



## Extranjeros en prisión y jurisprudencia europea. La necesaria revisión de la TVR penitenciaria

**Puerto Solar Calvo**

*Jurista de Instituciones Penitenciarias*

*Doctora en Derecho*

### Extracto

La evidente contradicción de fines entre la norma penitenciaria –tendente a la reinserción de quien ha delinquido con independencia de su nacionalidad– y la de extranjería –tendente a la expulsión del extranjero que ha cometido un delito– se ha venido resolviendo tradicionalmente mediante instrumentos normativos que permiten la expulsión cuasi automática de quien no siendo nacional español, incurre en alguno de los tipos previstos en nuestro CP. Como máximo exponente de ello, destaca especialmente el artículo 89 del CP, que, tras la reforma realizada por LO 1/2015, permite expulsar a los extranjeros con independencia de su situación administrativa, incluso, en determinados casos, a quienes pertenecen a la UE. La evolución de la jurisprudencia europea en esta materia, tanto del ámbito específico de la UE, como la propia del Consejo de Europa, camina en sentido contrario a la normativa española. Cada vez más, se interpretan como contrarias a los tratados y a los derechos humanos más básicos las normas que fomentan la expulsión sin tener en cuenta las circunstancias de arraigo del extranjero. A la vez, cada vez más, este concepto de arraigo se está perfilando como un concepto amplio y flexible adaptado a las múltiples circunstancias vitales que a lo largo de la vida se presentan. Ni la normativa española, ni los instrumentos de ejecución con que cuentan los operadores jurídicos se han adaptado a esta interesante e innovadora evolución jurisprudencial. La tabla de variables de riesgo (TVR) penitenciaria, determinante para la concesión de permisos, es un claro ejemplo de la imperiosa necesidad de cambio en este ámbito fundamental de actuación pública. El presente trabajo expone la situación descrita y realiza algunas propuestas de cambio que permitirían caminar en el sentido que los máximos órganos de interpretación nos vienen reclamando.

**Palabras clave:** extranjeros; expulsión automática; artículo 89 del CP; jurisprudencia europea; tabla de variables de riesgo (TVR); propuestas.

Fecha de entrada: 04-05-2019 / Fecha de aceptación: 03-06-2019

**Cómo citar:** Solar Calvo, P. (2019). Extranjeros en prisión y jurisprudencia europea. La necesaria revisión de la TVR penitenciaria. *Revista CEFLegal*, 222, 77-106.



# Foreigners in prison and European case law. The necessary change of penitentiary actuarial instruments

Puerto Solar Calvo

## Abstract

The important contradiction between the aims of penitentiary rules –that follow the social rehabilitation of all inmates, independent of their nationality– and the specific rules about foreigners –that follow the expulsion of those foreigners that have committed a crime– has been traditionally solved by means of the use of instruments for deportation of foreigners in prison. The recently changed of article 89 Spanish Penal Code is a good example about this tendency. The result is a new instrument for the deportation of foreigners that have committed a crime, without considering their administrative situation and also, in some cases, dealing with European citizens. European Case Law coming from the European Court in Luxembourg, but also the sentences coming from the European Court of Human Rights, are clearly against this situation. On the one hand, we have more and more sentences that state that the national normative that leads to the automatically expulsion of foreigners is against treaties and human rights. On the other hand, these European Courts are developing a flexible concept of root that allows the adaptation to the different and plural situations of the foreigners that have been sentence or are in prison. Spanish legal and administrative practices have not adapted themselves to this evolution. The actuarial instrument of the Spanish penitentiary administration, the so called *tabla de variables de riesgo* (TVR), is a good example of it. This paper tries to expose the global situation of this contradictions and makes some proposals to solve it.

**Keywords:** foreign; automatically expulsion; article 89 Penal Code; European Case Law; actuarial instruments; proposals.

**Citation:** Solar Calvo, P. (2019). Extranjeros en prisión y jurisprudencia europea. La necesaria revisión de la TVR penitenciaria. *Revista CEFLegal*, 222, 77-106.





## Sumario

1. Normas con fines contrapuestos pero idéntico sujeto pasivo
  - 1.1. La expulsión administrativa previa a la condena
  - 1.2. La expulsión penal del artículo 89 del CP
2. Jurisprudencia europea que contradice la situación
3. Necesaria relectura de las técnicas actuariales penitenciarias
  - 3.1. Breve descripción de la técnica actuarial penitenciaria
  - 3.2. El supuesto paradigmático de la variable de extranjería
4. Propuestas concretas de mejora. El peso del artículo 25.2 de la CE: retomando la labor penitenciaria

Referencias bibliográficas

## 1. Normas con fines contrapuestos pero idéntico sujeto pasivo

El régimen jurídico de los extranjeros en prisión resulta especialmente complejo, en tanto se trata de un colectivo sobre el que recaen dos cuerpos normativos con finalidades diferentes<sup>1</sup>. De un lado, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social (LOE), que, a pesar de su eufemística denominación, se dedica principalmente a determinar el régimen de su regularización y, de no alcanzarse esta, su inevitable expulsión. De otro, la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), que tiene como finalidad principal la reinserción de todos los condenados en los términos del artículo 25.2 de la CE, sean estos nacionales o extranjeros.

Así, mientras que la LOE, sobre las premisas establecidas por el Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, escoge el concepto de regularización como eje básico en la asignación de derechos a los extranjeros, la norma penitenciaria, además de proveerlos de derechos específicos<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Destaca esta contradicción García (2007, pp. 3-4). Por su parte, resume los motivos de lo que denomina «intersección entre el derecho penal y el administrativo» y, por ende, el derecho administrativo y el penitenciario, Larrauri Pijoan (2016, p. 5), incluyendo entre ellos no solo los diferentes tipos de expulsión penal y administrativa que se abordan en estas páginas, sino también la conversión de sanciones administrativas en condenas y la mayor criminalización de conductas ligadas a la inmigración.

<sup>2</sup> El TC, en interpretación del artículo 13 de la CE diferencia los derechos que por derivarse de la dignidad humana siempre pertenecen a los extranjeros, como el derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad de ideología y religión o el derecho a la tutela judicial efectiva; aquellos que nunca les pertenecerán, como el derecho a participar en asuntos públicos del artículo 23 de la CE; y aquellos otros que les pertenecerán o no según lo que establezcan las leyes y tratados, siendo estos últimos los de libertad personal, educación, asistencia sanitaria, trabajo, reunión, asociación o sindicación. La LOE es la que ha venido a establecer la manera en la que los extranjeros pueden acceder a la titularidad de estos últimos derechos, escogiendo como criterio su situación de regulares o no. Destacan, entre otras, las SSTC 107/84, 99/85, 130/95, 95/2000 y 95/2003. Analizan la cuestión Tajadura Tejada (marzo 2014, pp. 876-885); Ríos Martín, Etxebarria Zarrabeitia y Pascual Rodríguez (2016, pp. 812-813).

<sup>3</sup> Especialmente, el artículo 15.5 del RP sobre el derecho de los extranjeros a comunicar su ingreso en prisión a las autoridades diplomáticas y consulares, el artículo 41.7 del RP sobre el derecho a que sus comunicaciones se organicen en igualdad con las de los internos nacionales, el artículo 49.3 del RP del derecho a comunicar con las autoridades diplomáticas y consulares en locales adecuados, y los apartados 2 a 5 del artículo 52 del RP sobre el especial derecho a información de los internos extranjeros.

proclama en su artículo 3 el principio de igualdad sin reservas en cuanto a la asignación y disfrute de los derechos que contempla<sup>4</sup>.

El conflicto normativo se agrava si tenemos en cuenta que lo que es presupuesto de hecho para la aplicación de la LOGP, la entrada en prisión por comisión de un delito, también lo es para la aplicación del régimen de expulsión de la LOE y el consiguiente decaimiento del título habilitante para ser portador de derechos conforme a la normativa de extranjería. En concreto, para el caso de los extranjeros que hayan cometido un delito, la LOE establece en su redacción actual, y a pesar de lo que interesadamente se pueda transmitir a la opinión pública, un régimen de expulsión administrativa severo y prácticamente inevitable, basado normalmente en dos motivos. De un lado, el del artículo 57.2 de la LOE, que nos dice que es 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». De otro lado, suele acompañar a la causa de expulsión del artículo 57.2 de la LOE el haber cometido el extranjero la infracción del artículo 53.1 a) de la LOE por encontrarse irregularmente en territorio español, bien por no haber realizado los trámites de renovación una vez en prisión, bien por contar con antecedentes penales que impiden la regularización<sup>5</sup>. Infracción que en consonancia con el artículo 57.1 de la LOE conlleva igualmente la expulsión<sup>6</sup>. Por tanto, en referencia a los extranjeros en prisión, nos encontramos con un colectivo sobre el que la LOE y la LOGP tienen objetivos marcadamente diferenciados.

No es fácil resolver esta tensión legal. Dentro de los centros penitenciarios se apela a la relación de sujeción especial que vincula a internos y Administración y que otorga primacía a la normativa penitenciaria. Paradójicamente, este vínculo, que habitualmente perjudica a los privados de libertad en sus derechos, sitúa a los internos extranjeros en un estatus normativo

---

<sup>4</sup> Fernández Arévalo y Nistal Burón (2016, pp. 929-930) y Andrés Laso (2016, p. 401), quienes se remiten al artículo 3 de la LOGP que proclama que: «La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza».

<sup>5</sup> Se trata de lo que Larrauri Pijoan (2016, p. 5) denomina expulsión directa e indirecta y en las que la autora expone cómo los antecedentes penales tienen una presencia reiterativa, bien para provocar la expulsión directa del artículo 57.2 de la LOE o por la vía indirecta, impidiendo o dificultando la regularización.

<sup>6</sup> Según este último precepto: «Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción». Por su parte, el artículo 53.1 a) establece que: «Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

mejor que el que les correspondería de no estar sometidos a la Administración penitenciaria. De este modo, un interno extranjero no regular tiene el mismo acceso a la educación, la asistencia sanitaria y el trabajo en el centro penitenciario que un interno nacional<sup>7</sup>. No obstante, la utilidad de este concepto decae en cuanto el interno comienza a relacionarse más intensamente con el exterior, pues la relación de sujeción especial no sirve para solventar los problemas que la irregularidad administrativa plantea a la hora de acceder, por ejemplo, al mercado laboral. Y es que el progresivo acercamiento de los internos a la vida social normalizada pierde sentido con un colectivo concreto sobre el que recae una decisión previa de irregularidad en el medio social al que la norma penitenciaria pretende reintegrarlos. Conforme a esta lógica diabólica, la igualdad en el acceso a los permisos de salida y el tercer grado se ve también muy comprometida (Andrés Laso, 2016, p. 403). Si estos vienen a configurar y dar sentido al derecho al tratamiento del artículo 4 d) del Reglamento Penitenciario (RP), de qué sirve el acceso a los mismos si el fin último que pretenden, la reintegración social, es de partida imposible<sup>8</sup>. Se crea así *otro estatus* dentro de los internos que lleva a situaciones materiales siempre o casi siempre injustas, pues «a pesar de la importancia del principio de no discriminación [...] la gran mayoría de ellos se encuentran en situación de irregularidad y suelen ser excluidos de los programas de reintegración que se ofrecen al resto de los reclusos»<sup>9</sup>.

Ante esta situación, el legislador ha actuado en varios frentes. De un lado, evitando la entrada o estancia prolongada en prisión de los extranjeros irregulares, con expediente de expulsión decretado (art. 57.7 LOE) o sin él (art. 89 CP). De otro, concediendo terceros grados instrumentales a los extranjeros irregulares cuyo ingreso en prisión no haya podido evitarse. Es decir, aplicando la expulsión penal al tercer grado o la libertad condicional según el artículo 89 del CP.

## 1.1. La expulsión administrativa previa a la condena

El artículo 57.7 de la LOE configura un tipo de expulsión administrativa que actúa a la par del proceso penal, antes de recaer sentencia y una vez finalizado el expediente admi-

<sup>7</sup> Específicamente para la educación, el artículo 118.2 del RP: «Los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales. Con este fin, la Administración Penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario».

<sup>8</sup> Larrauri Pijoan (2016, pp. 5-12) expone la importante influencia de los antecedentes penales en la obtención de cada uno de los regímenes de residencia y autorización de trabajo y el difícil y tortuoso procedimiento administrativo y judicial al que avocan a los condenados que quieran obtener o recuperar su condición de ciudadano regular.

<sup>9</sup> Van Zyl Smit y Snacken (2013, p. 289), quienes exponen ese estatus diferenciado (pp. 196-199) al hilo de las Reglas Penitenciarias Europeas –Regla 13 de la no discriminación–, el art. 14 del CEDH y el Protocolo 12 que protege el disfrute de cualquier derecho establecido por ley.

nistrativo de expulsión. El precepto obliga a la autoridad judicial, salvo concurrir motivos excepcionales que lo justifiquen o en caso de determinados delitos (delitos contra los trabajadores relacionados con la inmigración ilegal), a no continuar con la acción penal si para el delito perseguido se establece pena inferior a seis años, sustituyendo la misma por la expulsión administrativa ya decretada. De acuerdo con su tenor literal:

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

[...]

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal<sup>10</sup>.

Con la finalidad de procurar el máximo de expulsiones, las diferentes versiones del precepto<sup>11</sup> han ido endureciendo el régimen previsto, restringiendo el margen discrecional de la autoridad judicial<sup>12</sup>. El mismo nos da una primera e impactante idea de la influencia del

<sup>10</sup> El contenido y, especialmente, la nomenclatura de estos delitos ha ido adaptándose a través de las diferentes reformas penales que les han afectado. En concreto, su contenido típico es el siguiente. El artículo 312.1 del CP, en su redacción dada por la propia LOE y mantenida a lo largo de las diferentes reformas penales, establece que: «Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra». Por su parte, el artículo 313 del CP castiga a: «El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior». Por último, el artículo 318 bis actual condena a: «1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior; 2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año».

<sup>11</sup> La última reforma se lleva a cabo mediante LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOE.

<sup>12</sup> La redacción original del precepto establecía que «la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice [...] su expulsión», poniendo el foco de la obligatoriedad en la co-

Derecho de Extranjería en la política penal y la tendencia a la expulsión que se impone cada vez de manera más pronunciada. Ello a pesar de sus importantes consecuencias, pues no olvidemos que a través del artículo 57.7 de la LOE se renuncia al ejercicio de la acción penal en pos del interés prevalente de la expulsión.

## 1.2. La expulsión penal del artículo 89 del CP

En paralelo al artículo 57.7 de la LOE y para los supuestos en que su aplicación no se ha llevado a cabo, el legislador modificó el artículo 89 del CP para introducir la obligatoriedad de la expulsión penal de los extranjeros irregulares que hubieran resultado condenados<sup>13</sup>. Conforme a la redacción inicial de este precepto, la expulsión penal se determinaría en sentencia y se ejecutaría, según que la condena fuese inferior o no a seis años, bien con carácter inmediatamente posterior a la misma, bien en el momento de acceso al tercer grado o cumplimiento de sus tres cuartas partes. El sometimiento del Derecho penal a la política de extranjería alcanzaba así a la ejecución penitenciaria, que quedaba profundamente trastocada y arbitraba un tipo de tercer grado y de libertad condicional que nada tienen que ver con el papel que tales instrumentos desempeñan en nuestro sistema de cumplimiento<sup>14</sup>.

---

municación que debía realizar la autoridad gubernativa a la judicial, pero no en la obligación de esta de autorizar la expulsión como se infiere de la redacción actual.

<sup>13</sup> En concreto, mediante LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

<sup>14</sup> De acuerdo con su tenor literal en la versión dada por LO 11/2003:

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 Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España.

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

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los arts. 88, 87 y 88 CP.

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

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

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

Las críticas a esta expulsión penal, complementaria de la puramente administrativa, no se hicieron esperar (Cancio Meliá, 2005). Según el Tribunal Supremo, en una resolución dura y que roza el límite de sus competencias –Sentencia de 8 de julio de 2004, rec. núm. 7/2004–, el artículo 89 del CP responde a lo que denominó *vértigo legislativo*, pues prioriza la expulsión a costa de derechos consolidados en el resto de nuestro ordenamiento jurídico, incluidos los tratados internacionales sobre protección de derechos humanos y la propia CE<sup>15</sup>. Así, el Tribunal Supremo se vio en la necesidad de recordar al legislador dos aspectos de los que el precepto comentado prescindía intencionadamente, incitando a su modificación con el fin de incluirlos. En concreto, la obligatoriedad de contemplar normativamente la audiencia del extranjero antes de resolver sobre su expulsión, además de la necesidad de que las decisiones adoptadas estuvieran adecuadamente motivadas, con especial consideración a las circunstancias particulares del interesado. Por ello, el artículo 89 del CP, conforme a la versión dada por la LO 5/2010, corregía estos aspectos<sup>16</sup>.

A su vez, más allá de criticar la expulsión automática que el artículo 89 del CP impone, muchos órganos sentenciadores optaron por acogerse a las excepciones que el precepto permite<sup>17</sup>. Lo anterior como resultado de un posicionamiento crítico con la norma que obliga a renunciar a la acción penal en pos de intereses ajenos a la misma y establece un sistema

---

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

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 318 bis 515.6.º, 517 y 518 del CP.

<sup>15</sup> Analiza la resolución Torres Fernández (2004). Desde un punto de vista más amplio, resumen su posicionamiento Fernández Arévalo y Nistal Burón (2016, pp. 955-956) y Ríos Martín *et al.* (2016, pp. 816-817).

<sup>16</sup> «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 [...]. 5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España». Aborda la redacción del artículo 89 del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010 Mapelli Caffarena (2011, pp. 148-153). En relación con sus versiones anteriores, pero apuntando problemas consolidados, Rodríguez Candela (1998, p. 55 y ss.), Flores Mendoza (2002), Paz Rubio (2003) y Díaz y García Conlledo (2007).

<sup>17</sup> Mapelli Caffarena (2011, p. 149), quien refiere que se ha consolidado un criterio jurisprudencial inclinado hacia el uso restrictivo de la expulsión sustitutiva. Igualmente, Daunis Rodríguez (2016, pp. 79 y ss.). Aporta datos que lo confirman Larrauri Pijoan (2016, p. 20).

de castigos distinto según se sea nacional o extranjero. En palabras de Martínez Escamilla (2014, p. 91), y como resumen del sentir general de los operadores jurídicos implicados,

la expulsión de ciudadanos extranjeros con motivo de la imposición de una pena de prisión y su sustitución no responde a ninguna finalidad político-criminal, tan solo a razones migratorias, lo cual ya de por sí cuestiona la propia existencia de esta figura. Dicha pertinencia puede ser cuestionada también desde la perspectiva del principio de no discriminación, habida cuenta de que supone un trato desigual en cuanto hace depender la respuesta al delito cometido de una circunstancia, la extranjería, que nada tiene que ver con el injusto del hecho, ni con la culpabilidad del autor, ni con razones político-criminales. No obstante estas razones, si se mantiene la existencia de la expulsión como sustitutivo penal, sería más lógico que el régimen general fuera el cumplimiento y la excepción la sustitución.

Sin embargo, si la situación descrita ya resultaba suficientemente desconcertante, la redacción que la Ley Orgánica 1/2015 da al artículo 89 del CP supera todas las previsiones y hace inviable encontrar soluciones a la problemática aquí planteada<sup>18</sup>. En concreto, la nueva norma determina que:

1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquel acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

---

<sup>18</sup> Ofrecen una visión crítica y explicativa del nuevo artículo 89 del CP Mendoza Buergo (2015, pp. 364-368), Martínez Escamilla (2014, pp. 79-97) e Iglesias Río (2015, pp. 173-188). Destaca su impacto penitenciario Solar Calvo (27 de agosto de 2015). Por su parte, ofrecen un resumen de los hitos normativos de la reforma Cervelló Donderis (2016, pp. 105-108) y Gracia Martín y Alastuey Dobón (2016, pp. 140-143).

3. El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

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

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

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

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

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

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

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

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

sión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

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

La redacción de este artículo corrige dos aspectos concretos que la doctrina había criticado respecto de su versión anterior. En concreto, se modula el tiempo de expulsión en función de la gravedad del delito cometido y las circunstancias personales del condenado, y se permite que, de no poder ejecutarse la misma, los internos extranjeros puedan beneficiarse de una posible suspensión o sustitución de la condena impuesta<sup>19</sup>. No obstante, no podemos felicitarnos de un precepto que profundiza en el sometimiento de la política penitenciaria a la de extranjería y sitúa, más si cabe, al extranjero como enemigo del sistema (Iglesias Río, 2015, p. 175).

En primer lugar, en cuanto a los límites temporales que se eligen, y los regímenes que les corresponden, su acierto es un tanto dudoso. El límite inferior de un año garantiza una correlación entre lo leve del injusto cometido y sus menores consecuencias jurídicas en materia de extranjería<sup>20</sup>. Sin embargo, justamente para las condenas más leves es para las que tiene más sentido que la política de extranjería pueda imponerse sobre la penal, debiendo quedar las condenas más graves al margen de posibles sustituciones<sup>21</sup>.

En segundo lugar, la combinación de este nuevo artículo 89 del CP con los preceptos propios de la LOE que participan en la problemática que abordamos resulta en un baile de cifras un tanto contradictorio (Iglesias Río, 2015, p. 174). Así, el límite mínimo de un año se alinea con el artículo 57.2 de la LOE –que determina la irregularidad administrativa para los extranjeros que hubieran cometido un delito doloso castigado con más de un año de condena–, pero se separa del artículo 57.7 de la LOE, que continúa tomando como referencia la frontera de los seis años de condena<sup>22</sup>. Ello en contra de toda lógica, pues es justamente con este último con el que más concordancia debiera guardar al constituir ambos los dos supuestos en que el Estado renuncia al *ius puniendi* (Informe, 2013 p. 75).

<sup>19</sup> Ambos aspectos habían sido destacados por Mapelli Caffarena (2011, pp. 151-152).

<sup>20</sup> Así lo destaca el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, Comisión de Estudios e Informes, diciembre 2012, p. 115.

<sup>21</sup> En este sentido, Leganés Gómez (2015, p. 4), siguiendo el Informe (2013, pp. 70-71).

<sup>22</sup> Con ello, se desmiente en parte el apartado IV del preámbulo de la reforma que apunta que «se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería», olvidando, sin embargo, que la concordancia que se establece con el artículo 57.2 de la LOE provoca un desajuste respecto del artículo 57.7 de la LOE con el que la redacción anterior del artículo 89 del CP coincidía.

Finalmente, el hecho de que el límite superior de los cinco años se aprecie aun cuando sea resultado de la imposición de varias condenas diferentes es, a nuestro entender equivocado, en cuanto prescinde de la valoración relativa al injusto causado. A la par, se trata de una previsión incongruente con la interpretación que se mantiene para el requisito temporal del año (Ríos Martín, 2016, p. 815) y en relación con el periodo de seguridad, creándose un nuevo compartimento estanco al margen de cualquier intento de generalización interpretativa<sup>23</sup>.

Por otro lado, en cuanto a las pautas relativas a la sustitución, la nueva redacción lleva al máximo la instrumentalización penitenciaria a favor de la política de extranjería. La redacción actual va más allá que las anteriores pues, además del tercer grado, refiere directamente el momento de acceso a la libertad condicional como uno de los posibles para proceder a la expulsión. Si las redacciones anteriores ya mencionaban las tres cuartas partes e inducían a identificar su cumplimiento con el de acceso a la libertad condicional, la versión actual no deja lugar a dudas<sup>24</sup>. Se profundiza así la utilización de fases de cumplimiento vinculadas a una ejecución eminentemente tratamental de la pena privativa de libertad para el logro de fines que nada tienen que ver con la evolución del interno, ni con su pretendida reinserción final<sup>25</sup>. En palabras de Recio Juárez (10 de septiembre de 2015, p. 5):

En cualquiera de los supuestos opera el acceso al tercer grado o la concesión de la libertad condicional como límite máximo del período de cumplimiento de la pena, previo a la expulsión. Por ello la reforma seguirá suscitando polémica en cuanto a la satisfacción de los fines de reinserción de la pena, ya que pese a los cambios introducidos, es continuista respecto a la anterior regulación<sup>26</sup>.

Por último, el régimen global que resulta de esta regulación plantea importantes dudas desde el punto de vista de su justicia material. El artículo 89 del CP, siguiendo los pasos dados por la Ley Orgánica 5/2010, consolida la posibilidad de expulsar a un interno des-

<sup>23</sup> Instrucción 2/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre las indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, p. 2.

<sup>24</sup> Recordando la versión del artículo 89 dado por la LO 11/2003: «Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España». Referencia que mantenía el art. 89 del CP tras su reforma por LO 5/2010, en la que se prescindía de la barrera de los seis años para permitir la revisión de la expulsión.

<sup>25</sup> Para Ríos Martín (2006, p. 309), «esta regulación supone una posible sustracción a los extranjeros del tratamiento penitenciario». En parecidos términos Ríos Martín *et al.* (2016, p. 820) y Roca Agapito (2007, p. 177).

<sup>26</sup> Igualmente, Fernández Arévalo (2010, p. 23) y Ferrer Gutiérrez (2011, p. 212).

pués de cumplir una parte importante de la condena sea cual sea la duración de esta. Ello a pesar de las dudas que el Tribunal Constitucional ha planteado por la mayor onerosidad que supone en comparación con el cumplimiento de condena de los internos nacionales<sup>27</sup>, y en contra de voces autorizadas que dudan que estos supuestos puedan considerarse una modalidad de sustitución<sup>28</sup> y avisan de una posible infracción del principio *non bis in idem*. Así, Martínez Escamilla (2014, p. 93) advierte que:

La expulsión (que además conlleva la prohibición de regreso) cuando ya se ha cumplido buena parte de la pena privativa de libertad sí podría suponer una lesión del principio de *non bis in idem*, pues, a diferencia del supuesto referido en el punto anterior (expulsión por antecedentes penales del art. 57.2 LOE), aquí tanto pena privativa cumplida como la expulsión son sanciones penales y, por lo tanto, su fundamento es el mismo. Por ello no debería expulsarse al reo tras cumplir buena parte de la condena a no ser que este lo pida o esté de acuerdo<sup>29</sup>.

En idéntico sentido, Mendoza Buergo (2015, p. 366):

La reforma de 2015 no solo mantiene que en los casos en que cumpla todo o parte de la pena en una prisión española se expulsará al sujeto cuando durante la ejecución de su pena llegue a obtener el tercer grado o la libertad condicional, sino que extiende la misma medida en todo caso tras ese cumplimiento parcial: será expulsado, acumulándose los dos castigos y comprometiendo así el principio *non bis in idem*.

Pues bien, a pesar de la importancia de los cambios anteriores, los mismos resultan anecdóticos si tenemos en cuenta que a partir de la Ley Orgánica 1/2015, no es necesario que el extranjero a expulsar se encuentre en situación administrativa de irregularidad.

<sup>27</sup> STC 145/2006, de 8 de mayo (NCJ041475), reiterada en otras más recientes como la STC 110/2009, de 11 de mayo (NCJ049486).

<sup>28</sup> En cuanto a las críticas a la sustitución parcial, Cobo del Rosal (2011, p. 1.202) entiende que si se aplica la expulsión una vez cumplida gran parte de la pena, más que una sustitución es una pena o medida añadida. En el mismo sentido, Iglesias Río (2015, p. 178) y Ríos Martín *et al.* (2016, p. 821). Desde una perspectiva más general, Mendoza Buergo (2015, p. 364) duda de la consideración del artículo 89 del CP como modalidad sustitutiva. Como refiere la autora: «Se prevé en este art. 89 CP un supuesto especial que el legislador incluyó en su día en esta sección de la sustitución de penas privativas de libertad, a pesar de que propiamente no se trata de tal institución, ni tiene nada que ver con el fundamento y fines de la misma [...]. Con independencia del trasfondo más o menos velado de razones que están detrás de esta criticable regulación –la idea de expulsar al extranjero, al considerado enemigo, al peligroso o marginal–, las evidentes diferencias con una adecuada institución de la sustitución se ponen de manifiesto por la ausencia de todo fin preventivo especial, la no previsión de una propia pena alternativa, puesto que la expulsión no es propiamente tal (no figura siquiera en el catálogo de penas), por su excesiva gravedad en unos casos y su levedad en otros y por la condición de los sujetos a la que es aplicable: a los extranjeros residentes legales o no en territorio español que hayan cometido un delito».

<sup>29</sup> En idéntico sentido, el Informe (1995, p. 75).

Si bien parte de la doctrina entiende que con esta medida la norma penal se independiza de la de extranjería<sup>30</sup>, desde nuestro punto de vista, se provoca más bien el efecto contrario, la supeditación aún mayor del Derecho penal a los fines de la política de extranjería. En concreto, el artículo 89 del CP se alinea de nuevo, como vimos que sucedía a la hora de establecer el mínimo temporal de un año de condena, con el artículo 57.2 de la LOE, que prevé la expulsión administrativa de los extranjeros que hubieran cometido un delito con independencia de su situación administrativa previa<sup>31</sup>. Así, se lleva al máximo lo que ya establecía la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003 como justificación de fondo del artículo 89 del CP, esto es, «evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España».

De este modo, el artículo 89 del CP introduce una diferenciación de aplicación de la norma penal claramente discriminatoria sobre la única base de la nacionalidad. En este sentido, Muñoz Ruiz (2014, p. 18) mantiene que con la reforma:

El proceso penal se convierte en un vehículo para las políticas de extranjería, y rompe con el principio de igualdad de trato ante unos mismos hechos delictivos, dado que el extranjero, con independencia de su situación administrativa, se enfrenta a unas consecuencias cualitativamente distintas que el resto de ciudadanos nacionales<sup>32</sup>.

Y todo ello con consecuencias penitenciarias de primer orden, pues como refirió el Consejo Fiscal en su informe al anteproyecto:

Tal como está redactado el artículo 88.2 del Anteproyecto –finalmente art. 89.2 CP–, un extranjero que hubiera sido condenado junto con un español por la comisión de un delito en régimen de coautoría e idénticas circunstancias a la misma

<sup>30</sup> Para Recio Juárez (2015, p. 3), «se deja por fin de lado el tratamiento diferenciado del delincuente extranjero en atención a su situación administrativa [...]. Se trata de una mejora sustancial, que aleja la expulsión judicial de su instrumentalidad al servicio de la lucha contra la inmigración ilegal, para acercarla a una auténtica medida de carácter penal». El autor toma como referencia el análisis realizado por González Campo (2010, p. 3), en el que mantiene que «el elemento normativo que sirve de sustrato a la sustitución –la irregularidad de su residencia– no es un ingrediente del tipo objetivo de injusto [...], sino que se representa como un factor o condición de naturaleza gubernativa».

<sup>31</sup> Al respecto, Nistal Burón (6 de septiembre de 2013, p. 5) refiere que «la ampliación del ámbito de aplicación de la expulsión judicial a los extranjeros residentes legales, que se propone en esta reforma del CP, estaría en consonancia con lo dispuesto en el art. 57.2 LOE, que posibilita, como supuesto de expulsión administrativa, una vez extinguida la condena, la de los extranjeros condenados a pena privativa de libertad superior a un año, obligando a los que comenten ilícitos penales sean expulsados, una vez que cumplen la condena en España, sean o no residentes legales, porque se entiende, de alguna forma, que el extranjero que es residente legal en España, si comete un delito, puede perder esa condición de residencia legal».

<sup>32</sup> En idéntico sentido, Leganés Gómez (2015, p. 3); Comas D'Argemir, Sánchez-Albornoz y Navarro (2012, pp. 23 y 24).

pena privativa de libertad superior a tres años tendrá que cumplir la condena en otras condiciones que el español al no tener posibilidad de que el acceso al tercer grado penitenciario o el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena puedan tener virtualidad jurídica alguna<sup>33</sup>.

A su vez, prescindir de la situación de irregularidad plantea también serias dudas de compatibilidad con el principio de proporcionalidad, al no tener en cuenta las diferentes situaciones en las que *a priori* puede encontrarse un extranjero (Iglesias Río, 2015, p. 185). Según el Consejo Fiscal:

En efecto, puede afirmarse que el vigente artículo 89 CP, al limitar la expulsión sustitutiva penal a los ciudadanos extranjeros sin permiso de residencia, no solo está recogiendo a nivel legal el principio de proporcionalidad que debe presidir toda esta materia de manera congruente con las disposiciones de la Ley Orgánica de Extranjería, sino también está optando por la única solución sencilla que comprenda la concurrencia de distintos regímenes jurídicos según las diferentes categorías de extranjeros (Informe 2013, p. 68)<sup>34</sup>.

Los mayores problemas de encaje normativo que este nuevo planteamiento genera aparecen en relación con la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea y su adaptación tanto a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De ahí que se establezca un régimen de expulsión específico para los mismos, de modo que su expulsión solo es posible en los términos del apartado 4 del artículo 89 del CP, esto es, cuando «represente una amenaza grave para el orden público en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales»<sup>35</sup>. A su vez, para aquellos

<sup>33</sup> Informe (2013, p. 74). Respecto de la versión anterior del precepto, Mapelli Caffarena (2011, p. 149) ya refería que «la constitucionalidad de esta disposición es dudosa, casa mal con la declaración constitucional de reconocimiento a los extranjeros de las libertades públicas (art. 13 CE), entre las que se encuentra el derecho a la igualdad». Igualmente, aborda la problemática general que desde el punto de vista constitucional plantea la expulsión de extranjeros Maqueda Abreu (2001, pp. 509-518).

<sup>34</sup> En el mismo sentido, Leganés Gómez (2015, p. 13). Recio Juárez (2015, p. 4), siguiendo al CGPJ en su Informe (2013, p. 115), aporta a su vez más argumentos a esta desproporcionalidad normativa acudiendo a sus requisitos subjetivos, pues, a pesar de alinearse con el artículo 57.2 de la LOE, y en contra de lo que tal precepto prevé, el artículo 89 del CP abarca tanto los delitos dolosos como los culposos.

<sup>35</sup> El TJUE en sentencias de 22 mayo de 2012 (NSJ044026), 23 de noviembre de 2010 (NSJ037069), 17 de noviembre de 2011 (NSJ044065), 10 de julio de 2008 (NSJ026214), 11 de marzo de 2003, 25 de octubre de 2001 o 17 de octubre de 1995, ha declarado que pueden afectar a la seguridad pública los ataques al funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, a la supervivencia de la población, el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los

Europeos que hubieran residido 10 años en España, la norma se ve de nuevo en la obligación de elevar los estándares que permiten la expulsión, exigiendo un plus de gravedad a los delitos cometidos<sup>36</sup>. Para ello, se seleccionan determinadas tipologías delictivas cuya comisión justifica la aplicación de lo que se entiende que son las consecuencias más severas, en este caso, la expulsión de un ciudadano europeo con residencia de larga duración. En concreto, y de manera alineada con la selección de delitos que se realiza al regular otras materias –por ejemplo, la imposibilidad de levantamiento del periodo de seguridad (art. 36.2 CP) o la prohibición de beneficiarse de determinadas modalidades de libertad condicional adelantada (apartados 3 y 8 del art. 90 CP)–, dichas consecuencias se reservan a quienes hubieran cometido delitos sexuales o de terrorismo (párrafo 3, letras a y b del art. 89.4 CP).

El resultado global que se obtiene no puede ser más inadecuado. En primer lugar, el carácter imperativo de la expulsión, la indeterminación de los preceptos que la norma emplea y los márgenes temporales escogidos hacen que la redacción del artículo 89 del CP no se ajuste plenamente al derecho de libre circulación consagrado en el ámbito europeo (Iglesias Río, 2015, p. 185). De hecho, como apunta Ríos Martín (2016, p. 830), es claro que el supuesto de expulsión en condenas de más de un año de prisión no presupone automáticamente que estemos ante una conducta capaz de desestabilizar el orden o seguridad pública, sino todo lo contrario.

Además de lo anterior, el camino escogido por la norma para permitir la expulsión de los ciudadanos comunitarios de larga duración genera un resultado absolutamente paradójico. De un lado, solo se produce la expulsión de los ciudadanos europeos con residencia de larga duración, en caso de que cometan los delitos que se consideran más graves. Sin embargo, de manera simultánea, se provoca una importante contradicción con la lógica penal que ya advertimos al abordar los límites temporales que el artículo 89 del CP selecciona. Como entonces, se renuncia al ejercicio del *ius puniendi* justamente en los supuestos que por un mínimo sentido de justicia reclaman lo contrario (Iglesias Río, 2015, p. 183). Aspecto en el que, además, la reforma destaca por la irresponsabilidad e insolidaridad que destila respecto de aquellas sociedades a las que se expulsa a sujetos que han cometido los delitos que se consideran más graves y en los que, en palabras de la misma, concurre riesgo grave de que vuelvan a cometerlos (letra a del párrafo 3, art. 89.4 CP)<sup>37</sup>.

---

pueblos, y los ataques a intereses militares, incluyendo en ello los actos de terrorismo, pero también los actos delictivos que se enmarcan dentro de la criminalidad organizada, así como las conductas delictivas que presente un nivel de intensidad tal, que sean capaces de amenazar directamente la tranquilidad y la seguridad física de la población.

<sup>36</sup> El anteproyecto de la reforma no establecía diferencia alguna entre los extranjeros comunitarios y los restantes, aspecto duramente criticado por el Consejo Fiscal. En su informe proponía excluir a los ciudadanos de la UE de cualquier posibilidad de expulsión, o, al menos, establecer un régimen diferenciado para ellos en el sentido finalmente acogido por la norma. (Informe, 2013, pp. 63-66).

<sup>37</sup> Idéntica irresponsabilidad se aprecia en relación con el artículo 108 del CP que determina, de forma paralela al artículo 89 del CP, aunque solo para los extranjeros no regulares –finalmente no fue afectado por

## 2. Jurisprudencia europea que contradice la situación

El automatismo normativo tendente a la expulsión de quienes han sido condenados a pena privativa de libertad no solo se opone, en los términos descritos, a la lógica del sistema penal y penitenciario, sino que se enfrenta a la propia jurisprudencia europea especialmente activa en esta materia. El repaso de las resoluciones más relevantes emitidas, tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto, nos va a permitir alcanzar una mejor idea del grado de la contradicción a la que hacemos referencia.

En el ámbito más amplio del Consejo de Europa destaca el caso *Albarracín*. El supuesto de hecho presentaba a una exinterna argentina a la que se le había decretado la expulsión vía artículo 57.2 de la LOE, a pesar de tener una hija española. La STC 186/2013, de 4 de noviembre (NCJ058116), no tuvo en cuenta las circunstancias de arraigo que concurrían en el caso para revocar dicha expulsión. Finalmente, nuestro Gobierno, frente a la condena que preveía, se vio en la obligación de realizar la Declaración Unilateral del Reino de España de 27 de noviembre de 2014 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que reconocía el error y la desproporcionalidad de su decisión por infracción del artículo 8 del Convenio Europeo.

En el contexto europeo más concreto de la Unión, se está produciendo una evolución jurisprudencial muy interesante y progresiva en nivel de protección del extranjero irregular. Por su importancia, destacamos la STJUE de 13 de septiembre de 2016 (NSJ054732), en el caso *Rendón*; la STJUE de 10 de mayo de 2017 (NSJ056302), que profundiza la anterior, y la STJUE de 8 de mayo de 2018 (NCJ063198).

En el caso *Rendón*, la STJUE de 13 de septiembre de 2016 declaró contraria a los artículos 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento la normativa nacional que permite una decisión automática de no renovar la residencia a extranjeros que tengan antecedentes penales si, como sucedía en el supuesto concreto, el extranjero condenado cuenta con hijos nacionales de Estados miembros dependientes del mismo. Ello al considerar que dicha normativa conculca el derecho a residir y circular libremente en el territorio de la Unión Europea del menor europeo dependiente económicamente de dicho extranjero. Avanzando en el mismo camino, la STJUE de 10 de mayo dio un paso más y estableció que esa dependencia puede apreciarse incluso en los casos en que el progenitor comunitario contribuya a la manutención del menor.

---

la reforma-, la sustitución de las medidas de seguridad impuestas por la expulsión del territorio nacional. El legislador renuncia a la ejecución de una medida terapéutica que el extranjero necesita, dada la peligrosidad que se le supone (art. 95.1, 2.º CP sobre los requisitos para la imposición de las medidas de seguridad), y le concede la libertad plena, asegurándose que la misma no se va a ejercer en nuestro país. Esto es, se desentiende de que el riesgo de repetición delictiva se materialice en otro contexto geográfico. Recio Juárez (2015, pp. 11-12) analiza el régimen de expulsión relativo a las medidas de seguridad, destacando su divergencia con los cambios experimentados por el artículo 89 del CP.

Por su parte, la STJUE (asunto C-82/16 contra Bélgica), de 8 de mayo, consolida con paso firme la senda jurisprudencial de reconocimiento del derecho a la libre circulación e, indirectamente, el derecho a la intimidad y vida familiar de los ciudadanos europeos, pues establece la obligación de realizar dichas valoraciones de dependencia, arraigo e intimidad familiar, no solo para los supuestos de irregularidad administrativa o comisión de delito, sino incluso en los casos en los que se ha llevado a cabo la medida de expulsión, concurre prohibición de entrada y esta puede deberse a motivos de orden público.

El proceso parte de la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de lo Contencioso-Administrativo para Asilo e Inmigración de Bélgica. En el supuesto de hecho que se presenta, se habían dictado decisiones de retorno a sus países respectivos, acompañadas de decisiones de prohibición de entrada en territorio belga, contra una serie de nacionales de países de fuera de la Unión Europea que residían en Bélgica. Posteriormente, los afectados presentaron solicitudes de permiso de residencia amparándose en su condición de familiares de nacionales belgas. Las autoridades belgas no examinaron dichas solicitudes basándose en que las resoluciones de prohibición de entrada en el territorio aún estaban vigentes.

La cuestión prejudicial plantea si esta práctica nacional atenta contra el derecho de la unión –especialmente, el art. 20 TFUE, sobre la ciudadanía de la Unión–. De acuerdo con la STJUE de 8 de mayo, la obligación de los nacionales de países de fuera de la Unión Europea de abandonar el territorio de la Unión puede poner en peligro el efecto práctico de la ciudadanía de la Unión. Es lo que sucede cuando, por la existencia de una relación de dependencia familiar entre una persona de fuera de la Unión Europea y un ciudadano de la Unión Europea, el cumplimiento de esa obligación lleva a que el segundo se vea obligado en la práctica a acompañar al primero y a abandonar él mismo el territorio de la unión. El tribunal precisa que esa relación de dependencia habrá que valorarla a la luz de cada caso, estableciendo en términos generales una diferencia a razón de si los ciudadanos de la unión son adultos o niños.

Sin embargo, lo que supone un auténtico avance respecto de otras resoluciones anteriores son las siguientes declaraciones. En concreto, resulta indiferente que la relación de dependencia haya surgido después de que se adoptara la decisión de prohibición de entrada en el territorio; no es relevante que la decisión de prohibición de entrada en el territorio sea ya definitiva en el momento en que se solicite la reagrupación familiar; y tampoco es determinante que la prohibición de entrada en el territorio de la Unión se halle en el incumplimiento de una obligación previa de retorno. Es más, tampoco las razones de orden público pueden llevar automáticamente a la denegación a los nacionales de países de fuera de la Unión Europea del derecho de residencia derivado. En estos casos, solo se podrá denegar el derecho a la residencia cuando el análisis concreto de cada asunto indique que los nacionales de fuera de la Unión Europea constituyen una amenaza real, actual y lo suficientemente grave para el orden público.

Sin duda, una interpretación del máximo órgano judicial europeo que hace tambalear los criterios utilizados por el legislador español al redactar el artículo 89 del CP vía Ley Orgánica 1/2015. Mientras que el TJUE considera cada vez más relevante el arraigo como criterio de-

finitorio de la viabilidad de una expulsión, nuestro legislador prescinde de la traducción normativa de ese arraigo –la concurrencia o no de regularidad administrativa– para permitir la expulsión de quien es regular.

Por último, en el contexto de esta evolución protagonizada por el TJUE, pero de relevancia mayor por afectar a una norma nacional, destaca la STJUE de 7 de diciembre de 2017 (NCJ063006). Como apuntamos al inicio, el artículo 57.2 de la LOE nos dice que es 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». A simple vista, se trata de un precepto controvertido por la posible infracción del principio *non bis in idem* que plantea<sup>38</sup>. Pero más allá de este aspecto, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pamplona planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>39</sup>, por la falta de encaje del precepto con la normativa europea. La misma se basa en la contradicción del artículo 57.2 de la LOE con el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; el precepto no permite tener cuenta cuestiones de arraigo en la valoración sobre la expulsión de dicho tipo de residentes.

En la línea que hemos descrito, la STJUE de 7 de diciembre de 2017 resolvió que efectivamente un Estado miembro no puede expulsar a los extranjeros residentes de larga duración por el simple hecho de haber cometido un delito castigado con pena de prisión superior a un año, sino que el Estado habrá de valorar «la duración de la residencia en su territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen»<sup>40</sup>. Con ello, y a diferencia de los supuestos anteriormente descritos, la confrontación normativa no es de carácter interpretativo, sino que se basa en una contradicción directa que el TJUE aprecia entre la normativa europea y un precepto de nuestra normativa nacional.

De hecho, así lo recoge la última de las resoluciones europeas que destacamos. Volviendo al principio del apartado, al ámbito específico del Consejo de Europa, y esta vez sí, ha-

<sup>38</sup> Moya Escudero (2001, p. 854) critica la posible infracción que supone el *non bis in idem*, pues se castiga penal y administrativamente concurriendo identidad de sujeto, hecho y fundamento. Martínez Escamilla (2014, p. 92) apunta que «si bien el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 236/2007 declaró que la expulsión por antecedentes una vez cumplida la condena no supone una vulneración de la prohibición constitucional de doble sanción por la supuesta diferente finalidad de la pena y de la expulsión administrativa por antecedentes, no cabe duda de que esta previsión y la práctica actual de expulsar tras el cumplimiento niegan toda posibilidad de reinserción en nuestro país y, de facto, se percibe como una doble condena». De una manera crítica similar, Larrauri Pijoan (2016, pp. 12-16), quien, además, destaca lo inadecuado de que por la vía de la expulsión administrativa se alcance lo que en sede penal no se ha decretado (p. 13).

<sup>39</sup> *Diario La Ley* (17 de enero de 2017), 8902.

<sup>40</sup> *Diario La Ley* (12 de diciembre de 2017), 9098, 2.

biendo incurrido en la condena que quiso evitar en el *caso Albarracín*, la STEDH 135/2018, de 27 de noviembre, en el *caso S. y B. contra España*, condena a esta última por violación del artículo 8 del Convenio Europeo. Lo anterior teniendo en cuenta el literal del artículo 57.2 de la LOE, pues, tal y como refiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

el Tribunal no puede aceptar la tesis del Gobierno según la cual el equilibrio entre el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el respeto del orden público ya fue realizado por el poder legislativo con la aprobación del artículo 57.2 LOE, que prevé la expulsión en el caso de condena penal por un delito intencional castigado con una pena de prisión de más de un año. En este sentido, el Tribunal recuerda que la naturaleza y gravedad del delito cometido por un extranjero solo es uno de los criterios que deben ser considerados por las autoridades nacionales en la valoración de la necesidad de una orden de expulsión en relación con los derechos protegidos por el artículo 8 del Convenio.

Como no podía ser de otro modo, las resoluciones comentadas han provocado importantes consecuencias en el ámbito judicial nacional. Así, cada vez son más las resoluciones judiciales que exigen que las resoluciones de expulsión, aun las motivadas por comisión de delito del artículo 57.2 de la LOE, han de tener en cuenta la concreta situación de arraigo de los extranjeros afectados. Como ejemplo de resoluciones nacionales, destacan la STSJ de Galicia núm. 127/2015, de 4 de marzo de 2015 y la STSJ de Canarias (Tenerife) núm. 42/2015, de 13 de marzo de 2015<sup>41</sup>. En términos similares el AAP de Madrid, Secc. 5.ª, de 20 de enero de 2011; AJVP de Ciudad Real de 30 de octubre de 2014 y el AJVP de Ceuta de 15 de diciembre de 2006. Igualmente, en aplicación específica de la STJUE de 10 de mayo de 2017 antes comentada, la reciente Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cantabria de 13 de diciembre de 2017 obliga a la Delegación de Gobierno de Cantabria a admitir a trámite la solicitud de revocación de la resolución de expulsión administrativa decretada vía artículo 57.2 de la LOE, a pesar de encontrarse ya firme y para valorar si en el caso concreto se dan las circunstancias de dependencia económica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce como determinantes<sup>42</sup>.

No obstante, la normativa en materia de extranjería, en especial el artículo 57.2 de la LOE, no ha sido modificado en los términos que esta evolución jurisprudencial requiere. Lejos de ello, si atendemos a las últimas modificaciones del CP en la materia, entre las que el artículo 89 del CP es la máxima referencia, la tendencia del legislador es la continuar primando la expulsión de quien ha delinquido por encima de otras valoraciones relativas al arraigo que, a fecha de hoy, se siguen considerando secundarias por los operadores jurídicos.

<sup>41</sup> SGIP (2016). *Jurisprudencia Penitenciaria 2015* (pp. 233-248 y 248-250, respectivamente). Madrid.

<sup>42</sup> Repasan parte de esta evolución Palomar Olmeda (19 de octubre de 2017); Solar Calvo (2017, p. 10), (4 de junio de 2018) y de manera más extensa en (2018).

### 3. Necesaria relectura de las técnicas actuariales penitenciarias

Como ejemplo del automatismo que se ha impuesto en la valoración normativa de la situación de los extranjeros en prisión, destaca muy especialmente la práctica penitenciaria habitual en relación con este colectivo de internos. En un reciente estudio, Larrauri, Rovira y Alarcón (2018, pp. 15 y 19) muestran que la media de internos extranjeros que acceden a un permiso a lo largo de su condena es del 20 %, frente al 73 % que arroja la media de permisos disfrutados por internos nacionales. Esto es, el número de permisos disfrutados por internos extranjeros continúa siendo muy inferior al correspondiente a internos nacionales. El menor acceso de los extranjeros que han delinquido a uno de los principales instrumentos de reinserción social –los permisos ordinarios– indica hasta qué punto la contradicción entre normativa penitenciaria y de extranjería, que al principio referíamos, sigue resolviéndose primando las diferentes vías normativas tendentes a la expulsión. Esta conclusión no solo tiene la base empírica expuesta, sino que parte de las propias técnicas de valoración actuarial que la Administración penitenciaria utiliza.

#### 3.1. Breve descripción de la técnica actuarial penitenciaria

La tabla de variables de riesgo (TVR) y la concurrencia de circunstancias peculiares (CCP) fueron introducidas en la Instrucción 22/96 después de la realización de diversos estudios estadísticos que establecían los factores con más peso en el éxito o fracaso de las salidas de permiso<sup>43</sup>. Diversas instrucciones y órdenes de servicio posteriores han tratado su corrección y actualización, siendo las Instrucciones 3/2008 y 1/2012 las que abordan de manera más intensa dicha tarea<sup>44</sup>. En lo que nos interesa, mantienen la TVR en la extensión aplicativa que le daba la norma originaria. Es decir, para el estudio por parte de los equipos técnicos de las primeras salidas de permiso. En la valoración de las siguientes, y a pesar de la adaptación que pueda realizarse de la TVR a la situación del interno que ya ha salido de permiso, lo normal será la pérdida de peso de este instrumento, pues se dispone de un dato adicional que pesará mucho más en la concesión de cada nueva

<sup>43</sup> El estudio de validación y depuración de la TVR en el disfrute de permisos penitenciarios de salida fue dirigido en 1993 por Manuel Clemente Díaz, y se resume en Clemente Díaz, M. (1993). *Validación y depuración de una tabla de variables de riesgo en el disfrute de permisos penitenciarios de salida*. Madrid: Facultad de Psicología, Dep. de Psicología Social en colaboración con la Subdirección General de Gestión Penitenciaria de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios. En el estudio de validación se utilizó una muestra de 912 casos distribuidos en dos grupos –sujetos que no regresaron tras el permiso y sujetos que sí regresaron–. La predicción media fue de 69,52 %. Asimismo, el modelo clasificó correctamente un 64,52 % de los sujetos que no regresaron tras el permiso y un 74,40 % de los que sí regresaron. Analizan su contenido y concreta aplicación Cervelló Donderis (2016, pp. 290-293), Fernández Arévalo, Nistal Burón (2016, pp. 828-832) y Daunís Rodríguez (2016a, pp. 248-271).

<sup>44</sup> Vigente la Instrucción 1/2012 de la SGIP sobre salidas de permiso y salidas programadas.

salida. Esto es, el uso concreto y comprobado que se haya hecho de la salida inmediatamente anterior.

Comenzando por la TVR, en ella se contempla un listado de variables consideradas estadísticamente influyentes en el éxito de los permisos. Con su empleo se analiza la concurrencia o no de los factores siguientes: extranjería, drogodependencia, profesionalidad, reincidencia, quebrantamiento, aplicación de artículo 10 de la LOGP, ausencia de permisos, deficiencia convivencial, lejanía en las fechas de cumplimiento, concurrencia o no de presiones internas. Como vemos, todos ellos guardan relación con alguno de los factores subjetivos que fundamentan la concesión o denegación de la salida de permiso y que se recogen en el artículo 156.1 del RP. Esto es, de alguna manera, ayudan a concretar el mayor o menor riesgo de quebrantamiento –como ejemplo, la lejanía del lugar de disfrute del permiso, la existencia de quebrantamientos previos, la apreciación de presiones internas–; el buen uso que se pueda hacer de la salida –la presencia de drogodependencia o presiones internas–; y el que la misma favorezca el tratamiento del interno como, por ejemplo, a través del fortalecimiento de los lazos familiares y sociales en caso de no existir déficit convivencial o ser este reparable. Sin embargo, no todas las variables de la TVR tienen el mismo peso relativo en el resultado global de riesgo. Su diferente relevancia no solo se establece de manera externa entre todos los conceptos señalados, sino que internamente, según la realidad concreta en que cada variable se manifiesta, el peso específico de la misma es mayor o menor. En concreto para la variable de extranjería, su descripción y valoración se realiza conforme a la siguiente tabla.

---

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

---

En segundo lugar, en cuanto al informe CCP, trata de objetivar las variables que el propio artículo 156 del RP destaca como especialmente determinantes en la valoración sobre la oportunidad o no de proponer una salida de permiso –peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o, en general, existencia de variables cualitativas desfavorables– (Larrauri, Rovira y Alarcón, 2018, p. 4). En concreto, se consideran circunstancias peculiares que el tipo delictivo cometido lo sea contra las personas, de violencia de género o contra la libertad sexual; que el interno pertenezca a organización delictiva, banda armada u organización de carácter internacional; que el delito tenga trascendencia social por apreciarse especial ensañamiento, pluralidad de víctimas o que estas sean menores de edad o personas

desamparadas; que resten más de cinco años para las tres cuartas partes de condena; que el interno sufra algún trastorno psicopatológico con mal pronóstico de reinserción social o ausencia de apoyo exterior; y, especialmente relevante en el análisis que realizamos, que exista expediente administrativo de expulsión en caso de que el interno sea extranjero –circunstancia añadida por la Instrucción 1/2012–. De este modo, la valoración conjunta de los resultados ponderados de la TVR y la presencia o no de alguna de las circunstancias descritas es la que finalmente sirve de fundamento para motivar o denegar la salida de permiso.

El mecanismo actuarial descrito tiene de positivo que permite objetivar el proceso de decisión que se sigue para la concesión o denegación a un interno de una salida de permiso. Las técnicas actuariales ayudan a restringir la amplitud de la norma penitenciaria y aportan parámetros conforme a los que aplicar los criterios tan ampliamente subjetivos que contempla (Dauris Rodríguez, 2016a, p. 245)<sup>45</sup>. Sin embargo, se trata de un mecanismo que impone cierto automatismo valorativo, que encaja mal con la filosofía de fondo que inspira nuestro sistema penitenciario y que no es otra que el análisis individualizado de la situación de cada condenado<sup>46</sup>.

### 3.2. El supuesto paradigmático de la variable de extranjería

El máximo exponente de este automatismo valorativo que la técnica actuarial penitenciaria impone lo constituye el caso del empleo de la variable de extranjería en la TVR. Su concurrencia, en cualquiera de sus variables, aumenta considerablemente el riesgo de quebrantamiento o mal uso del permiso, con un peso relativo muy superior al del resto de los factores. De manera que, irremediablemente, de tenerse en cuenta esta variable, el resultado total de la tabla se moverá entre el 85 y el 100 % de riesgo de quebrantamiento. Lo anterior con independencia de que la concreta situación de arraigo del interno extranjero en nuestro país pueda no solo minimizar, sino incluso anular cualquier intento de fuga. Imaginemos el caso de un interno al que la TVR le asigna un 2 por ser no nacional que durante el permiso presenta una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelan durante el mismo, y que no cuenta con arraigo en su país. Al introducir el número 2 en la variable de extranjería, el resultado de la TVR será de 95 % de riesgo de quebrantamiento. Sin embargo, analizada la realidad del caso, el riesgo de que el interno huya durante el permiso a su país de origen es mínimo. Es decir, la TVR y el informe CCP se construyen en

<sup>45</sup> Según la definición de Martínez Garay (2014, p. 7), «el enfoque centrado en la valoración del riesgo, que es el propio de los procedimientos de predicción estructurados (ya sean actuariales o de juicio clínico estructurado), se basa en las correlaciones existentes entre factores de riesgo claramente establecidos y el criterio a predecir, también definido con precisión: determinado tipo de comportamiento, violento o delictivo, relaciones que estarían demostradas empíricamente o, al menos, serían estadísticamente significativas. Como cada tipo de conducta tiene sus propios predictores específicos, se afirma que la capacidad predictiva cuando se procede de esta manera aumenta considerablemente».

<sup>46</sup> Rodríguez Yagüe (2018, pp. 131 y ss.) sobre la aplicación de esta técnica actuarial a las penas de larga duración.

torno a una parte de los datos que definen la situación del interno y les adjudican un riesgo de manera automática, sin permitir matizaciones capaces de plasmar la verdadera situación en la que dichos internos se encuentran.

Como resultado, no solo tenemos una normativa penal y de extranjería que tiende a la expulsión del extranjero que ha delinquirido, sino que los instrumentos valorativos de los operadores jurídicos que han de aplicar esa normativa no sirven para corregir sus excesos ya señalados por la jurisprudencia europea, sino que los reafirman. Ninguno de los requisitos y criterios que la jurisprudencia antes destacada ha ido desgranando y recogiendo a lo largo de estos años encuentran eco en la práctica penitenciaria que se emplea en el momento de tomar decisiones relevantes y que afectan directamente a la trayectoria de reinserción de los internos. Aspecto este que limita enormemente los efectos prácticos de las resoluciones que hemos detallado y que deja a los internos extranjeros al albur de los recursos que puedan plantear.

El análisis crítico expuesto adquiere mayor relevancia si tenemos en cuenta la falta de fiabilidad predictiva de estas técnicas actuariales (Daunis Rodríguez, 2016a, p. 256). A pesar de que se destaca la mayor precisión alcanzada por las mismas en los últimos años en la detección y prevención de la peligrosidad o el riesgo de comisión de delitos violentos (Andrés-Pueyo e Illescas Redondo, 2007, pp. 157-173), el estudio realizado por Martínez Garay (2014, p. 24) alerta sobre la altísima tasa de falsos positivos que implican. Así, «lo que se observa en esta tabla es que los pronósticos de peligrosidad tienen un grado elevado de acierto cuando concluyen que el sujeto es poco peligroso, mientras que yerran mucho más cuando afirman la elevada peligrosidad del sujeto». Esto es, sobre la base de su condición de extranjeros, se limita enormemente que estos participen de los instrumentos de reinserción que la normativa penitenciaria contempla, cuando, sin embargo, el verdadero riesgo que ello supone para la seguridad es también muy limitado.

Como sucedía en materia específica de extranjería, donde se detectan resoluciones nacionales que acogen los avances que los tribunales europeos van protagonizando, cada vez son más los juzgados de vigilancia penitenciaria que valoran esta variable de extranjería considerando el verdadero arraigo del interno. Así, el AAP de Córdoba de 13 de octubre de 2015, que concede un permiso a un interno extranjero en situación irregular y con expulsión decretada, teniendo en cuenta su arraigo familiar en España<sup>47</sup>; y el AJCVP de 14 de marzo de 2016 (rec. de apelación núm. 223/2016, expediente núm. 543/11-1), que autoriza la salida de permiso a un interno que cuenta con el apoyo social de Pastoral Penitenciaria, a pesar de concurrir el 100 % de riesgo de quebrantamiento en la TVR. Igualmente, y en relación con los resultados de la TVR, destacan resoluciones judiciales como el AAP

<sup>47</sup> SGIP (2016). *Jurisprudencia Penitenciaria 2015* (pp. 319-321). En términos similares el AAP de Madrid, Secc. 5.ª de 20 de enero de 2011; AJVP de Ciudad Real de 30 de octubre de 2014 y el AJVP de Ceuta de 15 de diciembre de 2006, disponibles en SGIP (2016). *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2015. Volumen dedicado a los permisos penitenciarios* (pp. 261-262, 314 y 320-321, respectivamente). Madrid.



de Santander, Secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de septiembre de 2017 (expediente núm. 454/17), que, en la línea doctrinal que exponemos al profundizar su estudio, avisan de los falsos positivos que estas tablas estadísticas conllevan.

Sin embargo, como ocurría respecto de la normativa nacional en materia de extranjería, y como adelantábamos, es necesaria una modificación de las técnicas actuariales descritas. Ello tanto en adaptación a los parámetros de la jurisprudencia expuesta para el concreto caso de la extranjería, como, en general, considerando los fallos que por su excesivo automatismo se le achacan.

#### **4. Propuestas concretas de mejora. El peso del artículo 25.2 de la CE: retomando la labor penitenciaria**

Dentro del contexto descrito, y en tanto se proponen esas modificaciones normativas, de un lado, y de instrumentos de trabajo de los operadores jurídicos, de otro, es necesario que la práctica penitenciaria asuma los postulados de la jurisprudencia europea marcando un modo de trabajo con los internos extranjeros que supere la antinomia que define su régimen jurídico. Para ello, se realizan las siguientes propuestas.

En primer lugar, en el momento de valorar por parte de una junta de tratamiento si un interno aporta garantías suficientes para realizar una salida de permiso, es prioritario que en todos aquellos casos de internos extranjeros con arraigo, se minimice el resultado de la aplicación de la variable de extranjería en la TVR. Solo de este modo los internos extranjeros podrán participar de los instrumentos de reinserción en igualdad de condiciones con los internos nacionales.

En segundo lugar, de acuerdo con la Instrucción 1/2012 «cuando el informe final sea discordante con los resultados obtenidos en la TVR se motivará especialmente el acuerdo». De modo que, cuando concurren circunstancias de arraigo en el interno (familia o tutela suficiente comprobada), se habrá de adjuntar informe correspondiente que explique la sobrerepresentación de la variable de extranjería en cada caso concreto y que aporte elementos de juicio suficientes a quien decide sobre la definitiva concesión del permiso.

Avanzando en las fases de cumplimiento, y los restantes mecanismos penitenciarios tendentes a la reinserción, es necesario recuperar la vigencia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 para la regularización administrativa de los internos a efectos de trabajo durante el cumplimiento de la condena en los términos que establece la reciente Instrucción 3/2019, sobre normas generales sobre internos extranjeros<sup>48</sup>. Lo anterior aplica-

<sup>48</sup> Instrucción 3/2019, sobre normas generales sobre internos extranjeros, pp. 22 y ss.

do no solo a la regularización que permite a los internos trabajar en los talleres productivos de un centro penitenciario, sino incluyendo también la regularización necesaria para que puedan trabajar durante el tercer grado y el periodo de libertad condicional.

A su vez, para el tiempo posterior al cumplimiento, se propone dar auténtica relevancia normativa al pronóstico de inserción social que se emite en el momento del acceso a la libertad condicional (art. 67 LOGP). De tal manera que, de ser este pronóstico favorable, el mismo se tenga en cuenta en los procesos de regularización administrativa de los internos extranjeros una vez cumplida la condena<sup>49</sup>. De este modo, se daría una solución a la situación de expulsabilidad en la que actualmente se encuentran los internos extranjeros con arraigo en España, que permanecen en nuestro país tras el cumplimiento de condena. A la par, la labor que los equipos técnicos hubieran desarrollado teniendo en cuenta el arraigo del extranjero en nuestro país adquiriría pleno sentido una vez accediera a la libertad.

La propuesta que realizamos no resulta tan descabellada si tenemos en cuenta las previsiones de la propia LOE y la nueva naturaleza que la libertad condicional parece adquirir tras la Ley Orgánica 1/2015. En este sentido, el artículo 31.7 a) de la LOE establece que para la renovación de la residencia temporal, se valorará la concurrencia de «antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad». Por ello, dado que la libertad condicional se transforma en suspensión de condena, parece que es la propia LOE la que invita a que un periodo de libertad condicional satisfactorio, con cumplimiento de las condiciones impuestas y sin comisión de nuevo delito, pueda tenerse en cuenta a efectos de regularización administrativa. De manera que, una vez se remita la condena definitivamente por haberse satisfecho las medidas impuestas durante la libertad condicional, se considere que efectivamente concurre el pronóstico de inserción favorable emitido y este se dé por bueno a efectos de regularización.

Por último, y ante las dificultades de proponer indultos relativos a los antecedentes penales<sup>50</sup>, pensamos en la posibilidad de indultos penales o penitenciarios (art. 206 RP) del tiempo legalmente requerido para la cancelación de dichos antecedentes. La base normativa para ello es la misma que la de la anterior propuesta, el artículo 31.7 a) de la LOE y la importancia que otorga al mecanismo del indulto. Sin duda, aunque seguiría siendo complicado obtener la regularización generalizada de los extranjeros que hubieran cumplido condena en términos satisfactorios desde el punto de vista de su reinserción social, esta propuesta ayudaría a conseguir la renovación de las autorizaciones de regularización de aquellos internos que ya hubieran contado con alguna carta de regularización<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Idéntica propuesta en Ortiz González (2008, p. 24-29), Solar Calvo (2010, p. 64 y 27 de agosto de 2015), Andrés Laso (2016, p. 402) y Fernández Arévalo y Nistal Burón (2016, p. 933).

<sup>50</sup> La STS 165/2012, de 20 de febrero de 2013 pone en cuestión esta posibilidad.

<sup>51</sup> Propuesta que se desarrolla en Solar Calvo (2019, pp. 567-611).

Las propuestas descritas, vinculadas a la necesaria individualización del tratamiento, permitirían una nueva lectura no solo de la normativa penal y penitenciaria, intensamente afectadas por la situación descrita, sino también de la normativa de extranjería. La idea general que subyace a todas ellas consiste en apostar por el estudio individualizado de la situación de los internos extranjeros. Ello en plena concordancia no solo con la jurisprudencia europea descrita, sino también con la filosofía de base de nuestro propio sistema penitenciario. De modo que, contando con una normativa suficientemente flexible se evite el automatismo que se ha impuesto en la actualidad en pos de la expulsión.

## Referencias bibliográficas

- Andrés Laso, A. (2016). *Nos hará reconocerlos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*. Madrid: Ministerio del Interior.
- Andrés-Pueyo, A. e Illescas Redondo, S. (2007). Predicción de la Violencia: Entre la Peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia. *Papeles del Psicólogo*, 28(3).
- Cancio Meliá, M. (2005). La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP). En *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (pp. 183-215). Pamplona: Civitas.
- Cervelló Donderis, V. (2016). *Derecho Penitenciario*. (4.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Cobo del Rosal, M. (Dir.). (2011). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Dykinson.
- Comas D'Argemir, M., Sánchez-Albornoz, C. y Navarro, E. (2012). Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (art. 89 CP). En *Jornadas de la Comisión Penal de Jueces para la Democracia*, Valencia.
- Daunis Rodríguez, A. (2016a). Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario. *CPC*, 120.
- Daunis Rodríguez, A. (2016b). *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*. Granada: Comares.
- Díaz y García Conlledo, M. (2007). *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho Penal*. Madrid: La Ley.
- Fernández Arévalo, L. (2010). Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 24.
- Fernández Arévalo, L. y Nistal Burón, J. (2016). *Derecho Penitenciario*. (3.ª ed.). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Ferrer Gutiérrez, A. (2011). *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Flores Mendoza, F. (2002). La expulsión de extranjeros en el Código Penal español. En A. Asúa Batarrita (Coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate* (pp. 97-132). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, J. (2007). Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria. En *17.º Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo*, Pamplona, 17 a 19 de mayo de 2007.
- González Campo, E. (2010). La ejecución penal en relación con el extranjero en

- situación irregular. *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, 49.
- Gracia Martín, L. y Alastuey Dobón, C. (2016). Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional. En L. Gracia Martín (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*. (5.ª ed.). (pp. 129-152). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal (2013).
- Iglesias Río, M. A. (2015). La expulsión de extranjeros. En G. Quintero Olivares. (Dir.), *Comentarios a la reforma de 2015* (pp. 173-188). Navarra: Aranzadi.
- Larrauri Pijoan, E. (2016). Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes. *Indret*, 2.
- Larrauri, E., Rovira, M. y Alarcón, P. (2018). La concesión de permisos penitenciarios. *RECPC*, 20(02).
- Leganés Gómez, S. (9 de julio de 2015). La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015. *Diario La Ley*, 8579.
- Mapelli Caffarena, B. (2011). *Las consecuencias jurídicas del delito*. (5.ª ed.). Navarra: Aranzadi.
- Maqueda Abreu, M. L. (2001). ¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero? En J. M. Zugaldía Espinar y E. Roca. (Coords.), *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García* (pp. 509-518). Universidad de Granada.
- Martínez Escamilla, M. (2014). Top manta, ayuda a la inmigración irregular y expulsión de extranjeros: La reforma de los artículos 270 y 274, 311 bis, 318 bis, 89 y 108 CP. En F. J. Álvarez García (Dir.) y J. R. Antón Boix (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)* (pp. 79-97). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Garay, L. (2014). La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad. *Indret*, 2.
- Mendoza Buergo, B. (2015). La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad (epígrafe II). En J. A. Lascurain Sánchez. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*. (2.ª ed.) (pp. 352-376). Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- Moya Escudero, M. (Coord.). (2001). *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*. Granada: Comares.
- Muñoz Ruiz, J. (2014). La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas. *RECPC*, 16(05).
- Nistal Burón, J. (6 de septiembre de 2013). Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario. *Diario La Ley*, 8144.
- Ortiz González, A. L. (2008). Prisión, Extranjería, Reeducción y Reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional). *CDP*, 16.
- Palomar Olmeda, A. (19 de octubre de 2017). La reformulación de la doctrina en materia de derechos de los extranjeros en España: Los avances de la jurisprudencia. *Diario La Ley*, 9064.

- Paz Rubio, J. M. (2003). Expulsión de Extranjeros. En J. A. Martín Pallín. (Dir.), *CDJ. Ejemplar dedicado a Extranjeros y derecho penal*, 4, 79-232.
- Recio Juárez, M. (10 de septiembre de 2015). Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal. *Diario La Ley*, 8602.
- Ríos Martín, J. (2006). Las alternativas a la prisión. *CDJ. Ejemplar dedicado a las penas y medidas de seguridad*, 14.
- Ríos Martín, J. C., Etxebarria Zarrabeitia, X. y Pascual Rodríguez, E. (2016). *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- Roca Agapito, L. (2007). *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch.
- Rodríguez Candela, J. L. (1998). La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal. *Jueces para la Democracia*, 33.
- Rodríguez Yagüe, C. (2018). *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Solar Calvo, P. (2010). Globalización y Derecho Penitenciario. *La Ley Penal*, 74.
- Solar Calvo, P. (2017). ¿Expulsión automática de extranjeros delincuentes? *AJA*, 932.
- Solar Calvo, P. (2018). Expulsión de extranjeros versus arraigo en la UE. *Revista Aranzadi Unión Europea (RUE)*, 12.
- Solar Calvo, P. (4 de junio de 2018). Europa y extranjeros peligrosos: reflexión acerca de la reciente STJUE de 8 de mayo. *AJA*, 941.
- Solar Calvo, P. (27 de agosto de 2015). Régimen Penitenciario de Extranjeros: Soluciones que no llegan. *Legal Today*.
- Solar Calvo, P. (2019). Teoría y práctica del indulto penitenciario. En F. Molina Fernández. (Coord.), *El indulto: pasado, presente y futuro* (pp. 567-611). B d F.
- Tajadura Tejada, J. (marzo 2014). Los Derechos y Libertades de los Extranjeros en el Ordenamiento Constitucional Español. *Anuario da Facultade de Dereito*.
- Torres Fernández, M. E. (2004). La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario a la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003. *RPJ*, 76, 231-245.
- Van Zyl Smit, D. y Snacken, S. (2013). *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.