

# PROTOSCOLOS DE ACTUACIÓN LETRADA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA



PROTOSCOLOS DE  
ACTUACIÓN LETRADA EN  
MATERIA DE EXTRANJERÍA



© Subcomisión de Extranjería. CGAE

Thomson Reuters Lex Nova  
General Solchaga, 3  
47008 Valladolid  
T +34 983 457 038  
F +34 983 457 224  
[www.thomsonreuters.com](http://www.thomsonreuters.com)  
[www.lexnova.es](http://www.lexnova.es)  
[clientes@lexnova.es](mailto:clientes@lexnova.es)

Fotocomposición e impresión:  
Rodona Industria Gráfica, S.L.  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 Pamplona

Depósito Legal: VA.912-2012  
Impreso en España - Printed in Spain

# ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	5
PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN LETRADA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA	
1. PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN INSPIRAR EN LA ACTUACIÓN DE LOS TURNOS DE EXTRANJERÍA .....	9
2. LUGARES DONDE SE PRESTA LA ASISTENCIA LETRADA .....	10
3. PROTOCOLOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA .....	12
3.1. Expulsiones por procedimiento preferente .....	12
3.2. Denegación de entradas: Madrid .....	32
3.3. Devoluciones .....	34
3.4. La Asistencia a extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión ordinario .....	38
3.5. Procedimiento de internamiento .....	41
3.6. La intervención en el proceso contencioso-administrativo. Recomendaciones .....	48
4. PROTOCOLOS EN MATERIA PENAL. LA ASISTENCIA A EXTRANJEROS EN PROCEDIMIENTOS PENALES .....	50
4.1. Juicios rápidos .....	50
4.2. Identificación del extranjero en la calle y <i>habeas corpus</i> .....	57
4.3. Defensa entre incoación y vista .....	60
4.4. Arts. 89 y 108 CP .....	61
4.5. Arts. 318 bis y 177 bis CP en conexión con el art. 59 LOEX .....	73
5. EXTRANJEROS EN PRISIÓN .....	79
6. MENORES NO ACOMPAÑADOS .....	91
ANEXO. VADEMÉCUM DE REGLAS BÁSICAS PARA EL ABOGADO DE EXTRANJERÍA .....	93



# **P**RESENTACIÓN

## **I. INTRODUCCIÓN**

El acercamiento preocupado de la Abogacía española a la extranjería se produce en los inicios de la década de los años 90, momento en que el fenómeno migratorio, si bien comienza a proyectarse en nuestro país como importante y creciente realidad, estaba todavía muy lejos de la cuantitativa y cualitativa actual situación.

En aquel contexto, se constata la existencia de procedimientos sancionadores de expulsión que se desarrollaban sin las mínimas garantías constitucionales y legales, y que dificultaban, cuando no impedían, una labor mínimamente eficaz de asistencia jurídica, lo cual generó una intensa inquietud entre la Abogacía más comprometida con la defensa de los Derechos Humanos <sup>(1)</sup>.

De ahí que el objetivo principal, si no el único, que estuvo presente en la creación de los primeros Servicios Colegiales de extranjería, fue precisamente el de ser capaces de crear instrumentos organizativos colegiales en el seno del Turno de Oficio, que favorecieran una correcta y eficaz labor de defensa de los derechos e intereses de las personas extranjeras; este objetivo guio la señalada actuación colegial, incluso antes de que se aprobara en el año 1996 la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y su Reglamento de eje-

.....

<sup>(1)</sup> En el año 1993 se produce lo que podemos denominar un primer encuentro intercolegial que reúne en Zaragoza a un reducido grupo de abogados que representan a los Colegios de Barcelona, Málaga y Zaragoza, al que pronto se sumarían Granada, Guipúzcoa, Las Palmas, Madrid y Valencia. Tanto el ICAB como el ReICAZ habían comenzado por aquel entonces a conformar Turnos y Servicios específicos en materia de extranjería. La Abogacía española tuvo el mérito de anticiparse en el tiempo al *boom* de la migración en España.

cución, normas que atribuyeron a los Colegios de Abogados la competencia en la materia <sup>(2)</sup> y fijaron las condiciones mínimas para su desempeño <sup>(3)</sup>.

Un decisivo paso para la Abogacía española de extranjería se dio con la constitución en octubre de 2000 de la Subcomisión de Extranjería del CGAE integrada en el seno de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. La recién creada Subcomisión aglutinaba ya en aquel momento a más de 30 Colegios de Abogados con servicios de extranjería, bien en funcionamiento, bien en vías de conformación.

Su creación va a permitirnos abordar desde una perspectiva colectiva la actuación profesional en este campo jurídico. Entre sus intervenciones más destacadas se pueden señalar: el Informe sobre **Asistencia Jurídica en las Fronteras Exteriores**, elaborado en el marco del Encuentro de Palma (2003), que sería el embrión de los **Protocolos de actuación en el ámbito de la extranjería** aprobados en el Encuentro de Córdoba (2004); Recomendaciones en materia de extranjería; **Informes y Dictámenes**, redactados en relación con la asistencia jurídica en fronteras exteriores e interiores, menores no acompañados, postulación procesal, denegaciones de entrada; Convención Internacional de 1990; **Dictámenes de inconstitucionalidad** y en relación con las sucesivas reformas legales y reglamentarias. El último que cabe citar es el **Informe al Proyecto de Reglamento** de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la LO 2/2009.

Todo ello es una buena muestra de ese esfuerzo coordinador al que nos referíamos y que se ha concretado en la organización hasta ahora de 22 Encuentros anuales en materia de extranjería y asilo, el último de ellos celebrado en Valencia en junio de 2012.

## II. LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN

De entre todos los encargos asumidos por la Subcomisión de Extranjería del CGAE en los diversos Encuentros intercolegiales anuales, quizás el de

.....

<sup>(2)</sup> El ReICAZ en el año 1992, el ICA Guipúzcoa en 1995, tras el I Encuentro Internacional de Abogados de Zaragoza, ponen en marcha Turnos de Extranjería dedicados a «(...) cuestiones relativas a procedimientos administrativos o gubernativos derivados de la aplicación de la Ley de Extranjería o de sus Reglamentos, de la Ley de Asilo y de sus Reglamentos, y de la situación de refugiados políticos, o de la transposición en Derecho español de Tratados internacionales o Supranacionales en la materia»

<sup>(3)</sup> Entre los requisitos para poder prestar el servicio se señalaba, «(...) Letrados en ejercicio del Colegio de Abogados que se inscriban en una lista especial, que permanecerá abierta hasta el día treinta del mes de noviembre de cada año, y que hayan asistido a las actividades previstas para informarles del correcto funcionamiento del Turno especial, sin cuya realización no serán admitidos».

mayor relevancia y en el que se han volcado importantes esfuerzos, lo constituye el trabajo de permanente actualización de los Protocolos de actuación en materia de extranjería y asilo <sup>(4)</sup>. En el Encuentro de Valencia 2012 se aprueba la última de las actualizaciones que da lugar a la publicación de «Los Protocolos de actuación en materia de extranjería, 2012».

Tal y como establece la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, 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 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, con buen criterio, ha venido a ampliar la cobertura de la asistencia jurídica gratuita y el derecho de defensa para todos los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos económicos suficientes, en todos aquellos procedimientos inicialmente administrativos que pudieran llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o su expulsión del territorio nacional, donde en principio no sería preceptiva la asistencia letrada y por ende tampoco la gratuita, y para los que, 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 doce años de aplicación, desconocemos cuál es el alcance real de esa intervención y sobre todo su virtualidad, dado lo sumario de la actuación administrativa, la ausencia de carácter suspensivo de los recursos administrativos interpuestos y la lentitud de la jurisdicción contencioso-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

.....  
<sup>(4)</sup> En materia de Asilo, la Subcomisión de Extranjería del CGAE asume como documento de trabajo la Guía de actuación en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional elaborada por ACNUR y el ICAM.

Se puede consultar en [http://www.acnur.es/PDF/acnur\\_gui\\_a\\_abogados2011\\_20120216095526.pdf](http://www.acnur.es/PDF/acnur_gui_a_abogados2011_20120216095526.pdf)



lugar a dudas, a la configuración de una novísima especialidad jurídica: **El Derecho Migratorio y de Extranjería.**

La abundante casuística y diversidad de situaciones derivadas 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.

**Pascual Aguelo Navarro**

Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE

## **1** PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN INSPIRAR EN LA ACTUACIÓN DE LOS TURNOS DE EXTRANJERÍA

El Consejo General de la Abogacía Española, a propuesta de su Subcomisión de Extranjería, aprobó en el año 2005 unos **«Protocolos de actuación en materias propias del Turno de Extranjería»**, que constituyen un instrumento básico de trabajo en la materia. Estos Protocolos son 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 en los Protocolos de actuación 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.

De ahí la importancia de su asunción y adaptación a cada sede colegial de acuerdo a las realidades concretas de los respectivos Colegios de Abogados.

Dos principios deben inspirar la constitución de los Turnos de Extranjería:

- **El principio de unidad de defensa**, en virtud del cual una misma dirección letrada debería asumir la defensa del extranjero en el procedimiento administrativo sancionador y en la causa penal en caso de que, además de la infracción a la normativa de extranjería, se le impute un delito.
- **El principio de asistencia inmediata y por personal especializado**, lo que conlleva la obligatoriedad de que los Letrados adscritos a este Turno deban realizar todos los cursos que a tal efecto pudieran organizarse por el Colegio de Abogados.

En cuanto a las modalidades de prestación del servicio, éstas varían según las provincias y Comunidades Autónomas, si bien en todo caso, tal y como dispone el art. 28 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita (RD 996/2003), deberá establecerse de forma que la prestación del servicio mediante guardias garantice la asistencia y defensa de forma permanente.

Por regla ordinaria, la guardia tendrá una duración de 24 horas, dando comienzo a la hora establecida para cada Partido Judicial. Esta guardia normalmente será a disponibilidad por lo que el Letrado no tiene la obligación de permanecer en las dependencias judiciales, si bien deberá estar localizable y a disposición del Juzgado o Centro de Detención que lo requiera. En algunas sedes con Juzgado de Guardia de incidencias constituido las guardias se establecen excepcionalmente con carácter presencial.

En aras de la unidad de defensa, el Letrado tiene obligación de asistir al extranjero tanto en el Centro de Detención como ante el Órgano Judicial cuando sea puesto a disposición del mismo a los efectos de internamiento aunque haya finalizado su guardia. Asimismo, estará obligado a asistir al extranjero en el Centro de Internamiento en aquellas sedes colegiales en las que exista CIE.

## **2** LUGARES DONDE SE PRESTA LA ASISTENCIA LETRADA

### **1.º CENTROS DE DETENCIÓN**

Los Centros de Detención son: las Comisarías, los puertos y los aeropuertos.

Tipos de asistencia:

- a. Al extranjero en el seno de los procedimientos administrativos sancionadores, así como en los supuestos de denegación de entrada y devoluciones.
- b. En las diligencias policiales incoadas con motivo de la presunta comisión de un delito, en aquellos Colegios que han diseñado Turnos específicos de asistencia penal a extranjeros.

.....  
▶ ES NECESARIO QUE CADA LETRADO FACILITE AL  
EXTRANJERO UNA TARJETA CON SUS DATOS,  
O BIEN SU NOMBRE Y TELÉFONO  
.....

## 2.º JUZGADO DE GUARDIA

Tipos de asistencias:

- a. En el caso de que el extranjero sea puesto a disposición judicial tras la detención cautelar, el Letrado deberá comparecer en el Juzgado de Guardia (Juzgado de Guardia de Incidencias en aquellas sedes judiciales en que se hubiere constituido salvo que el extranjero se encuentre detenido por la comisión de un hecho delictivo que lleve aparejado su ingreso en un Centro de Internamiento o en Centro Penitenciario, en cuyo caso se encarga el Juzgado de Guardia) y continuar las funciones de defensa en el expediente judicial de internamiento al extranjero al que asistió previamente en Centro de Detención.
- b. Deberá asistir igualmente en Juzgado de Guardia a los extranjeros detenidos para proceder a la ejecución de una resolución de expulsión en un expediente previo.
- c. Asistencia al extranjero en la causa penal en caso de imputación de delito.

.....  
▶ ES NECESARIO QUE EL LETRADO QUE ASISTA AL EXTRANJERO,  
LE FACILITE UNA TARJETA CON SUS DATOS O SU NOMBRE Y  
TELÉFONO  
.....

Para ello es importante averiguar en qué momento será puesto el extranjero a disposición del Juzgado de Guardia, bien solicitando esa información a la Comisaría o al propio al Juzgado, por la obligación de continuar con la defensa una vez prestada la primera asistencia.

### **3.º CENTRO DE INTERNAMIENTO (CIE)**

En aquellas sedes colegiales en cuya demarcación exista un CIE:

Se hará a requerimiento del extranjero a través de los funcionarios, pudiendo comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.

Se deberá tener en cuenta que el art. 62 LOEX contempla la posibilidad de interponer peticiones y quejas ante el Juez de Instrucción competente (o Juez de Control en aquellas sedes judiciales en que se hubiere designado).

### **4.º CENTRO PENITENCIARIO**

Cuando sea necesaria la notificación al interno de alguna resolución en que sea preceptiva la asistencia letrada, en materia de extranjería.

## **3** PROTOCOLOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA

### **3.1 EXPULSIONES POR PROCEDIMIENTO PREFERENTE**

#### **3.1.1. Art. 63 LOEX**

#### **CONSIDERACIONES PREVIAS**

**1.** La vigente redacción dada al art. 63 LOEX por la LO 2/2009 ordena el empleo del procedimiento preferente para aquellos expedientes sancionadores que se incoen por infracción del art. 53.1.d) –«*incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de*

*acuerdo con lo dispuesto en la presente ley»-*, del art. 53.1.f) *«la participación del extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992...»-*, del art. 54.1.a) *«participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992...»-*, del art. 54.1.b) *«inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito l con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito»-*, y del art. 57.2 *«... que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados»-*.

**2.** Para los supuestos de estancia irregular a que se refiere el art. 53.1.a) LOEX *–ya lo sea inicial ya sobrevenida–* el art. 63 LOEX resultante de la LO 2/2009 posibilita la tramitación del expediente sancionador por el procedimiento preferente cuando el Instructor del expediente considere que concurre *«riesgo de incomparecencia»* –apdo. a)–, cuando *«el extranjero evitara o dificultase la expulsión»* –apdo. b)– o que *«el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional»* –apdo. c)– (condiciones que, significativamente, vienen a coincidir con las que el art. 62 LOEX recoge como circunstancias a tener en cuenta por el Juez de Instrucción para acordar el ingreso en el Centro de Internamiento de Extranjeros).

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

**4.** Aunque pudiera parecer que el condicionamiento de que concurra en el momento de la incoación del expediente sancionador alguna de las circunstancias que exige el párrafo segundo del ordinal 1 del art. 63 LOEX para poder tramitar por el procedimiento preferente las infracciones previstas en el art. 53.1.a) LOEX provocaría que a partir de la LO 2/2009 el procedimiento que con carácter general debía ser aplicado es el ordinario del art. 63 *bis* LOEX, lo cierto es que la Circular 1/2010, de 25.01, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil *–en la que se advierte que se trata de un «documento de uso restringido para unidades de extranjería*

y fronteras del Cuerpo Nacional de Policía» y que se encuentra «prohibida su reproducción, difusión, publicación o utilización por personal ajeno a estas unidades»–, imparte unas instrucciones a las Unidades de Extranjería que dejan en manos del funcionario policial la opción por el procedimiento ordinario o por el preferente –así, la Circular 1/2010, de 20.01, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, advierte que *«se tramitará el procedimiento preferente cuando el extranjero se halle en situación irregular y, además, concurra el hecho de: carecer de domicilio; carecer de documentación; exhibir documentación caducada; aún teniendo domicilio, éste no sea fijo ni estable, sino temporal o de tránsito; si con anterioridad fue sancionado, por ejemplo, con sanción de multa por estancia irregular; o, inclusive, si incumplió una salida obligatoria»*, y que también se seguirá el procedimiento preferente cuando se constate *«carencia de fuentes de ingresos o de ingresos, falta de arraigo, (...) , existencia previa de sanciones o condenas o incumplimientos de salidas obligatorias, etc.»*–.

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

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

## EL CONTENIDO DE LA ASISTENCIA

**7.** Contrariamente a lo que acontece con la asistencia que regula el art. 520.6 LECrim la intervención letrada a lo largo de la tramitación del procedimiento preferente no debe ni puede entenderse como una mera formalidad garantista, sino que debe ser activa, con un claro contenido de defensa de los derechos e intereses del extranjero. La intervención letrada se inicia

con la entrevista a la que se hace referencia en el apartado 10 siguiente y comprende la intervención presencial en la incoación del procedimiento preferente, en la toma de declaración al extranjero y notificación de la propuesta inicial de resolución, así como el examen del expediente administrativo, cumplimentación del trámite de alegaciones y de audiencia, con formalización de los recursos que procedan tanto en vía administrativa como judicial, extendiéndose, en su caso, a la asistencia en el procedimiento de internamiento ante el Juez de Instrucción.

**8.** En relación al derecho fundamental a la libertad, dos son las situaciones en las que puede encontrarse el extranjero sujeto a un procedimiento preferente: como expedientado no detenido –supuesto menos frecuente– o como detenido cautelarmente –al amparo del art. 61.1.d LOEX–. Tanto en uno como en otro caso el Abogado ha de tener en cuenta que el extranjero goza de los derechos que resultan del art. 63.3 LOEX y del art. 235.2 RELOEX –asistencia letrada e intérprete–, del art. 63.4 LOEX y del art. 235.1 RELOEX –a ser oído, formulando alegaciones en el plazo de 48 horas–, y, por la remisión del art. 50 LOEX y del art. 216.1 RELOEX, a todos cuantos derechos y garantías dimanen de la circunstancia de tratarse de un procedimiento administrativo, de los que deben destacarse los derechos que se enumeran en el art. 35 L 30/92, y los que resultan del art. 79.1 L 30/92 –a aducir alegaciones y aportar documentos u otros medios de descargo hasta el momento de ser redactada la correspondiente propuesta de resolución–, y del art. 80 L 30/92 –a proponer medios de prueba–.

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

**10.** El extranjero, ya se encuentre en situación de expedientado no detenido ya esté detenido cautelarmente, tiene derecho a entrevistarse con su Abogado en forma reservada y con anterioridad a la declaración ante el Instructor: si no está detenido, por cuanto que no existe obstáculo legal



para ello; si se encuentra detenido cautelarmente *ex art.* 61.1.d LOEX, debe tenerse en consideración que la detención no es lo por la comisión de un ilícito penal, lo que supone que si como detenido cautelarmente es titular de los derechos de asistencia letrada (arts. 22.2 y 63.3 LOEX y 235.2 RELOEX), a la justicia gratuita en su caso (arts. 22.2 y 63.3 LOEX y 235.2 RELOEX), a formular alegaciones (art. 63.4 LOEX), a que sea comunicada su detención a la embajada o país del extranjero (arts. 237 y 258.5 RELOEX), a ser informado de la causa de la detención (art. 17.3 CE), a intérprete (arts. 22.2 y 63.3 LOEX y 235.3 RELOEX) y a puesta a disposición judicial en un plazo no superior a 72 horas (art. 61.1.d, párrafo primero, LOEX), y que aunque por construcción jurisprudencial se equiparan tales derechos a los del art. 520 LECrim, no es de aplicación la restrictiva interpretación resultante del ordinal 6 del art. 520 LECrim sobre que la entrevista reservada se practicará al término de la diligencia –máxime cuando el TC en sus SS. 196/1987 (de 11.12) y 38/2003 (de 27.02) ha dejado dicho que forma parte del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada al detenido (art. 17.3 CE) «*el asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio*», y que en la STEDH de 28.06.1984 (caso Campbell y Fell) se dice de manera contundente que «*no se concibe que un Abogado pueda asistir a su cliente sin consultas previas entre ellos*»–.

**11.** La práctica habitual en las Comisarías de Policía es que la información de derechos al extranjero respecto del que es adoptada la medida cautelar de detención cautelar *ex art.* 61.1.d) LOEX se efectúe al amparo del art. 520.2 LECrim, y es este un modo de actuar que debe ser advertido por el Letrado, que deberá poner de manifiesto tal incorrecto proceder tan pronto como le sea posible y, en todo caso, al formular las alegaciones en el plazo de 48 horas, ya que los derechos que asisten al extranjero que se vea privado de libertad al serle incoado un procedimiento sancionador preferente son los que resultan de la CE –17.3–, de la LOEX y de su desarrollo reglamentario (RELOEX) y de la L 30/92, y el RD 1398/1993, sin que, aunque sean parcialmente coincidentes, resulte ajustado a Derecho predicar que son los derechos del art. 520 LECrim los que deben serle reconocidos.

**12.** Es preciso superar el prisma penal para enfrentar adecuadamente los derechos que corresponden al extranjero ante la detención que trae causa de la normativa de extranjería, desterrando la aplicación de la LECrim para que sean la CE, la LOEX y la L 30/1992 las normas desde las que el extranjero sea informado de sus derechos.

**13.** No sólo razones de índole formal apoyan que no sea de aplicación a la detención que se produzca con ocasión de la normativa de extranjería la LECrim –así, el art. 1 de la ley procesal criminal establece que «*las disposiciones del presente Código*» tendrán por destino «*actos punibles*»–, también de

carácter material –al prohibir el art. 4.1 CP la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los que expresamente se comprendan en ellas–, e incluso de especialidad –ya que recogiendo la LOEX los derechos que corresponden a los detenidos en materia de extranjería, y la remisión que se hace a la L 30/92, son estas normas de preferente y exclusiva aplicación–, sin que pueda obviarse el mensaje subliminal que se dirige a la sociedad que resulta de la circunstancia de que sea aplicada una norma procesal penal a una infracción administrativa y que conduce a considerar a los extranjeros como delincuentes.

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

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

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

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

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

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

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

- c) El derecho a la asistencia de un intérprete.

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

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

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

En la LOEX sólo su art. 60.4 menciona expresamente este derecho al referirse a la denegación de entrada, pero el art. 258.5 RELOEX lo reconoce extensivamente a todos aquellos extranjeros sujetos a un procedimiento sancionador y es reiterado respecto del procedimiento preferente en el art. 237 RELOEX.

- e) El derecho a formular alegaciones.

Aunque el derecho del detenido cautelarmente por infracción a la normativa de extranjería a formular alegaciones con ocasión de la privación de libertad no se recoge en forma expresa ni en la LOEX ni en el RELOEX, su reconocimiento para todos los supuestos de detención que pueden ser acordados *ex art. 61.1.d) LOEX* resulta de la remisión que los arts. 50 LOEX y 216 RELOEX hacen a la L. 30/1992 y al Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el RD 1398/1993, de 4 de agosto: mientras que en los supuestos de detención que traigan causa de un procedimiento sancionador –ya lo sea ordinario o preferente en el que pueda proponerse la expulsión, ya lo sea ante una devolución o ante la ejecución de una resolución de expulsión dictada en un procedimiento ordinario una vez transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario–, el derecho a formular alegaciones está recogido en el art. 13.1.f) RD 1398/93. En la detención que se produzca con ocasión de una denegación de entrada, que no tiene naturaleza sancionadora, es el art. 35.e) de la L 30/1992 el que reconoce el derecho.

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

El reconocimiento del derecho del extranjero detenido cautelarmente con ocasión de infracción a la normativa de extranjería a ser puesto en el plazo de setenta y dos horas en libertad o a disposición judicial es de configuración legal, y aunque una inicial lectura del art. 17.2 C.E. –«*La detención preventiva no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*»– pudiera dar la impresión de que recoge el derecho del extranjero detenido por infracción a la normativa de extranjería a ser puesto en el plazo de setenta y dos horas en libertad o a disposición judicial, ha de advertirse que el propio TC en su Sentencia de 27.09.1999 se cuidó de precisar que la limitación temporal que establece el art. 17.2 CE se refiere a la «*detención preventiva*» –que es la que trae causa de infracción a la normativa penal–, y advirtió que «*no toda compulsión personal constituye detención preventiva*» y que «*a estas situaciones de sujeción no les será aplicable la regla concreta de plazo máximo (de setenta y dos horas) que establece el... art. 17.2 CE*», por lo que «*esta ejecución forzosa deberá practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas*».

**16.** En los supuestos en los que la información de derechos al extranjero respecto del que se ha adoptado por el Instructor del expediente sancionador preferente la medida cautelar de detención cautelar y la información de derechos le sea efectuada al amparo del art. 520.2 LECrim, podría ello objetarse en el escrito de primeras alegaciones en la forma siguiente:

.....  
▶ «ALEGACIONES:

*PREVIA. EN CUANTO A LA DETENCIÓN CAUTELAR ACORDADA Y LA REFERENCIA QUE DEL ART. 520 LECRIM SE HACE EN EL ACTA DE DECLARACIÓN: PERTINENCIA DE QUE LA INFORMACIÓN SOBRE LOS DERECHOS SE EFECTÚE AL AMPARO DE LA LOEX Y DEL RELOEX.*

*Quien estas alegaciones realiza quiere significar que aun cuando pudieran resultar parcialmente coincidentes los derechos que se recogen en el art. 520 LECrim y los que la LOEX atribuye a los extranjeros en situación de estancia irregular en territorio español a los que se incoe un procedimiento sancionador preferente, dado que el objeto del expediente no es una infracción penal sino de índole administrativo, procede que la información sobre los derechos se efectúe al amparo de la LOEX –en particular, para los supuestos de*

*detención cautelar (no penal) por infracción a la normativa (administrativa) de extranjería–, son los de asistencia letrada (arts. 22.2 y 63.3 LOEX y art. 235.2 RELOEX), justicia gratuita de acreditar insuficiencia de medios (arts. 22.2 y 63.3 LOEX y 235.2 RELOEX), a formular alegaciones (arts. 63.4 LOEX y 13.1.f) RD 1398/93), a que sea comunicada la detención a la representación diplomática (arts. 237 y 258.5 RELOEX), a ser informado de la causa de la detención (art. 17.3 CE), a intérprete (arts. 22.2 y 63.3 LOEX y 235.3 RELOEX) y, en su caso, a ser puesto a disposición judicial en el plazo de 72 horas (arts. 61.1.d párrafo primero LOEX.)».*

---

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

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

**19.** El Letrado deberá recabar de la Unidad de Extranjería el ejercicio del derecho a mantener con el extranjero, con anterioridad a la declaración a que se hace referencia en el apartado 10 anterior, una entrevista reservada, con la finalidad de advertirle del objeto de las preguntas que le serán formuladas por los agentes policiales y las consecuencias de las respuestas:

- Como quiera que la asistencia letrada en la detención del extranjero por infracción a la normativa de extranjería tiene su fundamento en el art. 22 de la LO 4/2000, y no en el art. 520 LECrim, la intervención del Letrado no queda limitada a lo que permite el citado art. 520.6 LECrim, teniéndose, en consecuencia, derecho a una entrevista reservada con el extranjero antes de la práctica de la declaración. El Letrado no debe ser un *convidado de piedra*, sino que la asistencia a prestar comprenderá la posibilidad de recomendación de que responda o no a determinadas preguntas o recomendarle que responda o no a todas o a alguna de ellas.
- Ante la práctica reiteradamente llevada a cabo por la Policía Nacional de realizar actuaciones en control de documentación de extranjería exigiendo indiscriminadamente la documentación a personas en la vía pública, e incluso personándose los Agentes en el domicilio de los extranjeros, el Letrado deberá recabar del extranjero, preguntándose directamente, si al ser requerido al efecto acreditó su identidad mediante pasaporte o documento oficial válido y si, a pesar de ello, fue conducido detenido a la Comisaría –lo que en la Circular 1/2010 se

conceptúa como «*detención preventiva*», sin que esta modalidad de privación de libertad consistente en conducir a Comisaría a un extranjero que, estando documentado, no acredita en un control de identificación su estancia regular en España, esté prevista legalmente en España, lo que desde la propia Dirección General de la Policía se ha reconocido en la Circular n.º 2/2012, de 16.05.2012–; si se comprueba que la detención fue practicada a pesar de que el extranjero identificó su personalidad mediante pasaporte o cédula de su país o por cualquier otro documento oficial, se ponderará por el Letrado la realización de lo siguiente:

- Hará constar una diligencia en la firma de notificación de la incoación del expediente por la que se advierta que la asistencia letrada se hace «*bajo protesta de una posible detención ilegal*»;
- Acto seguido, aunque el extranjero sea puesto en libertad inmediatamente, se procederá a comunicar al Juzgado de Guardia la circunstancia de la detención de esta persona a pesar de haberse identificado y de no ser acusada de delito alguno.
- En los casos en los que la incoación del expediente de expulsión recoja la ratificación por parte del Instructor de la detención practicada, pese a haberse hecho con carácter previo a la incoación del expediente la oportuna advertencia de «*protesta de una posible detención ilegal*», se incluirá en la comunicación al Juzgado de Guardia la actuación del Instructor, como copartícipe de la detención.
- En las alegaciones que se presenten dentro del plazo de 48 horas que establece el art. 63.4 LOEX se hará constar la presentación de la comunicación al Juzgado de Guardia, se aportará copia de la misma y se dejará anunciada la concurrencia de nulidad de actuaciones por traer causa de un posible delito de detención ilegal, pidiéndose el archivo del procedimiento preferente.
- De haberse confirmado por el Instructor del expediente la «*detención preventiva*» practicada y la convertida en la «*detención cautelar*» del art. 61.1.d) LOEX, y comunicada esta circunstancia al Juzgado de Guardia, se procederá en las alegaciones a su recusación.
- Dentro de las actuaciones como Letrado del Turno de Oficio de Extranjería se incluirá el seguimiento del procedimiento penal que se siga ante el Juzgado de Instrucción competente, si bien se advertirá al extranjero de la conveniencia de solicitar en los servicios del Turno de Oficio la designación de un Abogado del Turno de Oficio Penal para su personación como acusación particular en dicho procedimiento.

- Sobre la documentación personal: el Letrado informará al extranjero que no ofrecer datos en el momento inicial es perjudicial para él (aunque debe valorarse caso por caso la oportunidad o no de facilitar datos y/o proporcionar documentación del expedienteado: así, si es la primera incoación de procedimiento sancionador que se le hace al extranjero y únicamente le consta la estancia irregular, ninguna objeción habrá, en principio, a la aportación de datos y documentación, al ser la multa la sanción prevista para los supuestos de mera estancia irregular).
- Sobre el motivo de su arribada a España: el Letrado indagará si la venida del extranjero a territorio nacional trae causa de persecución personal que pudiera justificar una petición de reconocimiento de derecho de asilo o de protección subsidiaria al amparo de la L 12/2009.
- Sobre los recursos económicos: el Letrado deberá informar al extranjero que el objeto de la pregunta es al efecto de que por la Policía se pondere si cuenta con recursos económicos para mantenerse (intentar romper la prevención de muchos extranjeros que, por consecuencia de lo que sí ocurre en sus países de procedencia, piensan que la pregunta tiene una intención de extorsión).
- Sobre familiares: el Letrado trasladará al extranjero que cuando se tenga familiares en situación de estancia o residencia regular en España, es importante indicar su existencia, a los efectos de acreditar arraigo familiar, y le advertirá que al facilitar sus datos no se les está poniendo en peligro alguno.

## **20. Previsiones durante la declaración:**

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



voluntad del extranjero de interponer recurso o ejercitar la acción judicial que corresponda.

## **21.** Tras la declaración:

- El Letrado debe asegurarse que al extranjero le es entregada copia de los antecedentes del expediente sancionador o, en su caso, deberá hacérsela llegar.
- El Letrado ha de recabar del extranjero datos para su localización (dirección, teléfono, correo electrónico...) y facilitar al extranjero nombre, número de colegiado, dirección y teléfonos de contacto. Se aconseja que en la medida de lo posible se podría confeccionar una tarjeta tipo por el correspondiente Turno de Oficio, donde se le advierta al extranjero de esta obligación, firmando el recibí.
- El Letrado ha de insistir al extranjero la necesidad de estar siempre en contacto con el Abogado.
- El Letrado debe advertir al extranjero la necesidad de trasladar al Abogado cualquier notificación que reciba, en particular la resolución sancionadora (ya sea de expulsión ya lo sea de imposición de multa), al efecto de que el Letrado pueda interponer los oportunos recursos e instar las medidas cautelares que procedan.

## **22.** Presentación de alegaciones:

- Las alegaciones deben plantearse en el plazo de 48 horas y en ellas se propondrán los medios de prueba y de descargo de que se disponga. De ser admitida la prueba propuesta, ésta deberá realizarse en el plazo máximo de tres días (art. 63.4 y 5 LOEX y 235.4 RELOEX). Es conveniente que la presentación de la alegaciones se haga en la Unidad de Extranjería en la que se tramite el procedimiento preferente, aunque no existe impedimento a que se haga en cualquier dependencia administrativa o correos, e incluso, a través de fax –aunque para el empleo de este medio es conveniente tomar conocimiento de si la Comisaría a la que se dirige lo acepta como instrumento idóneo de presentación–.
- Como quiera que la falta de presentación de alegaciones en el plazo de 48 horas tiene los efectos jurídicos negativos de convertir el acuerdo de iniciación del expediente en propuesta de resolución, es conveniente que, sin perjuicio de la valoración concreta que debe hacerse en cada caso, siempre se presenten alegaciones, siquiera sea negando la comisión de la infracción administrativa, dando tiempo a buscar, si existen, otros medios de descargo, evitando con ello una posible situación posterior de indefensión.



- Cuando el Letrado considere que no concurre ni está acreditada ninguna de las circunstancias que el párrafo segundo del ordinal 1 del art. 63 LOEX exige para que la infracción prevista en el art. 53.1.a) LOEX –estancia irregular– pueda ser tramitada como procedimiento preferente, interesará como primera petición que la continuación del expediente sancionador se acomode a los trámites del procedimiento ordinario del art. 63 bis LOEX, para lo que podrá emplearse el tenor siguiente:

«PRIMERA. SOBRE EL PROCEDIMIENTO:  
INADECUACIÓN DEL PREFERENTE TRAS  
LA REFORMA DE LA LOEX.

*En el acuerdo de incoación notificado al expedientado se hace constar como causa originadora del mismo la de la posible comisión de la infracción grave del art. 53.1.a) LOEX y se opta por el Instructor por tramitar el expediente por el procedimiento preferente de expulsión, y justifica el rechazo de la tramitación por los cauces del procedimiento ordinario, que el art. 63.bis LOEX consagra como la vía ordinaria, frente a la excepcional constituida por el procedimiento preferente, cuya elección está condicionada a que concurra alguno de los supuestos de los apartados a), b) y/o c) del párrafo segundo del ordinal 1 del art. 63 LOEX y, además, el acuerdo de iniciación deberá estar motivado, por así exigirlo expresamente el art. 235.1 RELOEX, en que «se aprecia un riesgo de incomparecencia» –según se contiene en el ACUERDO de iniciación del procedimiento sancionador preferente–.*

*A la vista de las circunstancias concurrentes y acreditadas –de las que debe destacarse que siendo cierto que la persona expedientada carece de autorización de residencia y de trabajo, también lo es que al momento de su detención portaba la cédula de identidad de su país de origen y, en consecuencia, estaba totalmente identificada y que su detención se produjo mientras se encontraba trabajando en el establecimiento de hostelería... (lo que es cierto que viene haciendo sin contar sin autorización de residencia y/o trabajo, aunque esta irregularidad laboral no justifica que el Instructor atribuya que la obtención de los ingresos no sea legal)– y habida cuenta que sólo la estancia irregular en territorio español es achacable a D. ... –sin que las meras manifestaciones de existencia de antecedentes policiales sean por sí solas bastantes para justificar la tramitación del expediente como procedimiento preferente–, en el presente supuesto de hecho –en el que únicamente la estancia irregular concurre en la persona expedientada–, aun cuando se hubiera cometido la infracción del art. 53.1.a) LOEX, no corresponde la tramitación del procedimiento preferente, sino que el proceso*

sancionador debe seguirse por los cauces del ordinario, que ofrece mayores garantías a los expedientados, posibilitando de una forma más eficaz el ejercicio del derecho de defensa.

En el acuerdo de incoación, la Brigada de Extranjería y Fronteras de... no ha tenido en cuenta la modificación operada en la Ley de Extranjería como consecuencia de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Esta última ha modificado diversos preceptos de la LOEX y, entre ellos, el art. 63 de la misma en relación a los supuestos en los que la tramitación del expediente de expulsión puede llevarse a cabo por el procedimiento preferente.

Así, mientras el antiguo art. 63.1 disponía que «la tramitación de los expedientes de expulsión, en los supuestos de las letras a) y b) del apartado 1 del art. 54, así como las a), d) y f) del art. 53 tendrán carácter preferente», la nueva norma ha variado completamente esta estructura y ahora los supuestos en los que cabe la tramitación preferente se recogen de la siguiente forma:

“1. Incoado el expediente en el que pueda proponerse la expulsión por tratarse de uno de los supuestos contemplados en el art. 53.1 d), 53.1 f), 54.1 a), 54.1 b), y 57.2, la tramitación del mismo tendrá carácter preferente.

Igualmente, el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del apartado 1 del art. 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Riesgo de incomparecencia.
- b. El extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.
- c. El extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional”.

La diferencia es clara: mientras que con la antigua normativa la comisión de la infracción prevista en el art. 53.a) conllevaba la posibilidad de automática aplicación del procedimiento preferente, en la actualidad, por el contrario, dicha infracción sólo podría dar lugar a la tramitación preferente si además del mero hecho de la infracción concurriera alguna de las circunstancias que prevé la nueva redacción del precepto: riesgo de incomparecencia, que el extranjero dificultase la expulsión o que existiera un riesgo para el orden público.

Ninguna de esas circunstancias concurren en el presente caso y, en todo caso, no se motivan en el acuerdo de incoación, pues no debe obviarse que el art. 235.1 RELOEX exige que el acuerdo de incoación esté motivado, lo que no concurre en el presente caso en el que dicho acuerdo se limita a consignar la presunta infracción por mi representada del art. 53.1.a)

*LOEx, sin justificar la concurrencia de ninguna de las circunstancias que se recogen en la nueva redacción del art. 63.1 LOEX. Es lo cierto que en la notificación de la iniciación del procedimiento sancionador preferente para la expulsión del territorio nacional se hace constar que «se aprecia un riesgo de incomparecencia» que el Instructor apoya, según su criterio, «al carecer (la persona expedientada) de domicilio estable», y en otras apreciaciones de índole totalmente subjetiva, pero del propio contenido del expediente sancionador y de las actuaciones previas a que se hacen referencia en la propia resolución evidencian que ninguna de tales circunstancias concurre.*

*En suma: debió optarse por el procedimiento que más garantías otorgara al administrado, es decir, el procedimiento ordinario. La aplicación indebida del procedimiento preferente en lugar del ordinario provoca por sí solo un defecto de forma insubsanable que conduce a la nulidad del expediente, debiendo retrotraerse las actuaciones, habiéndole generado indefensión por mermar de forma considerable los plazos establecidos».*

### **23.** Tras ser dictada la resolución que ponga fin al procedimiento preferente

- El procedimiento preferente puede finalizar con la imposición de multa –que es la que el Tribunal Supremo considera como sanción principal en los supuestos de estancia irregular– o con la expulsión del territorio nacional; en uno u otro supuesto, el Letrado debe informar al extranjero de los recursos que caben: recurso potestativo de reposición como previo al contencioso-administrativo o el contencioso-administrativo directamente –con carácter general debe indicarse que es conveniente acudir directamente al recurso contencioso-administrativo, en cuyo seno podrá ser instada la adopción de medidas cautelares (arts. 129 y ss. L 29/1998) o cautelarisimas (art. 135 L 29/1998, en la redacción dada por la L 37/2011)–, y ponderar la posibilidad de que sean o no interpuestos.
- Es interesante destacar cómo frente a la utilización por la Administración de resoluciones-tipo –que el Tribunal Supremo ha venido convalidando con el argumento de que la motivación no tenía por qué ser explícita por entender que era admisible que la misma dimanara del propio expediente administrativo– en la redacción dada por la LO 2/2009 al art. 57.1 LOEX se exige que la expulsión sea acordada «mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción», lo que permitirá combatir la falta de motivación que la utilización de resoluciones-tipo provoque. La STSJ de Castilla-La Mancha de 14.03.2011 advierte que «en las resoluciones posteriores a la entrada en vigor de la LO 2/2009 de 11 de diciembre, dado que expresamente se exige en el art. 57.1 modificado, la motivación de la sanción en aplicación del prin-

*cipio de proporcionalidad, acudiremos sólo y exclusivamente a lo que conste en la resolución administrativa y no al expediente administrativo».*

**24.** Si es acordado el internamiento en el Centro de Internamiento de Extranjeros:

- El Letrado deberá advertir al extranjero que tiene derecho a comunicar el internamiento al Letrado que lo asistió en el procedimiento sancionador (art. 62 *bis.c* y e de la LOEX y art. 258.5 RELOEX).
- El Letrado deberá cuidar que el Juzgado de Instrucción ante el que se presente por la Unidad de Extranjería la petición de autorización de internamiento en el CIE sea el del lugar en que se haya producido la detención (art. 62.6 LOEX y art. 258.1 RELOEX), no permitiendo la práctica policial de formular las peticiones ante aquellos Juzgados de Instrucción que puedan ser más proclives a la admisión de las decisiones de internamiento.
- El Letrado deberá formular contra la decisión de internamiento Recurso de Reforma y Subsidiario de Apelación o Recurso de Apelación Directo (art. 766.1 y 3 LECrim).

**25.** Previendo las consecuencias de la ejecución:

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

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

*OTROSÍ DIGO: Ad cautelam, se advierte desde este momento que, dada la propuesta de expulsión que se realiza en la resolución que motiva las presentes alegaciones, es intención de esta asistencia letrada, siguiendo*

*instrucciones expresas y concretas del extranjero, y así se hace saber expresamente al Instructor y Secretario del expediente sancionador que, en caso de que en el expediente fuera dictada resolución acordando la expulsión contra mi representado, deberá darse cumplimiento a la prevención de preaviso que se contiene en la resolución de 27.02.2012 (expte. Gubernativo 286/2012) de los Juzgados de Instrucción números 6, 19 y 20 de Madrid, en orden a preavisar al interno con una antelación de al menos 12 horas del momento en que se va a ejecutar la expulsión, el n.º de vuelo, la hora de llegada y la ciudad de destino, así como al Letrado, ya que desde este momento se anuncia la intención de interponer Recurso Contencioso-Administrativo y solicitar del Juez ex arts. 24.2 CE y 135 de la L 29/98 la suspensión cautelarísima de la ejecución de la resolución y posterior suspensión cautelar, por lo que, en caso de que mediante una notificación de la resolución sin avisar a este Letrado o en horario que dificulte o impida acogerse a dicho derecho, o cualquier maniobra tendente a dificultarlo o impedirlo, se hace constancia de que dicha actuación podría considerarse como incluíble en el tipo del art. 542 CP, de cuya comisión podrían ser responsables el Instructor y el Secretario del expediente».*

---

### 3.1.2. Protocolo de actuación en supuestos de ejecución de expulsiones, devoluciones y denegaciones de entrada, en el plazo de 72 h.

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

- 1.** Examinar el expediente, y entrevistarse privadamente con el detenido. La relación entre Letrado y defendido está presidida por los principios de independencia y privacidad, por lo que el Letrado tiene derecho a reclamar las condiciones necesarias para que esa relación se desarrolle conforme

a esos principios, y debe denunciar aquellas intervenciones en que los mismos se impidan u obstaculicen, conforme al art. 537 CP. Tiene derecho a entrevistarse con su defendido a puerta cerrada y con las debidas garantías de ausencia de escuchas o coacciones.

**2.** Recabar toda la información posible del expediente, en especial:

- fecha de la resolución de expulsión
- fecha de notificación
- nombre del Letrado representante en el expediente de expulsión
- pendencia o no de un recurso contra la expulsión y situación del mismo
- existencia o no de una medida cautelar de suspensión de la expulsión

**3.** Conseguir toda la información posible del extranjero, en especial:

- situación familiar y teléfono de contacto de familiares más cercanos
- situación administrativa y judicial
- estado de salud...

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

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

En caso de que el Letrado tenga conocimiento por otra vía de que la Policía incumple su obligación de llamar al Letrado de guardia en estos casos o lo llame para comunicarle una expulsión en el plazo de 72 horas sin solicitar la asistencia al detenido, el Abogado de guardia es la primera persona legítima-

da a realizar cualquier actuación en defensa del afectado, como así ha fijado la jurisprudencia constitucional, por lo que debe instar a la Policía a realizar adecuadamente la asistencia al detenido y a entrevistarse con el mismo, advirtiéndole de que en caso contrario se podría incurrir en un delito del artículo 537 CP, y acudiendo al Juzgado de guardia en caso de persistir la negativa a la asistencia letrada a los efectos de presentar la oportuna denuncia.

### 3.1.3. Art. 57.2 LOEX

**1.** Incoado expediente preferente con causa en el art. 57.2 LOEX –«*Asimismo, constituirá causa de expulsión que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados*»–, el Letrado cuidará que en el expediente se observen todos cuantos trámites aparecen en los arts. 63 LOEX y 234 a 236 RELOEX.

**2.** La actuación del Letrado en la asistencia al extranjero al que se incoa expediente preferente al amparo del art. 57.2 LOEX habrá de ajustarse con carácter general a las normas de actuación ofrecidas en el apartado 3.1.1 anterior, si bien deberá ser especialmente diligente en la constatación de los siguientes elementos fácticos, que, en su caso, deberán ser alegados en descargo:

- 2.1. Comprobación acerca de si la Sentencia condenatoria ha alcanzado firmeza, pues si la resolución judicial no es firme y/o se encuentra pendiente de recurso no puede constituirse en causa de expulsión.
- 2.2. El requisito de que la duración de la condena sea superior a un año no queda cumplido con la acumulación de varias condenas de duración inferior a un año pero que en conjunto superen este periodo, como tampoco queda colmado con una pena de un año de duración: la condena ha de ser de al menos un año y un día de duración y haber sido impuesta por un único delito.
- 2.3. Las condenas de privación de libertad por delitos imprudentes, aun cuando fueran por tiempo superior a un año y un día, no son incardinables en la causa de expulsión del art. 57.2 LOEX.
- 2.4. Si los antecedentes penales originados por la condena por delito doloso a privación de libertad superior a un año han sido cancelados no opera la causa de expulsión del art. 57.2 LOEX. La concurrencia de la cancelación de los antecedentes penales debe ser alegada cuando hayan transcurrido los plazos previstos en el art. 136 CP, aun cuando no exista expreso pronunciamiento del Ministerio de Justicia ni constancia de la cancelación en el Registro Central de Penados y Rebeldes.



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

- Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años (art. 57.5.a LOEX).
- Los residentes de larga duración (art. 57.5.b LOEX) <sup>(1)</sup>.
- Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española (art. 57.5.c LOEX).
- Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como los que perciban una prestación por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral (art. 57.5.d LOEX).
- Al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo (art. 57.5 *in fine* LOEX).
- Cuando la expulsión conculcare el principio de no devolución (art. 57.6 LOEX).
- Cuando la expulsión afecte a mujeres extranjeras embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre (art. 57.6 LOEX).

.....

<sup>(1)</sup> Tal y como ordena la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en su art. 13: «1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de Larga Duración cuando representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública». Y aún en esos casos, el mencionado artículo 12, en su apartado 3, obliga, antes de adoptar la decisión de expulsión, a tomar en consideración, además de ciertas garantías procedimentales, los elementos de arraigo que enumera: a) duración de la residencia; b) edad; c) consecuencias familiares; d) vínculos con el país de residencia o ausencia de los mismos en el de origen. (STJ Castilla y León de 15 de octubre de 2012).



## 3.2. DENEGACIÓN DE ENTRADAS: MADRID

### 1. El turno de asistencia de Barajas

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

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

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

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

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

### 2. Asistencias en frontera (rechazos)

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

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

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

### 3. Actuación del letrado

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

- 2.** Tomar vista e instruirse del expediente iniciado.
- 3.** Estar presente y asistir al ciudadano en la entrevista que se realice por funcionario policial, participando activamente en la misma.
- 4.** Recabar copia de la resolución que se dicte e informar al interesado de modo comprensible de los términos de la misma y de los recursos que cabe interponer frente a aquella.
- 5.** Informar sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita y facilitarle los impresos correspondientes. De interesarlo el extranjero, ayudarle en su cumplimentación, así como indicarle que ha de acreditar, si fuere requerido para ello, sus circunstancias económicas.
- 6.** Para el supuesto de que el extranjero solicite el derecho a la asistencia jurídica gratuita, para la interposición de recursos, el Letrado deberá solicitar de aquél el preceptivo apoderamiento que el ciudadano efectuará de manera fehaciente a favor del profesional a presencia policial, cumplimentando a tal efecto el documento correspondiente que contendrá el mandato expreso de representación, bien en modelo que extenderá la propia autoridad de frontera o el ICAM.
- 7.** Facilitar el Abogado al extranjero sus datos de contacto, preferentemente correo electrónico o fax, a fin de pueda estar informado del estado de tramitación de los recursos. Igualmente facilitará un correo electrónico del Colegio de Abogados a efectos de facilitar el contacto entre aquel y el profesional designado.

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

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

- En caso que por cualquier motivo la devolución esté prevista más allá de las 72 horas de su llegada o el retorno no puede llevarse a cabo dentro de las 72 horas desde la llegada, el Letrado que asistió al extranjero en la primera entrevista vendrá obligado a continuar la asistencia jurídica ante el Juzgado de Instrucción ante el que sea propuesto el internamiento en el CIE previsto en el art. 58.6 LOEX (para las devoluciones) y en el art. 60 LOEX (para las denegaciones de entrada).

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

### 3.3. DEVOLUCIONES

#### 1. Novedades en materia de devoluciones

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

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

#### 2. Regulación actual

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

Art. 58.3 de la LOEX: *«No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:*

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

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

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

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

Art. 58.7 de la LOEX: *«La devolución acordada en el párrafo 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».*

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

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

De acuerdo con el art. 23.7 del RD 557/201, el plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado a) del

art. 58.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición *de entrada reiniciado*. Y el plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado b) del art. 58.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución.

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

## Conclusiones

Tras las modificaciones introducidas en materia de devoluciones en la nueva redacción del articulado de la LOEX 2/2009 de 11 de diciembre, y RD 557/2011.

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

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

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

¿Cuál es el alcance de «pretender entrar»? La frontera o sus inmediaciones.

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

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

- 1.º Que la intervención de Letrado es preceptiva (de oficio si procede), toda vez que el extranjero está detenido, y en todo caso, con base en el art. 22.2 de la LOEX. Tendrá derecho igualmente a la asistencia de intérprete.
- 2.º Debe prestarse especial atención al modo en que se lleva a cabo la devolución, siendo prioritario garantizar el trámite de audiencia al extranjero. Debe evitarse la vulneración del art. 24 de la CE, ya que la devolución presenta el mismo carácter sancionador que la expulsión, al llevar aparejada la prohibición de entrada y la posibilidad de decretar el internamiento en supuestos de imposibilidad de ejecutar la expulsión dentro de las 72 horas (todo ello con base en la Sentencia del TSJ de Andalucía, con sede en Málaga, de 28 de marzo de 2007).
- 3.º En el supuesto de interposición de recurso de alzada, debe solicitarse en otrosí la suspensión del acto impugnado, a fin de evitar la expulsión del extranjero mientras se resuelve el recurso, con apoyo en la Sentencia del TS de 28 de febrero de 2006.
- 4.º En caso de que no cumpla con el trámite de audiencia, y se considere vulnerado el art. 24 de la CE, puede interponerse recurso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, interesando la medida cautelar de suspensión, o si procede, la cautelarísima.
- 5.º Una vez agotada la vía administrativa, se podrá recurrir ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo por el trámite del procedimiento abreviado, siendo la competencia territorial la del lugar del órgano que dictó la resolución o la del domicilio del administrado.

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

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

### **3.4. LA ASISTENCIA A EXTRANJEROS SOMETIDOS A PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN ORDINARIO**

#### **1. Marco normativo**

La LO 2/2009, de 11 de diciembre, incorpora el art. 63 *bis* estableciendo que cuando se tramite la expulsión para supuestos distintos a los previstos en el art. 63 el procedimiento será el ordinario. Por tanto, el procedimiento preferente se reserva para las infracciones previstas en el art. 53.1.d), 53.1 f), 54.1.b) y 57.2 de la LOEX. Así, la actual regulación establece que en principio y salvo que concurran las circunstancias a las que se refiere el art. 63.1, segundo párrafo, para la sanción de la infracción prevista en el art. 53.1.a), esto es, la estancia irregular, el expediente sancionador deberá tramitarse por los trámites del procedimiento ordinario, trámites desarrollados reglamentariamente en los arts. 226 a 233 del RD 557/2011.

Incorpora el art. 63 *bis* LOEX el establecimiento de un período de cumplimiento voluntario para el caso de que la sanción impuesta al extranjero sea la expulsión del territorio nacional, que no podrá ser inferior a 7 días ni superior a 30 desde la notificación de la resolución que decreta la expulsión.

Además, se establece la posibilidad de prórroga de dicho plazo de cumplimiento voluntario, «por tiempo prudencial» cuando concurran en el extranjero expedientado concretas circunstancias que lo aconsejen (citando, a modo de ejemplo, «la duración de la estancia, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales»). La indeterminación de la LOEX, en cuanto a qué debe entenderse por «tiempo prudencial», cual va a ser el período de «duración de la estancia» o la alusión a «la existencia de otros



vínculos familiares y sociales» que se va a tener en cuenta o que aconseje la prórroga del período de cumplimiento voluntario de la sanción, supone dejar a la discrecionalidad de la Administración la interpretación de dichos conceptos abiertos, lo que, sin duda, generará mucha y diversa casuística dependiendo de la Delegación de Gobierno que dicte la resolución administrativa con la que culmine el expediente sancionador.

El art. 63 *bis* de la LOEX, concluye estableciendo expresamente que en la fase de tramitación y en el período de cumplimiento voluntario podrán adoptarse medidas cautelares del art. 61 LOEX, salvo la de internamiento del extranjero, del art. 61.1.e) LOEX.

## 2. Asistencia del letrado al extranjero en el momento de la incoación del expediente sancionador

*Ex* art. 22.2 LOEX, al tratarse de un procedimiento sancionador que pueda suponer la sanción de expulsión del extranjero, requerirá la asistencia letrada en el momento de la incoación del expediente, independientemente de la situación en que se encuentre el extranjero en dependencias policiales, bien detenido, o bien por haber comparecido previo requerimiento. En consecuencia, el Letrado deberá velar por el respeto de las garantías y derechos que asisten al extranjero sujeto a un procedimiento sancionador ordinario, especialmente la presencia de intérprete, si no habla y/o entiende castellano y/o la lengua de la Comunidad Autónoma de que se trate.

El Letrado deberá facilitar al extranjero su nombre y apellidos, así como la dirección del despacho y los teléfonos de contacto. Requiriendo, a su vez, al extranjero un teléfono de contacto y una dirección, además de solicitarle la documentación que estime oportuna del extranjero, que incorporará a las alegaciones en el plazo de 15 días establecido. Es importante hacer comprender al extranjero que el Letrado que le asiste, es «su» Letrado, y que nada tiene que ver con la Policía, sin perjuicio de que sea ésta quien le haya llamado. Desde la asistencia en Comisaría es conveniente hacer entender al extranjero la importancia de estar en contacto con el Letrado que asume su defensa y representación en el expediente sancionador que se ha iniciado, y la relevancia de aportar documentación del mismo, como copia del pasaporte, de empadronamiento, de cartillas bancarias, acreditativa de lazos familiares que puedan justificar la sanción a imponer sea una multa.

## 3. Fase de alegaciones

Tras la notificación de la incoación del expediente sancionador se abre el plazo de alegaciones, que deben ser presentadas en el plazo de 15 días, acompaña-



das de los documentos que haya aportado el extranjero al Letrado, así como proponer medios de prueba, que se consideren oportunos. Y debe destacarse la importancia de presentar alegaciones, aún sin documentos y de contenido meramente jurídico en el plazo establecido, pues, de no presentarse alegaciones, la iniciación podrá ser considerada como propuesta de resolución.

Debe recordarse además que con el vigente art. 63 *bis* de la LOEX, la acreditación de circunstancias personales del extranjero (tales como tener hijos a cargo, o la existencia de vínculos familiares y sociales) pueden justificar la prórroga del período voluntario de cumplimiento de la sanción de expulsión del territorio nacional. A pesar de que en la mayoría de los casos los procedimientos incoados por los trámites del ordinario concluyen con multa, el Letrado deberá tener en cuenta esta posibilidad de prórroga del cumplimiento voluntario de la sanción ya desde la fase de alegaciones, aportando, si es el caso, documentación acreditativa de las concretas circunstancias del extranjero, que a su juicio, pudieran justificar y defender la prórroga del período de cumplimiento voluntario prevista en la LOEX.

#### 4. Trámite de audiencia y propuesta de resolución

Está previsto en el Reglamento que, tras la fase de alegaciones y en su caso, de prueba, se confiera trámite de audiencia al interesado y traslado de la propuesta de resolución (art. 232.1 RELOEX).

Si la propuesta es de una sanción multa en su cuantía mínima, es decir, por importe de 501 euros, poco podrá discutirse, aunque siempre cabe alegar defectos de forma en la tramitación del expediente, instando la nulidad del mismo, con base en el art. 62 de la Ley 30/1992. Si la propuesta de resolución fuera de una sanción de multa en cuantía superior, o la expulsión del territorio nacional, sí se aconseja al Letrado la presentación de segundas alegaciones en el plazo de 15 días siguientes a la notificación, con base en infracción del principio de proporcionalidad y graduación de las sanciones (art. 127 de la Ley 30/1992 y 55. 3 de la LOEX), entre otros motivos.

#### 5. Resolución

Si la sanción impuesta al extranjero fuera la expulsión o la sanción de multa en cuantía superior a la mínima establecida en el art. 55.1.b) LOEX, se aconseja que el Letrado interponga contra la misma recurso de reposición en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución (pudiendo ser alegados, entre otros motivos, carecer de la debida motivación –art. 54 de la Ley 30/1992– y los expuestos en el exponiendo anterior).

En este caso, se hará constar en otrosi lo siguiente: «*Esta parte solicita, con sustancialidad independiente del fondo de la resolución recurrida, las suspensiones de la misma, acogiéndose si fuera necesario a lo previsto en el art. 111.3 de la Ley 30/92*».

### 3.5. PROCEDIMIENTO DE INTERNAMIENTO

#### La asistencia a extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión, devolución y denegación de entrada en el expediente judicial de internamiento

En todos los procedimientos administrativos de devolución y denegación de entrada, así como en aquellos en los que se pueda proponer la sanción de expulsión del territorio nacional, es preceptiva la designación de Abogado que defienda al ciudadano extranjero.

Desde un punto de vista teórico e incluso lógico, debería ser imprescindible que el Letrado que interviniese en el expediente administrativo sancionador de expulsión, devolución o denegación de entrada, lo hiciese también en el expediente judicial de internamiento, más si tenemos en cuenta que el internamiento es una medida cautelar derivada del mismo expediente administrativo.

Este derecho, que en un principio parece simple, no está reconocido como tal en nuestro Ordenamiento Jurídico y mucho menos se aplica en la práctica. Siendo así las cosas, cabe considerar ciertas lagunas en el sistema que provocan que no se garantice plenamente el derecho de defensa del administrado, encuadrado dentro del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 de nuestra Constitución, que ampara sin lugar a dudas al ciudadano extranjero, aun cuando se encuentre en situación administrativa de irregularidad.

La coincidencia del mismo Letrado en el procedimiento administrativo de extranjería y en la medida cautelar de internamiento, por su proximidad temporal, parece que sí que se cumple en los supuestos de internamiento derivado de un expediente de devolución o de retorno. Establecen los arts. 58.6 y 60.1.párrafo segundo LOEX que pueden transcurrir como máximo 72 horas para que se pueda acordar y llevar a cabo el internamiento desde la detención cautelar con la que se inicia el expediente administrativo.

No ocurre lo mismo y en la generalidad de las ocasiones no es el mismo Letrado el que asiste al extranjero en el inicio del expediente sancionador y el que lo defiende ante una solicitud de internamiento en CIE en los

supuestos en los que el internamiento se acuerda como medida cautelar asociada a los siguientes supuestos: a) procedimiento administrativo preferente incoado en el que se pueda proponer o se haya impuesto la sanción de orden de expulsión (art. 63.1 LEOEX); b) en el que se ha impuesto la sanción de expulsión del territorio nacional utilizando el procedimiento ordinario, habiendo transcurrido el plazo voluntario para abandono del territorio español (art. 246.3 RELOEX).

En estos casos, el largo periodo de tiempo que transcurre desde que se inicia el procedimiento sancionador hasta que se acuerda el internamiento, provoca que la Administración competente no contacte de forma directa con el Abogado del extranjero designado en su día como representante de éste en el expediente administrativo –a pesar de que sería fácilmente localizable en los casos en que pertenezca al mismo Partido Judicial– y, en los casos en los que el extranjero no designe Letrado particular, se opte por solicitar al Turno de Oficio el nombramiento de un segundo Letrado, desconocedor de la tramitación previa del expediente sancionador.

Este segundo Abogado, que conocerá al asistido por primera vez en la audiencia para el internamiento, se encuentra con muchas más dificultades para defender al interesado, ya que incluso suele no tener acceso a información básica como es en qué estado o fase (administrativa o judicial) se encuentra la resolución de expulsión que se pretende asegurar o ejecutar a través del internamiento propuesto, causando así una clara indefensión del extranjero.

Aun cuando no es cuestión pacífica la de si el Letrado que asiste al extranjero con ocasión de un expediente para el internamiento ante un Juzgado de Instrucción, que no coincida con el Abogado que interviene en el procedimiento administrativo o en el judicial, está legitimado para interesar la adopción de la medida cautelar o la cautelarísima de suspensión de la ejecución de la expulsión, el Letrado, ante una ejecución de la resolución de expulsión, debe siempre interesar la adopción de la medida de suspensión de la ejecución, ya como medida cautelar ya como cautelarísima.

En el panorama actual, esta descoordinación entre el Letrado que interviene en el procedimiento administrativo y judicial y el Abogado que es llamado para la asistencia en el expediente judicial para internamiento puede producir fácilmente una disfunción que solamente perjudica al administrado: que se ejecute una orden de expulsión a pesar de que haya sido recurrida en vía judicial e incluso haya sido revocada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Una vez materializada la orden de expulsión, de poco valdrá que se declare la sanción como nula y sea revocada vía judicial, pues la devolución del extranjero a nuestro país en estos casos parece poco probable.

Para evitar esta injusticia y ante el vacío legal existente, pues la redacción del vigente art. 248 del Reglamento de Extranjería no exige comunicar al letrado y/o representante del extranjero en el procedimiento administrativo la ejecución, se recomienda lo siguiente:

- Incidir a las distintas Administraciones responsables y que intervienen o participan en la medida cautelar de internamiento, para que en la medida de lo posible, contacten, en los supuestos en que ésta va a materializarse, con el Abogado del extranjero que fue designado en su día y consta como su representante y defensor en el procedimiento administrativo principal, siempre que éste pertenezca al Partido Judicial donde se encuentra el CIE o a un partido judicial próximo al mismo. En los casos en los que no sea posible contactar con el Letrado designado en el expediente administrativo (por pertenecer a otra provincia o Partido Judicial o por no haber podido ser localizado), la Administración que debe velar porque en el procedimiento se garanticen los derechos del extranjero, pondrá en conocimiento del nuevo Abogado todos los datos que obren en su poder para que éste pueda ejercer correctamente las funciones de asistencia jurídica (fecha incoación expediente sancionador, datos y teléfono del Abogado que asistió al extranjero en el procedimiento administrativo sancionador, posibles recursos interpuestos contra la sanción, solicitudes presentadas por el extranjero, entre otros datos relevantes).
- Crear elementos de publicidad específicos para los extranjeros internados en el CIE o aprovechar los existentes, con el fin de informar al ciudadano extranjero internado, además de sus derechos y obligaciones (arts. 62 *bis* y *ter* LOEX) y los motivos posibles de su internamiento (de modo genérico), de la necesidad de que bien personalmente o a través de sus familiares se comunique urgentemente con el Abogado designado en su día en el procedimiento administrativo sancionador para que éste tenga conocimiento de su nueva detención e internamiento, así como los datos del Letrado que le asistió, y pueda ampliar así su derecho de defensa.
- Comunicar a las distintas asociaciones u organizaciones que suelen visitar o que tengan presencia en los Centros de Internamiento (al amparo del art. 62 *bis*.3 LOEX) de que esta discordancia puede ocurrir y que ha de hacerse todo lo posible para evitar que el extranjero internado acabe teniendo dos Abogados (uno, para el procedimiento de expulsión que no conoce que el extranjero ha sido internado, y otro, designado para la medida cautelar de internamiento), provocando la incoherencia de que el uno no sepa de la designación y del trabajo realizado por el otro.

- Comunicar tal incidencia a los distintos Colegios de Abogados con el fin de establecer un Protocolo de Actuación específico en el que queden reflejados todos y cada uno de los supuestos posibles, así como el modelo de diligente actuación del Abogado en cada caso.

La asistencia letrada al extranjero desde la detención hasta el internamiento en CIE y durante el periodo en que éste se mantenga.

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

**1.** Asistencia al extranjero como detenido cautelar *ex art.* 61.1.d) LOEX, para lo cual será necesario acudir tanto a Dependencias Policiales como al Juzgado de Guardia, dentro del plazo de las 72 horas siguientes a la detención.

**2.** Entrevista con el detenido previa a la audiencia ante el Juez en funciones de Guardia con el fin de conocer su situación y plantear una correcta defensa de sus intereses. Intentar acreditar ante el Juez el arraigo o vinculación con el territorio español, tanto familiar, como social, el tiempo de permanencia que pueda valorarse positivamente para presentar solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, acreditación de domicilio conocido, correcta filiación e identificación, alegaciones que pudieran ser favorables frente a los antecedentes policiales y penales, estado sobre el/los procedimiento/s administrativos sancionador/es referido/s por la Policía Nacional en la propuesta de internamiento o cualquier otro elemento que pueda ser valorado positivamente para eludir la medida de internamiento.

**3.** Examen del expediente administrativo para determinar si concurren o no motivos suficientes para ordenar y autorizar la medida de internamiento judicial, y, lo que es igualmente importante, su posterior mantenimiento. De igual modo se considera necesario valorar jurídicamente el contenido de la resolución judicial por la que se autoriza el internamiento con el fin de considerar si la misma está suficientemente motivada, en lo que a fondo y forma se refiere, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 62.1 de la LOEX.

**4.** Recurrir, si se considera oportuno, la resolución judicial que contenga la orden de internamiento en reforma y subsidiaria apelación o directamente en apelación. La resolución judicial debe ser analizada para determinar si está suficientemente motivada la decisión del internamiento, partiendo de la premisa de que se trata de una medida excepcional, privativa y/o restrictiva del derecho de libertad del ciudadano.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, deberá resolver de forma fundamentada, en base a qué supuesto/s acuerda el internamiento: riesgo de incomparecencia, carencia de domicilio, carencia de documentación identificativa, posibles actuaciones del extranjero que puedan dificultar o evitar la expulsión, así como otros elementos negativos como son antecedentes penales o procedimientos administrativos pendientes.

**5.** Caso de que el Abogado designado no sea el mismo que el del expediente sancionador, deberá realizar las gestiones oportunas, bien a través de las distintas Administraciones bien a través de sus familiares, para contactar de forma urgente con el Abogado del extranjero designado en su día para defenderle en el procedimiento administrativo sancionador cuya ejecución se pretende. Es necesario e incluso conveniente que estas gestiones se realicen incluso antes de la entrevista previa a la audiencia ante el Juzgado en funciones de Guardia, para que en esta comparecencia se pueda aportar documentación relativa tanto al estado del expediente sancionador (alegaciones o recursos interpuestos, si existe demanda judicial, si se ha interesado medida cautelar de suspensión, etc.) como a las concretas circunstancias personales del extranjero.

**6.** Garantizar que el internamiento, a computar desde el momento de la detención del extranjero (según se pronunció la Secc. 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Auto 252/2008, de 19.06, dictado en el Rollo de Apelación 242/2008), no dure más de sesenta días (art. 62.2 LOEX). Durante la vigencia del mismo, es importante destacar que en cualquier momento es posible dirigirse ante el Juez que decretó el internamiento solicitando su revisión. Tal derecho queda recogido en el art. 62.3 de la LOEX.

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

**7.** Vigilar que durante el internamiento garanticen los derechos de asistencia letrada, acceso a intérprete oficial, derecho de información, a asistencia médica y sanitaria, de comunicación con sus familiares, entre otros.

**8.** Informar al extranjero, si así le conviniera, de que existe la posibilidad de que acepte voluntariamente la sanción de expulsión y cumplimiento de la misma, pudiendo solicitar personalmente el internamiento.

**9.** Prestar asesoramiento jurídico a los extranjeros mientras permanezcan en el Centro de Internamiento, quedando a su disposición y localizables, y garantizar así un servicio de atención continuada.

## Atención a internados en el CIE: recomendaciones a la asistencia en los centros de internamiento de extranjeros

- En aquellos Colegios de Abogados en cuya demarcación exista un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE), existe la obligación del Letrado de acudir a visitar al interno, en atención a lo dispuesto en el art. 62 *bis.f*) LODEX, donde se indica que el extranjero sometido a internamiento tiene derecho «*a ser asistido de Abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique*».

En este punto, hay que recordar que los CIE tienen, normalmente, establecido un concreto horario de visita, pese a que nuestro Tribunal Supremo en alguna Sentencia ha llegado a prohibir que se pongan limitaciones en los horarios de estos centros, por lo que se aconseja llamar previamente antes de acudir, debiéndose tener en cuenta que, en la actualidad, la propia Ley viene a reconocer el derecho del interno a ser asistido por su Letrado «*incluso fuera del horario general*» que rija en el CIE, siempre que la situación de urgencia del caso lo justifique.

Igualmente, se ha de reiterar que el extranjero tiene derecho a comunicarse con su Letrado de forma reservada, en un lugar que reúna las condiciones para llevar a cabo dicha entrevista, y sin la supervisión ni presencia de funcionario policial.

- Resulta tarea del Letrado que asiste al interno, salvo que ya fuera el Letrado que le asistió en la comparecencia de internamiento, el recabar, en su primera entrevista con el interno, toda la información acerca del lugar donde fue detenido por la Policía, el Juzgado que acordó su internamiento, y el Letrado que le asistió en dicha diligencia, solicitando dicha información al propio interno o, en caso de que el mismo lo desconozca o no porte consigo documentación relativa a dichos datos, la solicite directamente al responsable del CIE o al Grupo Operativo policial del que dependen los internos en el CIE.

Dicha información se recabará a los efectos de: a) poner en conocimiento del responsable del CIE que, existiendo un Letrado designado con anterioridad, se ha de llamar al mismo para asistir al interno; y b) que el Letrado llamado para asistir al extranjero en la solicitud de internamiento en el CIE pueda contactar con el compañero Letrado que prestó asistencia en el expediente sancionador, para tratar con él la situación del internamiento.



En el caso de que no exista Letrado anterior o que, tras las gestiones de averiguación, se desconozca su nombre, existe la obligación de asistir al extranjero internado por el Letrado que ha sido llamado para asistirle, para lo cual debe tenerse presente las recomendaciones sobre solicitudes de asistencia jurídica gratuita.

- En el supuesto de que el primer Letrado que asistió al interno no pertenezca a la sede colegial donde se halla el CIE, se deberá acudir al instrumento del «auxilio colegial», sin perjuicio de que, durante esa gestión, el Letrado que ha sido llamado para asistir al interno realice cuantas actuaciones sean necesarias para la defensa del extranjero, informando, en su caso, de todo ello al anterior Letrado.
- En atención a lo dispuesto en art. 62 *quater* LOEX, puesto en relación con el art. 62.6 de la misma norma, el Letrado puede recoger las peticiones y quejas que formule el interno, las cuales «podrán» ser presentadas, bien ante el responsable del CIE, recomendando que se haga su presentación por registro oficial, donde quede constancia, o, bien, ante la autoridad competente que tiene atribuida la función de control de la estancia de los internos en el CIE, es decir, ante uno de los Juzgados de Instrucción de la localidad donde se halle dicho CIE, recomendando acudir a la instancia judicial directamente, o en caso de recibir una contestación insatisfactoria o la ausencia de respuesta en un plazo prudencial, a fin de que la misma tenga conocimiento de primera mano de la situación planteada por el interno.
- Así mismo, y de conformidad con lo establecido en el art. 62.2 LOEX, dado que el plazo máximo de estancia en el CIE es de 60 días, en atención a ello y a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2009 (Gran Sala), en interpretación de la Directiva 2008/115/CE, sobre retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, el Letrado que asista el interno en el CIE tendrá que recabar información del mismo a fin de conocer si ha estado con anterioridad interno en alguno de los CIE que existen en España, solicitándole la entrega de documentación justificativa de tal situación. Para el caso de que el interno no conserve o no pueda poner a disposición del Letrado dicha documentación, por éste se tendrá que realizar las gestiones oportunas, bien directamente ante la autoridad policial, a la que se deberá requerir para que por ésta se consulte el Registro Central de Extranjeros y certifique sobre las medidas cautelares que aparezca que se han adoptado respecto del extranjero de que se trate (art. 213.1.m RD 557/2011), o bien ante el Órgano Judicial, bajo cuya dependencia se encuentra el interno, se requiera dicha información a la autoridad



policial, a fin de confirmar dicha situación y de que el periodo de estancia previa en un CIE le sea computado a efectos del plazo máximo legalmente establecido.

### **3.6. LA INTERVENCIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. RECOMENDACIONES**

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

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

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

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

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

**Competencia del Juzgado de Guardia.** En virtud del Acuerdo de 28.11.2007 del Pleno del CGPJ (BOE de 12.12.2007), será el Juez de guardia el competente para adoptar en días y horas inhábiles en susti-

tución del Juez contencioso-administrativo la suspensión cautelárisima de actos administrativos en materia de expulsión, devolución o retorno de extranjeros.

- En todo caso y dada la no preceptividad de la intervención de Procurador de los Tribunales en el procedimiento abreviado, la representación puede ser ostentada por el Letrado, aunque dado el tenor del art. 22.3 LOEX y del art. 223 RELOEX se debe ser cuidadoso en cuanto a la acreditación de la representación, ya que los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo no están aceptando la designa por el turno de oficio como bastante.
- El Juzgado, a petición del Letrado, adoptará las medidas cautelares que estime conveniente y señalará el día en que deberá celebrarse la vista oral. Contra el auto de medidas cautelares cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ.
- Con una antelación de 15 días sobre la vista, la Administración viene obligada a remitir el expediente administrativo que será puesto a disposición del demandante para poder preparar el juicio oral (art. 78.3 L 29/1998).
- A la vista deberá acudir el Letrado y, en su caso, el Procurador, si tuviere conferida la representación, bajo apercibimiento de tener al recurrente por no comparecido y desistido del recurso. En el caso de que no compareciese la Administración se proseguirá la vista en su ausencia.

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

- En el acto de la Vista el Letrado podrá, al amparo del ordinal 6 del art. 78 L 29/1998 y en línea con lo resuelto por la STC 58/2009, de 09.03.2009, sin alterar sustancialmente la pretensión deducida en el escrito inicial de demanda, ampliar los motivos jurídicos en los que la parte recurrente fundamente el objeto de la litis, siendo lícito que, una vez que la Administración pone de manifiesto al demandante el expediente administrativo, lo que acontece con posterioridad a la formulación de la demanda, pueda la parte actora sumar a los motivos de impugnación que pudieren aparecer en la demanda inicial los que resulten del expediente administrativo.

- En orden a la realización de la prueba en juicio, la misma deberá proponerse y practicarse en el acto de la vista, por lo que es de carga de cada una de las partes su aportación. Se podrá solicitar el auxilio del Juzgado para citaciones y requerimientos con una antelación no inferior de 9 días a la fecha señalada para la Vista.
- En relación a la asistencia jurídica gratuita, el Letrado habrá de informar al justiciable extranjero de las consecuencias que la falta de tramitación de Justicia Gratuita, así como de la ausencia de constancia de la voluntad de interponer el recurso, pueden provocar en el acceso del mismo a la jurisdicción contencioso-administrativa como beneficiario de la justicia gratuita. Es recomendable que el Letrado facilite al extranjero el formulario de solicitud para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.
- Debe ponderarse por el Letrado la oportunidad de hacer uso de la posibilidad prevista en el art. 78.3.párrafo tercero L 29/1998, de solicitar que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista, y, en los supuestos en que, solicitado por el Abogado la aplicación del precepto, por la Abogacía del Estado se opusiera a ello y posteriormente en el acto de la vista únicamente propusiera la parte demandada como prueba el expediente administrativo, se pedirá la condena en costas a la Administración, ante la evidente maniobra dilatoria llevada a cabo.

## **4** PROTOCOLOS EN MATERIA PENAL. LA ASISTENCIA A EXTRANJEROS EN PROCEDIMIENTOS PENALES

### **4.1. JUICIOS RÁPIDOS**

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

En estos casos nos podemos encontrar ante supuestos diferentes:

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

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

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

**Cuarto.** El extranjero se encuentra en situación regular.

En todos los casos habrá de dilucidarse si conviene al derecho del extranjero acogerse a la reducción del tercio de la pena prevista en el art. 801.2 de la LECrim o no prestar su conformidad teniendo en cuenta su situación administrativa y los efectos que una posible conformidad, que generará antecedentes penales, tendrá sobre las eventuales solicitudes iniciales de regularización o normalización o en peticiones de renovación de autorizaciones ya concedidas.

## 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 art. 89 del CP (supuestos referidos con anterioridad como primero, segundo y tercero).

Protocolos de actuación en materia de extranjería. Recomendaciones y conclusiones

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

De acuerdo a la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP al art. 89:

1. Se ha de tener en cuenta que la solicitud la ha de realizar el Ministerio Público atendiendo al principio acusatorio para que sea impuesta la pena en cuestión.
2. Se ha de tener muy presente en el momento de la asistencia al extranjero, determinadas circunstancias personales tales como: encontrarse en trámites de matrimonio con residente legal o ciudadano de la Unión

Europea, así como la existencia de hijos con residencia legal o que sean ciudadanos de la Unión Europea, o la existencia de obligaciones de guardia custodia o alimentos; en igual sentido se ha de explorar si el extranjero ha sido víctima de los delitos a los que la LOEX confiere efectos que puedan beneficiar al extranjero (delito contra los derechos de los trabajadores, de violencia de género), o si concurre la circunstancia de haber cooperado con las autoridades. En igual sentido se ha de tener presente la posibilidad de que el extranjero se encuentre en tramitación de solicitud de asilo político y protección subsidiaria o que tenga derecho a solicitar la protección internacional.

3. Al introducirse el párrafo segundo del art. 89.1 –«*También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personada*»–:
  - Primeramente en la audiencia habrá que determinar cuáles son las causas que se expondrán para modificar la Sentencia. Por ello se ha de tener en cuenta, el estado en que se encuentra la Sentencia –firmeza o no de la misma– o si se está en cumplimiento de la pena, o se encuentra en el inicio de la ejecución, sin que se haya dictado el Auto de ejecución correspondiente.
  - También se tendrán en cuenta todos los aspectos citados en el ordinal anterior.
4. Se ha de tener muy en cuenta el nuevo apartado 3 introducido por la nueva redacción del CP referente a que conllevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo.
  - El nuevo apartado introducido responde a principio de política criminal y de *vis atractiva* del derecho penal, por lo que evidentemente reduce significativamente las posibilidades de defensa al respecto. No obstante los Letrados en estos casos han de partir:
    1. De los principios generales del Derecho, en específico del carácter individualizador del Derecho Penal y de las penas, por ello habrá que valorar, el tipo delictivo imputado, grado de participación, etc.
    2. Se ha de tener en cuenta el tiempo que lleva el extranjero residiendo en el territorio nacional.
    3. Fecha de la comisión del delito, momento del juicio e imposición de la pena, en relación con la fecha de la solicitud ante la administración (Oficina de Extranjeros) y tiempo de tramitación de

la solicitud (si es que aún no ha sido resuelta), debiéndose tener muy presente la jurisprudencia consolidada que las dilaciones indebidas (en este caso de la administración) no deben perjudicar los intereses de los ciudadanos.

5. Intangibilidad de las Sentencias: Si cambiasen las circunstancias, por ejemplo por matrimonio con español, la pena impuesta por sustitución vía art. 89 en Sentencia judicial firme, no es fácilmente revocable (entre los escasos pronunciamientos judiciales que acuerdan la revocación de una decisión de sustitución de pena de prisión por la expulsión del territorio nacional se encuentra el Auto 972/2012, de 25.05, dictado en el Rollo Apel. 578/2012, por la Secc. 1.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, por el que se deja sin efecto la medida de sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión de España atendiendo al arraigo familiar del extranjero).
6. En el art. 89 CP se ha introducido un apartado 4 que en su primera parte queda redactado de la siguiente forma: «4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas».

Lo anterior permite valorar primeramente que la sanción de expulsión puede ser revocada. Por lo tanto, se puede perfectamente solicitar la revocación de la sustitución de la sanción de expulsión, por otra sustitución de acuerdo al tipo penal y las penas del mismo. Por ello, se pueden dar varias posibilidades y circunstancias:

- a) De encontrarse aún el extranjero/a penado en el territorio nacional, se puede solicitar al Juzgado de ejecución o penal correspondiente de acuerdo a la nueva redacción dada por el art. 89.4 CP, el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español. Debido a la dilación de la ejecución que no sea imputable al penado y la pérdida de la eficacia de la sanción de acuerdo a sus fines.
- b) De encontrarse ejecutada la expulsión y estar el extranjero en su país de origen y existir la circunstancia de matrimonio con ciudadano de la Unión Europea o tener hijos ciudadanos de la UE u obligaciones de guarda y custodia o alimentos, se orienta a los letrados a solicitar indulto parcial (art. 4 de la Ley de Indultos: «reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves», con cumplimiento y extinción de la pena en centro penitenciario español).
- c) De la lectura e interpretación gramatical del citado apdo. 4 del art. 89 CP se puede interpretar que «regresara a España», por lo tanto,

al penado que regrese a España ya sea por vía legal o ilegal deberá serle de aplicación dicho apartado.

- d) Siempre se ha de valorar en esta opción y tener en cuenta si existen Convenio Bilaterales entre España y el país de origen del extranjero expulsado y las Normas de la Unión Europea, respecto al traslado de personas condenadas o ejecución de sentencias penales –por ejemplo: Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, Convenio Bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asistencia a personas detenidas y al de personas condenadas (BOE 145/97, de 18.06). Convenio bilateral entre el Reino de España y la República de Venezuela sobre ejecución de Sentencias penales (BOE 276/95, de 18.11)–.

Al no existir conformidad se celebrará juicio, en el que, además de la defensa penal para combatir la petición principal, con respecto a la expulsión penal vía art. 89 del CP el Letrado tendrá la posibilidad de oponer a la petición de sustitución las concretas circunstancias del extranjero imputado, ya que, pese a la dicción literal del art. 89 CP, la sustitución no debe ser automática (SSTS 514/2005 de 22 de abril; 366/2006 de 30 de marzo; 710/2005 de 7 de junio, SSTEDH 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:

- a) Es preciso un trámite de audiencia al extranjero, con asistencia de su Abogado e intérprete, si fuera necesario.
- b) 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.
- c) Debe motivarse la decisión de expulsión.
- d) Deben analizarse las concretas circunstancias del extranjero imputado, arraigo y situación familiar en España.

De no acordarse finalmente la expulsión o no poder ejecutarse ésta en el plazo establecido, 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, art. 80 y ss. del CP, o su sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad vía art. 88 del CP.

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

Habrá de valorarse la conveniencia o no de la conformidad (art. 801.2 LECrim), dependiendo del interés de la persona por permanecer o no en territorio español.

Hasta la reforma operada en el párrafo primero del art. 89 CP por la LO 5/2010, si la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional no era acordada en Sentencia, no cabía que con posterioridad se acordara la sustitución. En la actualidad, dado el tenor del párrafo segundo del ordinal 1 del art. 89 CP, es posible acordar la sustitución después de la Sentencia por auto motivado, lo que ha de llevar al Letrado a ser especialmente cuidadoso en las conformidades a las que pueda llegarse, ya que la Circular 5/2011, de 02.11, de la Fiscalía General del Estado, permite la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional no sólo en los supuestos de prisión, sino también ante la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

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 supuesto tercero –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 cuarto. El extranjero se encuentra en situación administrativa regular.

Habrá de valorarse la conveniencia o no de la conformidad (art. 801.2 de la LECrim) teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

Tipo de autorización de residencia: distinguiendo entre autorización de residencia de larga duración 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 condenatoria que genere antecedentes penales en el extranjero se valorará en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubiesen sido condenados que hayan cumplido la condena, hayan sido indultados o se encuentren en la situación de suspensión de la pena privativa de libertad (art. 31.7 LOEX).



Se ha de valorar en la actuación de los Letrados en el supuesto antes citado que la CONFORMIDAD traerá consecuencias negativas:

1. La renovación de las futuras autorizaciones al tener un antecedente penal.
2. Si dicha conformidad trae consigo una suspensión de la pena, por el periodo que fije la Sentencia o la ejecutoria. Se ha de tener presente el término de suspensión –en cuanto al cumplimiento de la pena– y ello a su vez para la futura cancelación de penales.

Lo anterior en relación con la renovación de la autorización correspondiente, debiéndose tener en consideración lo dispuesto en los ordinales 5.a) y 8 del art. 71 RELOEX.

3. En esta misma línea orientativa se ha de tener en cuenta por los Letrados actuantes que se encuentren con penas como Órdenes de alejamiento, de prohibición de portación de armas (entre otras prohibiciones establecidas en el CP), retiradas de permiso de conducir, etc., que se imponen con periodos mucho más largos que las penas privativas de libertad suspendidas, por lo tanto, el cumplimiento de la pena total se dilata en el tiempo atentando contra los intereses del extranjero para las futuras renovaciones.

Por ello, se orienta a los Letrados actuantes en los juicios rápidos que las conformidades que logren se haga un análisis de todas las penas solicitadas a imponer y que sus periodos de tiempo sean lo más homogéneos posibles.

4. En el supuesto de que se llegue a una Sentencia condenatoria en conformidad, el Letrado deberá impulsar el más rápido trámite de ejecución (por ejemplo de trabajos en beneficio de la comunidad) y liquidación de condena, pues todo ello influye en lo relacionado con la valoración que establece el citado art. 71.5.a) RELOEX.

**Cuarta.** Valoración de la defensa penal del extranjero y la aplicación del art. 57.2 LOEX.

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

- Iniciación de un expediente gubernativo que puede llevar la expulsión de España en aplicación del art. 57.2 LOEX.

- Si el extranjero tuviera autorización de residencia y se acordara su expulsión en virtud del art. 57.2 LOEX, se procederá a la retirada de su documentación, o al archivo del procedimiento que tuviera por objeto una autorización para residir (renovación).

## 4.2. IDENTIFICACIÓN DEL EXTRANJERO EN LA CALLE Y HABEAS CORPUS

A pesar de que determinadas circulares policiales internas hablan de «*detención a efectos de identificación*» (Circular 1/2010, de 25.01, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras), es necesario recordar a todos los Letrados que esta figura no tiene amparo legal, es decir, no existe como tal. Nuestra legislación sólo regula la detención, sin más, y como especialidad en materia de extrajería establece, para el caso de los extranjeros, la detención (mal llamada en el art. 61.1.d LOEX «detención cautelar») como medida cautelar «*desde el momento que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión*» y esa detención debe ser acordada por parte del instructor de dicho procedimiento (art. 61 LOEX).

La «detención a efectos de identificación» que se recoge en determinadas circulares policiales pretende ampararse en el art. 20 de la LOSC que establece lo siguiente:

*«1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*

*2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.*

*3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un libro-registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la Autoridad Judicial Competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal.*

4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

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

La Circular 2/2012, de 16.05.2012, de la Dirección General de la Policía –cuyo último párrafo se cuida de advertir que «la Circular 1/2010... se adaptará en cuanto a su interpretación y cumplimiento a lo previsto en la presente Circular»– reconoce expresamente en su apartado tercero, que se ocupa de las identificaciones de ciudadanos extranjeros en la vía pública, «la improcedencia de trasladar... a las dependencias policiales por el mero hecho de que en la diligencia de identificación se constate su estancia irregular en España, siempre que se haya comprobado su identidad mediante documento oficial o documento que se considere válido y suficiente al efecto», si bien añade un requisito que sin duda generará conflictos de interpretación al exigir que el extranjero «aporte domicilio susceptible de comprobarse o que pueda ser comprobado en el momento de la identificación».

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

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

Cuando la Policía proceda a solicitar la identificación de un extranjero en situación irregular en la calle y no tenga documentación para identificarse, el Agente tendrá dos opciones: entregar una citación en ese momento fijando día y hora para que el extranjero se persone en dependencias policiales, sin proceder a detención alguna, o «*al objeto de sancionar una infracción, podrá requerir a quienes no pudieran ser identificados a que le acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible*». Y durante esa detención incoar en ese momento un procedimiento sancionador por infracción a la normativa de extranjería y acordar la detención como medida cautelar en ese procedimiento administrativo, informando lógicamente al extranjero del motivo de la detención y solicitando de inmediato la asistencia letrada. Cualquier otra situación es susceptible de instar un procedimiento de «*habeas corpus*» o de una denuncia por detención ilegal.

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

El escrito o comparecencia sólo tienen que contener:

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

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

## Conclusión

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

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

### 4.3. DEFENSA ENTRE INCOACIÓN Y VISTA

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

#### CONCLUSIONES

- Debe ser labor de todos los operadores jurídicos interpretar el art. 57.7 LOEX como de aplicación residual o excepcional y no como una regla automática, que es lo que ocurre en la práctica. El art. 57 no obliga a expulsar.
- A la hora de aplicar la expulsión prevista en el art. 57.7 LOEX debe valorarse la proporcionalidad de su aplicación, atendiendo al caso y las circunstancias concretas. Se evitarán tanto las situaciones de excesiva «penalidad» como aquéllas en las que la expulsión pudiera ser un «premio» o mal menor para el extranjero.
- Para la aplicación del art. 57.7 LOEX es imprescindible delimitar con exactitud los conceptos de procesado e imputado (precisión que re-

sulta de la LO 2/2009 a la imprecisión del término «inculpado» que hacía la LO 11/2003).

- Deben evitarse situaciones de incompatibilidad entre órdenes de expulsión y obligación de comparecencia *apud acta* ante un Juzgado de lo Penal.
- *De lege ferenda* debe rechazarse la equiparación que hace la LOEX del delito y la falta en la aplicación del art. 57.7 LOEX.
- Para acordar la medida de expulsión, tanto el Fiscal para emitir informe, como el Juez, deben exigir el expediente administrativo de expulsión completo. No basta con la mera resolución en la que se haga constar que el extranjero se encuentra procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, con la que es imposible valorar las circunstancias a las que se refiere el propio precepto.
- Exigir la presencia del Ministerio Público en la audiencia previa que tiene lugar antes de resolver sobre la solicitud de expulsión al amparo del art. 57.7 LOEX, en cuanto por su Estatuto Orgánico es el encargado de velar por la legalidad y porque así se dispone en la Circular 5/2011, de 02.11, y en la Circular 2/2006, de 27.07.

## 4.4. ARTS. 89 Y 108 CP

### Código Penal: art. 89, Según redacción dada por la LO 5/2010

Análisis de conjunto del art. 89 CP y de los arts. 57 y 58 LOEX –según tenor resultante para estos preceptos de la reforma operada por la LO 2/2009– y examen del apdo. VI –EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE EN ESPAÑA COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ART. 89 CP)– de la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, de 02.11.

La redacción, según LO 5/2010 de 22 junio 2010, del art. 89.1 CP es la siguiente:

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

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

Del tenor del ordinal 1 del art. 89 CP resultante de la LO 5/2010, merece ser destacado lo siguiente:

- Lejos de ser más favorable al justiciable tiene un carácter eminentemente restrictivo y responde, más que a criterios de política criminal, al principio de oportunidad.
- *Vis atractiva* del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador.
- Elimina parcialmente la naturaleza automática que tenían anteriores redacciones. Continúa legitimando y facultando al Juez a la valoración en su Sentencia de la posibilidad de la sustitución por iniciativa propia, excluyendo nuevamente el legislador el carácter acusatorio que debería tener el precepto. Se ratifica el carácter preferente de la expulsión sustitutiva. Matizando el automatismo «salvo»:
  1. Consideraciones del Juez.
  2. Ministerio Fiscal.
  3. Demás partes personadas (para el cumplimiento de la pena en el territorio nacional de acuerdo a determinados tipos penales, conductas y resarcimiento de las víctimas, independientemente de los tipos penales fijados por ley de la exclusión de aplicación de expulsión).

Como se expondrá más adelante es muy importante el debate contradictorio y la preparación del Letrado en su informe, para, si existen argumentos sólidos, llevar al convencimiento al Juez, al Fiscal y a las demás partes de la conveniencia de no aplicar la expulsión sustitutiva.

- Contiene serias contradicciones el apartado 1 del art. 89 CP con el apartado 5 siguiente. En este último define claramente que será el Ministerio Fiscal quien promoverá la instancia de solicitud de la expulsión de acuerdo al principio acusatorio. Por ello, se sugiere a los Letrados que, de acuerdo al principio de interpretación analógica, en los casos que se aplique el art. 89.1 CP por acción propia del Juzgador y no haya sido solicitado por el Ministerio Fiscal (a quien el art. 89.5 CP atribuye en exclusiva la posibilidad de solicitar la sustitución por la expulsión), sea recurrido en atención a la vulneración del principio de un Juez imparcial.



- En igual orden de cosas, de acuerdo a la redacción del apartado 5 del art. 89 CP, y su interpretación gramatical, el resto de las partes personadas no tiene legitimación para la solicitud de la aplicación de la expulsión en sustitución de la pena de privación de libertad. Por ende, y atendiendo al principio de analogía e interpretación gramatical de la norma, tampoco están legitimados para la solicitud en el apartado primero. En este sentido se ha de tener en cuenta la propia definición dada por la FGE en la Circular 5/11: *«Por imperativo legal, solo el Ministerio Fiscal, no las eventuales partes acusadoras, puede instar la expulsión sustitutiva parcial. Su fundamento obviamente deriva de que el Ministerio Fiscal no es una parte más, sino un órgano del Estado que tiene encomendada una función pública de relevancia constitucional (art. 124 CE), al que se le ha atribuido esa competencia de conformidad con el principio de libertad de configuración de las instituciones que le corresponde al legislador (Vide, ATC 467/2007, de 17 de diciembre)»*. También en Conclusión 35.<sup>a</sup> de la Circular 5/11 FGE.
  
- Se ha de tener en cuenta que las penas privativas de libertad son: la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35 CP). Por lo que la aplicación del art. 89.1 CP se podrá llevar a cabo en cualquiera de los tres tipos de sanciones impuestas y por ende a las condenas que se impongan de este tipo en los Juicios de Faltas.
  
- Se ha de tener en cuenta por los Letrados que la actual redacción del art. 89.1 CP no se refiere al momento de la comisión de delito, sino que comprende desde la comisión del hecho delictivo hasta su enjuiciamiento y posterior fase ejecutoria. Es decir, en el momento que la Autoridad Judicial (Juez de ejecutoria penal) tenga conocimiento o informes sobre que se han alterado las condiciones de residencia en España del extranjero que ha resultado penalmente condenado. Por ello, este cambio de circunstancias de situación irregular a regular, o viceversa, afecta la seguridad jurídica, vulnera el principio de legalidad en la ejecución de Sentencias (al respecto pueden consultarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 145 del 2006 del 8 de mayo del 2006, la Sentencia 110 del 2009 de fecha 11 de mayo del 2009 y la Sentencia 203/1997 de 25 de noviembre de 1997). Tal principio de legalidad y de justicia material en la ejecución de Sentencias se vulnera en los siguientes supuestos:
  - Téngase en cuenta los supuestos de juicios rápidos en los que se dicta Sentencia de conformidad al amparo del art. 801 LCrim., que aunque traen consigo el inmediato beneficio al justiciable de la reducción de un tercio de la pena, sin embargo una vez firme la Sentencia



- e irrecurrible la pena, puede ser modificado ese inicial beneficio por un Auto motivado que puede sustituir la pena conformada impuesta por una más desfavorable y grave al justiciable: la expulsión.
- Como se expuso *supra*, la pena de privación de libertad comprende, además de la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, y tanto una como otra, a pesar de que se trata de penas de escasa gravedad, pueden ser sustituidas en ejecución por Auto motivado por cambio de circunstancias por una expulsión.
  - En igual sentido, los Letrados, en aplicación del principio de justicia material, se deben oponer cuando se quiera aplicar la sustitución prevista en el art. 89 CP en los casos de Juicios de Faltas donde se impongan penas privativas de libertad inferior a tres meses, de acuerdo al art. 71.2 CP.
  - La sustitución de la pena de prisión por la expulsión que posibilita el art. 89 CP atenta contra las funciones de la pena de prevención general y especial del delito y con los principios de reinserción y resocialización del delincuente.
  - Al respecto también téngase en cuenta que ello responde al debate sobre la naturaleza de la sustitución del art. 89 CP (se considera que es una medida de seguridad S.T.S. 901/2004, de 08.07.2004 y 792/2008).
- Han de tener en cuenta los Letrados que la aplicación del art. 89.1 del CP se ha de efectuar no sobre la pena abstracta del tipo penal, sino, sobre la pena concreta impuesta. Por ende, en caso de negociación para posterior conformidad con el Fiscal, debe el Letrado proponer las penas mínimas y en los casos de celebración de juicio defender al máximo el principio de proporcionalidad y tratar de lograr que se imponga la mínima en la Sentencia de acuerdo a la gravedad y naturaleza del delito.
  - La sustitución *ex art. 89 CP* solo puede ser aplicada a los extranjeros no residentes legalmente en España, ésto es, aquellos extranjeros que carecen de una autorización administrativa de residencia en territorio español. Por lo que los letrados deberán profundizar en la situación legal del extranjero imputado (estancia, tránsito, renovación, recursos ya sean de reposición y contenciosos administrativo, medidas cautelares, solicitudes en trámite –ya sea del régimen general o en relación con solicitudes en el seno de la Unión Europea– casado o en vías de matrimonio, con solicitud de pareja de hecho, hijos, obliga-

ciones familiares, alimentos, antecedentes penales, cumplimiento de penas, no reincidencia).

· La Circular 5/11 de la FGE en su apartado VI.2.1. (que titula «Ciudadanos no comunitarios», siendo más correcta la denominación de «nacionales de terceros Estados») y VI.2.2. («Prueba de la situación de residencia») afirma que *«constituye prueba de la situación de residencia legal la tenencia de una Tarjeta de Identidad de Extranjero –genuina y en vigor– que el extranjero tiene el deber de llevar consigo, o la certificación del Registro Central de Extranjeros en la que así se haga constar.»*

Esta definición dada por la FGE debe ser combatida y llevada a contradicción teniendo presente casos como:

1. En los casos de Solicitudes Iniciales que se encuentren en el término de los tres meses. Con especial énfasis en solicitudes de arraigo familiar.
2. Los casos de renovaciones por silencio administrativo positivo.
3. En el caso que se posea la resolución y se encuentre en el trámite de solicitud y confección de la tarjeta propiamente dicha.
4. Periodos de solicitudes de citas para presentación de solicitudes de autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea.
5. En cualquier caso, corresponderá al extranjero la carga de aportar cualquier otro elemento probatorio para enervar la presunción de situación de irregularidad.
6. En todo caso los Letrados deberán comprobar en las actuaciones la existencia de la acreditación por la autoridad competente de la situación del extranjero en relación a su estancia/residencia en España.
7. En el caso concreto de Ciudadanos de la Unión Europea y familiares, el tratamiento que la Circular 5/2011 contiene en su apartado VI.2.3 («Ciudadanos de la Unión Europea y asimilados») es diferente:
  - No es de aplicación el art. 89 del CP excepto que tengan un procedimiento administrativo sancionador firme de acuerdo al art. 15 del RD 240/07.
  - Los familiares nacionales de terceros Estados, una vez obtenida la residencia de familiar de ciudadano de la U.E., disfru-

tarán de los mismos privilegios. Incluso los progenitores de menores nacionales de un Estado de la U.E. dependientes del mismo (en estos caso deberán los Letrados de acuerdo a la Jurisprudencia del TS y TJUE aportar todos los elementos de pruebas pertinentes demostrativos de la convivencia, alimentos, convenios reguladores, entre otras).

· Debe tenerse en cuenta por parte de los Letrados que, de acuerdo a la redacción dada al art. 89.1 del CP por la LO 5/2012, hay dos posibles momentos procesales de aplicación del mismo:

1. En el momento de la acusación: por ende debe estar presente el principio acusatorio y debe ser recogida la solicitud de sustitución de la pena de prisión por la expulsión en la quinta de las conclusiones del escrito de acusación del Ministerio Fiscal o plantear el acusador público la aplicación del art. 89 CP en el acto de la Vista mediante la oportuna modificación de las conclusiones. La falta de solicitud por el Ministerio Fiscal o resto de las acusaciones de la aplicación del art. 89 CP dificultará al Juzgador la motivación adecuada de la expulsión.

- La Circular 5/11 de la FGE, a pesar de su Conclusión 35<sup>a</sup>, no contiene pronunciamiento concreto y claro respecto al principio acusatorio. En determinadas partes de la Circular parece que la aplicación del art. 89 CP puede ser interesada por cualesquiera de las acusaciones –«Por ello, cuando por la acusación ha sido pedida la expulsión sustitutiva (en fase de conclusiones provisionales o definitivas)», se afirma, indicándose también que «cuestión distinta es la relativa al tiempo de duración de la prohibición de entrada en territorio español que tras la reforma de 2010 se extiende a un plazo de cinco a diez años (artículo 89.2 CP). En este sentido, parece que el Tribunal no podría imponer un plazo de prohibición de entrada superior al interesado por la acusación (SSTS 125/2008)»–, pero en otras se menciona como legitimado únicamente al Ministerio Fiscal –«En todo caso, la petición de expulsión formulada por los Sres. Fiscales»–. Ciertamente en la Circular 5/2011 la Fiscalía se hace eco de la jurisprudencia del TS en cuanto a que el Juez o Tribunal habilite un espacio de contradicción (STS 25/2011 entre otras) en donde se de la oportunidad de alegar y probar al condenado y su defensa sobre las razones que les asistan, pero, sin embargo, no se pronuncia en cuanto a la cuestión aquí señalada de si pueden las otras partes intervinientes en el proceso instar, cuando el Fiscal no lo haga, la aplicación del art. 89 CP, o si está facultado el Juez sentenciador o el encargado de la ejecutoria para acordar la sustitución, aún no siendo solicitada por

las partes. En este sentido ver el punto referido a las contradicciones del art. 89 en sus apartados 1 y 5, reiterándose ahora el consejo a los Letrados que en caso de que los Fiscales no ejerciten dicha acción y sea el Juez quién promueva la sustitución de la privación de libertad por la expulsión arguyan la vulneración del principio al Juez imparcial.

2. Un segundo momento en el que puede ser aplicada la expulsión que prevé el art. 89 CP es el de la ejecutoria de la Sentencia condenatoria. En esta etapa procesal se ha de tener muy en cuenta:

2.1. Si en las conclusiones del Fiscal o en Sentencia inicialmente hubo pronunciamiento al respecto.

2.2. Por el Juzgado competente para la ejecutoria, ya se trate del Juzgado sentenciador ya del Juzgado encargado en exclusiva de las ejecutorias, se deberá incoar Incidente de Ejecución, donde se expongan motivadamente las razones de la solicitud de expulsión al amparo del art. 89 CP.

2.3. En el supuesto de que en Sentencia se haya acordado la expulsión al amparo del art. 89 CP y hayan cambiado las circunstancias a favor del justiciable deberá el Letrado actuante promover escrito de alegaciones ante el Juzgado de ejecutoria, exponiendo motivadamente las razones o causas que justifiquen el cambio de circunstancias e interesando el cumplimiento general de las penas de privación de libertad impuestas, con aplicación, en su caso, de la suspensión ex art. 80 y ss. CP o de la sustitución ex art. 88 CP.

En ambas etapas o momentos procesales, los Letrados deben centrar el debate contradictorio, no sólo en los elementos del tipo –participación, concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad...–, sino, además, en la acreditación de aquellas circunstancias que posibiliten que, en caso de Sentencia condenatoria a privación de libertad, no se aplique, si ello conviene al extranjero condenado, la expulsión sustitutoria del art. 89 CP.

- Con la introducción del párrafo segundo del ordinal 1 del art. 89 CP, que permite que la expulsión sustitutiva pueda ser acordada en fase de ejecutoria en Auto motivado posterior a la Sentencia, ha devenido estéril la Jurisprudencia del TC en sus SS 145/2006 y 110/2009, no obstante lo cual por los Letrados podrá continuarse utilizando la argumentación empleada por el TC:

*«La sustitución acordada en este último supuesto alteraría sustancialmente los términos de la sentencia condenatoria pues en realidad no se trataría de una sustitución en un sentido propio sino de una acumulación sucesiva de pena y de medida de expulsión.»*

Sin perjuicio de lo dicho hasta el momento sobre la aplicación del art. 89 CP, ante el supuesto de imposibilidad de ejecutar la expulsión deben ponderarse y ser expuestas ante el Tribunal las circunstancias a las que se hace referencia a continuación.

### Elementos a valorar aplicado el art. 89 CP y no ejecutado:

1. Tiempo transcurrido o vivido por el extranjero en el territorio nacional.
2. Situación de arraigo (social, laboral, familiar).
3. Distinción en el tipo de arraigo familiar (si es con ciudadano de la UE o con nacional de tercer Estado).
4. Tiempo transcurrido desde que se haya acordado la expulsión sustitutoria y no se haya ejecutado.
5. Nacionales extranjeros de países donde no es posible la expulsión (Cuba, Venezuela, Pakistán).
6. Situaciones de conflicto internacional.
7. Situaciones de catástrofes o epidemias.
8. Solicitudes de asilo y/o protección subsidiaria.
9. Que el extranjero, además de condenado a pena a la que sea de aplicación el art. 89 CP, sea a su vez víctima de los delitos de los arts. 177 *bis* y 318 *bis* CP.

#### • **Art. 89.3 CP**

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

- Regula la imposibilidad de que se valoren los procesos administrativos que tuviese en trámites el justiciable para su regu-

larización. Ello es a su vez coincidente con el art. 57.4 LOEX: «La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado».

• **Art. 89.4 CP**

*«Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad».*

- En este sentido los Letrados actuantes deberán tener en cuenta y diferenciar las siguientes circunstancias:
  1. En casos de extranjeros familiares de ciudadanos de la UE que hayan adquirido tal condición posterior o concomitante con la expulsión referida al art. 89 CP (matrimonio en país de origen debidamente inscrito en el Registro Civil Consular Español correspondiente) y haga uso de acuerdo al Reglamento de Visados Schengen o de acuerdo al RD 240/07 y se presentase en cualquier puesto fronterizo habilitado al efecto no podrá ser denegada su entrada.
    - 1.1. En este sentido deberán comprobar e informarse los Letrados si el familiar del ciudadano de la UE no tiene expulsiones administrativas ni prohibiciones de entrada por cualquier Estado miembro de la UE (por razones de orden público, seguridad y/o salud, de acuerdo a la Directiva 38/04 CE o de las leyes de los ordenamientos internos de los Estados Miembros).
    - 1.2. En igual sentido sucede con los ciudadanos de la UE propiamente dichos.
  2. Cuestión distinta y que diferencia el propio artículo es la detención del extranjero expulsado por aplicación de la sustitución prevista en el art. 89 CP después de haber entrado al territorio nacional y no haber sido detectado en puesto fronterizo o haya entrado por cualquier otra vía. En dichos casos no se aplicará la devolución, sino que se ejecutará el cumplimiento de la condena en Centro Penitenciario.

• **Art. 89.5 CP**

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

- La nueva redacción del presente apartado ha legitimado y legalizado lo que se recoge en la Instrucción 18/2005, de 21.12, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y ha de ser examinado en relación con el art. 27 del Reglamento Penitenciario (RD 190/96), que se complementa con lo establecido en el art. 197.2 del mismo Reglamento Penitenciario.
- Se ha de tener en cuenta por los Letrados actuantes que no puede ser aplicado retroactivamente el artículo analizado a los casos de condenados en cumplimiento de penas anteriores a la entrada en vigor, al ser perjudicial para el reo.
- Mantiene pues la obligatoriedad de la expulsión cuando se hubiera accedido al tercer grado penitenciario o una vez que se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena.
- No obstante, la reforma aprobada añade la excepción, idéntica a la prevista en el primer apartado, formulada de forma abierta y muy genérica, de que los Fiscales, Jueces o Tribunales aprecien «razones» (matrimonio, parejas de hecho, nacimiento de un menor nacional de un Estado de la UE) que justifiquen el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario de nuestro país.
- Por lo tanto, el tiempo de cumplimiento de la pena, y de todos los planes de integración y resocialización del penado, no van destinados a la resocialización, dado que el extranjero condenado está abocado desde el principio a la expulsión. Los Letrados actuantes, si así conviene al derecho del extranjero penado, deberán en este sentido, ante las Juntas de Tratamiento y los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, agotar todas las vías de recurso en evitación de la expulsión del reo.

- En este ordinal 5 se ha de tener en cuenta que está vedada la expulsión por el Juez de Vigilancia, pues la ley atribuye directamente la competencia al Juez o Tribunal sentenciador y al Juez de ejecutoria penal. Aunque ello no quiera decir que el Juez de Vigilancia emita resolución sobre clasificación en tercer grado, o resulte que está próximo a cumplir las tres cuartas partes de la condena y no hubiera circunstancias penitenciarias que impidieran la expulsión.
- En sentido contrario se ha de tener el papel del Fiscal de Vigilancia, atendiendo a la unidad orgánica de la institución, por lo que dicho Fiscal sí puede instar la expulsión sustitutoria.
- Los letrados actuantes deberán observar si los reos que se pretenden expulsar son nacionales de países con los que existan convenios de ejecución y cumplimiento de las penas de prisión, o si se trata de nacionales cuyos Estados no aceptan el retorno a su país (Cuba, Venezuela, Pakistán), debiendo ser cuidadosos de que se dé cumplimiento a las Convenciones Internacionales en las que España sea parte obligada y que afecten a las solicitudes de asilo y protección subsidiaria, o la expulsión haya de ejecutarse en países en conflicto o inmersos en catástrofes.
- Se ha de tener en cuenta los casos de enfermedad grave sobrevenida del extranjero condenado a pena privativa de libertad sustituida por la expulsión *ex art. 89 CP*.
- En igual sentido los Letrados deberán tener en cuenta en este ordinal 5 del art. 89 lo referido en el ordinal 6, párrafo segundo, donde se dispone que *«en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del art. 88 de este código»*. Por ello, en los casos en que el interno en cualquiera de las circunstancias (tercer grado o tres cuartas partes de la condena) no pudiera ser expulsado, el Letrado solicitará que el extranjero disfrute de los beneficios sociales penitenciarios y que sea regularizada su situación.
- No obstante, los Letrados deberán tener en cuenta que existen determinadas situaciones de internos que prefieren ser expulsados atendiendo a determinadas circunstancias. En dichos casos deberán los letrados impulsar tales solicitudes.



• **Art. 89.6 CP**

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

*En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del art. 88 de este Código».*

- Al respecto, los Letrados actuantes pueden oponerse al internamiento del justiciable en los Centros de Internamiento, argumentado entre otros razonamientos:
  1. La posibilidad de la aplicación de cualquier otra medida cautelar:
    - 1.1. Presentación periódica.
    - 1.2. Retirada del pasaporte.
  2. Si el extranjero no tiene identificación, lo cual conllevaría el proceso de identificación y reconocimiento consular (debe realizarse estando el reo en el correspondiente Centro Penitenciario)
  3. Si el extranjero ha estado detenido en anteriores ocasiones y ha sido imposible su expulsión. Cuestión que de forma urgente deberá solicitarse a la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras.
  4. En todo caso si fuese inevitable el Internamiento los Letrados actuantes deberán:
    - 4.1. Lograr que quede definido el tiempo del Internamiento. El cual ha de ser el mínimo posible dentro de los 30 días.
    - 4.2. Dar seguimiento y continuidad al internamiento y comprobar *in situ* (CIE) y con el interno si se ejecuta inmediatamente la pena. Estableciendo un término prudencial entre 10 días para que las autoridades policiales ejecuten al expulsión.

- 4.3. De ser totalmente negativas e infructuosas las gestiones de expulsión por parte de las autoridades correspondientes, deberán los Letrados de acuerdo a lo obrante en Autos presentar escrito de alegaciones al Juzgado de ejecutorias correspondiente solicitando la puesta en libertad del extranjero internado en el CIE.
- Esta oposición debe ser beligerante en los casos de extranjeros que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP) pues ninguna de ellas conllevan el ingreso en Centro Penitenciario.
  - De producirse el internamiento, el Letrado podrá interponer el correspondiente Recurso de Apelación, exponiendo entre otros argumentos:
    1. En este sentido, el interno extranjero se encuentra amparado por el principio de conservación de derechos fundamentales, disfruta en su plenitud de los derechos de todos los reclusos –arts. 3 LOGP y 4 RP, y concordantes– y está sujeto a los mismos deberes que los restantes internos –arts. 4 LOGP y 5 RP, art. 52 RP «información». Con carácter general establece en su apartado 1 que «*los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre sus derechos y deberes*»-.
    2. **Art. 62.4 RP:** «*la Administración Penitenciaria fomentará, especialmente, la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso, a través de las Autoridades consulares correspondientes*».

## 4.5. ARTS. 318 BIS Y 177 BIS CP EN CONEXIÓN CON EL ART. 59 LOEX

Protocolo de actuación para defensa del extranjero imputado o víctima de delitos de inmigración clandestina y trata de seres humanos (arts. 318 *bis* y 177 *bis* CP, tras la reforma operada por la LO 5/2010)

## I. REFORMA PENAL: SEPARACIÓN TIPOLÓGICA EN ATENCIÓN A BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS DISTINTOS

- Origen y alcance de la reforma penal:
  - La separación criminológica que ofrece la reforma del Código Penal de 2010 entre el delito de inmigración ilegal y la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, incluyendo el tráfico de órganos, se debe a la adaptación de la ley nacional al Convenio suscrito en Varsovia el 16.05.2005 por el Consejo de Europa (del que España es parte) relativo a la lucha contra la trata de seres humanos, y la Decisión Marco 2002/629/JAI, que distinguían ambas modalidades al responder a dos realidades criminológicas con bienes jurídicos protegidos distintos: de un lado, la dignidad de la persona (nuevo art. 177 *bis* CP) y de otro, el derecho de los estados a la regulación administrativa del flujo migratorio (nueva redacción del antiguo art. 318 *bis* CP).
  - La reforma penal tiene especial interés en cuanto alcanza a la protección de las víctimas de estos delitos, que, cuando sean extranjeros, establece una conexión implícita con los arts. 59 y 59 *bis* LOEX. También existe conexión con el art. 54.1.b LOEX, en el caso de extranjeros imputados por estos delitos.
- Especificidad de la materia: sujetos especialmente protegidos y sujetos especialmente imputables.
  - Consentimiento: mientras en el delito de inmigración ilegal se exige el consentimiento de la víctima aunque pudiera encontrarse viciado de nulidad (nuevo apartado 2 del art. 318 *bis* CP), en el delito de trata el consentimiento o su falta es irrelevante por inexistente o declaración expresa de fraude en su obtención en el propio tipo delictivo (violencia o intimidación).
  - Especificidad del art. 177 *bis* CP por razón de la materia: además de la modalidad comisiva tipificada (por empleo de violencia, intimidación o engaño, o por abuso de superioridad o condición), el objeto de protección define el tipo penal, siendo perseguibles la explotación laboral con prácticas de esclavitud, servidumbre o mendicidad, la explotación sexual incluida la pornografía y la extracción de órganos corporales (no se incluye su tráfico y trasplante en este tipo)

- Sujetos especialmente protegidos: el nuevo art. 177 *bis* CP exige no sólo la comisión dolosa sino también la consecución de un fin, por el que protege penalmente a una serie de situaciones y sujetos pasivos concretos (apartado 4) como los menores de edad, especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o situación, o la puesta en riesgo de la vida o integridad de la víctima.
- Ampliación de imputación subjetiva: se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en concurrencia con la especialmente agravada de los jefes de banda organizada y cuando el sujeto activo sea funcionario o autoridad.
- Formas comisivas:
  - Mientras en el art. 318 *bis* CP cabe en ciertos supuestos la comisión imprudente, en el art. 177 *bis* CP, habiendo sido excluido de la redacción inicial la imprudencia grave, cabe concluir que sólo existe la modalidad dolosa, pero sin perjuicio de la aplicación del dolo eventual en la delimitación establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS 1335/2009 de 1 de diciembre).
  - Subtipos agravados comunes: por comisión mediante violencia, engaño o intimidación, por pertenencia o jefatura a/de banda organizada, cuando se realice contra menores de edad, cuando concurra la condición de funcionario o autoridad, cuando revista la forma de persona jurídica (imposición de multa) y los del apartado 4 del art. 177 *bis* CP.
  - Concurso de delitos: la doctrina se inclina por considerar que existe un concurso real (y no meramente ideal) de delitos entre el 318 *bis* CP y el 177 *bis* CP (visto el tenor literal de su apartado 9.º), lo que agravaría considerablemente las penas, hasta llegar un punto de auténtica desproporción, lo que deberá ser ponderado por los Tribunales en los próximos años.

## II. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EXTRANJERAS: PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN LETRADA

- Víctima imputada:

En algunos supuestos puede suceder que el extranjero pueda ser al mismo tiempo víctima e imputado en el delito (apartado 11 del art. 177 *bis* CP). En tal caso, la defensa letrada deberá variar en función

de si se encuentra en situación de irregularidad (que será lo más frecuente) o no, y en el primer supuesto, si está en situación de prisión preventiva, internamiento o en libertad.

- En caso de prisión preventiva, la actuación a seguir será la propia de los arts. 504 y ss. de la LECrim con la especificidad prevista en el art. 177 *bis* CP, apartado 11, cuando concurra, interpretado por la vía de un supuesto de inculpabilidad objetiva y proporcionada que impide la procedibilidad penal contra el reo y no como una mera excusa absolutoria a aplicar en juicio oral (lo que no evitaría la prisión preventiva). La jurisprudencia deberá aclarar cuál de las dos interpretaciones posibles será de aplicación, más allá de la práctica forense inicial.
- En caso de Internamiento en CIE, y dado que se ha venido detectando en múltiples actuaciones gubernativas una tendencia a abusar o extralimitarse en sus capacidades de decisión en la concesión del plazo de reflexión para víctimas de trata previsto en las directivas comunitarias y art. 59 *bis* LOEX, se intentará detectar la calidad de víctima de trata a través de la entrevista, preguntando si esta circunstancia fue indagada de alguna manera por la policía. En caso de que el/la internado/a manifieste haber sido víctima reciente o en el pasado de trata de seres humanos, se activará el siguiente PROTOCOLO:
  1. Averiguar el nombre de su Abogado y ponerse en contacto con él, constatando si la circunstancia de ser víctima de trata fue puesta de manifiesto en alguna de las fases del procedimiento penal (a los efectos del apartado 11 del art. 177 *bis* CP) y administrativo sancionador (si fuera distinto), y si se indagó tal circunstancia por el propio Abogado.
  2. Suplir, en su caso, la falta de información que debería haberle dado la policía. Comunicar a esta persona que, conforme a leyes europeas, al haber sido víctima de trata tiene derecho a una protección, y no a la expulsión inmediata, y a que ella valore y decida durante un periodo de 30 días si desea cooperar en la investigación y la consecuencia de su eventual elección entre el retorno asistido y la concesión de autorización inicial de trabajo y residencia. Poner en su conocimiento el contenido del art. 59 *bis* de la LOEX. Escuchar sus intenciones o su deseo de acogerse a tal periodo de reflexión y actuar en consecuencia, en cuyo caso:
  3. Que firme por triplicado una solicitud de estancia temporal por 30 días, con petición de suspensión por dicho plazo del expediente sancionador y solicitud de puesta en libertad inmediata,

dirigida a la Subdelegación de Gobierno que haya solicitado el internamiento, tramitándose a través del propio registro del CIE.

4. Remitir copia del documento sellado a la Oficina del Defensor del Pueblo en calidad de QUEJA contra la actuación policial, cuando haya razones fundadas para sospechar un comportamiento doloso de la autoridad policial en la falta de información de los derechos previstos en el art. 59 *bis* de la LOEX.
- Si por el contrario, al margen de la trata, el imputado es víctima o testigo de un delito del art. 318 *bis* CP, y siempre que se trate de comisión por banda organizada, además de la misma indagación inicial por medio de la entrevista que en el apartado anterior, pero referida al art. 59 LOEX, y en caso de confirmarse tal circunstancia, se aplicará el siguiente PROTOCOLO:
1. Averiguar el nombre de su Abogado y ponerse en contacto con él, constatando si la circunstancia de ser víctima o testigo de delito fue puesta de manifiesto en alguna de las fases del procedimiento, y si se indagó tal circunstancia por el propio Abogado.
  2. Preguntarle al extranjero si tiene un Abogado específico para el delito (en acusación particular, lo más probable es que no), indagar y levantar acta de qué tipo de delito fue y qué actuaciones se han llevado a cabo (asistencia en hospital, denuncia, asistencia por forense, prestación de testimonio en el Juzgado, etc.).
  3. Suplir. En su caso, la falta de información que debería haberle dado la Policía. Comunicar a esta persona que, por haber sido víctima o testigo de un delito tiene derecho a una protección, y no a la expulsión inmediata, a poner en conocimiento del fiscal su situación y a que éste paralice su expulsión. Poner en su conocimiento el contenido del art. 59 LOEX, remarcando que para acogerse al mismo es necesario una colaboración activa, más allá de la mera denuncia de los hechos. Escuchar sus intenciones o su deseo de acogerse a tal posibilidad y actuar en consecuencia, en cuyo caso:
    - ≈ Deberá presentar por triplicado en el Registro del CIE solicitud de colaboración en los términos del art. 59 LOEX, dirigida a la Subdelegación de Gobierno correspondiente, manifestando su intención decidida de colaborar en el esclarecimiento del delito, e interesando la exención temporal de su responsabilidad administrativa para favorecer la persecución del mismo.

- ≈ Deberá firmar por triplicado la comunicación a la Fiscalía Provincial del lugar donde se investiguen los hechos (vía presentación por la Comisión de Asistencia Jurídica), exponiendo las circunstancias de su colaboración en el esclarecimiento de los mismos y solicitando que se active el mecanismo y en su caso las medidas de protección del art. 59.4 de la LOEX.
  - ≈ Deberá firmar comunicación al Juzgado de Instrucción internante donde exponiendo la presentación de los dos escritos precedentes, solicite la no autorización de la entrega de la puesta a disposición para expulsión, mientras no se garantice la puesta en marcha del mecanismo previsto en el art. 59 LOEX y se resuelvan los escritos previos a Fiscalía y Subdelegación.
- En caso de expediente sancionador sin internamiento, si el expediente sancionador aún no tuviera resolución definitiva, se procederá a comunicar por escrito en el expediente administrativo y en el Juzgado instructor, la opción de acogimiento del art. 59.2 LOEX a los fines dispuestos en el apartado 3 del mismo en cuanto a la opción de retorno asistido o concesión de autorización de trabajo y residencia. Si ya hubiera recaído resolución definitiva de expulsión, la comunicación se efectuará a la Fiscalía provincial, a fin de que la misma inste la revocación, en los términos previstos en el apartado 4 del art. 59 LOEX, y proceda en su caso a la comunicación que corresponda al Juzgado instructor de la imputación.

≈ Víctima y/o testigo no imputados:

Se actuará de la forma prevista para las víctimas o testigos del art. 318 *bis* CP que se encuentren con expediente sancionador sin internamiento, excepto la comunicación al Juzgado de Instrucción, por vía de los apartados 2 y 4 del art. 59 LOEX, según el caso, o si se tratara de víctimas de trata de seres humanos del art. 177 *bis* CP, por vía de los apartados 2, 3 y 4 del art. 59 *bis* LOEX.

≈ Menores de Edad:

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

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

- Debe distinguirse el apartado 1 del art. 318 *bis* CP (que permanece inalterado tras la reforma de 2010) del art. 313 CP en razón del sujeto pasivo protegido (personas en general en el primero, trabajadores en el segundo), así como por la modalidad comisiva del segundo, en el que no se exige ni la entrada efectiva en territorio español, ni siquiera la posterior obtención de un puesto de trabajo, según jurisprudencia penal consolidada.
- El delito del art. 318 *bis*.1 del CP es un delito de mera actividad pero que penaliza conductas de tendencia dirigidas a unas finalidades concretas. Por tanto, se equipara la autoría material y directa con conductas de mera participación.
- La jurisprudencia penal ha acotado la irrelevancia penal de ciertas conductas, que por su escasa entidad no hubieran podido producir la finalidad penada en el tipo. Esas conductas en cambio sí son sancionables administrativamente al amparo del art. 54.1.b LOEX.
- El caso específico de alojamiento de extranjeros en situación irregular, sólo será tipificable penalmente cuando pueda conectarse con el resto de las fases del delito transaccional (reclutamiento en origen y paso por frontera) de manera que el alojamiento sea la fase final. Sin esa conexión fáctica no existirá delito, aunque sí puede concurrir la sanción administrativa prevista en el art. 54.1.b LOEX (por todas STS 19-10-2005).

## 5 EXTRANJEROS EN PRISIÓN

### RECOMENDACIONES

Mientras se encuentran en situación de prisión preventiva y/o cumpliendo la pena de prisión en los Establecimientos Penitenciarios, los extranjeros y españoles conservan los derechos fundamentales, los cívicos y sociales, en la medida en que se encuentran contemplados en las leyes y no se entre en contradicción con el objeto de la detención o el sentido de la pena, el fallo condenatorio y la ley penitenciaria



## 1. El extranjero en prisión preventiva

### ÁMBITO PENITENCIARIO

#### **Regla general**

Principio de igualdad o no discriminación en virtud de lo establecido en el art. 3.º de la LOGP.

#### **Ingreso en prisión: Derechos**

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

- Que se ha cumplido lo regulado en el art. 15.5 del RP, sobre la puesta en conocimiento de las autoridades diplomáticas y consulares del correspondiente ingreso en prisión.
- Que toda la información que debe recibir el interno extranjero se realice de manera que sea comprendida por el mismo, a través de los folletos informativos elaborados por la Dirección de Instituciones Penitenciarias en diferentes idiomas (la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptada con fecha 21 de junio de 1984, reconoce las dificultades de los reclusos extranjeros debido al idioma, diferencia de cultura, religión y costumbres –R 84/12–).
- En caso de incumplimiento, se deberá exigir a la administración penitenciaria que se abastezca de los recursos necesarios (traductores) para la comunicación con los internos extranjeros.
- El Letrado deberá comprobar que el régimen para los internos preventivos será el denominado régimen ordinario, segundo grado, si bien hay que aclarar que las personas preventivas no son clasificadas, y sólo será a partir de que se dicte una Sentencia condenatoria y sea firme, cuando se procederá a su clasificación. Sin embargo, cuando se hace referencia a que los internos preventivos se regirán por las normas establecidas para el régimen ordinario es porque resultan de aplicación las reglas de seguridad de orden y disciplina necesarias para una convivencia ordenada.
- A que la Administración Penitenciaria, proporcione a la persona extranjera que ingresa en prisión los cursos de español en sus centros penitenciarios, para intentar que los internos extranjeros si fuera necesario estudien el idioma español y así facilitar la comunicación dentro de la cárcel.

## **Permisos**

Los permisos de salida de los internos preventivos, deben siempre ser aprobados por el Juez o Tribunal en el que se encuentra su causa (art. 48 LOGP).

## **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, del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, establece que las autorizaciones de residencia y trabajo cuando se pretenda su renovación o modificación se podrán presentar en cualquier registro de conformidad con el art. 38.4 de la ley 30/1992. Ello facilita el trámite para las personas privadas de libertad, al no ser requeridas personalmente para su renovación.

- El Letrado deberá indicar al extranjero la posibilidad de renovar su documentación sin necesidad de presentación personal y deberá requerir a la administración penitenciaria la documentación necesaria para instar la renovación (copia del pasaporte, copia de la Tarjeta de Identidad de Extranjeros).
- El Letrado del interno o éste personalmente podrán dirigirse a los trabajadores sociales, mediante instancia si lo realiza el propio interno, en la que solicitarán la tramitación de la renovación de su documentación.

### **Expedición de la tarjeta de identidad de extranjero renovada previa constatación de la huella dactilar**

- El Letrado solicitará el traslado de la persona extranjera para la interposición de huellas dactilares para expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero, una vez que la persona extranjera haya obtenido la reno-

vacación de su documentación por contestación de la administración o por el transcurso de 3 meses (silencio administrativo desde la solicitud de renovación), si el extranjero continuara en el centro penitenciario.

## **Recursos**

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

## **2. El extranjero penado**

### **ÁMBITO PENITENCIARIO**

#### **Ingreso Derechos**

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

#### **Clasificación**

Los criterios regulados en el art. 103 RP son:

- personalidad
- duración de las penas
- medio social del recluso
- historia individual, familiar
- recursos y habilidades del recluso

#### **Tercer grado**

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

Variables:

- Extranjero
- Drogodependencia
- Reincidencia
- Quebrantamiento
- 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 respectivo. En estos casos el riesgo de quebrantamiento es evidentemente alto y el Acuerdo pretende evitarlo».*

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

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

## **Comunicaciones**

- El art. 41.7 del RP, regula las comunicaciones, estableciendo que se organizarán junto con las visitas de forma que satisfaga las necesidades especiales de los reclusos extranjeros.
- Reconocimiento de los mismos derechos de comunicación y visitas que a los nacionales, pero, además, se trabaja para que estas se produzcan realmente, consiguiendo una mejor integración en medio en el cual viven.
- El art. 49.3 del RP recoge la comunicación de los reclusos extranjeros en locales adecuados, con los representantes diplomáticos o consulares del país.

## **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 los arts. 90 y ss. del Código Penal y en los arts. 192 y ss. del RP.

### REQUISITOS

#### I. Subjetivos:

- buena conducta (pago de la responsabilidad civil)
- existencia de pronóstico individualizado y favorable.

#### II. Objetivos:

- que el interno se encuentre en tercer grado,
- que se haya extinguido las tres cuartas (3/4) partes de la condena,
- excepcionalmente que se haya extinguido las dos terceras (2/3) partes y haya desarrollado continuamente actividades laborales, formativas etc. (Art. 91 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 tres cuartas (3/4) partes de la condena o las dos terceras (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 regresar a España antes del licenciamiento definitivo.
- Con referencia al preso extranjero las peculiaridades con las siguientes:
  - A. Que el art. 197 del RP debe aplicarse a todos los extranjeros que deseen cumplir la libertad condicional en su país, ya que aunque el texto del precepto se encabeza respecto de los extranjeros «ilega-

les» en España, también es de aplicación a los españoles con residencia legal en el extranjero, y a estos hay que asimilar al resto de los extranjeros que, obviamente, tienen residencia legal en su país.

- B. Si se aplica a un extranjero la libertad condicional, imponiéndole como regla de conducta (art. 90.2 CP) la expulsión del territorio nacional (art. 96.3 CP), y el extranjero no desea ser expulsado, el Letrado debe formular el oportuno recurso, ya que el art. 96.3 CP es una medida de seguridad y para su aplicación es necesario que concurren, además de un pronóstico claro de peligrosidad criminal, los requisitos que se exigen en los arts. 95 y 101 y ss., todos del CP.
- El Cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia que exige la conformidad del interno y la autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (art. 90 y ss. del CP y arts. 197 del RP).

### **Expulsión al acceder al tercer grado o cumplir las tres cuartas (3/4) partes de la condena**

- Art. 89 CP:

Se aplica a las penas privativas de libertad cualquiera que sea la duración.

Acuerdo de expulsión durante la ejecución de la condena y no solo en Sentencia.

Carácter preferente de la expulsión, si bien cabe alegar razones justificadas para su exclusión independientemente de la naturaleza del delito

## **Ámbito de aplicación de la Ley de Extranjería**

### **1. 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 éste personalmente, podrán dirigirse a los trabajadores sociales, mediante instancia si lo realiza el propio interno, en la que solicitarán la tramitación de la renovación de su documentación.

## RESOLUCIÓN

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

## RECURSOS

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

## **Autorizaciones de trabajo**

A) Desarrollo de actividades laborales en los talleres de los centros penitenciarios:

- La resolución judicial que ordene el ingreso en prisión del ciudadano extranjero es 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:
  - Calificación 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 de los arts. 123 y ss. RELOEX (circunstancias excepcionales):
  - Supuestos de arraigo laboral, familiar o social.
  - Supuestos de protección internacional (asilo y personas desplazadas).
  - Razones humanitarias.
  - Extranjeros que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales.
- Encontrarse en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria por el que se acuerda la clasificación o la concesión de la libertad condicional, en uno de los supuestos de los arts. 147 y ss. RELOEX:
  - 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.

## EFFECTOS

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

## **Cumplimiento de condenas en el país de origen**

- 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 pertinente.

Examinada la solicitud se acompañan los siguientes documentos:

- Testimonio de Sentencia
- Testimonio de Auto de firmeza de Sentencia
- Liquidación judicial de la condena.
- Certificado del tiempo que resta por cumplir de la condena que no puede ser inferior a 6 meses.
- Informe penal y penitenciario donde se reflejará las responsabilidades pendientes, situación de las mismas, clasificación etc.
  - El Estado de condena y el Estado de cumplimiento deben estar de acuerdo con el traslado.

### RESOLUCIÓN

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

## **Anexo: legislación y jurisprudencia aplicable**

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

- Art. 89 CP.
- Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1

de julio, del Poder Judicial, que autoriza el ingreso en prisión en tanto se materializa la expulsión, si bien la autoridad administrativa cuenta con treinta días para llevar a cabo la expulsión y en otro caso tiene que justificar por no se ha llevado a cabo la expulsión.

- Ingreso en CIE.
- Art. 197 del Reglamento Penitenciario.
- Arts. 90.2, 86 y 96.3, todos del CP, en relación con la posibilidad de imponer la expulsión del territorio nacional como regla de conducta a la hora de conceder la libertad condicional.

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

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

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

- Art. 57.7 LOEX.
- Art. 53.1.a LOEX.

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

- Art. 57.2 LOEX.

Conformidades en los juicios penales

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

Otros aspectos:

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

## 6 MENORES NO ACOMPAÑADOS

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

Así las cosas, y de conformidad con la LOEX y el RELOEX, éstos son los pasos que deben de seguirse cuando se está ante a un menor extranjero no acompañado:

- Localizado un presunto menor extranjero no acompañado, a pesar que se tiene por prioritario localizar a sus familiares en su país para reagruparlo, en primer lugar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad lo ponen en conocimiento del Ministerio Público y de los Órganos competentes de las Comunidades Autónomas, para que se le preste atención inmediata de acuerdo con la legislación específica de menores (art. 35.3 de la LOEX y art. 190 del RELOEX).
- Si carece de documentación, o la presentada puede ser falsa y teniendo dudas acerca de la edad del extranjero, se comienza el procedimiento de determinación de la edad por el Ministerio Fiscal.
- Comprobación si está Registrado en el Registro de Menas.
- Traslado al Centro Médico a efectos de que se realicen las pruebas pertinentes acerca de la determinación de la edad (actualmente se utilizan pruebas oseométricas muy falibles y poco recomendables. Véase el Informe del Defensor del Pueblo acerca de la determinación de la edad de los MENAS ¿Menores o adultos? Procedimientos de determinación de la edad .Defensor del Pueblo 2012).
- La determinación de la edad se realiza por decreto del Ministerio Fiscal.
- No está determinada, ni legal, ni reglamentariamente, la asistencia letrada en el procedimiento de determinación de la edad, y ni siquiera existe recurso alguno contra el decreto del Ministerio Público.
- Puesta a disposición del menor en los Servicios de Protección Autonómicos (art. 190.5 RELOEX).
- Se inicia en forma paralela el procedimiento de repatriación (art. 191 RELOEX).

- Mejora las garantías al establecer notificación al menor del inicio del procedimiento de repatriación (art. 192 RELOEX), a ser oído, e incluso a participar en el procedimiento si es mayor de 16 años. Si es menor de esa edad, se le nombra defensor judicial (art. 193 RELOEX)
- Se establece trámite de audiencia con presencia de defensor, que es aconsejable que se trate de Letrado conocedor de la materia extranjería y/o de la de protección de menores
- Toda resolución de repatriación, es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Si no es posible la repatriación y en todo caso pasados 9 meses desde su puesta a disposición de los Servicios de Protección, el menor debe de ser documentado, y debe de realizarse de oficio o a instancia de parte (art. 196.1 RELOEX).
- Incluso debe de ser renovada dicha documentación si el menor alcanza la mayor edad, y estuvo bajo la tutela de un servicio de protección
- Si el menor alcanza a la mayoría de edad, sin estar documentado puede instarla, siempre que haya estado tutelado y pueda acreditar ingresos o contar con contrato de trabajo o ejerza actividad por cuenta propia.
- Por lo expuesto, se insta a los Colegios que se creen servicios de asistencia jurídica especializada en Menores, y turnos específicos de menores que puedan brindar asistencia en lo referente a la propia documentación del menor, asistirle desde el inicio de la determinación de la edad, a defenderle en el proceso de repatriación y en todo lo que atañe a la constitución de la tutela, así como en la propia documentación del menor. Estas actuaciones actualmente exceden las materias consideradas por separado, por lo que se insta a realizar formación específica dirigida a abarcarlas en dicho Turno.
- Además, dado el tenor del art. 190.2 RELOEX, y una vez elaborado por la Administración el Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, los Letrados deberán ser vigilantes de que su contenido y aplicación respete los derechos fundamentales que asisten al menor extranjero.

## VADEMÉCUM DE REGLAS BÁSICAS PARA EL ABOGADO DE EXTRANJERÍA

- En las expulsiones por procedimiento preferente
- En los supuestos de ejecución de expulsiones en el plazo de 72 horas
- Ante la petición de aplicación del artículo 57.2 LOEX
- Para asistir en Barajas en supuestos de denegación de entrada
- Ante las devoluciones
- En los procedimientos sancionadores ordinarios
- Ante las solicitudes de internamiento
- En los procedimientos contencioso-administrativos
- En los juicios rápidos
- Ante la identificación del extranjero en la calle y el *habeas corpus*
- Ante la aplicación del artículo 57.7 LOEX
- Frente a los artículos 89 y 108 CP
- Artículos 318 bis y 177 bis CP, en relación con el artículo 59 LOEX
- Extranjeros en prisión
- Menores no acompañados



# VADEMÉCUM DE REGLAS BÁSICAS PARA EL ABOGADO DE EXTRANJERÍA

## **EL ABOGADO DEBE...**

### **EN LAS EXPULSIONES POR PROCEDIMIENTO PREFERENTE**

1. En el caso de practicarse interrogatorio: Mantener entrevista previa con el extranjero, para tomar conocimiento de las circunstancias en que, en su caso, se produjo la detención cautelar (en particular, sobre si el extranjero portaba y exhibió documentación que le identificada y, a pesar de ello, fue detenido), recabar datos, informar al extranjero de las preguntas que se le van a realizar y las consecuencias de las respuestas. En todo caso se tendrán en cuenta todas esas circunstancias para elaborar el escrito de alegaciones.
2. Comprobar personalmente si el extranjero precisa de la asistencia de intérprete.
3. Presentarse ante el extranjero como Letrado independiente, con la misión de asistirle y sin relación con la Policía.
4. Ser designado por el extranjero como su representante ex art. 32 L. 30/92 y recabar del extranjero la manifestación de la voluntad de recurrir (art. 22.3 LOEX y 223 RELOEX).



5. Cuidar que al extranjero se le entregue copia del acuerdo de incoación del expediente sancionador.
6. Facilitar al extranjero los datos de contacto (domicilio, teléfono, correo electrónico) y solicitar a éste que haga lo propio con el Letrado, advirtiéndolo al extranjero de la necesidad de mantener puntualmente informado al Abogado de cuantas incidencias se produzcan.
7. Formular siempre alegaciones en el trámite del art. 63.4 y 5 LOEX, si quiera sea negando los hechos en los que se apoya el expediente sancionador.
8. Incorporar en las alegaciones la petición de notificación al Letrado, como representante administrativo, de la resolución que se adopte en el expediente sancionador.

## **EN LOS SUPUESTOS DE EJECUCIÓN DE EXPULSIONES EN EL PLAZO DE 72 HORAS**

9. Examinar el expediente, y entrevistarse privadamente con el extranjero.
10. Recabar toda la información posible del expediente.
11. Conseguir toda la información posible del extranjero.
12. Contactar a la mayor brevedad con el compañero que asiste al extranjero en el expediente administrativo, para comunicarle la detención y la posible ejecución de la expulsión en el plazo de 72 horas.
13. Facilitar la información necesaria al compañero que lleva el expediente administrativo para que solicite en su caso la medida cautelar urgente o cautelarísima dada la posible inminencia de la expulsión.

## **ANTE LA PETICIÓN DE APLICACIÓN DEL ART. 57.2 LOEX**

14. Cuidar que en el expediente se observen todos cuantos trámites aparecen en los arts. 63 LOEX y 234 a 236 RELOEX.

15. Comprobar si la Sentencia condenatoria ha alcanzado firmeza, pues si la resolución judicial no es firme y/o se encuentra pendiente de recurso no puede constituirse en causa de expulsión.
16. Asegurarse que el requisito temporal para la aplicación del art. 57.2 LOEX trae causa de una única condena, rechazando las adiciones de diversas condenas inferiores al año para alcanzar el mínimo de un año y un día.
17. Cerciorarse de que la condena en la que se pretende la aplicación del art. 57.2 LOEX lo es por delito doloso.
18. Indagar sobre si los antecedentes penales originados por la condena por delito doloso a privación de libertad superior a un año han sido cancelados, pues de estar cancelados no opera la causa de expulsión del art. 57.2 LOEX.
19. Exigir, aún concurriendo en el extranjero una condena a privación de libertad con una duración superior a un año por la comisión de un delito doloso con vigencia de los antecedentes penales, el cumplimiento de los ordinales 5 y 6 del art. 57 LOEX, que prohíbe la imposición de la sanción de expulsión en los supuestos en tales preceptos reseñados, particularmente en el supuesto de residente de larga duración.

## **PARA ASISTIR EN BARAJAS EN SUPUESTOS DE DENEGACIÓN DE ENTRADA**

20. Estar adscrito al turno especial al efecto instituido por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Para ello se exige una previa colegiación de cinco años y realizar un curso de especialización en materia de extranjería de una duración mínima de 30 horas.
21. Estar localizable y disponible durante la duración del servicio de guardia
22. Acudir a las terminales 1 y 4 del aeropuerto de Madrid-Barajas, cuando sea requerido para prestar asistencia letrada a los extranjeros a quienes se vaya a incoar un expediente sobre denegación de entrada.
23. Tomar vista e instruirse del expediente iniciado, entrevistarse con el extranjero antes de la toma de manifestaciones e informar al extranjero de los motivos por lo que no se le permite la entrada en territorio español.

24. Informar al extranjero sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita, proporcionándole los impresos correspondientes.
25. Cuidar que el extranjero le confiera el apoderamiento previsto en el art. 32 de la L. 30/1992 y que efectúe la manifestación expresa de la intención de recurrir a que se hace referencia en el art. 22.3 LOEX y 223 RELOEX.
26. Solicitar al extranjero datos de contacto, facilitando a éste los del Letrado.
27. Continuar asistiendo al extranjero ante el Juzgado de Instrucción ante el que se proponga el internamiento si el retorno del extranjero al que no le es permitida la entrada al territorio nacional no se produce en el plazo de 72 horas y se decide por la autoridad policial la propuesta de internamiento en CIE.

## **ANTE LAS DEVOLUCIONES**

28. Comprobar que el extranjero al que se pretende devolver no sea susceptible de protección internacional, o que se trate de una mujer embarazada para la que la devolución pueda constituir un riesgo para ella misma o para la gestación, o que la medida de devolución pueda suponer un riesgo para la salud del extranjero.
29. Cuidar que el extranjero confiera el apoderamiento previsto en el art. 32 de la L. 30/1992 y que efectúe la manifestación expresa de la intención de recurrir a que se hace referencia en el art. 22.3 LOEX y 223 RELOEX.
30. Exigir la incoación de expediente administrativo, siendo prioritario garantizar el trámite de audiencia al extranjero.
31. Solicitar, mediante OTROSÍ DIGO, si se interpone Recurso de Alzada contra la resolución que acuerde la devolución, en los casos que así interese, la suspensión del acto impugnado a fin de evitar la expulsión del extranjero mientras se resuelve el recurso (STS de 28.02.2006).

## **EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES ORDINARIOS**

32. Comprobar, si la resolución es de expulsión, que se concede el extranjero el plazo de cumplimiento voluntario (de 7 a 30 días), así como si concurren causas de prórroga.

33. Cuidar que el extranjero cuente con asistencia de Letrado y de intérprete.
34. Formular alegaciones, en las que deberá aludirse a las posibles circunstancias concurrentes que pudieran justificar una petición de prórroga de la expulsión.
35. Intercambiar con el extranjero los datos de contacto (dirección, teléfono, correo electrónico).
36. Ponderar la posibilidad, si el expediente finaliza con imposición de multa, de formular recurso en el supuesto de que su cuantía sea superior a la mínima o si concurren causas de nulidad.

## **ANTE LAS SOLICITUDES DE INTERNAMIENTO**

37. Si el Letrado que asiste al extranjero en la propuesta de internamiento no es el mismo que el que interviene en el procedimiento administrativo en el que se pretende la adopción de la medida cautelar, deberá contactar de forma inmediata con el compañero que asiste al extranjero en el expediente administrativo, para comunicarle la propuesta de internamiento.
38. Mantener entrevista previa con el extranjero en sede policial, así como antes de la declaración a presencia judicial.
39. Examinar el expediente administrativo para ponderar si concurren o no los requisitos referidos en el segundo párrafo del ordinal 1 del art. 62 LOEX que podrían justificar la decisión de internamiento por el Juez de Instrucción –riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes o dificultar o evitar la expulsión, la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes– o si se está ante la circunstancia de enfermedad grave del extranjero. Deberá señalarse cualquier dato o indicio que pudiere existir sobre la imposibilidad de materialización de la expulsión.
40. Formular los Recurso de Reforma y subsidiario de Apelación o Recurso Directo de Apelación contra la decisión de internamiento.
41. Mantener mientras dure el internamiento contacto con el extranjero.
42. Recabar información sobre si han existido ingresos previos del ex-

tranjero en otros Centros de Internamiento de España, teniendo en consideración que la LOEX establece que no puede acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente (art. 62.2 LOEX).

## EN LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

43. Emplear para recurrir las resoluciones administrativas relativas al Derecho de Extranjería el procedimiento abreviado de la L. 29/1998 y redactar la demanda en el escrito inicial (art. 78.1 L. 29(98), en el que se propondrá la adopción de medidas cautelares (arts. 129 y ss. L. 29/98). A salvo los recursos en materia de denegación de visados que deberá formalizarse a través del procedimiento ordinario ante el TSJ de Madrid.
44. Acudir y hacer uso, en apoyo de las pretensiones del extranjero, tanto del Derecho español como del acervo de la Unión Europea y a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Instando, en su caso, el planteamiento de cuestión prejudicial europea.
45. Tener presente que, en el acto de la Vista, podrá, una vez examinado el expediente administrativo del que se le dá traslado con posterioridad a la presentación de la demanda, sin alterar sustancialmente la pretensión deducida en el escrito inicial de demanda, ampliar los motivos jurídicos en los que la parte recurrente fundamente el objeto de la litis.
46. Ponderar la oportunidad de hacer uso de la posibilidad de solicitar en la demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni celebración de Vista.

## EN LOS JUICIOS RÁPIDOS

47. Valorar con el extranjero las consecuencias de las Sentencias condenatorias en conformidad, teniendo en cuenta que salvo que el extranjero sea titular de una autorización de residencia de larga duración, no suele convenir a los intereses del extranjero. Si el extranjero se encuentra en situación de irregularidad, la Sentencia de conformidad provocará que no pueda acceder a una autorización inicial de residencia temporal, al tener antecedentes penales (art. 31.5 LOEX); si

el extranjero es titular de una autorización temporal, la tenencia de antecedentes penales dificultará, cuando no impedirá, la renovación (art. 31.7.a LOEX).

48. Advertir al extranjero que las Sentencias dictadas de conformidad que impongan una pena de privación de libertad superior a un año son incardinables en la causa de expulsión del art. 57.2 LOEX.
49. Impulsar, si se llega a Sentencia de conformidad, la ejecutoria, al efecto de que se dé cumplimiento a la pena sin dilaciones para poder acceder a la cancelación de los antecedentes penales.

## **ANTE LA IDENTIFICACION DEL EXTRANJERO EN LA CALLE Y EL *HABEAS CORPUS***

50. Instar el procedimiento de habeas corpus solicitando la inmediata libertad del extranjero ante el conocimiento de la detención de un extranjero que esté comprendido en alguna de las situaciones que la policía denomina «detención a efectos de identificación», «detención preventiva» o «detención cautelar», y el motivo de esa detención no sea la incoación previa y anterior de un expediente sancionador para la expulsión, o la comisión de un ilícito penal.
51. Valorar, en los casos indicados en el ordinal 51 anterior, la posible presentación de una denuncia por detención ilegal, en la que se incluiría al instructor del expediente de expulsión que pretenda dar cobertura legal con ello a la detención, como cómplice o cooperador necesario.

## **ANTE LA APLICACIÓN DEL ART. 57.7 LOEX**

52. Exigir que a la petición que se efectúe al Juez por la Policía de aplicación del art. 57.7 LOEX se adjunte el expediente administrativo de expulsión completo. No basta con la mera resolución en la que se haga constar que el extranjero se encuentra procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza. El no examen del expediente imposibilita valorar las circunstancias a las que se refiere el propio precepto.

## **FRENTE A LOS ARTS. 89 Y 108 CP**

53. Cuidar que la sustitución *ex art. 89 CP* queda reservada a los extranjeros no residentes legalmente en España, ésto es, aquellos extranjeros que carecen de una autorización administrativa de residencia en territorio español.
54. Comprobar en las actuaciones la existencia de la acreditación por la autoridad competente de la situación del extranjero en relación a su estancia/residencia en España.
55. Advertir al extranjero que la sustitución regulada en el art. 89 CP es aplicable a todas las penas privativas de libertad, que son las que enumera el art. 35 CP: prisión, localización permanente y responsabilidad personal por impago de multa; y que el art. 89.1 CP no distingue entre delitos y faltas, por lo que rige para ambos tipos.
56. Tener en consideración que la actual redacción del art. 89.1 CP no se refiere únicamente a las circunstancias concurrentes al momento de la comisión del hecho delictivo, sino que comprende desde la comisión del hecho delictivo hasta su enjuiciamiento y posterior fase ejecutiva.
57. Oponerse, por observancia del principio de justicia material, a que la expulsión prevista en el art. 89 CP sea de aplicación a las condenas de privación de libertad impuestas en el seno de Juicios de Faltas, con apoyo, además, en el artículo 71.2 CP.

## **ARTS. 318 BIS Y 177 BIS CP, EN RELACIÓN CON EL ART. 59 LOEX**

58. Averiguar, en los supuestos de los arts. 318 *bis* y 177 *bis* CP, si el extranjero cuenta con Abogado, con el que deberá contactar.
59. Constatar si la circunstancia de ser el extranjero víctima de trata fue puesta de manifiesto en alguna de las fases del procedimiento penal (a los efectos del apartado 11 del art. 177 *bis* CP), y administrativo sancionador (si fuera distinto), y si se indagó tal circunstancia por el propio Abogado.
60. Suplir, en el supuesto del art. 177 *bis* CP y en el del art. 318 *bis* CP, la falta de información que debería haber dado la Policía al extranjero.

## **EXTRANJEROS EN PRISIÓN**

61. Cuidar que se de cumplimiento a lo regulado en el art. 15.5 del Reglamento Penitenciario, sobre la puesta en conocimiento de las autoridades diplomáticas y consulares del correspondiente ingreso en prisión del extranjero, si éste así lo interesare.
62. Comprobar que toda la información que debe recibir el interno extranjero se realice de manera que sea comprendida por el mismo, a través de los folletos informativos elaborados por la dirección de Instituciones Penitenciarias en diferentes idiomas.
63. Informar al extranjero que al momento de su ingreso en prisión sea titular de una autorización de residencia sobre la posibilidad de solicitar la renovación su documentación sin necesidad de presentación personal y requerir a la administración penitenciaria la documentación necesaria para instar la renovación (copia del pasaporte, copia de la Tarjeta de Identidad de Extranjeros).
64. Poner en conocimiento del penado extranjero la posibilidad legal existente de cumplimiento de la libertad condicional en su país de residencia.
65. Comunicar al penado extranjero, con independencia de que al momento de acordarse el ingreso en prisión fuera titular de autorización de residencia o que se encontrara en situación de irregularidad administrativa, el derecho que le asiste de participar en los talleres de los Centros Penitenciarios y que la resolución judicial que ordena el ingreso en prisión se constituye en autorización de trabajo.
66. Participar al penado extranjero el derecho que le asiste, en determinados supuestos y cumpliendo los requisitos al efecto establecidos, a desarrollar actividades laborales fuera del Centro Penitenciario.
67. Poner en conocimiento del penado extranjero la posibilidad de solicitar el cumplimiento de las condenas en el país de origen.

## **MENORES NO ACOMPAÑADOS**

68. Exigir, aunque no existe previsión legal expresa al respecto, cuando por cualquier medio llegue a su conocimiento que se pretende realizar o se está realizando una prueba de determinación de la edad de un presunto menor extranjero no acompañado, que el menor sea asistido jurídicamente.
69. Reproducir, si el Fiscal concluye que se trata de una persona mayor



de edad, frente a los decretos del Ministerio Fiscal en los que se pronuncie sobre la determinación de edad del presunto menor extranjero ante los que no está prevista la posibilidad de interposición de recurso, la cuestión de la minoría de edad en el procedimiento penal y/o administrativo que se incoe en relación al extranjero.

70. Asistir al menor en los procedimientos de repatriación que se incoen y actuar en interés del menor, al que defenderá en el expediente administrativo y cuidará de que sea dotado de la preceptiva documentación.



LEX NOVA



THOMSON REUTERS