de que se formalice una solicitud de asilo por las 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 asilo.

Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

4. La devolución será acordado por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.

5. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

6. La devolución acordada en la letra a) del apartado 2 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.»

En estos supuestos es preceptiva la intervención letrada, que si concurren los requisitos, deberá ser de oficio. Y ello es así, porque el extranjero estará detenido, o en cualquier caso por aplicación del artículo 22 de la LOEX.

El párrafo 5.º del artículo 58 en la nueva redacción dada por la LO 14/2003, permite ahora el internamiento en todos los supuestos de devolución.

El contenido de la intervención y recursos podrá versar sobre la ausencia de trámite de audiencia y vulneración por tanto del artículo 24 de la CE, ya que nadie puede ser sancionado sin ser previamente oído y la devolución, en nada se diferencia ahora de la expulsión, pues permite el internamiento y lleva aparejada prohibición de entrada. El carácter sancionador de la prohibición de entrada impuesta tras una orden de devolución, lo que exige la audiencia y la existencia

de procedimiento ha sido declarado por el TSJ de Andalucía, Sala de Málaga en sentencia de 28 de marzo del 2007.

Se deberán examinar de forma individualizada los motivos, circunstancias y peculiaridades de cada asunto y de cada afectado por el expediente, concretando la exacta disconformidad con el proceder administrativo con argumentos adecuados a cada caso. De manera que la asistencia letrada no se convierta en un puro formalismo vacío de contenido.

RECURSOS: La resolución de devolución no agota la vía administrativa y debe interponerse previamente recurso de alzada ante el superior jerárquico. El recurso no suspenderá la materialización de la devolución. No obstante, por medio de otrosí en el recurso de alzada, solicitar suspensión del acto impugnado («no podrá llevarse a cabo el retorno sin que la Administración haya resuelto previamente sobre la suspensión» STS 28 de febrero de 2006). Solo si se alega la vulneración de un derecho fundamental, como podrá ser el derecho de defensa, si no se le da audiencia, artículo 24 de la CE, podrá obviarse el recurso de alzada e interponerse recurso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, solicitando la medida cautelar de suspensión, o la cautelarísima si la ejecución es inminente.

La resolución definitiva podrá recurrirse mediante recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo contencioso correspondiente, por el procedimiento abreviado. En cuanto a la competencia territorial, podrá ser, alternativamente, la del lugar del órgano que dictó la resolución o la del domicilio del administrado, dado el carácter sancionador, tal y como hemos visto.

VI. LA INTERVENCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DENEGACIÓN DE ENTRADA Y RETORNO

Ante la imposibilidad de realizar un control exhaustivo a todos los extranjeros que llegan a nuestras fronteras, teniendo además en cuenta que el turismo es uno de los grandes motores de nuestra economía, los funcionarios del Ministerio del Interior encargados de realizar el control centran sus esfuerzos en aquellos extranjeros que proceden de países de emigración.

1. En la actualidad se supervisa, salvo excepciones:
 - a los nacionales de países iberoamericanos a los que no se les exige visado por los Convenios que tiene suscritos España con dichos Estados.
 - a los extranjeros procedentes de África, y
 - a los procedentes de países de la Europa del Este y de Asia.
2. A dichos extranjeros además de exigírseles el cumplimiento de los requisitos generales:
 - Pasaporte,
 - visado en su caso,
 - medios económicos,
 - carecer de prohibición de entrada.

Se les exige la justificación del motivo de su visita.

3. Preguntas más frecuentes: Se les suele hacer unas preguntas para que expliquen el motivo de su visita a España; si el funcionario de policía sospecha que el motivo del viaje encubre la intención del extranjero de trabajar o residir en nuestro país sin portar los correspondientes visados, se pondrá en marcha todo el procedimiento encaminado a denegar la entrada y retornar a esta persona al país del que procede.

En un principio se le tomarán todos los datos de filiación, nacionalidad, compañía transportadora y vuelo del que procede para posteriormente realizarle una entrevista con derecho a intérprete si no conoce el idioma español y con asistencia letrada, que se proporcionará de oficio si el extranjero no designa uno de su confianza.

4. Entrevista con asistencia letrada: Los funcionarios de policía suelen hacer una serie de preguntas en orden a determinar el motivo de su visita a España. En el caso más frecuente (es donde se dan el mayor número de rechazos) que alegue motivos turísticos se le preguntará:

- sobre las ciudades que viene a conocer.
- que lugares de interés va a visitar
- si tiene contratado viaje organizado.
- si viaja sólo o acompañado.
- cuantos días va a permanecer.
- si tiene alojamiento contratado y pagado.
- si conoce a alguna persona en nuestro país.
- cuanto dinero trae y si tiene tarjetas de crédito.
- profesión o trabajo en su país de procedencia.
- cuanto gana.
- si tienen familia.
- cuanto tiempo llevan preparando el viaje.
- si compró personalmente el pasaje.

Y cualquier otra pregunta encaminada a verificar la verosimilitud del motivo invocado para entrar en España.

El abogado deberá incidir sobre aquellas cuestiones que no hayan quedado claras, pidiendo se reflejen. Asimismo solicitará en el acto de la entrevista, apoderamiento del extranjero para interponer los recursos necesarios.

Para poder fundamentar un posterior recurso deberá pedir que se fotocopien los documentos que lleve el extranjero a efectos de dejar constancia de ello en el expediente administrativo, así como cuantas alegaciones se realicen.

Finalizada la asistencia se firma la declaración por parte de las partes intervinientes (funcionario, interprete, extranjero y abogado).

5. Entrevista reservada. El abogado podrá entrevistarse cuando lo desee y en privado con el extranjero sometido a dicho control y le informará de su situación legal en que se encuentra y del procedimiento a seguir.

6. Informe propuesta, alegaciones y resolución. El funcionario de policía instructor emitirá un informe propuesta y adjuntará la documentación recibida que será remitido al Jefe de Servicio del puesto fronterizo que resolverá al respecto. De este informe propuesta se debería dar traslado al interesado para poder hacer las **alegaciones** pertinentes tal como exige el principio de contradicción que rige en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 20,2 de la Ley de Extranjería), y tras conocer dichas alegaciones resolver conforme a la ley. La celeridad con que la policía quiere dar a estos trámites conlleva en muchos casos una cierta indefensión por parte del extranjero al hacer imposible muchas veces diligencias de comprobación pedidas por el extranjero.

7. Notificación de la resolución. Si tras las investigaciones pertinentes se deniega la entrada en el territorio nacional el Jefe de Servicio notificará al extranjero una Resolución denegatoria de entrada junto con el acuerdo de retorno indicando el día y la hora en que se efectuará.

También contendrá los recursos que proceden contra la misma y los plazos para efectuarlos.

RECURSOS: La resolución de denegación de entrada no agota la vía administrativa y cabe por tanto interponer Recurso de alzada ante el superior jerárquico, el Director General de la Policía. El recurso no suspenderá la materialización del retorno.

No obstante, por medio de otrosí en el recurso de alzada, se podrá solicitar suspensión del acto impugnado («no podrá llevarse a cabo el retorno sin que la Administración haya resuelto previamente sobre la suspensión» STS de 28 de febrero de 2006). La resolución definitiva podrá recurrirse mediante recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo contencioso correspondiente, por el procedimiento abreviado.

CRITERIOS PARA LA IMPUGNACIÓN DE LAS DENEGACIONES DE ENTRADA EN TERRITORIO NACIONAL

RECOMENDACIÓN N.º 15 CGAE

1. Introducción.

El papel imprescindible desarrollado por el conjunto de los Letrados de los Turnos de Oficio en la conformación del derecho judicial de extranjería y asilo, nos lleva a insistir en la necesidad de reforzar el trabajo defensivo de los abogados encargados de los Turnos y Servicios de Extranjería apoyando su labor con recomendaciones y criterios de orientación extraídos de la actuación colectiva en la materia.

En primer término, resulta preciso diferenciar, de forma muy explícita y sin ambigüedades, la actuación letrada en los procedimientos sancionadores de expulsión y devolución, que conllevan, no sólo el alejamiento del territorio, sino también la prohibición de regreso al mismo, de la intervención en los procedimientos administrativos de rechazo en frontera que no tienen carácter sancionador y no conllevan la prohibición de entrada una vez reunidos los requisitos legales oportunos.

En los supuestos sancionadores venimos reiterando que, con carácter general, la actuación letrada debe realizarse con plena intensidad defensiva, asistiendo a las personas expedientadas en todo el recorrido impugnatorio, promoviendo los recursos más idóneos y eficaces para la defensa de sus intereses y derechos, salvo que el interesado de forma expresa y categórica, sin posible duda, opte por el abandono voluntario del territorio y manifieste su deseo de no proseguir la vía de impugnación.

Sin embargo, en el caso de los procedimientos administrativos no sancionadores de rechazo en frontera, a la vista de los distintos intereses en juego, parece oportuno realizar las siguientes consideraciones.

2. Los Turnos de Asistencia a rechazados en fronteras exteriores.

Desde que en el año 2000 fueron implementados los Turnos de Asistencia a rechazados en fronteras exteriores y más concretamente tras la reforma producida por la Ley Orgánica 19/2003 la nota característica ha sido la proliferación de recursos contenciosos administrativos en esta materia⁽¹⁾. Las impugnaciones, de escasa utilidad y eficacia, obtuvieron la denegación de la práctica totalidad de las mismas por parte de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Superiores de Justicia⁽²⁾.

Por ello, tras un período significativo de actuación de los Letrados de los Turnos de Oficio de Asistencia a personas rechazadas en fronteras exteriores, se hace necesaria una reflexión por parte de la Abogacía sobre la utilidad de las impugnaciones, teniendo en cuenta la valoración del conjunto de intereses en juego en dicha materia.

Debemos recordar que el derecho de libre entrada y salida del territorio nacional proclamado en el artículo 19 corresponde *ex Constituione* únicamente a los españoles, si bien, en cuanto contenido en el Título I, ex artículo 13 de la CE, es también un derecho que ostentan también las personas extranjeras en los términos y condiciones que establezcan los Tratados y la Ley y, en especial, la legislación de extranjería. Puede decirse, pues, que el extranjero tiene un derecho

(1) La tendencia, como consecuencia de los esfuerzos de los Colegios responsables de los Turnos de Oficio, ha sido decreciente. A título de ejemplo, en Madrid a pesar del notable incremento de las asistencias en el aeropuerto de Barajas, en el primer semestre del año 2006 se produjeron 2.714 asistencias por 7.824 en 2007, el número de recursos contenciosos ha disminuido de forma importante, en 2007 han dado lugar a 1.108 designaciones (14 por 100), por 2.451 en el mismo período de 2006 (90 por 100).

(2) Más de un 99 por 100 de los recursos planteados habrían sido rechazados «masa». También es cierto que las resoluciones favorables conseguidas han tenido un importante papel en la conformación del derecho de extranjería dada la trascendencia del contenido de los pronunciamientos acerca de un derecho fundamental como es el de libre circulación de personas.

constitucional de entrada en territorio nacional, si bien sólo con el contenido que le otorguen dichas normas infraconstitucionales.

La legislación de extranjería configura la situación del extranjero de diversa forma, según su título residencial y permanencia, pero en todo caso cabe decir **con carácter general que el extranjero que reúna las condiciones estipuladas en ella para acceder al territorio nacional tiene derecho a ser admitido en él.**

En este supuesto, al igual que en el resto de procedimientos de extranjería, sancionadores o no, debe garantizarse el derecho de audiencia de la persona rechazada con plenitud de garantías y consecuencias. La asistencia de letrado servirá de imprescindible cobertura al ejercicio del derecho. De igual forma debe exigirse la motivación de las resoluciones de rechazo. Recordamos que todo ello se desprende del mandato legal contenido en el artículo 20.2 de la LOEX.

3. Los requisitos para la entrada.

Es el artículo 25 de la vigente ley de extranjería (**Ley Orgánica 4/2000**, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por **Ley Orgánica 8/2000**, de 22 de diciembre, por **Ley Orgánica 11/2003**, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y por **Ley Orgánica 14/2003**, de 20 de noviembre) que determina los requisitos exigidos a los extranjeros para entrar en territorio nacional.

Estos **requisitos** son de dos tipos:

- Unos de naturaleza objetiva, perfectamente comprobables, y que se cumplen o no se cumplen, de tal manera que no cabe ninguna posible interpretación sobre su cumplimiento o incumplimiento.
- Otros de naturaleza eminentemente subjetiva y que quedan exclusivamente a criterio del funcionario actuante la apreciación sobre su cumplimiento.

3.1. Requisitos de naturaleza objetiva. Entre ellos nos encontramos con los de:

- entrar por puesto habilitado.
- hallarse provisto de pasaporte o documento de viaje válido que acredite la identidad de la persona.
- no estar sujeto a prohibiciones expresas (artículo 26).
- necesidad de visado para los nacionales de determinados países.
- acreditación de medios de vida suficientes (Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo).
- requisitos sanitarios (artículo 9 del Reglamento).

En estos supuestos, para el caso de no reunir alguno de los requisitos que hemos denominado objetivos consideramos que no resulta viable el recurso y, por tanto, **no** se debería impugnar

(incluso en vía administrativa), salvo que del expediente, o la vista de la documentación presentada en el momento de la entrada, se puedan desprender **serias y graves dudas de prueba** sobre el motivo invocado por la Administración para proceder a la denegación de entrada y al rechazo del pasajero.

3.2. Requisitos de naturaleza subjetiva, en este supuesto nos hallamos con la presentación de **documentación que justifiquen el objeto y condiciones de estancia**, y que se determinaran por vía reglamentaria.

Sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba o comprobación que puedan realizar los funcionarios responsables del control para justificar o establecer la verosimilitud de los motivos de entrada invocados, podrá exigirse, en concreto, uno o varios de los documentos siguientes (artículo 7 del Reglamento):

a) Para los viajes de carácter profesional:

- la invitación de una empresa o de una autoridad expedida, en los términos fijados mediante orden del Ministro de la Presidencia (a fecha de hoy no existe dicha Orden), para participar en reuniones de carácter comercial, industrial o vinculadas al servicio.
- documentos de los que se desprenda que existen relaciones comerciales o vinculadas al servicio.
- tarjetas de acceso a ferias y congresos.

b) Para los viajes de carácter turístico o privado:

- documento justificativo del establecimiento de hospedaje o carta de invitación de un particular, expedida en los términos fijados mediante Orden del Ministro de la Presidencia 1283/2007, de 10 de mayo. En ningún caso, la carta de invitación suplirá la acreditación por el extranjero de los demás requisitos exigidos para la entrada. Hay que recordar que estas cartas de invitación se anotarán en el Registro Central de Extranjeros.
- confirmación de la reserva de un viaje organizado.
- billete de vuelta o de circuito turístico.

c) Para los viajes por otros motivos:

- invitaciones, reservas o programas.
- certificados de participación en eventos relacionados con el viaje, tarjetas de entrada o recibos.

d) Otros medios de prueba

Los extranjeros, además, con el fin de justificar la verosimilitud del motivo invocado, además de los medios de prueba mencionados, podrán utilizar o proponer todos aquellos medios de prueba admitidos legalmente que persigan tal finalidad.

En el anexo I del Reglamento CE 526/2006 ⁽³⁾, figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de dicho requisito.

3.3. Es en el cumplimiento de este último requisito: la presentación de **documentación que justifiquen el objeto y condiciones de estancia** en donde se producen la gran mayoría de las denegaciones de entrada, y por extensión la mayoría de los recursos. Podemos hacer una estimación que **más del 95% de los rechazos en frontera se deben a este motivo.**

En este sentido la Jurisprudencia, a pesar de notables excepciones (STS 1/4/1995, 20/10/2005, 28/2/2006), mayoritariamente se ha decantado por la denegación sistemática de dichos recursos, reproduciendo los mismos argumentos en «masa».

En estos supuestos se debe poner en cuestión la utilidad y procedencia de dichos recursos teniendo en cuenta su escasa virtualidad. El criterio para la procedencia o improcedencia de **no recurrir a la vía jurisdiccional** será cuando:

(3) ANEXO I. Documentos justificativos para la comprobación del cumplimiento de las condiciones de entrada.

Los justificantes a que se refiere el artículo 5, apartado 2, pueden ser los siguientes:

a) Para viajes de negocios:

- i) La invitación de una empresa o de una autoridad para participar en reuniones, conferencias o manifestaciones de carácter comercial, industrial o laboral,
- ii) otros documentos de los que se desprenda que existen relaciones comerciales o laborales,
- iii) tarjetas de acceso a ferias y congresos en caso de que vaya a asistir a uno de ellos;

b) Para viajes realizados en el marco de estudios u otro tipo de formación:

- i) Documento de matrícula de un centro de enseñanza para participar en cursos teóricos y prácticos de formación y perfeccionamiento,
- ii) carné de estudiante o certificados relativos a los cursos seguidos;

c) Para viajes de carácter turístico o privado:

- i) Documentos justificativos relativos al hospedaje:
 - Invitación de un particular si se hospeda en el domicilio de éste,
 - documento justificativo del establecimiento de hospedaje o cualquier otro documento pertinente que indique el alojamiento que se haya previsto.
- ii) Documentos relativos al itinerario:
Confirmación de la reserva de un viaje organizado o cualquier otro documento que indique los planes de viaje previstos.
- iii) Documentos relativos al viaje de regreso:
billete de vuelta o de circuito turístico;

d) Para viajes por acontecimientos de carácter político, científico, cultural, deportivo o religioso o por otros motivos:

Invitaciones, tarjetas de entrada, reservas o programas con indicación, en la medida de lo posible, del nombre del organismo que invita y la duración de la estancia o cualquier otro documento pertinente que indique el propósito de la visita.

- no se presenten alguno o algunos de los documentos exigidos como mínimo en el artículo 7 del Reglamento.
- cuando de la entrevista realizada ante el funcionario de policía realizada, el extranjero desconozca datos esenciales de la documentación que presenta (ejemplo: en que hotel se va a hospedar, si ha pagado o no la reserva de hotel, nombre del invitador...)
- cuando de la misma entrevista, el extranjero entre en serias contradicciones entre lo que manifiesta y la documentación que aporta, o su relato contenga datos de inverosimilitud que hagan dudar de su veracidad a juicio de cualquier observador imparcial.

Desde luego, el abogado debe valorar la existencia de cualquier otro tipo de documentación que el extranjero lleve consigo y se pueda aportar al expediente, que reafirme la declaración del viajero y su intención de viaje, ya sea por turismo o privado. Es fundamental realizar una declaración coherente, de acuerdo a la finalidad del viaje, ante el funcionario de policía cuando se es requerido para ello. Asimismo, hay que tener en cuenta que el porcentaje de extranjeros rechazados es mínimo frente a los extranjeros que entran.

4. La íntegra cumplimentación de los datos biográficos y económicos.

En los supuestos de denegación de entrada, con carácter general, será preciso cumplimentar en su integridad los datos biográficos y económicos contenidos en los cuadernillos impresos de Solicitud de Asistencia Jurídica Gratuita facilitando la determinación del derecho al beneficio.

Resulta a todas luces preciso a los efectos de recurrir, que, en caso de hacerlo, el justiciable conozca pormenorizadamente todos y cada uno de los pasos que dará el Abogado en el proceso y las consecuencias de la impugnación, así como la posibilidad de diferir esa decisión, al poder recurrir desde su país de origen.

En caso de optar por el recurso el justiciable debe de rellenar íntegramente el cuadernillo de Justicia gratuita, como modo de expresar su voluntad de seguir adelante con el recurso.

5. Diferenciación entre las denegaciones entrada y otros procedimientos de extranjería en los que actúa un defensor de oficio.

Como decíamos en el punto introductorio, resulta necesario, de acuerdo a la experiencia acumulada hasta el presente, la diferenciación entre los recursos contra los actos administrativos que deniegan la entrada en España de turistas y ordenan el regreso, de otros supuestos de denegación e inadmisión de solicitudes de asilo y de todos aquellos procedimientos de carácter sancionador: expulsiones y devoluciones que pueden conllevar el alejamiento del territorio y la posterior prohibición de entrada.

Entre otras cosas debe tenerse en cuenta que que en los procedimientos administrativos sancionadores, el Abogado designado de oficio es quien asiste en la detención del extranjero en el acto de notificación del Acuerdo de iniciación y es el propio abogado, quien, muchas veces sin

el concurso del propio justiciable, quien presenta en su nombre las alegaciones preceptivas, y quien en su nombre actúa en su representación.

No pocas veces la propia Administración, sin siquiera intentar notificar al justiciable algún acto, lo hace directamente al Abogado (su representante en sede administrativa), y logra así que sea eficaz la notificación y por ende la ejecutividad del acto de expulsión, frustrando de ese modo la posibilidad de caducar el procedimiento por paso del tiempo, al no ser encontrado el justiciable.

Resulta imprescindible por ello, al ser trascendente la figura del abogado-representante para que sea eficaz y ejecutable la resolución en sede administrativa, articular todos y cada uno de los medios necesarios (inclusive en sede contencioso-administrativa), para intentar atacar dichas ordenes de expulsión ya ejecutivas.

Por idénticas razones, y al tratar de supuestos de protección internacional y de derechos fundamentales, debe seguirse **siempre** con todos los recursos e instancias, cuando la designación es para defender una denegación (o inadmisión a trámite) de asilo, aún sin tener, en estos supuestos, el contacto directo con el cliente.

VII. LA ASISTENCIA A EXTRANJEROS SOMETIDOS PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN ORDINARIO

Pese a que no exista detención, entendemos que de conformidad con el artículo 22 de la LOEX, la asistencia letrada es preceptiva. Aquí el plazo de alegaciones será de 15 días, e igualmente podrá proponerse prueba. Es también un procedimiento administrativo sancionador y debe contarse con todas las garantías previstas para este tipo de procedimientos, tales como derecho de audiencia, contradicción y defensa.

VIII. LA ASISTENCIA A EXTRANJEROS SOMETIDOS PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN, DEVOLUCIÓN Y RETORNO EN EL EXPEDIENTE JUDICIAL DE INTERNAMIENTO

Como ya se ha expuesto, es imprescindible que el letrado que interviene en el expediente de expulsión, devolución y retorno intervenga igualmente en el expediente judicial de internamiento dado que éste no es sino una medida cautelar que se adopta durante la sustanciación de aquel. En cualquier caso estimamos que la asistencia debe comprender al menos:

1. Examinar si concurren motivos suficientes para ordenar/autorizar la medida de internamiento y lo que es igualmente importante, su posterior mantenimiento. En cualquier momento nos podremos dirigir ante el juez que decretó el internamiento solicitando su revisión. El artículo 62 de la LOEX exige la audiencia del interesado y establece los casos en los que puede acordarse el internamiento, léase, la carencia de domicilio, documentación personal (pasaporte), expedientes judiciales o gubernativos anteriores.

El internamiento no podrá durar más de 40 días y ese plazo es un máximo, no debiendo agotarse. Si se acordara por un plazo inferior, deberá exigirse para su prorrogación nueva «vistilla» con

audiencia del interesado, por la aplicación subsidiaria de las prorrogas en la prisión provisional, como justificamos en el párrafo siguiente.

2. Vigilar se cumplan los requisitos: asistencia letrada, interprete, etc...

De conformidad con la STC 115/87, a los supuestos de internamiento les son de aplicación los principios de la prisión provisional, tales como la excepcionalidad de la medida, por el favor libertatis y la proporcionalidad de la misma. Por esta aplicación subsidiaria debemos exigir la celebración de vista, de conformidad con el artículo 505 de la LECrim., pudiendo aportar pruebas y alegar a favor de la libertad.

3. Informar e instar, Si así le conviniera al extranjero la declaración de aceptación voluntaria del expediente y cumplimiento voluntario de la sanción, pidiendo, en este caso, la medida de internamiento.

4. Recurrir, si procede la orden de internamiento en reforma y/o apelación.

5. Asistir jurídicamente a los internados en el centro de internamiento. Pues téngase en cuenta que tratándose de una medida cautelar pueden sobrevenir circunstancias que devengan injustificable el internamiento. La asistencia exige una actividad letrada continuada por lo que se deberán establecer los necesarios contactos con los clientes privados de libertad.

6. Traslado del detenido al Juzgado de Guardia: Averiguar cuando se les pasa al Juzgado de Guardia (o bien preguntando en la Comisaría o bien al día siguiente o a los dos días en el Juzgado de Guardia, dado que es obligatorio asistir al extranjero al DIA siguiente o a los dos días en el Juzgado de Guardia: recomendamos que se acuda al Juzgado de Guardia para facilitar un teléfono donde vamos a estar localizados manifestando que somos los Letrados del Turno de extranjería.

- Es conveniente personarse o llamar al Juzgado de Guardia de Detenidos o de Incidencias para ver si han trasladado a la persona a la que se asistió el DIA anterior o dos días antes, facilitando un teléfono de contacto donde vamos a estar localizados.
- Asistencia al extranjero en la comparecencia recordando que ello supone encargarse de la actuación judicial completa.
- Es necesario que el letrado que asista al extranjero le facilite una tarjeta con sus datos o su nombre y teléfono.
- Es importante acordarse de retirar del Colegio de Abogados el DIA en que nos toque la Guardia, las SOLICITUDES DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA así como de rellenarlas con los datos que nos facilite el extranjero y que sean firmadas por el mismo a efectos de remuneración de cualquier gestión posterior.

IX. LA ASISTENCIA EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO. RECOMENDACIONES

- En aquellos Colegios en cuya demarcación exista Centro de Internamiento. Obligación de acudir al mismo en atención a lo dispuesto en el artículo 62 bis f) de la LO 4/200 según modificación operada por LO 14/2003.

- Recordar que los Centros de Internamiento tienen normalmente 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.
- Averiguar si existe un letrado anterior que lleve al interno así como el lugar donde fue detenido, a efectos de auxilio judicial.

Si existe un letrado anterior, el letrado que ha sido llamado deberá comunicar al Centro de Internamiento la necesidad que tiene de llamar al mismo.

En el caso en que no exista Letrado anterior o que se desconozca su nombre existe la obligación de asistir al extranjero para lo cual debe tenerse presente las recomendaciones sobre solicitudes de asistencia jurídica gratuita.

Si el primero letrado interviniente en el expediente administrativo pertenece a sede colegial distinta se deberá acudir al instrumento del «auxilio colegial». En todo caso deben realizarse cuantas actuaciones en defensa del extranjero sean necesarias, informando, en su caso, al anterior Abogado.

X. 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, al que se podrá acompañar la solicitud de adopción de medidas cautelares, suspensivas y positivas que en su caso pudieran plantearse.
- Para poder confeccionar con rigor la demanda, se deberá solicitar de la Delegación de Gobierno vista del expediente administrativo. Sería conveniente articular algún tipo de mecanismo con las Oficinas de Extranjeros para permitir dicho examen por los letrados: convenios, ventanillas específicas, etc... 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, si bien se aconseja su solicitud solamente cuando existan verdaderas razones de urgencia, como detención, internamiento, ejecución inmediata de la resolución de expulsión...
- En todo caso y dada la no preceptividad de la intervención de procurador en el procedimiento abreviado, la representación puede ser ostentada por el letrado, debiendo bastar con la acreditación de la intervención en el expediente administrativo o en su caso con el oficio por parte del Colegio de haber asignado la defensa por Turno.
- El Juzgado 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.
- 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.

- A la vista deberá acudir el Letrado y Procurador, si tuvieren 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.
- 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 con la asistencia jurídica gratuita debe tenerse presente la obligación de rellenar y obtener la firma de la solicitud para obtener el reconocimiento del derecho.

XI. LA ASISTENCIA A EXTRANJEROS EN PROCEDIMIENTOS PENALES

1. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA LA DEFENSA DEL EXTRANJERO EN JUICIOS RÁPIDOS

En bastantes ocasiones el extranjero es puesto a disposición de la autoridad judicial por la presunta comisión de un **hecho delictivo**, de los que de conformidad con el artículo 795 de la LECr daría 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 habrá de dilucidarse si conviene al derecho del extranjero acogerse a la reducción del tercio de la pena prevista en el artículo 801.2 de la LECr o no prestar su conformidad teniendo en cuenta su situación administrativa.

CUESTIONES A TENER EN CUENTA DESDE EL ÁMBITO PENAL:

La decisión dependerá de las siguientes **circunstancias**:

Primera. Solicitud por la acusación de la aplicación de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión en virtud del artículo 89 del CP (Supuestos núms. 1, 2 y 3).

Si por la acusación se ha solicitado la aplicación del artículo 89 del CP, es decir la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, no suele convenir a los intereses de nuestro defendido **el dictado de la sentencia de conformidad**, porque:

- De conformidad con la **DA 17 de la LO 19/2003**, de dictarse sentencia de conformidad, se dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad, **artículo 801.3 de la LECr.**, hasta tanto se materialice la expulsión, es decir comenzará el cumplimiento de la pena privativa de libertad en centro penitenciario, al menos durante el plazo de 30 días en que la expulsión habrá de materializarse.
- La prohibición de entrada en los supuestos del **artículo 89.2 del CP** es de 10 años.
- Intangibilidad de las Sentencias: Si cambiasen las circunstancias, por ejemplo por matrimonio con español, la pena impuesta por sustitución vía artículo 89 en sentencia judicial firme, no es revocable.

Al no existir conformidad iremos a juicio, donde además de la defensa penal para combatir la petición principal con respecto a la expulsión penal, vía artículo 89 del CP tendremos la posibilidad de oponer a la petición de sustitución las concretas circunstancias del penado ya que pese a la dicción literal del artículo 89, la sustitución no puede ser automática: STS 514/2005 de 22 de abril; 366/2006 de 30 de marzo; 710/2005 de 7 de junio, así como el peligro de sufrir torturas o tratos inhumanos y degradantes: en contra de la sustitución STEDH 21/6/88; 18/12/91; 7/7/89; 26/3/92; 15/11/96; 11/7/00; 2/8/01; 6/3/01 y 31/10/02. Y por tanto

- Es preciso un trámite de audiencia al extranjero, con asistencia de su abogado e intérprete, si fuera necesario.
- Debe reducirse la regla general de la expulsión a sus justos límites y ampliarse la aplicación de la excepción de cumplimiento de la pena privativa de libertad.
- Debe motivarse la decisión de expulsión.
- Deben analizarse las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar en España.

De no acordarse finalmente la expulsión o no poder ejecutarse ésta en el plazo establecidos, según el Auto del TC 132/2004, de 4 de abril, se procederá entrar a valorar si concurren o no los requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, artículo 80 y ss del CP, o su sustitución vía artículo 88 del CP.

Segunda. Si no se solicita por la acusación de la aplicación de la sustitución del artículo 89 del CP.

Habrà de valorarse la conveniencia o no de la conformidad (artículo 801.2 LECr.), dependiendo del interés de la persona por permanecer o no en territorio español.

En los supuestos 1.º y 2.º la existencia de interés por permanecer en territorio español, si no se solicita por la acusación la sustitución prevista en el artículo 89 del CP, será por un lado el que al ser una circunstancia sometida al principio de acusación (STS 901/2004, de 8 de julio), y debiendo ser además acordada en sentencia, no en ejecución (STC 145/2006 de 8 de mayo), ya no cabe solicitarla en otra fase procesal.

Además podrán valorarse otras circunstancias penales para optar por la conformidad o no, tales como perspectivas de defensa eficaz, posibilidades de suspensión de la pena y las de la anulación de la expulsión gubernativa en vía contencioso administrativa.

En el 3.º supuesto –en el caso de extranjero en situación irregular pero sin expediente de expulsión–, habrán de valorarse las circunstancias penales para optar por la conformidad o no, tales como perspectivas de defensa eficaz, posibilidades de suspensión de la pena, pero además deberá valorarse la situación administrativa del imputado extranjero, para aconsejar o no esa conformidad, pues en el supuesto de encontrarse tramitando una autorización inicial, de existir conformidad, va a suponer la existencia de **antecedente penal** y por consiguiente denegación de su solicitud administrativa de autorización de residencia

Tercera. SUPUESTO 4.º El extranjero se encuentra en situación administrativa regular.

Habrà de valorarse la conveniencia o no de la conformidad (artículo 801.2 de la LECr.) teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

Tipo de autorización de residencia: distinguiendo entre autorización permanente o autorización temporal. En este último caso, habrá que tener en cuenta la fecha de renovación de la citada autorización, dado que en caso de que hubiere una Sentencia Penal, se valorará en función de las circunstancias de cada supuesto, *la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieses sido condenados que hayan cumplido la condena, hayan sido indultados o se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena* (artículo 31.4 de la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los Extranjeros y su Integración Social).

Cuarta. Valoración de la defensa penal del extranjero y la aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración Social.

Para la elección de la defensa más eficaz de una persona extranjera, habrá que tener en cuenta la posible repercusión de una condena privativa libertad superior a 1 año en virtud de la posible aplicación del artículo 57.2 de la Ley de Extranjería.

- Iniciación de un expediente gubernativo que puede llevar la expulsión de España en aplicación del artículo 57.2 de la LE.
- Si el extranjero tuviera autorización de residencia y se acordara su expulsión en virtud del artículo 57.2, se procederá a la retirada de su documentación, o al archivo del procedimiento que tuviera por objeto una autorización para residir (renovación).

2. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA LA DEFENSA DEL EXTRANJERO ANTE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN O PENALES DESDE EL ÁMBITO DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA.

Vamos a analizar el supuesto de extranjeros en situación irregular a disposición del Juzgado de Instrucción por la *presunta comisión de un delito*, al que se le ha incoado previamente por el Grupo Operativo de Extranjeros de la Policía Nacional un expediente de expulsión preferente por estancia irregular. Esta incoación se habrá podido producir:

A. Bien tras la detención policial por la presunta comisión del citado delito.

A.1. Si a nuestro defendido el Juzgado de Instrucción le incoara Diligencia Previa, **la autoridad gubernativa podrá solicitar autorización judicial para expulsarle previa tramitación del correspondiente expediente de expulsión.**

La autoridad judicial deberá autorizar esa expulsión de conformidad con el **artículo 57.7 de la LO 4/2000**, y **artículo 142 del RD 2393/2004**, si se cumplen los requisitos establecidos:

REQUISITOS (artículo 57.7 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social), que ha de reunir este procedimiento de solicitud de autorización judicial son los siguientes:

1.º El expedientado ha de encontrarse procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza.

No es suficiente la incoación de diligencias previas y la toma de declaración al imputado para que el expedientado tenga el status de «inculcado» a los efectos del artículo 57.7. Sólo se puede autorizar la expulsión cuando en el marco del procedimiento abreviado sobre la persona expedientada pesa un acto de imputación semejante al auto de procesamiento, y el mismo no puede ser sino el Auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado o el Auto de apertura del Juicio Oral.

2.º El hecho delictivo ha de encontrarse acreditado en el expediente administrativo de expulsión. El **artículo 142 del Reglamento de Extranjería** entiende que «Se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente, o cuando haya existido comunicación judicial o del Ministerio Fiscal a los organismos policiales».

3.º La Autoridad Gubernativa ha de solicitar la autorización de expulsión al Juez de Instrucción que conozca la causa penal.

El artículo 57.7.b) de la Ley de Extranjería establece que podrá ser solicitado por el interesado, si bien estaríamos ante una autorización de salida.

4.º El Juez de Instrucción ha de dar previa audiencia al Ministerio Fiscal y al expedientado, asistido por abogado e intérprete, si lo necesitara. Trámite de audiencia en el cual el expedientado

deberá exponer sus circunstancias personales, su arraigo y su situación familiar. Sólo así el Juez de Instrucción podrá ponderar y salvaguardar sus derechos fundamentales como persona que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución constituyen derecho interno aplicable, **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2004 (EDJ 2004/82689 y Auto núm. 149/2008 (rollo núm. 143/2008), de 24 de junio de 2008, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria, entre otros)**

5.º En caso de autorizarse la expulsión gubernativa, y se proceda a su ejecución, el procedimiento penal será archivado.

A.2. Si a nuestro defendido, el Juzgado de Instrucción no le incoa diligencias penales o incoándolas el expedientado no llega a adquirir la condición de inculpado (se sobresee la causa y se archiva) **la autoridad gubernativa podrá solicitar autorización para ingresar al expedientado en un Centro de Internamiento**, en tanto en cuanto se instruye el expediente de expulsión por estancia irregular, por el procedimiento preferente y se dicte resolución sancionadora, en la que se acuerde su expulsión de territorio nacional. A este respecto hay que precisar las siguientes **consideraciones**:

1.ª La autoridad gubernativa ha de solicitar el internamiento al Juzgado de Instrucción de Guardia ese día.

2.ª El internamiento de un ciudadano extranjero es la medida cautelar más grave y severa que se puede aplicar. Caben otras medidas cautelares intermedias e igual de efectivas como:

- Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- Residencia obligatoria en determinado lugar.
- Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad.

3.ª Se ha de dar audiencia al interesado, que será asistido por abogado y por intérprete, si fuere necesario. Deberá alegar cuantas circunstancias personales y de arraigo estime convenientes para su defensa.

4.ª El juez deberá valorar ponderadamente las circunstancias especiales del caso concreto, atendiendo fundamentalmente a su arraigo en España, así como aplicar el principio de proporcionalidad.

5.ª Hay que valorar que en el CIE el plazo máximo de estancia es de 40 días.

B. O bien ha sido incoado el expediente sancionador con anterioridad a esta detención policial.

No se podrá proceder a la autorización de expulsión por parte del Juez de Instrucción, en aplicación del artículo 57.7 de la LO 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extran-

jeros en España y su integración Social, ya que deberá constar en el expediente administrativo de expulsión incoado, los presuntos hechos delictivos acreditados.

En cambio, la autoridad gubernativa podrá solicitar autorización para ingresar al expedientado en un Centro de Internamiento para proceder a la expulsión gubernativa si procediere.

ANEXO LEGISLATIVO LEY ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Artículo 795

1. Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

2. Que se trate de alguno de los siguientes delitos:

Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

Delitos de hurto.

Delitos de robo.

Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.

Delitos contra la seguridad del tráfico.

Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal.

Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.

Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.

3. Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.
2. El procedimiento regulado en este Título no será de aplicación a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que fueren conexos con otro o otros delitos no comprendidos en el apartado anterior.
3. No se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302.
4. En todo lo no previsto expresamente en el presente Título se aplicarán supletoriamente las normas del Título II de este mismo Libro, relativas al procedimiento abreviado.

Artículo 801

1. Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar ésta sentencia de conformidad, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación.
2. Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.
3. Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.
2. Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.
3. Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81.3 del Código Penal, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije. Asimismo, en los casos en que de conformidad con el artículo 87.1.1 del Código Penal sea necesaria una certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.

4. Dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución.
5. Si hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores.

CÓDIGO PENAL: Artículo 89

1. Redacción según Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.

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

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

2. Redacción según Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. Redacción según Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. Redacción según Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal.

Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración Social

Artículo 31.4. Situación de residencia temporal

4. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.

Artículo 57. Expulsión del territorio

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

4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.

Artículo 57.7. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

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

Artículo 61. Medidas cautelares

1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar.

- c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.
- d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.

En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.
- e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.

**Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre
o Reglamento de Extranjería**

Artículo 142. Extranjeros procesados o inculcados en procedimientos por delitos o faltas

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

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

A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente, o cuando haya existido comunicación judicial o del Ministerio Fiscal a los organismos policiales.

3. IDENTIFICACIÓN DEL EXTRANJERO EN LA VÍA PÚBLICA. RETENCIÓN. ARTÍCULO 20 DE LA LO 1/92, SOBRE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA. ASISTENCIA LETRADA AL EXTRANJERO EN LA COMISARÍA DE POLICÍA. HABEAS CORPUS

CONCLUSIONES

- Necesidad de acabar con la discriminación que sufren los extranjeros (principalmente los que cuentan con marcados y claros rasgos que denotan su procedencia) con respecto a los nacionales, a la hora de ser «retenidos» en la vía pública para su identificación.
- Delimitar el alcance de la exigencia de documentación al amparo de la LO 1/92. ¿Se trata de una simple identificación de la persona o se puede exigir la documentación relativa a la situación legal de permanencia?

- A tener en cuenta por el abogado: la detención es una medida cautelar que ha de acordarse siempre tras la incoación de un procedimiento sancionador. En supuestos que vulneran lo anterior, debe acudir al procedimiento de *habeas corpus*.
- El abogado debe exigir el máximo de legalidad a la hora de incoar el procedimiento sancionador; debe hacerse en presencia y por instructor y secretario.
- Debe hacerse un mandato a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para que, en casos de detención por motivos de extranjería, se cumplan estrictamente sus competencias. La policía local y la guardia civil no tienen competencias en materia de extranjería. El abogado debe supervisar sus actuaciones y si es preciso acudir al *habeas corpus*.
- Pese a no ser reconocido como legitimado por la ley orgánica correspondiente, el letrado y fundamentalmente el de guardia, debe tener capacidad plena para formular un *habeas corpus* contra la detención ilegal de un extranjero. Necesidad de unificar criterios en este sentido por los distintos Colegios de Abogados.
- Exigencia por parte del letrado, de la aplicación plena del artículo 520 LECr. en todos los casos en que el extranjero se encuentre detenido. Evitar el supuesto de aplicación del estatus de retenido o detenido según convenga a las autoridades policiales.
- Exigencia de un tratamiento digno, y separado físicamente en dependencias policiales de la «delincuencia habitual», para el extranjero detenido única y exclusivamente por irregularidades en su documentación. No es un delincuente.
- Necesidad de unificar criterios en los distintos colegios de abogados para que el letrado de guardia tenga conocimiento de la detención de un extranjero desde el momento mismo en que esta se produce, para no restar eficacia a un posible *habeas corpus*.
- El letrado de guardia ha de estar presente en todas aquellas actuaciones administrativas o judiciales que supongan retención o detención del extranjero.
- Es imprescindible que la tramitación de un asunto de extranjería corresponda al mismo y único letrado desde el principio hasta el final del procedimiento. Ello da operatividad y efectividad a su actuación. Los colegios profesionales deben unificar criterios en este sentido.
- Debe protegerse al extranjero que acude a una oficina pública para cualquier actuación administrativa, p.e. formular una denuncia, consultar documentación, etc para que la policía no pueda aprovechar ese momento para retenerle o detenerle.

4. 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 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 11/2003. PROBLEMAS RELACIONADOS

CONCLUSIONES

- Debe ser labor de todos los operadores jurídicos, el interpretar el artículo 57.7 de la ley de extranjería como de aplicación residual o excepcional y no como una regla automática que es lo que ocurre en la práctica. El artículo 57 no obliga a expulsar.

- A la hora de aplicar la expulsión prevista en el artículo 57.7 deben valorarse la proporcionalidad de su aplicación, atendiendo al caso y las circunstancias concretas. Se evitarán situaciones de excesiva «penalidad» y situaciones en las que la expulsión pudiera ser un «premio» o mal menor para el extranjero.
- Para la aplicación del artículo 57.7 es imprescindible delimitar con exactitud los conceptos de inculpado e imputado.
- Deben evitarse situaciones de incompatibilidad entre órdenes de expulsión y obligación de comparecencia apud acta ante un juzgado penal.
- No es posible que pueda equipararse, para la aplicación del artículo 57.7, el delito con la falta. Debe acabarse con tal equiparación.
- Para acordar la medida de expulsión, tanto el fiscal para emitir informe, como el juez, deben exigir el expediente completo. No basta con la mera resolución de expulsión, con esto es imposible valorar las circunstancias a las que se refiere el propio precepto.
- La expulsión o internamiento en un CIE debería ser controlada y supervisada por un juez de lo contencioso, a través de la pertinente modificación legislativa.
- Imprescindible la creación de un juzgado especializado en extranjería. Ello conllevará necesariamente la mejor formación de jueces, fiscales, abogados y mejor funcionamiento de los turnos especiales de oficio en esta materia.
- Todos los colegios de abogados deben contar con un turno especial de extranjería y una unificación de criterios. En cualquier procedimiento penal en que sea parte un extranjero, debe intervenir un letrado especializado en extranjería, por la repercusión que pueda tener la resolución penal en el ámbito administrativo. Solo un letrado especializado puede controlar estos efectos.
- Debe instarse la inconstitucionalidad del artículo 57.2 pues vulnera la finalidad de reinserción social de cualquier pena privativa de libertad y el principio «non bis in idem».
- Necesidad de controlar la legalidad de las sentencias penales dictadas por tribunales de otros países. El abogado cuenta con la dificultad de que no conoce esas legislaciones.
- Debe existir por parte de las autoridades y el abogado, un control de la legalidad respecto de la ejecución de resoluciones de expulsión dictadas por países Shengen.

5. EL EXTRANJERO CONDENADO A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. ARTÍCULOS 89 Y 108 DEL CÓDIGO PENAL TRAS SU MODIFICACIÓN POR LA LEY ORGÁNICA 11/2003

CONCLUSIONES

- El artículo 89 del CP no es de aplicación automática, debe ser de interpretación restrictiva. Debe atenderse muy especialmente a las circunstancias del caso concreto para valorar la sustitución de la pena de privación de libertad por la de expulsión.

- En las conformidades en procedimientos penales el letrado debe intentar prever la posibilidad de una expulsión posterior, que dejaría sin efecto la condena impuesta. Es conveniente en la conformidad, aportar la documentación que permita en ese momento valorar las circunstancias concretas del caso para evitar la sustitución por expulsión.
- La existencia del artículo 89 del CP, cuando de juicios rápidos se trata, hace perder virtualidad práctica al 57.7 de la Ley de Extranjería.
- Las expulsiones llevadas a cabo tras el acceso del recluso extranjero al tercer grado penitenciario pueden dar lugar, en algunos casos, al rechazo del interno a la progresión en grado. Son aquellos casos en que la situación en el país de procedencia es más «perjudicial» que la estancia en prisión. • La aplicación del artículo 89 del CP no puede provocar desigualdades en el trato de los extranjeros en situación irregular con relación a los nacionales e incluso a los extranjeros en situación regular.
- Imprescindible compatibilizar la obligación de sustituir la pena de privación de libertad inferior a seis meses (artículo 71.2 del CP) con los supuestos en que sustituida la pena no es posible ejecutar la expulsión. No puede obligarse al extranjero a cumplir una pena inferior a seis meses, que no cumpliría un español.
- El tiempo transcurrido en prisión preventiva o en situación de condenado por parte del extranjero que tenga sustituida la pena privativa de libertad por expulsión deberá ser descontado del período total de prohibición de entrada.
- Deben controlarse de manera estricta las consecuencias de la aplicación de la D. Adicional 17.^a de la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

6. ARTÍCULO 318 BIS, TRAS LA REFORMA DE LA LO 11/2003. CONCLUSIONES

- Principal problema: sentar las bases y criterios de diferenciación entre el delito o la falta muy grave del artículo 54.1.b) de la Ley de Extranjería.

7. ARTÍCULO 59 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA. COLABORACIÓN DEL EXTRANJERO

CONCLUSIONES

- El abogado debe velar por la efectividad del acuerdo de colaboración alcanzado con la brigada provincial de extranjería. La última decisión la tiene Madrid, no la brigada provincial.
- Para las autoridades policiales no basta la mera denuncia, exigen una colaboración activa. Debe tratarse de redes organizadas para la vigencia de este precepto
- El abogado debe controlar la colaboración del extranjero con la justicia, al amparo del artículo 31.3 o al amparo del artículo 59 de la Ley de Extranjería. Son supuestos distintos.
- Debe exigirse a las autoridades policiales que les sea vinculante una resolución judicial en la que conste que el extranjero colabora con la justicia.

XII. ASISTENCIA DEL EXTRANJERO EN PRISIÓN. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN

1. MARCO LEGISLATIVO

1.1. La Constitución Española:

El artículo 149 en sus apartados 1.º y 2.º atribuye al estado la regulación en materia de extranjería.

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

- 1.ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.
- 2.ª Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

El artículo 13 de la CE establece el principio de igualdad de los extranjeros con los nacionales, si bien este principio esta limitado, y ello es así dado que el contenido de este artículo manifiesta que:

«los extranjeros gozaran en España de las libertades publicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

El artículo 25 y 103 de la CE, por los que se recoge el principio de legalidad, es decir que la actividad penitenciaria se ajustará a las leyes.

Artículo 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.
2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.
3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

Artículo 106.1 de la CE

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Artículo 117.4 de la CE

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.
2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.
3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.
4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.

1.2. Instrumentos de derecho internacional. Convenios internacionales.

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DEL DERECHOS HUMANOS

- El Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas de 21 de marzo de 1983, hecho en Estrasburgo, ratificado por España el 18 de febrero de 1985.
- Acuerdo de 25 de mayo de 1987, relativo a la aplicación entre los Estados miembros de la Comunidad Europea, sobre el traslado de personas condenadas.
- Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y sus protocolos adicionales.
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Fueron adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, en la cual se define las funciones consulares, destacando aquellas tendentes a prestar ayuda a los nacionales de sus Estados destacando aquellos nacionales privados de libertad.
- Tratados bilaterales de ejecución recíproca de sentencias o de cooperación jurídica, entre los que podemos destacar:
 - Tratados sobre traslado de personas condenadas entre el reino de España y Colombia, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997.
 - Tratado entre el Reino de España y la República de Perú sobre transferencias de personas sentenciadas a penas privativas de libertad y medidas de seguridad privativas de libertad, así como de menores bajo tratamiento especial, hecho en Lima el 25 de febrero de 1986.

- **Tratado sobre personas condenadas, entre el Reino de España y la República de Costa Rica (Madrid 23 de octubre de 1997).**
- **Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asistencia de personas detenidas y traslado de personas condenadas (1997).**
- **Convenio entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania relativo a la asistencia de personas detenidas y traslado de personas condenadas (2006).**

1.3. Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Artículo 3 LOGP» el principio de no discriminación».

1.4. Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Artículo 15.5.º Ingreso.

Artículo 26. Penados extranjeros sometidos a medidas de expulsión posterior al cumplimiento de la condena.

Artículo 27. Sustitución de las penas impuestas a extranjeros por medidas de expulsión.

Artículo 41.7 y 49.3. Comunicaciones y visitas de presos extranjeros

Artículo 52.2,3,4.5. Información

Artículo 62.4. Fomento de la colaboración con organizaciones de apoyo a los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación de entidades sociales del país de origen del recluso.

Artículo 118.2. Formación, cultura y deporte (idioma).

Artículo 127.3. Bibliotecas.

1.5. Código Penal.

Artículo 89. Sustitución de la pena impuesta por una expulsión a aquellos extranjeros no residentes legalmente en España, que sean condenados a penas inferiores a 6 años, salvo que el Juez o Tribunal, por el delito de que se trate o por las circunstancias del penado acuerde su cumplimiento en un centro penitenciario.

Sustitución de la pena por expulsión del territorio español a aquellos extranjeros no residentes legalmente en España que sean condenados a penas superior a 6 años, en el caso de que acceda al tercer grado penitenciario o haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años contados a partir de la expulsión.

Artículo 108 del Código Penal regulador de **las medidas de seguridad** Recoge así mismo la expulsión del territorio nacional de los extranjeros no residentes legalmente que fueran condenados a la mismas, como sustitutivas de éstas.

1.6. Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y sus modificaciones por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003 de 20 de noviembre y la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre.

Artículo 57 que en su apartado 2.º establece: asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con penal privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Apartado 7.º Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevé una pena privativa de libertad inferior a 6 años o de distinta naturaleza y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice su expulsión en el plazo más breve posible.

Prohibición de entrada se establecerá por un tiempo de 3 a 10 años.

1.7. Instrucciones de Instituciones Penitenciarias para aplicación a extranjeros en los centros penitenciarios

2. EL EXTRANJERO EN PRISIÓN PREVENTIVA

2.1. Ámbito penitenciario

Regla general principio de igualdad o no discriminación, como está establecido en su artículo 3.º de la LOGP el que caracteriza la política penitenciaria.

INGRESO. 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 artículo 15 del RP, sobre la puesta en conocimiento de las autoridades diplomáticas y consulares del correspondiente ingreso en prisión.
- 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, deberemos 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, solo será a partir de que se dicte una Sentencia condenatoria y sea firme, cuando se procederá a su clasificación. Sin embargo cuando nos referimos a que los internos preventivos se regirán por las normas establecidas para el régimen ordinario nos estamos refiriendo a 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 extranjero 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, deben siempre se aprobados por el Juez o Tribunal en el que se encuentra su causa (artículo 48 de la LOGP).

2.2. Ámbito de aplicación de la Ley de Extranjería

DOCUMENTACIÓN DEL EXTRANJERO PREVENTIVO.

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, 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 artículo 38.4 de la ley 30/1992. Ello facilita el tramite para las personas privadas de libertad, al nos 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 este 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.

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

a) 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 (artículo desde la solicitud de renovación, si el extranjero continuara en el centro penitenciario, se procederá a solicitar al mismo el traslado de la persona extranjera, para la interposición de huellas dactilares para expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

RECURSOS

Si la renovación es denegada por la administración, el abogado podrá interponer Recurso de Alzada en el plazo de 1 mes ante el órgano superior de la administración que dictó la resolución, si nos encontramos ante una autorización de residencia y trabajo.

Si la renovación denegada es de autorización de residencia o residencia permanente, ésta pone fin a la vía administrativa y se podrá interponer potestativamente recurso de Reposición en el plazo de 1 mes desde la notificación o acudir directamente a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en el plazo de 2 meses.

PODER DE REPRESENTACIÓN DEL EXTRANJERO INTERNO

Si el letrado actúa de oficio, se tramitará la correspondiente justicia Gratuita ante el Colegio de abogados correspondiente, para que se proceda a la designación de profesionales.

Si no fuera designado Procurador por no ser este necesario en la vía Contencioso-Administrativa, y fuera requerido el recurrente para otorgar representación, la persona extranjera será puesta a disposición del tribunal requeriente para subsanar el poder de representación.

Si el letrado es de designación particular, podrá actuar conforme al punto anterior, o solicitar que un notario acuda al centro penitenciario para el otorgamiento de poderes por el interno extranjero.

NOTA: Es importante que se proceda a la solicitud de la renovación y recursos posteriores en caso de denegación de lo presos preventivos:

- a) Para evitar una pérdida de la documentación y por tanto una situación de irregularidad que puede dar lugar a la incoación de un expediente de expulsión.
- b) Porque se desconoce el desenlace final del procedimiento penal en el que está encausado pudiendo finalmente ser puesto en libertad hasta que se juzgue la misma, finalizar por archivo o ser absuelto en última instancia.

2.3. El extranjero penado.

2.3.1. *Ámbito de aplicación de la ley de extranjería.*

PERSONAS PENADAS EXTRANJERAS CON AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA

Documentación:

En General: Las personas extranjeras presas, pueden solicitar la renovación de su documentación, presentando la instancia ante cualquier registro e incluso por correo ordinario.

Procedimiento:

- Mediante instancia solicitando la renovación, no siendo necesario que se haga personalmente al poder tramitarse ante cualquier registro y a través de terceros,
- El letrado del interno o este 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.

Resolución:

- La renovación será denegada, si al resolver sobre su petición no han terminado de cumplir la condena. Privativa de libertad (artículo 41.4 de la LE y 37.3 del RE).

Recursos:

Si la renovación es denegada por la administración, el abogado podrá interponer Recurso de Alzada en el plazo de 1 mes ante el órgano superior de la administración que dictó la resolución, si nos encontramos ante una autorización de residencia y trabajo.

Si la renovación denegada es de autorización de residencia o residencia permanente, ésta pone fin a la vía administrativa y se podrá interponer potestativamente recurso de Reposición en el plazo de 1 mes desde la notificación o acudir directamente a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en el plazo de 2 meses.

PODER DE REPRESENTACIÓN DEL EXTRANJERO INTERNO

Si el letrado actúa de oficio, se tramitará la correspondiente justicia Gratuita ante el Colegio de abogados correspondiente, para que se proceda a la designación de profesionales.

Si no fuera designado Procurador por no ser este necesario en la vía Contencioso-Administrativa, y fuera requerido el recurrente para otorgar representación, la persona extranjera será puesta a disposición del tribunal requiriente para subsanar el poder de representación.

Si el letrado es de designación particular, podrá actuar conforme al punto anterior, o solicitar que un notario acuda al centro penitenciario para el otorgamiento de poderes por el interno extranjero.

NOTA: El letrado valorará a la hora de solicitar la renovación o de plantear los recursos pertinentes, la duración de la condena.

2.3.2. *Ámbito penitenciario*

Ingreso derechos: Es de aplicación lo expuesto por el extranjero en situación preventiva.

CLASIFICACIÓN

Los Criterios regulados en el artículo 103 RP son:

- Personalidad,
- duración de las penas,
- medio social del recluso,
- historia individual, familiar.
- Recursos y habilidades del recluso.

TERCER GRADO

La LO 7/2003 modificó el artículo 72 de la LOGP añadiendo los numerales 5 y 6 e introduciendo otro requisito a la progresión de grado de tratamiento, que no es otra que la satisfacción de 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 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.

Sin embargo esta exigencia introducida por la ley, se ve atenuada por la valoración y circunstancias que se tendrán en cuenta y que son:

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

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 de Tratamiento valora para cuantificar el riesgo posible, para un mal uso de permisos, se ha introducido la variable de extranjero.

VARIABLES:

- Extranjero,
- Drogodependencia
- Profesionalidad
- Reincidencia
- Quebrantamiento
- Artículo 10 LOGP
- Ausencia de permisos
- Deficiencia convivencial
- Lejanía del lugar de residencia.

Como podemos comprobar no es el elemento de extranjería un elemento negativo directo para poder disfrutar de los permisos.

Sin embargo la carencia de arraigo en nuestro país, e incluso en la falta de arraigo familiar que habitualmente se suele dar en las personas presas extranjeras, conllevan a una gran dificultad para que puedan disfrutar de permisos, por la condición de quebrantamiento de la condena o mal uso de los permisos.

La falta de disfrute de permisos incide de manera directa en la progresión de grado de los internos, lo que conlleva a concluir 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 consulado respectivos. En estos casos el riesgo de quebrantamiento es evidentemente alto y el Acuerdo pretende evitarlo».

La recomendación numero (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 artículo 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 artículo 49.3 del RP recoge la comunicación de los reclusos extranjeros en locales adecuados, con los representantes diplomáticos o consulares del país.

DESTINO

Si bien la norma penitenciaria nada dice al respecto, la realidad es que el destino o centro penitenciario en el cual se va proceder al cumplimiento de la condena viene ligado al lugar de residencia del recluso y de su familia si hubiera un centro penitenciario acorde con su clasificación. Por tanto la población extranjera que carezca de ese arraigo familiar es proclive a los cambios de destinos.

LIBERTAD CONDICIONAL

Es la última fase del cumplimiento de la condena. No se concede de manera automática.

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

REQUISITOS:

a) Subjetivos:

- Buena conducta (pago de la responsabilidad civil).
- Existencia de pronóstico individualizado y favorable.

b) Objetivos:

- Que el interno se encuentre en tercer grado.
- Que se haya extinguido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena.

- Excepcionalmente que se haya extinguido las 2/3 partes y haya desarrollado continuamente actividades laborales, formativas etc. (artículo 91 del CP).
- Tener o cumplir durante la condena 70 años.

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:
 - Cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia que exige la conformidad del interno y la autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (artículo 90 y ss. del CP y 197 del RP).

LAS AUTORIZACIONES DE TRABAJO

Marco Normativo

Disposición Adicional 1.^ª del Real Decreto 2393/2004 Acuerdo del Consejo de Ministros.

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:

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:
 - Calcificación en tercer grado del recluso.
 - Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria por el que se concede el tercer grado o la libertad condicional.

REQUISITOS:

- 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 del artículo 45 del Reglamento de Extranjería(circunstancias excepcionales).
 - Supuestos de arraigo laboral, familiar o social.
 - Supuestos de protección internacional (asilo y personas desplazadas).
 - Razones humanitaria.
 - Extranjeros que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales.
- 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 del artículo 72 del Reglamento de Extranjería:
 - Haber residido legalmente de forma continuada en territorio español durante 5 años.
 - Ser beneficiario de una pensión de jubilación, o contributiva de incapacidad permanente absoluta 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.
 - Tutelados por entidad pública durante 5 años anteriores.
 - Apátridas y refugiados.
 - Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico.
- Los extranjero que fueron autorizados a trabajar al amparo del artículo 66.5 del Reglamento de Extranjería 864/2001 actualmente derogado, podrán volver a ser autorizados al trabajar siempre y cuando subsistan las condiciones que motivaron en aquel momento su concesión.

EFFECTOS:

- Plenos efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la seguridad social.
- No otorga la condición de residente extranjero.

2.3.3. *Cumplimiento de condenas en el país de origen.*

1.º 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 pertinentes.

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 al 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.

CONCLUSIONES

1. Necesidad de la asistencia de intérprete para garantizar los derechos del extranjero en prisión.

- Requerir a los Centros Penitenciarios para que se faciliten de modo real los folletos informativos al interno en su lengua (especial atención al árabe)
- Instar a los letrados para que denuncien ante sus colegios la inexistencia de intérprete en sus asistencias en prisión.
- Elevar quejas ante Juzgado de Vigilancia y Defensor del Pueblo por inexistencia de intérprete.

3. FORMACIÓN DE LETRADOS DE LOS SERVICIOS DE ORIENTACIÓN JURÍDICA

- Destacar la íntima conexión de materias de D. Penal, penitenciario y de extranjería.
- Solicitar de los Colegios de Abogados la exigencia de formación en materia de extranjería a los letrados del turno de oficio penitenciario.
- Proponer al Consejo General de la Abogacía Española la inclusión de la formación en esta materia como requisito para acceder a el turno de oficio penitenciario.

3. DOCUMENTACIÓN DE LOS INTERNOS

- Exigir el consentimiento de los internos para contactar con las autoridades consulares del país del extranjero en prisión a fin de proceder a su documentación.
- Instar a los colegiados para que no realicen trámites relativos a la documentación que corresponden a las Instituciones Penitenciarias, sino exigir su realización por las mismas en las mismas condiciones que los nacionales, con especial atención al caso de los preventivos.
- Vigilar la documentación de los internos contra los que se inician causas penales.
- Considerar la posibilidad de recurrir resoluciones de los Jueces de Instrucción que ordenan la retirada del pasaporte por ser contrarias al artículo 4 de la LOEx. E innecesarias en los casos de internos en prisión.

PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA SEPTIEMBRE 2008

- Solicitar la devolución de los objetos personales (incluido el pasaporte) de los internos desde el mismo momento de su ingreso en prisión preventiva.
- Exigir el desplazamiento de la Policía a los Centros Penitenciarios para entregar documentación que el interno no pueda recoger (renovación de permisos de residencia, etc.) o en su caso solicitar permisos extraordinarios para que pueda recoger dicha documentación (artículo 3.3 y 48 LOGP y 159 RP).
- Alegar que el interno se halla documentado con la sentencia condenatoria.

4. EL INTERNO EN PRISIÓN NO ESTÁ EN SITUACIÓN IRREGULAR

- Impedirá la tramitación de procedimientos preferentes de expulsión.
- La situación del interno es regular, al hallarse sujeto a una relación de sujeción especial.
- En todo caso la situación irregular no se puede considerar voluntaria, ni culpable.
- Considerar los autos de libertad condicional como permisos de residencia, con la posibilidad de solicitar la renovación de las autorizaciones administrativas para residir.

PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA SEPTIEMBRE 2008

XIII. ASISTENCIA JURÍDICA A MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

La **Subcomisión de Extranjería del CGAE** muestra su preocupación por la falta de garantías esenciales que se están produciendo en las repatriaciones de menores extranjeros no acompañados.

1.º Dichos menores son repatriados a su país de origen sin que en el procedimiento administrativo que se sigue para su repatriación el menor goce de la asistencia letrada que, el artículo 22.2 de la LO 4/00 de Derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social, otorga a todos los extranjeros: «Derecho a la asistencia jurídica gratuita: 2. Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en que se sigan.»

El artículo citado ha de ponerse en relación, en el caso de menores extranjeros, con otros dos preceptos: artículo 35.4 de la LO 4/00 que dice que: «Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública.»

Y el artículo 92.4 del RD 2393/04: «La Administración general del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre la repatriación a su país de origen, o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España.»

2.º Por lo tanto, existiendo un procedimiento administrativo y siendo el menor no acompañado tutelado por la entidad pública un extranjero residente legal, parece claro que el derecho a la asistencia jurídica del menor en ese procedimiento es innegable.

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Defensor del Pueblo español en su informe sobre la Asistencia jurídica a los extranjeros en España, llamando la atención en concreto sobre la situación en la que se encuentran los menores extranjeros no acompañados dentro del procedimiento en que se acuerda su repatriación. Dejando constancia de la preocupación por la falta de garantías que, a su juicio, se producen por la falta de asistencia letrada a los menores extranjeros no acompañados tutelados que son repatriados a su país, sin que tengan posibilidad alguna de manifestar su oposición.

3.º No sólo se vulneran los preceptos de la LO 4/00 citados, sino que además se vulnera la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor que, que en su artículo 9 consagra el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento que le afecte y en su artículo 11.1 insta a las Administraciones Públicas a facilitar a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos.

En esta línea, y ahora que se cumplen 17 años de la firma de la Convención Internacional de Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, es necesario recordar las recomendaciones efectuadas por el Comité de derechos del niño de Naciones Unidas (organismo creado por la Convención de derechos del niño como órgano institucional permanente de evaluación de la

observancia real de sus pretensiones por los Estados firmantes) en su informe bianual correspondiente a 2005, en su Observación General 6.^a, ha comprobado la existencia de lagunas en la protección de los menores extranjeros no acompañados, entre las que destaca:

- La dificultad para los menores de acceder a sistemas de asesoramiento jurídico, instando a los Estados parte a que tomen medidas para hacer efectivo el derecho del menor de edad a que sean tenidas en cuenta sus opiniones en el procedimiento de protección y a que pueda hacer valer las mismas a través de asesoramiento jurídico independiente de la propia Administración que lo tutela o intenta repatriar [apartado h) de la Observación General 6.^a].

La **Subcomisión de extranjería del CGAE** solicita al Pleno del CGAE que apruebe una recomendación dirigida:

- a) A Los Colegios de Abogados a fin de que se cursen las correspondientes instrucciones a los letrados adscritos a los servicios del turno de oficio de extranjería y menores al objeto de que extremen su celo en la vigilancia y cumplimiento por parte de las Administraciones Públicas de las garantías legales, así como recomendar la interposición de demandas de protección de derechos fundamentales para los casos particulares de los que puedan tener conocimiento.
- b) A todas las Administraciones Públicas que intervienen en el procedimiento de repatriación de un menor extranjero no acompañado a fin de que arbitren las medidas necesarias para hacer efectiva la asistencia letrada como único medio que garantiza el efectivo ejercicio del derecho a ser oído del menor.