

Trabajo de Fin de Grado
GRADO EN DERECHO

Facultad de Derecho
Universidad de A Coruña



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**DESAHUCIO Y SITUACIÓN DE
RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL**

Almudena Romero Rodríguez

Tutor: Miguel Ángel Caamaño Anido

Curso académico: 2019-2020

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	1
ANTECEDENTES DE HECHO	2
I. ¿Puede doña Rosaura regularizar su situación porque ya estuvo trabajando y dada de alta en la seguridad social?	4
1. Hechos	4
2. Solicitud de protección internacional justificando que había estado en un programa de acogimiento ACCEM.....	4
3. Ayudas y solicitud de arraigo.....	9
3.1. Ayudas económicas	9
3.2. Solicitud de arraigo social.....	11
4. Conclusión	15
II. ¿Qué podría hacer doña Rosaura ante la demanda de juicio verbal de desahucio?	16
1. Hechos	16
2. ¿Qué puede hacer doña Rosaura?	16
2.1 Asistencia jurídica gratuita.....	16
2.2 Artículo 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	17
2.3 Actuación de los servicios sociales.....	18
3. Conclusión	19
III. ¿Es correcto, desde el punto de vista legal, la denegación a Romeo de sus solicitudes, incluso la relativa a la posibilidad de estudiar, mientras está cumpliendo condena?.....	20
1. Hechos	20
2. Denegación de renovación del pasaporte	20
3. Los permisos de salida.....	21
3.1. Denegación de los permisos a extranjeros indocumentados.....	22
3.2. Estudio de la concesión de los permisos. La valoración del factor “extranjería” de la TVR.....	23
3.3. Conclusión	26

4. No puede acceder a la universidad por no tener la documentación en regla. Sobre el derecho a la educación.....	27
4.1 Conclusión	28

IV. ¿En qué situación administrativa se encontrará Romeo después del cumplimiento efectivo de la condena?..... 29

1. Hechos	29
2. Extranjeros en prisión: la figura de la expulsión	29
3. Materialización de la expulsión.....	31
3.1. ¿Qué implica la expulsión si se lleva a cabo?	31
3.2. La expulsión del art. 57.2 y el principio <i>non bis in idem</i>	31
3.3. Posibles alternativas legales a la expulsión. La posibilidad de cancelación de los antecedentes penales.....	33
4. No se materializa la expulsión.....	34
4.1. ¿Por qué no siempre se llevan a cabo las expulsiones al fin del cumplimiento de la condena?..	34
4.2. Expulsión por infracción grave	35
5. Conclusión sobre la situación de Romeo	37

V. Conclusiones 38

1. Primera	38
2. Segunda	38
3. Tercera.....	38
4. Cuarta	39

BIBLIOGRAFÍA 40

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL..... 41

APÉNDICE LEGISLATIVO Y NORMATIVO 43

WEBGRAFÍA 45

LISTADO DE ABREVIATURAS

Artículo: art.

Audiencia Provincial: AP

Código Penal: CP

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: CIDH

Dirección General de Instituciones Penitenciarias: DGIP

Human Rights Watch: HRW

Ley 1/2000, de 7 de Enjuiciamiento Civil: LEC

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria: Ley 12/2009

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: LOEx

Ley Orgánica General Penitenciaria. LO 1/1979, DE 26 de septiembre, General Penitenciaria: LOGP

Ley Orgánica: LO

Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero, por el que se aprueba el reglamento penitenciario: RP/ Reglamento Penitenciario

Real Decreto 557/211, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: RELOEx

Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: SGIP

(Sentencia) Tribunal de Justicia de la Unión Europea : TJUE

(Sentencia) Tribunal Superior de Justicia: (S)TSJ

(Sentencia) Tribunal Supremo: (S)TS

Tabla de concurrencia de circunstancias peculiares: TCCP

Tabla de Variable de Riesgos: TVR

Unión Europea: UE

ANTECEDENTES DE HECHO

Doña Rosaura M.O, de 46 años, procedente de Honduras, llega a España indocumentada en 2015 con sus tres hijos, de los cuales dos son mayores de edad y uno menor. En un primer momento solicitó protección internacional, justificándose la soledad en que estuvo en un programa de acogimiento ACCEM, lo que le sirvió para tener permiso de residencia y trabajo temporalmente.

En agosto de 2016 se celebra un contrato de arrendamiento entre doña Rosaura M.O y la propietaria de la vivienda, doña Lucía S.A. El piso se encuentra ubicado en la Calle Barcelona nº0 C.P 15010, en A Coruña. El contrato de arrendamiento se celebra el 23 de agosto de 2016 por la suma de 4.944, 00 Euros de renta arrendaticia anual, debiendo pagar 412 euros mensuales, 125 euros en concepto de renta por los días de agosto y 412 euros en concepto de garantía y fianza. En dicho contrato se incorporó la cláusula siguiente:

Si finalizado el arrendamiento conforme a la estipulación anterior, el arrendatario no hiciese entrega de la vivienda arrendada en la fecha de vencimiento o de la de cualquiera de sus prórrogas, éste se obliga a satisfacer la cantidad diaria de 80 euros en concepto de penalización mientras subsista en dicha ocupación, así como de indemnización por daños y perjuicios.

En abril de 2019 el asilo resultó denegado, indicando que no tenían pruebas de que estuvieran viviendo una situación de auxilio y Rosaura pasa a encontrarse en una situación administrativa irregular, lo que provoca la pérdida de su empleo y también de la prestación RISGA que cobraba en ese momento. Debido a esto, entra en una situación de riesgo de exclusión por la cual no puede afrontar los gastos para alimentación, dado que no cuenta con ingresos económicos y decide solicitar el arraigo social.

Desde los servicios sociales se plantea la solicitud de renta social municipal, con una previsible concesión a largo plazo y también se insta al apoyo por parte de las ayudas de inclusión social para las necesidades fundamentales con previsión de medio plazo, por lo que se deriva a la institución Cáritas para valorar la posibilidad de prestación de ayuda para alimentación y productos de primera necesidad mientras no se resuelven las prestaciones solicitadas.

Dada esta situación administrativa irregular, doña Rosaura, tras perder el trabajo, no puede pagar el alquiler de su vivienda y, entonces, la propietaria doña Lucía, de la citada vivienda, interpone una demanda de juicio verbal de desahucio por expiración contractual, reclamación de cantidades debidas y daños y perjuicios derivados de contrato de arrendamiento de vivienda.

La cantidad que solicita la parte demandante asciende a 315,90 euros (el equivalente a 23 días impagados correspondientes al alquiler del mes de agosto de 2019) y a 80 euros diarios, por la penalización contractual pactada, desde el 23 de agosto de 2019, momento en el que deja de pagar, hasta que se produzca efectivo el desalojo de la vivienda ocupada.

Actualmente, Doña Rosaura tiene intención de pagar lo que adeuda, y se encuentra en vías de que le asignen una vivienda que pueda habitar con su familia.

Durante la sucesión temporal de acontecimientos, uno de sus hijos mayores de edad, Romeo, tuvo una pelea una noche que salió. Apuñaló con una navaja a otro joven sin que resultasen daños graves para este, sin necesidad de intervención médica y, debido a los anteriores sucesos, lo acusaron de intento de homicidio. Los jóvenes no se conocían, ambos habían tomado drogas, discutieron y se pelearon. Posteriormente, se dictó sentencia firme de 5 años y 7 meses de prisión. En marzo de 2020 cumplirá 3 años de la pena. Romeo indica que podría obtener permisos pero que no se los otorgan por no tener en regla la documentación e incluso solicitó un permiso para renovar el pasaporte en Madrid y no se lo han permitido. Por último, alega que no le permiten acceder a estudios en la universidad dada su situación de “indocumentación”.

I. ¿Puede doña Rosaura regularizar su situación porque ya estuvo trabajando y dada de alta en la seguridad social?

1. Hechos

Rosaura llega a España en 2015 con sus tres hijos, dos menores de edad y uno mayor, y solicita ayuda a la organización ACCEM (ONG), que trabaja en la ayuda y protección de personas en situación de vulnerabilidad y participa en el sistema de atención, acogida e integración social de las personas refugiadas en España. Cuentan así, con programas que les otorgan permiso de residencia y trabajo, cuyo requisito de acceso es haber solicitado protección internacional, el objetivo es que tengan unas condiciones mínimas de vida cubiertas mientras se espera la resolución de la solicitud.¹

2. Solicitud de protección internacional justificando que había estado en un programa de acogimiento ACCEM

Por tanto, para poder acceder a dicho programa, Rosaura solicita protección internacional. Para saber en qué consiste dicha solicitud debemos atender a lo establecido en la normativa internacional y nacional. Así, por un lado, a nivel internacional, resulta muy relevante mencionar la Convención de Ginebra de 1951² que “revisa y codifica los acuerdos internacionales anteriores referentes al estatuto de los refugiados y amplía mediante un nuevo acuerdo la aplicación de tales instrumentos y la protección que constituye para los refugiados”, por ejemplo, se define el término “refugiados” y se establecen los derechos de estos. Por otro lado, a nivel nacional, nos encontramos con la Ley 12/2009³, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, que prevé que la persona que se encuentre en una serie de situaciones tasadas en esta ley podrá solicitar la condición de refugiado, es decir, el derecho de asilo o, la protección subsidiaria, en caso de que no se encuentre en una de esas situaciones, pero sí en otras que establezcan las normas de la Unión Europea (UE) y las normas españolas.

Los requisitos que se establecen en dicha ley para que se reconozca el derecho de asilo se encuentran en los artículos 6 y 7⁴ y a grandes rasgos comprenden actos suficientemente graves, entendidos como violencia física o psíquica, medidas legales y penas discriminatorias. Estos actos deben estar relacionados con motivos de persecución, como puede ser la raza, la religión, la pertenencia a un grupo étnico, cultural o lingüístico u opiniones políticas en relación con los agentes persecutores. De hecho, la Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 13 de enero de 2017 (ECLI:AN:2017:142) cita los requisitos legalmente establecidos a los que se ha referido el Tribunal Supremo para el reconocimiento del derecho de asilo sintetizándolos en 4 puntos:

- A. El reconocimiento del derecho de asilo, no es una decisión arbitraria ni graciable. B. Ha de existir una situación de persecución respecto del solicitante, por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social;

¹ Vid. ACCEM [En línea] Disponible en: <https://www.accem.es/> [Acceso en 18 de Junio]

² Vid. Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecha el 28 de Julio de 1951 en Ginebra.

³ Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 30 de octubre de 2009, entrando en vigor el 20 de noviembre de 2009.

⁴ Vid. los artículos mencionados, Ley 12/2009.

que le infunda temor, de suerte que no pueda o, a causa de dicho temor, no quiera, acogerse a la protección del país de su nacionalidad, o, si es apátrida, de su residencia. C. Los actos que determinan la situación de persecución han de ser graves, ya sea aislada, ya sean cumulativamente. D. No es exigible una prueba plena de los actos constitutivos de la persecución, pero son necesarios indicios de los que racionalmente pueda deducirse que la persecución existe.

Sin embargo, como ya hemos mencionado, en caso de no cumplirlos, el artículo 4 regula la llamada protección subsidiaria para los casos en los que, a pesar de no ser de aplicación la mencionada condición de refugiado, existan motivos fundados para pensar que esas personas estarían en grave peligro si regresasen a su país de origen o de residencia habitual (en caso de apátridas). En concreto, el artículo 10, reconoce esta protección en 3 situaciones:

- “a) la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material;
- b) la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante;
- c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno”⁵

Pues bien, atendiendo a la normativa, Rosaura no puede solicitar protección subsidiaria pues no se encuentra en ninguno de los 3 supuestos recogidos por la ley, por lo que solicita el derecho de asilo. Para entender y fundamentar su solicitud es necesario comprender las razones que la impulsaron a salir de su país.

Rosaura es nacional de Honduras, país que en el año 2009 sufrió un golpe de Estado⁶ que conllevó a la expulsión ilegal del presidente Manuel Zelaya, junto a medidas que suprimieron ciertas libertades y la persecución de líderes políticos. Las consecuencias de este golpe a lo largo de los años se han visto reflejadas principalmente en la cantidad de casos de corrupción protagonizados por el gobierno actual, que ha llevado al país a una crisis económica y social.⁷ De hecho, “Human Rights Watch” (HRW), en su “Informe Mundial 2015: Honduras⁸” refleja la dura realidad de este país y las razones que han provocado esta situación. Por ejemplo, HRW afirma que la tasa de homicidios en el país, en el año 2015, fue la más alta del mundo, sufriendo crímenes constantes y un reiterado abuso de los derechos humanos sin ningún tipo de repercusión.

Además, en el informe se considera que parte del origen de esta situación tiene que ver con la corrupción y el abuso existente en las instituciones públicas, en concreto, de aquellas encargadas de la seguridad pública, que lejos de reformarse continúan siendo ineficaces. A grandes rasgos los problemas más significativos derivados de la mala gestión pública son, según HRW, entre otros:

⁵ Vid. arts. 4 y 10 de la Ley 12/2009

⁶ Sierra Fonseca, R. (2019) *Honduras: Del Golpe de Estado de 2009 a la crisis continuada*. Análisis Carolina, pág. 1

⁷ Vid. TeleSur/ja-Mar (2015) *Honduras sigue padeciendo consecuencias del Golpe de 2009* [En línea] Disponible en: <https://www.telesurtv.net/news/Honduras-sigue-padeciendo-consecuencias-del-Golpe-de-2009-20150629-0016.html> [Acceso en 19 de Junio]

⁸ Nos remitimos al informe del año 2015, pues es el año en el que doña Rosaura huye de Honduras y solicita protección internacional. Informe Mundial 2015:Honduras [En línea] Disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2015/country-chapters/268037> [Acceso en 2 de abril]

[E]l uso de militares en operaciones de seguridad pública, los abusos policiales, la corrupción, la falta de independencia judicial, la existencia de ataques a periodistas de forma indiscriminada, la violencia rural, las condiciones inhumanas en prisiones, así como la violencia que sufren los defensores de los derechos humanos, e incluso los propios niños, de hecho, en múltiples ocasiones son reclutados por bandas violentas y obligados a utilizar armas.⁹

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió un informe en el año 2015 analizando en profundidad la situación de Honduras. Uno de los apartados estaba dedicado a “migrantes, solicitantes de asilo y refugiados” en el que se indica la necesidad de atender a la situación socioeconómica, política, ambiental y de seguridad ciudadana del país para comprender la causa de las migraciones. Así, en palabras de la Comisión las razones de las migraciones son principalmente

[L]os altos índices de desigualdad, pobreza, violencia, falta de oportunidades y el alto impacto que han tenido los desastres naturales; mientras que en lo que respecta a factores de atracción de migrantes se encuentran las posibilidades de sobrevivir, las de conseguir empleos en estos países, la reunificación familiar y en general la posibilidad de tener mejores condiciones de vida. La multicausalidad de la migración hondureña explica por qué ésta es un flujo migratorio mixto, entre la cual se encuentran migrantes económicos, solicitantes de asilo, refugiados, migrantes víctimas de desastres ambientales, víctimas del crimen organizado, de trata de personas, niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias, entre otros. En particular, la Comisión ha observado con preocupación que la situación de violencia generalizada que se ha dado en múltiples zonas de Honduras durante los últimos años ha conllevado a un incremento significativo en el número de solicitantes de asilo y refugiados hondureños en otros países de la región.

Como podemos ver, son múltiples los motivos que impulsen a la población hondureña a huir del país, en concreto, respecto al aumento de la violencia en ciertas zonas, este fenómeno está intrínsecamente relacionada con las llamadas maras, que son pandillas o grupos violentos que ejercen el control sobre determinados barrios. La CIDH achaca a estos grupos parte del peso de la situación insostenible del país, en concreto:

Tanto organizaciones de la sociedad civil como representantes estatales sostuvieron durante la visita que las causas de la migración de personas hondureñas tenían que ver con la situación de pobreza y falta de oportunidades de trabajo y estudio y a una inadecuada respuesta del Estado para superarla. Asimismo, a la violencia imperante en el país, que obedece a la delincuencia, al crimen organizado y a la presencia del narcotráfico, así como al reclutamiento forzoso de adolescentes, hombres y mujeres, cada vez más jóvenes, por parte de las pandillas o maras.

Ante lo expuesto, es evidente que la situación que viene atravesando Honduras desde hace años, en concreto desde 2013, momento en el que la CIDH observó grandes tasas de criminalidad, junto a grandes niveles de violencia, en cualquiera de sus formas, y hacia cualquier colectivo, ya sean, mujeres, niños, comunidad LGTBI... han conllevado a un gran incremento de refugiados y solicitantes de asilo. Por tanto, es lógico comprender cuáles fueron las motivaciones de doña Rosaura al salir del país y solicitar protección internacional.

⁹ Ibidem.

De modo que, una vez hecha la solicitud de asilo, puede optar a un programa de acogimiento de la asociación ACCEM. En estos programas, tratan de proporcionarles alojamiento durante unos meses, ayudas económicas, asistencia jurídica gratuita y cualquier tipo de apoyo que puedan necesitar, además de permisos de trabajo, para que progresivamente puedan incorporarse en la sociedad. En el caso de doña Rosaura, gracias al programa obtiene un permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena, la eficacia de esta autorización se condiciona al alta de la trabajadora en la Seguridad Social.¹⁰

Sin embargo, cuatro años después de su llegada a España (abril de 2019), la petición de asilo le resulta denegada al considerarse que no existen pruebas de que estuviese viviendo una situación de auxilio. Aunque pueda parecer contradictorio después de lo expuesto sobre la situación que atraviesa Honduras, en la sentencia del TS de 10 de octubre de 2011 (ECLI:ES:2011:6566), vemos que:

[L]a jurisprudencia ha señalado reiteradas veces que las situaciones de conflicto generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; y que aunque para la concesión del derecho de asilo no es necesaria, ciertamente, una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por alguno de aquellos motivos, si es necesario, al menos, que existan indicios suficientes de ello, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución.

Lo que se extrae de esta jurisprudencia es que en el caso de Rosaura no quedó suficientemente comprobada una persecución real según lo establecido en la Ley 12/2009, es probable que lo que la llevase a huir de Honduras fuese la tensión social y la peligrosidad del país, sin que esto pueda ser razón suficiente para recibir asilo, ya que, si bien no son necesarias pruebas plenas del relato del solicitante sobre la persecución, la STS de 9 de octubre de 2009, (RJ 233/2006), ha señalado que a la hora de valorar el relato individual de persecución el "temor a ser perseguido" es, en sí, un criterio básico para la concesión de asilo, pero no es menos cierto que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor. Por tanto, el relato no es por sí solo un indicio suficiente, sino que debe permitir concluir racionalmente que es verosímil, aun faltando pruebas añadidas que lo sustenten y siempre teniendo en cuenta la situación del país.¹¹ Además, el TS en la sentencia de 20 de septiembre de 2002 declaró que:

La Posición Común de la Unión Europea el 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo Europeo sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado, conforme al artículo primero de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado en Bruselas, pone de manifiesto que la determinación de la condición de refugiado ha de llevarse a cabo de acuerdo con los criterios en función de

¹⁰ Vid. artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

¹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2017 (ECLI:AN:2017:142)

los cuales los órganos nacionales decidan conceder a un solicitante la protección prevista en la Convención de Ginebra, siendo el factor determinante la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, y correspondiendo al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegados.

Aun así, hay que resaltar que en el caso de Honduras y respecto a las maras, sobre todo la Mara Salvatrucha (MS)¹² el TS había denegado todas las solicitudes de asilo relacionadas con ellas al entender que no eran una amenaza incluida en la protección internacional, no fue hasta el año 2016 a la luz de las “Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo procedentes de Honduras”¹³ de las que se podía extraer que gran parte de la población hondureña se ve afectada por la situación de violencia del país, siendo tan intensa, que podría calificarse de conflicto interno y que el Estado no está en condiciones de suministrar protección a los ciudadanos frente a las maras, dado la fuerza de estas y la falta de medios policiales e ineficiencia del sistema judicial penal¹⁴.

Dada esta situación de “conflicto interno” junto a la observación de las condiciones personales, que en el caso de la sentencia eran, ser objeto de extorsión por parte de las maras, lo que según las directrices de ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), supone un riesgo para la vida y la integridad física, hicieron que el TS reconociese el derecho de protección internacional. Así, al amparo de estas directrices, a partir de 2016, la amenaza de las maras pasó a considerarse una verdadera persecución, situación que antes no se incluía en esta protección al ser entendida, como definía la STS de 10 de octubre de 2011 (ECLI:ES:2011:6566), parte de los trastornos sociales del país.¹⁵ A pesar de que desconocemos los motivos concretos de la solicitud de Rosaura, resulta importante mencionar este cambio jurisprudencial pues supone una victoria en la concesión de asilo a hondureños.

En definitiva, dado que la solicitud de Rosaura ha sido denegada esto supone, atendiendo a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 12/2009, el retorno, la devolución o la expulsión, es decir, que los extranjeros deben abandonar el territorio español. En este punto y siguiendo esta ley, podríamos decir que según su situación individual los extranjeros tienen dos opciones.

En primer lugar, existe la posibilidad de recurrir la resolución denegatoria, según establece el artículo 29.1 de la citada ley, dichas resoluciones serán “susceptibles de recurso de reposición con carácter potestativo y de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, de este modo, se solicita la “suspensión cautelar de la ejecutividad de la denegación” en el recurso, para no tener que abandonar el país inmediatamente. Normalmente estos recursos se interponen para poder ganar tiempo, ya que de todos los que se presentan pocos se ganan. En segundo lugar, y continuando con lo establecido en el artículo 37, la salida del territorio es obligatoria a excepción de que

¹² Es una banda o grupo criminal de carácter internacional que nació en El Salvador y se expandió por Centroamérica hasta entrar a Estados Unidos por California.

¹³ ACNUR 27 de Julio de 2016

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de Noviembre de 2017 (ECLI:ES:AN:2017:5109)

¹⁵ Vid. artículo 3 de la Ley 12/2009

se encuentren en alguno de los supuestos establecidos en este mismo artículo, que al amparo de lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (LOEx), son los siguientes:

- “a) que la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia;
- b) que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente.”

Si nos centramos en el apartado primero, la estancia es la permanencia en España por un período no superior a 90 días, mientras que la residencia, consiste en estar en posesión de una autorización para residir¹⁶ y Rosaura pierde su permiso de residencia y trabajo en el momento en el que le deniegan la solicitud de asilo. Sin embargo, el artículo 31 de esta ley habla sobre la situación de residencia temporal, en concreto, el apartado 3 establece que “la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente”. Por lo que, como desarrollaremos a continuación Rosaura tratará de solicitar el arraigo social.

3. Ayudas y solicitud de arraigo

3.1. Ayudas económicas

Denegada la protección internacional, Rosaura pierde automáticamente el permiso de residencia y trabajo, lo que supone el despido de su trabajo y también la pérdida de la prestación RISGA, que cobraba hasta ese momento. Esta prestación, se denomina renta de inclusión social de Galicia, que según la Xunta de Galicia consiste en lo siguiente:

[E]s una prestación pública destinada a garantizar recursos económicos de subsistencia a quien carezca de ellos, así como a conseguir progresivamente su autonomía e integración social y laboral, mediante el derecho y el deber de participar en procesos personalizados de inserción con apoyo técnico y financiero del Sistema gallego de servicios sociales y del Sistema público de empleo de Galicia. La renta de inclusión social de Galicia, en cuanto prestación económica, tendrá carácter alimenticio, personal y no transmisible, y no podrá ser objeto de embargo o retención ni darse en garantía de deberes.

El hecho de que Rosaura percibiese esta ayuda por parte de la Xunta es un indicador de que la remuneración percibida mensualmente por su trabajo no era suficiente para mantener una familia (en su caso Rosaura tiene tres hijos, dos menores de edad y uno mayor de edad), por tanto, una vez que se le deniega la solicitud de protección internacional y pierde su trabajo, es aún más notable el hecho de que necesitará esta ayuda, como mínimo, para subsistir. Sin embargo, la pérdida de su autorización de residencia y trabajo supone la pérdida de esta, ya que es necesario encontrarse en situación

¹⁶ Cfr. artículos 30 y 30 bis de la LOEx

legal para poder percibirla¹⁷. Ante esta situación, los servicios sociales¹⁸ se plantean la solicitud de la renta social municipal, así como otras ayudas de inclusión social para las necesidades fundamentales, que analizaremos a continuación.

1) Solicitud de la renta social municipal (RSM). Esta ayuda proveniente del Ayuntamiento de A Coruña¹⁹ está concebida para aquellas personas que estén en riesgo o en situación de exclusión social, y comprende una serie de requisitos²⁰ entre los que se encuentran el no tener derecho a una prestación RISGA, al considerarla subsidiaria de esta y complementaria de otros recursos y prestaciones económicas de cuantía inferior a la RSM.

Esta Renta, aprobada en el año 2016²¹ tiene una característica especial y es que, como menciona, CAMEÁN CALVETE,²² el objetivo es que aquellas personas que no tuviesen cubiertas sus necesidades más básicas para construir una vida digna pudiesen contar con recursos suficientes para hacerlo. Por ello esta ayuda no es solo económica, sino una herramienta para dar apoyo en procesos de inclusión con la finalidad de lograr la mejora personal y social de la persona beneficiaria y de su unidad de convivencia. Es decir, tiene que servir para acompañar y dar autonomía a las personas, con la ayuda de las trabajadoras sociales. Por último, como continúa diciendo CAMEÁN CALVETE²³ sobre la situación administrativa de la persona que percibirá la ayuda:

En la Marea Atlántica, y ahora también en el gobierno municipal de A Coruña, compartimos ese lema que, en su momento, gritamos en las calles: ningún ser humano es ilegal. La situación administrativa no es nuestra vara de medir. Por eso, la Renta Social Municipal también lleva su rostro y su nombre, porque son nuestras vecinas y cumplen, por desgracia, más que sobradamente, el requisito de encontrarse en una situación de vulnerabilidad social.

¹⁷ La residencia legal es uno de los 5 requisitos para acceder a la prestación RISGA, regulados en la Ley 10/2013, de 27 de noviembre¹⁷, *de inclusión social de Galicia*.

¹⁸ Al amparo del artículo 30 y ss de la Ley 12/2009, los solicitantes de asilo tienen derecho a recibir: siempre que carezcan de recursos económicos, los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad.

¹⁹ Coruna.gal. *Ayuntamiento de A Coruña, Servicios Sociales* [En línea] Disponible en <https://www.coruna.gal/serviciosociales/es/prestaciones/detalle-prestaciones-sociales/renda-social-municipal/contenido/1453602663211?argIdioma=es> [Acceso en 15 de Abril]

²⁰ 1º) Non ter dereito a percibir a Renda de Inclusión Social de Galicia (RISGA), ou prestación autonómica que a substitúa, ou a outras axudas e prestacións de carácter público e natureza similar. 2º) Estar empadroada e ter residencia efectiva no Concello da Coruña, cunha antigüidade mínima de seis meses. 3º) Ter cumpridos 18 anos. 4º) Ter idade menor da mínima establecida para poder solicitar unha pensión non contributiva de xubilación; excepto aquelas persoas que non reúnan os requisitos para acceder a ela. 5º) Ter constituída unha unidade de convivencia independente. 6º) Presentar dificultades para a cobertura das necesidades básicas por non dispoñer de recursos económicos suficientes. 7º) Que non existan persoas legalmente obrigadas e con posibilidade real de prestarlles alimentos de acordo coa lexislación civil. 8º) Exercitar as accións pertinentes para a cobranza de calquera crédito, axuda, subvención, pensión ou renda de calquera clase que lle puidese corresponder á persoa solicitante ou a calquera membro da unidade de convivencia. 9º) Comprometerse a participar no itinerario de inclusión activa deseñado polo/a traballador/a social municipal co obxectivo de resolver a situación de vulnerabilidade que dá orixe á solicitude da renda social municipal.

²¹ Ordenanza Municipal Reguladora de la Renta Social Municipal, de 26 de agosto de 2016. Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña, (entrada en vigor 15 días después de su publicación en el BOP).

²² CAMEÁN CALVETE.2016 *Una ciudad, todas las manos*. Revista VientoSur número 148, pág. 70 -74.

²³ *Ibidem*

Como podemos observar la RSM podrá ser percibida por Rosaura, sin que su situación administrativa irregular le suponga un impedimento para solicitarla, dado que el objetivo de esta ayuda es paliar esa exclusión y vulnerabilidad social y tratar de superar esa situación con la ayuda de los servicios sociales.

2) Ayudas de inclusión social (AIS) para las necesidades fundamentales. Mientras no se resuelve la RSM se deriva a doña Rosaura a Cáritas para que valore la prestación de esta ayuda. Estas buscan reforzar los procesos de inclusión social y están destinadas a sufragar gastos extraordinarios y urgentes, como es el caso de doña Rosaura, pero en el momento que empezase a cobrar la RSM ya no cobraría esta pues están destinadas a lo mismo y son, por tanto, incompatibles.

Estas ayudas pueden ser de varios tipos; vinculadas al uso de la vivienda, a la equipación mobiliaria, a la atención sanitaria y atención de necesidades primarias, que es la solicitada en este caso.²⁴ Los requisitos que se establecen son tres: “ser mayor de edad, estar empadronado y tener residencia constatada por los servicios sociales comunitarios básicos en cualquiera de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Galicia y no disponer de ingresos suficientes para afrontar los gastos derivados de la situación que justifica la solicitud de la ayuda”.²⁵

En ningún caso, será necesaria otra documentación adicional no especificada, por ejemplo. En el año 2014 una mujer en situación irregular solicitó la AIS para alimentación básica y otras necesidades vitales, la Xunta se la denegó al pedirle la T.I.E o el permiso de residencia, finalmente en la sentencia el magistrado razonaba que “no puede olvidarse que nos encontramos ante unas ayudas que tienen por objeto atender situaciones de emergencia y sufragar gastos extraordinarios y urgentes, por lo que cuestiones tales como la tenencia o no de un permiso de residencia o una tarjeta de identificación extranjero son irrelevantes”.²⁶

3.2. Solicitud de arraigo social

A pesar de que doña Rosaura pueda percibir estas ayudas debe tratar de regularizar su situación administrativa, por lo que solicita el arraigo social. Antes de continuar, debemos matizar que ni la LOEx ni la RELOEx definen el “arraigo” siendo entendido por los tribunales como un concepto jurídico indeterminado que se ha ido perfilando jurisprudencialmente. Por ejemplo, el TS en la sentencia de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:7514:2007) define este concepto como “la existencia de vínculos que unen al extranjero recurrente con el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente en residir en el país y determinen la prevalencia de tal interés particular para la concesión del permiso de residencia temporal solicitado”.

²⁴ Cfr. Título II de la Ley 10/2013, de 27 de noviembre²⁴, de *inclusión social de Galicia*.

²⁵ Cabe concretar que esta ayuda es Cáritas quién la valora, pues en este caso, se solicita la ayuda “para la atención de necesidades primarias de alimentación, vestido y ajuar doméstico” y esta tendrá carácter subsidiario respecto a otras ayudas destinadas a la misma finalidad.

²⁶ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ourense de 24 de mayo de 2016.

Volviendo al arraigo social, la página del Ministerio de inclusión, seguridad social y migraciones²⁷ lo define como “una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que se podrá conceder a ciudadanos extranjeros que se hallen en España o estén integrados socialmente”. Asimismo, el Real Decreto 557/211, de 20 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (RELOEx), establece en su artículo 124 que la autorización de residencia temporal por razones de arraigo puede ser de 3 tipos: laboral, social o familiar. En este caso, doña Rosaura pretende solicitar el arraigo social.

Para obtener una autorización de este modo es necesario que los extranjeros acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de 3 años. En caso de ausencia esta debe estar justificada y acreditada, en caso contrario no podrá entenderse cumplido este requisito, en efecto, la sentencia del TSJ de Castilla-León de 27 de enero de 2017 (ECLI:ES:TSJCL:2017:270) entiende incumplido el requisito de la permanencia por ausentarse el actor 5 meses de España sin motivos justificados:

La forma más efectiva de acreditarlo es mediante el certificado de empadronamiento, sin embargo, la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de A Coruña de 23 de mayo de 2011 (ECLI:JCA:2011:38), aceptó como válidas actividades realizadas en la provincia durante esos tres años: “Se constata que tanto de los movimientos bancarios, asistencia al SERGAS, recetas de la clínica Vital dent y recibo de la inmobiliaria Mia-selecciones entre otros en los años 2009, 2008, 2007 y 2006 la recurrente mantiene una permanencia en España al menos de tres años a la fecha de la solicitud de autorización de residencia temporal”. Por lo que, las contribuciones a la seguridad social o el alquiler del piso entre otros serían válidos para demostrar su permanencia en España.

Además, es necesario cumplir los siguientes requisitos de forma acumulativa:

a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.

Entendemos que doña Rosaura no cuenta con antecedentes penales, por lo que cumpliría este requisito²⁸. Deberá, por tanto, presentar el certificado de antecedentes penales, que al exigir 5 años y llevar doña Rosaura 4 viviendo en España, necesitará presentar no solo el de España, sino también el certificado de Honduras. Este último documento deberá estar apostillado, al formar sendos países parte del Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961²⁹.

²⁷ Extranjeros.mitramiss.gob. *Portal de Inmigración. Ministerio de Inclusión, seguridad social y migraciones. Secretaría de estado de Migraciones* [En línea] Disponible en: <http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/ciudadanosnocomunitarios/hoja039/index.html#normativa> [Acceso en 18 de Abril]

²⁸ Como ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza de 16 de Junio de 2008, deniega el arraigo por la existencia de antecedentes penales.

²⁹ Vid. Instrumento de Ratificación de España del Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 4 de octubre. Boletín Oficial del Estado, Jefatura del Estado, de 25 de septiembre de 1978, núm 229.

b) Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año.

Esto supone que doña Rosaura al momento de presentar la solicitud debería contar con un contrato de trabajo, requisito que resulta paradójico, pues ha perdido su trabajo habitual por estar en situación irregular, y ahora para conseguir regularizar su situación debe contar con un contrato de trabajo.

Dada la situación, esta podría intentar recuperar su último trabajo, ya que fue despedida por su situación irregular, no por motivos empresariales, por lo que podríamos pensar que tendría posibilidades de ser readmitida. Sin embargo, si esto no ocurriese, debería tratar de buscar otro posible empleo con duración mínima de un año al momento de la presentación de la solicitud, lo que parece ciertamente complejo.

Aun así, en caso de que lo encontrase hay que tener en cuenta que este, según fija la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁰, a pesar de no existir mayores requisitos que el del contrato de un año, la Administración en la tramitación del procedimiento, puede examinar la falta de viabilidad de la actividad empresarial en que se inserta el mencionado contrato, abriendo un periodo probatorio en que se puedan aportar pruebas para poder acreditarla, debiendo ser valoradas con libertad de criterio, pudiendo ser sometida al control jurisdiccional esa actividad probatoria. Además, en esta sentencia también se discute sobre si es necesario acreditar la solvencia del empleador según lo que establece el artículo 64.3 e) de la RELOEx y el TS ha considerado que el empleador debe: “acreditar que cuenta con medios en cuantía suficiente para hacer frente a su proyecto empresarial y a las obligaciones derivadas del contrato firmado con el trabajador extranjero. Dicha cuantía deberá incluir el pago del salario reflejado en el contrato que obre en el procedimiento.”

Es decir, el contrato ofertado debe ser viable y válido, no valen meras ilusiones empresariales, aunque esto no debe exigirse al extranjero en ningún caso, sino que puede ser investigado por la administración, a su vez que se exige que para que la solicitud de arraigo sea favorable el empresario deberá demostrar que cuenta con medios económicos suficientes. El contrato debe ser único excepto en dos supuestos acotados en este artículo:

1.º En el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos de duración mínima de seis meses.

2.º En el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos, todos ellos de duración mínima de un año, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global.

Aquí vemos que, respecto a la jornada, la única especificación que se hace en la ley es la del supuesto 2 que establece un mínimo de 30 horas semanales. Por lo que, para el caso de un contrato único este puede ser a media jornada, siempre que se cumpla con el salario mínimo interprofesional.

Estos son los requisitos establecidos para el contrato de trabajo que debe presentar Rosaura, aunque como todavía se encuentra en situación irregular el contrato no está vigente, antes se recurría a la denominada oferta de empleo³¹. Actualmente, el

³⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3784)

³¹ Esta figura existió hasta febrero de 2005.

contrato se somete a una condición suspensiva, es decir, el contrato se somete a la concesión de la autorización de residencia y trabajo, mientras esta no esté vigente el contrato no es efectivo.

Por otro lado, existe una posibilidad para obviar el contrato de trabajo, amparada en el artículo 129 del Reglamento:

La concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquélla con excepción de la que se conceda a los menores de edad laboral, o en casos de exención del requisito de contar con contrato por contar con medios económicos que no deriven de la realización de una actividad por cuenta propia.

La LOEx en su artículo 68, establece como requisito previo a la concesión de la autorización de arraigo, que las CCAA o, los Ayuntamientos en su caso emitan un informe (que analizaremos en el apartado siguiente), este puede, en virtud del artículo 124.2 c) de la RELOEx, recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre que acredite que cuenta con medios económicos. Esto significa que, si consiguiese demostrar que cuenta con medios para subsistir, se puede conceder el arraigo sin la existencia de un contrato, pero como bien dice el artículo, no llevará aparejada una autorización de trabajo.

Como excepción, la STSJ Canarias, Sede Santa Cruz de Tenerife, de fecha 9 de julio de 2015, Rº 245/2014, reconoció el derecho de un extranjero a obtener el arraigo de este modo, a pesar de que el informe de arraigo no recomendaba la exención de este requisito. Estableciéndose lo siguiente:

presentó documentación bancaria de la que resultaba que contaba con un saldo de 161.000 euros, medios económicos suficientes (artículo 128.2-b) para el tiempo de vigencia de la autorización, en tanto que representa una cantidad claramente superior al 200% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente, considerando la unidad familiar de tres miembros (artículo 54).

Si aplicásemos esta doctrina a la situación de doña Rosaura no nos sería muy favorable, pues, en el hipotético caso de que se le concediese el arraigo sin posibilidad de trabajar, tendría que mantener con ayudas sociales, a sus hijos, lo cual carecería de sentido, y así lo plasma la sentencia del TSJ del País Vasco³² de 10 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TSJPV:2018:1755), al considerar que para obviar este requisito del contrato de trabajo es necesario que:

[El] extranjero disponga de medios propios para subvenir las propias necesidades, que en principio no podrán derivar de la mera asistencia social pues precisamente estos subsidios lo que ponen de manifiesto es la ausencia, la carencia, de medios de vida, lo que no obsta a que se admitan que los recursos provengan de la asistencia social cuando en un contexto de percepción de ingresos de forma estable y ordinaria se presente, ocasionalmente, una situación de necesidad.

Por tanto, descartamos totalmente la posibilidad de que doña Rosaura pueda quedar exenta del requisito del contrato de trabajo, pues no cuenta con medios económicos suficientes independientes de las ayudas.

³²Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TSJPV:2018:1755)

c) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.

En este requisito se nos presentan dos alternativas, por un lado, la demostración de los vínculos con otros residentes, exclusivamente, con el cónyuge, ascendientes o descendientes. Rosaura a pesar de convivir con sus hijos, estos no son residentes³³, ya que su madre no lo es, y, por tanto, esta deberá presentar el informe de arraigo para acreditar su inserción social. Esta alternativa es más dura de cumplimentar que la acreditación de vínculos familiares, pues se juzga el grado de inserción del extranjero, en base a los medios de vida con los que cuenta, su conocimiento de la lengua del entorno, en nuestro caso, del gallego y del castellano, la participación en programas de inserción sociolaborales, el tiempo de permanencia en España y en su lugar de residencia, la posibilidad de contar con vivienda y medios de vida³⁴... Desconocemos en este punto cuantos de los requisitos cumple Rosaura.

Además, LIZAMA NICOLÁS³⁵ apunta que el informe: “También podrá incluir otros aspectos no considerados anteriormente y que puedan ser significativos cuando se realiza la valoración”. De hecho, si observamos el modelo del informe³⁶, su punto 6 se titula “otros factores de arraigo”, por lo que Rosaura podrá aportar los años trabajados y cotizados en la Seguridad Social.

4. Conclusión

Vemos que, para regularizar su situación mediante arraigo Rosaura deberá atender a lo establecido en el artículo 124 de la RELOEx y cumplir los requisitos establecidos. Asimismo, contestando a la pregunta inicial, el hecho en sí mismo de haber estado trabajando desde el año 2015 y dada de alta en la Seguridad Social no es motivo para regularizar su situación, pero sí puede serle de ayuda para demostrar la residencia continuada de 3 años o su integración con España si fuese necesario, es decir, puede usarlo como documento acreditativo si lo necesitase, pero eso es todo.

En definitiva, la concesión del arraigo en el caso de doña Rosaura depende de la obtención de un contrato de trabajo, pues las otras vías analizadas no se ajustan a su situación, y al informe favorable del Ayuntamiento. Afortunadamente durante el tiempo en el que no se encuentre en situación regular podrá percibir las ayudas mencionadas con anterioridad (no de forma acumulativa) para evitar la situación de exclusión social.

³³ La RELOEx solo contempla la posibilidad de que los menores obtengan la residencia cuando sus padres sean residentes (artículo 186)

³⁴ Cfr. artículo 68 de la LOEx

³⁵ LIZAMA NICOLÁS.M.2017. *Los informes de arraigo: un análisis desde la perspectiva de los Servicios Sociales*. Ediciones Complutense, pág. 90

³⁶Modelo de informe de arraigo [En línea]Disponible en:

http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/informacioninteres/Informes_CCAA_Entidades_locales/Informe_arraigo/Arraigo.pdf [Acceso 15 de junio]

II. ¿Qué podría hacer doña Rosaura ante la demanda de juicio verbal de desahucio?

1. Hechos

En el momento en el que doña Rosaura pierde su trabajo y la prestación RISGA le resulta imposible continuar pagando el alquiler de la vivienda y deja de hacerlo en agosto, último mes de validez del contrato. Esta situación de impago provoca la interposición por parte de la propietaria de una demanda de juicio verbal de desahucio por expiración del contrato.

El juicio verbal es uno de los procesos declarativos de carácter común que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁷ (LEC), pensado para procedimientos ágiles y que no necesitan de grandes formalismos, ya sea por la materia o porque la cantidad reclamada no supera los 6000€, este se inicia con una demanda, cuyo contenido y forma se corresponderán con el juicio ordinario. Como norma general no se admite la acumulación objetiva de acciones, salvo la acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, y en caso de reclamación de rentas o cantidades análogas no pagadas, cosa que hace³⁸ doña Lucía al reclamarle las cantidades debidas (315,90€ resultantes de los 23 días sin pagar del mes de agosto de 2019) junto a los daños y perjuicios derivados del contrato de arrendamiento, además de 80 euros diarios desde el 23 de agosto (finalización del contrato) por la penalización contractual pactada en el contrato en 2016, acumulando dichas acciones a la demanda por expiración contractual.³⁹

2. ¿Qué puede hacer doña Rosaura?

2.1 Asistencia jurídica gratuita

Lo primero que debemos tener en cuenta es que doña Rosaura tiene reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita y a una tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad con los nacionales, según el artículo 22 de la LOEx⁴⁰, para acceder a esta es necesario acreditar recursos insuficientes para litigar⁴¹, los requisitos son: contar con unos recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, que no superen unos determinados umbrales, en atención al IPREM.⁴²

³⁷ Vid. artículos 437 a 477

³⁸ Solo para juicios de desahucio de finca por falta de pago o expiración legal o contractual del plazo

³⁹ La AP Madrid en su sentencia de 6 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:1734) establece como jurisprudencia menor la posibilidad de acumulación de la acción de desahucio por expiración del plazo y reclamación de rentas, debiendo el arrendatario abonarlas junto a los daños y perjuicios ocasionados.

⁴⁰ Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles

⁴¹ Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

⁴² Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar. (En 2016 12.780,26 €). Dos

La encargada de valorar esa situación y de acreditar esa insuficiencia es, como señala la STSJ de Baleares:⁴³“la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, a la que corresponde ahora el reconocimiento o denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita”. Por tanto, será este organismo quien valore la situación de doña Rosaura atendiendo al IPREM y dado que esta se encuentra en una situación delicada sin recursos económicos, cumplirá estos requisitos y podrá acceder a la asistencia jurídica gratuita.

2.2 Artículo 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

En el año 2019 el Pleno del Congreso de los Diputados⁴⁴, en una sesión extraordinaria derogó, entre otros el Real Decreto-ley 21/2018 de 14 de diciembre, *de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*, siendo sustituido por el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*⁴⁵ que incorpora en su título tercero “Medidas de reforma de procedimiento de desahucio de vivienda” un quinto apartado al artículo 441, titulado “casos especiales en la tramitación inicial del juicio verbal”.

Así, actualmente la LEC en su artículo 441.5 establece que en los casos del artículo 250.1.1 se informará al demandado de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales o podrá autorizar la cesión de sus datos a estos para que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad. La existencia del procedimiento de los servicios sociales deberá comunicarse de oficio al Juzgado si finalmente estos confirman que el hogar en cuestión se encuentra en una situación de vulnerabilidad social y/o económica.⁴⁶ En el caso de Rosaura sería fácil de demostrar pues ha perdido su trabajo y la prestación RISGA y su situación, como ya hemos analizado en la cuestión anterior, es crítica.

Así pues, una vez recibida la notificación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial (tres meses si el demandante es una persona jurídica). Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzarán la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites, en estos

veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en algunas de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros. (En 2016 15.975,33 €). El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros. (En 2016 19.170,39 €). Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/tramites-gestiones-personales/asistencia-juridica-gratuita> [Acceso 20 de junio]

⁴³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 29 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TSJBAL:2014:448)

⁴⁴ Pleno del Congreso de los Diputados. [En línea]. Disponible en: http://www.congreso.es/backoffice_doc/atp/orden_dia/pleno_168_22012019.pdf [Acceso 20 de mayo]

⁴⁵ Publicado en el BOE el 1 de marzo de 2019 y entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

⁴⁶ MARTÍNEZ DE SANTOS critica la insistencia en referirse a la “vulnerabilidad social y/o económica” sin precisar qué se entiende por una u otra y, por qué razón puede darse una alternativa entre ambas cuando la vulnerabilidad económica suele conllevar la social.

supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano.

Todo lo que se recoge en este artículo supone que, de acuerdo con la estimación de la situación de doña Rosaura por los servicios sociales, estos tendrán un mes para actuar y tomar medidas para evitar la potencial exclusión social en la que se encuentra, pasado el mes el proceso dejará de estar en suspenso y se reanudará.

2.3 Actuación de los servicios sociales

Para seguir lo establecido en el art. 441.5 LEC, el órgano judicial debe comunicar de oficio la existencia de este procedimiento a los servicios sociales⁴⁷. En caso de no hacerse supondría, según la SAP de Lugo de 24 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APLU:2020:52): “una nulidad de actuaciones conforme al artículo 225 LEC al haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento y vulnerar el artículo 47 de la CE”.

Por otro lado, no se define cuales son los parámetros para ser considerado “hogar en situación de vulnerabilidad” por lo que dependerá de los servicios sociales la valoración de tal situación. MARTÍNEZ DE SANTOS⁴⁸, Letrado de la Administración de Justicia alega que para acotar esta “situación de vulnerabilidad” podemos encontrar ciertas referencias en los “hogares vulnerables” definidos en la proposición de *Ley de emergencia habitacional en familias vulnerables en el ámbito habitacional y de la pobreza energética*⁴⁹, que los define como “las viviendas donde moren personas o familias que se encuentren en exclusión residencial⁵⁰, independientemente de tener título legal habitante”. Además, también considera que podemos encontrar ciertos indicadores sobre qué entender como supuestos de especial vulnerabilidad, en el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, que establece los siguientes:

- a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente;
- b) Unidad familiar monoparental con hijos a cargo;
- c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de edad;
- d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral;
- e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo;
- f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el

⁴⁷ Artículos 150.4 y 441.1 bis de la LEC

⁴⁸ MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2019). *De nuevo sobre las medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: el Real Decreto-ley 7/2019 de 1 de marzo*. Diario La Ley [En línea] Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFICTEAAiNLQyMLY7Wy1KLizPw8WyMDQ0sDYwNzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAG9ocP8IAAAAWK E>

⁴⁹ Presentada en el Congreso de los Diputados el día 30 de enero de 2018

⁵⁰ Entendiendo esta como aquella situación en la que las personas o familias tenga ingresos netos inferiores al 2,5 veces del IPREM en personas que vivan solas o 3 veces el IPREM cuando se trate de unidades de convivencia.

- tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral;
- g) Unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género y;
 - h) El deudor mayor de 60 años.

Así, para MARTÍNEZ DE SANTOS⁵¹ no hay razón para que el artículo 441.5 de la LEC no pueda remitirse a estos indicadores (tanto a la proposición de ley como al Real Decreto-ley), al menos en lo que se refiere a la delimitación del concepto, esto es, a la apreciación por el Juzgado de la posible situación de vulnerabilidad del demandado con arreglo a criterios objetivos y no a simples manifestaciones de los afectados. Y en tal caso Rosaura se encontraría dentro de las situaciones descritas.

Por su parte, el órgano judicial podrá interesar las aclaraciones que estime oportunas sobre los criterios que se han tenido en cuenta por los servicios sociales. A ojos del letrado estas aclaraciones se antojan imprescindibles, porque nada impide que se intenten varias comunicaciones, si bien el plazo de suspensión no podrá ser posterior a la fecha de la vista, de tal modo que, si la comunicación de los SS se recibe en el juzgado después de celebrada aquella, no suspendería el plazo para dictar sentencia, ni el lanzamiento.

Por último, en los casos de reclamaciones de rentas periódicas, cuando la acción de reclamación se acumule a la acción de desahucio por expiración del término y el demandante lo hubiese interesado expresamente en su escrito de demanda, la sentencia, auto o decreto, incluirá la condena a satisfacer también las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca, tomándose como base de la liquidación el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda.⁵² Por lo que doña Rosaura deberá pagar todo lo que le reclama doña Lucía.

3. Conclusión

Rosaura ante esta situación de desahucio puede, en primer lugar, solicitar asistencia jurídica gratuita y, en segundo lugar, debido a su situación de vulnerabilidad social, ampararse en el artículo 441.5 de la LEC. De este modo, el juzgado dará traslado a los servicios sociales de esta situación (previa comunicación al interesado de esta posibilidad y de la cesión de sus datos), los cuales valorarán en base a criterios objetivos la vulnerabilidad, tomando como referencia las definiciones dadas sobre “hogares vulnerables” de la proposición de ley y de “especial vulnerabilidad” del Real Decreto 5/2017.

Si los servicios sociales aprecian dicha situación se suspenderá el procedimiento durante un mes, tiempo en el que estos tratarán de buscar un nuevo hogar a Rosaura y su familia. Pasado ese tiempo el procedimiento se reanudará y la sentencia la obligará a pagar todo lo que adeuda y se procederá al lanzamiento. Por eso es de vital importancia que en el plazo de suspensión se haya encontrado otro lugar para que pueda alojarse.

⁵¹ ibidem

⁵² Artículo 220 LEC

III. ¿Es correcto, desde el punto de vista legal, la denegación a Romeo de sus solicitudes, incluso la relativa a la posibilidad de estudiar, mientras está cumpliendo condena?

1. Hechos

Romeo se encuentra en prisión por intento de homicidio en situación administrativa irregular, por lo que, al solicitar permisos y acceso a estudios universitarios se los deniegan alegando dicha situación. Además, solicita poder renovar el pasaporte y también se le deniega. Dicho esto, antes de comenzar el análisis sobre la situación de Romeo debemos atender a la diferencia existente entre tener la documentación en regla y no tenerla. Así, tal y como establece SANTACRUZ IGLESIAS⁵³:

[S]e considera extranjero regular a la persona que tenga su documentación en regla, ya esté de viaje de vacaciones, estudiando o residiendo. Por otra parte, se considerará extranjero irregular a la persona que no disponga de documentación, que dicha documentación no esté actualizada por cualquier causa, por haber entrado con visado de turista y una vez dentro del territorio nacional decidiera quedarse sin la autorización de residencia en el plazo legal, por no haber renovado dicha residencia y una serie de casos similares.

La documentación hace referencia al pasaporte del país de origen y al NIE⁵⁴ expedido por la policía y, dado que Romeo tiene el pasaporte caducado, a efectos legales se le considera extranjero irregular.

2. Denegación de renovación del pasaporte

Respecto al hecho de que no le concedan la renovación del pasaporte, no encontramos ningún precepto en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) ni en el Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero, *por el que se aprueba el reglamento penitenciario* (Reglamento Penitenciario/ RP) que indique nada sobre la renovación de documentos. Sin embargo, la Instrucción 12/2001 sobre, *Regulación de la recogida de documentación personal identificativa de los internos que ingresan en centros penitenciarios*, reconoce la trascendencia que supone para todas las personas en situación de privación de libertad “tener a su disposición y debidamente actualizados los documentos nacionales de identidad y pasaportes, por otras facetas de su vida personal, así como a efectos de prestaciones sociales”. Así, los funcionarios del departamento de ingresos recogerán la documentación personal de los internos “anotando la dependencia administrativa donde se deposite, la fecha estimada de caducidad y el procedimiento para contactar con los trabajadores sociales adscritos al centro penitenciario a efectos de renovación”.

⁵³ SANTACRUZ IGLESIAS, E. 2014. *Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España. Barabataria*. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, núm.17, pág. 114

⁵⁴ Número de identificación de extranjeros. Se otorga a los extranjeros por cualquier trámite administrativo, pero esto no quiere decir que puedan residir en España.

Además, el auto de la AP de Córdoba de 23 de noviembre de 2015⁵⁵ sobre la pretensión de una interna a obtener un permiso extraordinario de salida para renovar su documentación concluyó que “la Administración Penitenciaria debe proveer lo necesario para que pueda resolverla, bien dentro del propio centro o bien mediante su traslado, custodiada a la oficina donde ha de renovar su pasaporte. En el supuesto de que ninguna de las dos alternativas resulte factible, entendemos incardinable el supuesto en esas causas extraordinarias previstas en el artículo 47.1 de la LOGP”.

En definitiva, siguiendo lo establecido por la Instrucción 12/2001 y la AP, vemos que no se excluye a los extranjeros, por lo que tal y como establece la LOEx⁵⁶ a estos se les reconocen los derechos en condiciones de igualdad con los nacionales. Así, Romeo podrá renovar su pasaporte, contactando con los trabajadores sociales y pudiendo obtener un permiso extrapenitenciario para acudir al lugar en cuestión donde proceda la renovación, sin que se le deniegue esta posibilidad por ser extranjero.

3. Los permisos de salida

Los permisos de salidas se regulan en la LOGP, en el título II, capítulo VI y en el RP, artículos 154 a 159. Lo que se extrae de estos artículos del Reglamento es la existencia de dos tipos de permisos: ordinarios y extraordinarios, además de un permiso especial para salidas programadas en grupo, de carácter facultativo, cuyos requisitos son los mismos que para los permisos ordinarios. La finalidad es que los internos desarrollen determinados programas de tratamiento fuera del establecimiento penitenciario.

Respecto a los permisos extraordinarios estos se caracterizan por responder a fines humanitarios, no tienen que ver con el proceso de resocialización de los penados, y pueden ser de 2 tipos. El primero se otorga de forma preceptiva en caso de enfermedad o fallecimiento de los familiares cercanos u otras personas íntimamente vinculadas y para el caso de alumbramiento, ya sea de la esposa o de persona con análoga relación. El segundo tipo es de carácter médico, previo informe, para acudir a una consulta o ingresar en un hospital extra-penitenciario.

Como podemos observar, estos permisos se otorgan, o bien de forma facultativa, previo informe médico o de forma obligatoria en caso de enfermedad, muerte o fallecimiento. Por tanto, no pueden ser negados a los penados extranjeros por el hecho de encontrarse en situación de ilegalidad, ya que su finalidad es humanitaria y de salud.

En relación con los permisos ordinarios, estos tienen la finalidad de preparar a los reclusos para la vida en libertad y son de carácter facultativo, es decir, se conceden en

⁵⁵ Se reconoce como Jurisprudencia Penitenciaria.2016. [En línea] Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202317/Jurisprudencia_penitenciaria_2016_126150402.pdf/4c18e7b8-88c0-41e4-a924-d077efaae42f [Acceso el 15 de mayo]

⁵⁶ 3.1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

atención a las circunstancias particulares de cada penado y al cumplimiento de 4 requisitos. En primer lugar, que el interno esté clasificado en 2º o 3º grado, haber cumplido ¼ de la condena, no observar mala conducta y, por último, como factor determinante, obtener un informe favorable del Equipo Técnico.

Atendiendo a la situación de Romeo y a la información con la que contamos este podría cumplir con dichos requisitos. Lo más probable es que estuviese clasificado en 2º grado (dando por hecho que no cometa ningún acto que pudiese llevarle al 1º grado), conocido como régimen ordinario, en el que conviven entre un 78% un 82% de la población penitenciaria, ya que para optar a un tercer grado resulta muy relevante encontrarse en situación legal, en aras de obtener un trabajo que ayude a la reinserción, además, si no le conceden permisos de salida, resultaría ilógico que se encontrase en un régimen de semilibertad.

En segundo lugar, respecto al cumplimiento de ¼ de condena, en marzo de 2020 cumplía 3 años de los 5 años y 7 meses impuestos, por lo que siendo el requisito ¼ en su caso (1 año, 4 meses y tres semanas) también lo cumpliría. Faltaría no observar mala conducta, que según la doctrina del TS supone “un presupuesto de ponderación técnica a partir de todas las circunstancias que hacen referencia al comportamiento y actitud del interno, así como a su implicación en el tratamiento y en el régimen penitenciario que le resulte aplicable”. Esto en la práctica supone no haber sido sancionado por infracciones graves o muy graves, y como ya dijimos anteriormente, entendemos que no ha sido sancionado.

El último requisito consiste en un informe favorable realizado por el Equipo Técnico⁵⁷, cuyo proceso de elaboración procederemos a desarrollar a continuación, ya que es el elemento más importante, al tratarse, según la sentencia 81/1997 del Tribunal Constitucional⁵⁸ de una concesión facultativa y no de un derecho del interno.

3.1. Denegación de los permisos a extranjeros indocumentados

La Abogacía Española, en su *Protocolo sobre penados extranjeros* de 1 de marzo de 2018, confirma que la legislación penitenciaria no recoge ninguna limitación al disfrute de permisos por parte de la población penitenciaria extranjera. De hecho, el RP, cuando recoge las causas de denegación del permiso por quebrantamiento de la condena,⁵⁹ en ningún momento establece que la condición de extranjero suponga un informe negativo por parte del Equipo Técnico. Por su parte, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria⁶⁰ en sus reuniones para unificar criterios sobre materia penitenciaria, establecieron de forma unánime lo siguiente: “en los permisos de salida para extranjeros no existirá discriminación para su concesión siempre que concurren los requisitos legales, debiendo sin embargo negarse la concesión de permisos a extranjeros indocumentados que se nieguen a ser documentados”. Y en esta misma línea la Instrucción 1/2012⁶¹ de la

⁵⁷ Vid. artículo 273 a 275 de la LOEx

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1997 (ECLI:ES:TC:1997:81)

⁵⁹ Artículo 126 de la RELOEx

⁶⁰ según indica el *Protocolo sobre extranjeros* de la Abogacía Española

⁶¹ Es la actualización de la Instrucción 3/2008, de 6 de marzo, *sobre normativa de salidas de los internos de centros penitenciarios*.

Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP) establece como principio general y justificado la denegación de permisos de salida a internos indocumentados “bien por haberse estos negado a ser documentados, bien por haber resultado imposible obtener su documentación”. Lo establecido en estas normas no afectaría a Romeo, ya que este sí desea ser documentado, y aunque no tiene el pasaporte en regla (a pesar de haber solicitado la renovación), al haber vivido más de 4 años en España cuenta con el N.I.E⁶², por lo que sí es posible identificarle.

3.2. Estudio de la concesión de los permisos. La valoración del factor “extranjería” de la TVR

El procedimiento de concesión se regula en los artículos 160 y 161 del Reglamento Penitenciario, siendo necesario que el penado solicite mediante instancia dirigida al director el permiso, debiendo indicar el motivo y el lugar de disfrute. Una vez hecha la solicitud interviene el Equipo Técnico, que elaborará el informe teniendo en cuenta la documentación penal, procesal y penitenciaria del interno, también se entrevistarán con él y realizarán un estudio del lugar y el entorno social en el que desee disfrutar del permiso.

Además, la Instrucción 1/12 *sobre permisos de salida y salidas programadas*, mantiene la utilización de una Tabla de Variable de Riesgos (TVR), utilizada para calcular el riesgo de quebrantamiento del permiso en función de las variables establecidas, que se aglomeran en 10 situaciones⁶³. Una de ellas, la que aquí nos interesa, es la “extranjería”⁶⁴, una gran parte de la doctrina se ha manifestado en contra calificándola de discriminatoria. De hecho, RACIONERO CARMONA⁶⁵ señala que: “Como hemos visto, ni la LOGP ni el RP contemplan esta circunstancia del penado como un desvalor o como una causa de denegación de permisos. Y de aplicarse a sangre y fuego, como de hecho se aplica, muy pocos extranjeros podrían salir de permiso”. Asimismo, también los tribunales, como la AP de Cádiz de 26 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:APCA:2009:1174A) se han pronunciado al respecto considerando que:

La condición de extranjero suele considerarse una variable desfavorable para la concesión de permisos ordinarios de salida a dichos internos por razón de su origen, pero sólo desde la estricta óptica de la legislación penitenciaria, cuando por la escasa, poca o nula vinculación del extranjero con nuestro país y por el tiempo que aún reste al interno para cumplimiento de la pena, se evidencia un alto riesgo de quebranto del permiso y consiguiente fuga.

⁶² Número de Identificación de Extranjeros

⁶³ Extranjería, drogodependencia, profesionalidad, reincidencia, quebrantamiento de condenas anteriores, aplicación del artículo 10 LOGP, ausencia de permisos previos, apoyo en el exterior, lejanía de la vivienda y el haber sufrido presiones por parte de otros internos para que, al regresar, por ejemplo, introdujese drogas u armas.

⁶⁴ Incluida mediante la Instrucción 1/1995 de 10 de enero de 1995.

⁶⁵ RACIONERO CARMONA. 1999. *Derecho penitenciario y privación de libertad*, Dykinson, Madrid, pág. 212

Junto a lo establecido en este auto, otros autores como GARCÍA ESPAÑA y MARTÍNEZ ESCAMILLA⁶⁶ reiteran que “la denegación de permisos motivados únicamente por la “extranjería” del solicitante es *inconstitucional, ilegal y discriminatoria* al contradecir el art. 13 CE⁶⁷, que iguala los extranjeros a los nacionales en lo que al disfrute de las libertades públicas se refiere”.

En definitiva, lo que trata de plasmarse por la doctrina y los tribunales es que no puede denegarse un permiso de salida solo por el factor extranjería, sino que deben valorarse todos los factores en su conjunto, siendo la denegación fruto de esa concurrencia de factores. Estos se puntúan de 0 a 3⁶⁸ (el 3 supone máximo riesgo de quebrantamiento) y de la suma se obtiene un indiciador de riesgo de la concesión del permiso, en relación con estas variables SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ⁶⁹ afirma que:

si bien la mayoría de los informes de los Equipos Técnicos sobre la oportunidad de la concesión de permisos de salida a internos extranjeros es negativa, se aplican los mismos criterios que a los nacionales, siendo las variables más valoradas en esos razonamientos denegatorios la probabilidad de no reincorporación debida a la ausencia de acogida sociofamiliar o institucional, y el estar sometido el sujeto a un procedimiento de expulsión y, en segundo lugar, la probabilidad de comisión de nuevos delitos, puesto que la marginalidad a la que se ven abocados por la falta de recursos produce irremediamente la transformación del delito en la forma de obtenerlos.

Es decir, la denegación viene motivada por el factor extranjería que, a su vez conlleva, o así lo considera el Equipo Técnico, otros factores como la falta de apoyo familiar, el estar sometido a procedimiento de expulsión y la posibilidad de cometer otro delito. Esto provoca que, a pesar de que las variables sean las mismas para nacionales que para extranjeros, a estos últimos les afectan en mayor medida a causa de sus condiciones sociales y esto se potencia en aquellos extranjeros en situación irregular.

RODRÍGUEZ YAGÜE⁷⁰ por su parte, reflexiona sobre el menoscabo que supone esta variable: “la condición de extranjero sin vinculación en el territorio español, sin tutela acreditada y sin solvencia solamente es equiparada en riesgo con haber aprovechado un permiso para cometer un nuevo delito”. Es decir, que la variable extranjería, pues la gravedad de no tener solvencia ni vinculación solo se equipara a la comisión de otro delito

⁶⁶ Reflexiones extraídas de: GÓMEZ LÓPEZ, RODRÍGUEZ MORO. 2015. *Los permisos ordinarios de salida: antecedentes, regulación vigente y reflexiones críticas*, pág. 404-405

⁶⁷ Cfr. STC de 23 noviembre (ECLI:ES:TC:1984:107)

⁶⁸ Con un 0: Si está casado con un nacional, con 3 años de convivencia en España de forma normalizada. O si se encuentra asentado en territorio nacional con permisos de trabajo y residencia, durante 5 años. Romeo no está casado, y respecto al asentamiento con permiso de trabajo y residencia de 5 años, estaríamos ante una residencia larga duración, que no es el caso de Romeo. Con un 1: Extranjeros comunitarios con buena vinculación o apoyo institucional. No es el caso de Romeo ya que no es comunitario. Con un 2: Si existe una vinculación acreditada y solvente de alguna persona o asociación que le tutele durante el disfrute del permiso. Con un 3: Si carece de vinculación en España, de tutela acreditada, y de solvencia económica. Vemos que esta variable para el caso de Romeo sería valorada con un 2 o un 3, ya que, aunque cuenta en España con su hermano y su madre, pero esta no tiene solvencia económica, ni él tampoco, y por lo que sabemos no cuenta con ninguna asociación que le tutele.

⁶⁹ SÁNCHEZ-ORTIZ GARCÍA. 2002. *Curso de Extranjería II*. Instituto de Estudios Superiores, CEU.

⁷⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE. 2004. *Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad*. Universidad de Castilla – La Mancha, Revista General de Derecho Penal, pág.36

durante el permiso, lo cual es verdaderamente discriminatorio para el colectivo no nacional.

Aunque esto no es todo, ya que además de la existencia de la TVR, también debemos tener en cuenta la Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares (TCCP) en la que se analizan 7 factores⁷¹ para la concesión o denegación del permiso y que sirve como fundamento a la denegación. Entre estos los más relevantes para el caso en cuestión son, el **resultado obtenido en la TVR**, ya que si es superior al 65% se procede a la denegación, el **delito cometido**, ya que cobra relevancia el hecho de que sea contra las personas (Romeo apuñaló a otro joven) y como ya mencionábamos arriba, la **existencia de resolución administrativa o judicial de expulsión pendiente de ejecución** (una vez que Romeo salga de prisión, en virtud del artículo 57.2 de la LOEx recaerá sobre él la expulsión del territorio). En este punto la AP en la sentencia ya mencionada anteriormente⁷² recuerda respecto a la existencia de una resolución de expulsión que:

La iniciación de un procedimiento administrativo sancionador para expulsión, pero sin la resolución firme de la Subdelegación del Gobierno de dicho expediente, constituye un futuro que no corresponde en este momento valorar. Lo determinante es que no se ha denegado el permiso porque el interno carezca de arraigo en nuestro país y, en esta medida, no se priva al permiso ordinario de sentido penitenciario.

Del mismo modo que ocurría con el factor extranjería, la existencia de expulsión administrativa o judicial no puede ser motivo único para denegar el permiso, si bien a Romeo no se le ha iniciado el procedimiento de expulsión, sino que esta se iniciará una vez cumpla condena. Lo relevante aquí es como señala la AP la importancia del arraigo, y, aun así, según FERNÁNDEZ DE FRUTOS⁷³ en el caso de un extranjero que tenga arraigo en España y todos los indicadores anteriores favorables, excepto el de permisos, (ya que es su primera petición) tendrá un riesgo de quebrantamiento del 80% por concurrir el factor “extranjería”, mientras que para un español es bajo, un 15% de riesgo.

No resulta extraño entender que gran parte de los autores estén en contra de la variable extranjería, pues como continúa diciendo el auto de la AP: “los motivos de denegación han de estar considerados individualmente, tomando en consideración al interno en cuestión, con nombres y apellidos, explicando por qué existen factores individualizados, no abstractos, que en el caso concreto desaconsejan la obtención del permiso”. Estos deberían ser los criterios por los que debería regirse el Equipo Técnico, pues penalizar a los extranjeros por el hecho de serlo carece de sentido.

Hasta este momento no hemos observado ninguna diferencia legal entre extranjeros documentados de los indocumentados, a excepción de aquellos que no pueden o no quieren serlo, sin embargo, la Instrucción 1/12 prevé la valoración de unas circunstancias específicas junto a la situación de irregularidad que debe observar el Equipo Técnico:

⁷¹ Delitos de violencia de género, la trascendencia del delito, la existencia de trastorno psicopatológicos, la responsabilidad civil derivada de la condena, si quedan más de 5 años para cumplir las ¾ partes de la condena, junto a los mencionados en el texto.

⁷² Audiencia Provincial de Cádiz de 26 de noviembre de 2009 (ECLI:ES: APCA:2009:1174A)

⁷³ Ecuabogados. 2013. [En línea] Disponible en: <http://www.ecuabogados.com/opinion/articulo/permisos-de-salida> [Acceso en 22 de junio]

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

Por tanto, si atendemos al caso de Romeo, al estar en situación irregular y haber sido condenado a más de 5 años de prisión le será de aplicación lo establecido, aunque no se niega de forma categórica la concesión del permiso a pesar de encontrarse el reo en alguna de estas situaciones, pudiendo ser concedido si se justifica y motiva. Por lo que, no puede esto ser causa de denegación automática, pero el Equipo Técnico valorará de forma exhaustiva su situación, siendo determinante la existencia de circunstancias de las que se desprenda el bajo riesgo de quebrantar el permiso concedido, y como ya hemos visto, no estamos ante esa situación, sino que debido al factor “extranjería” el riesgo de quebrantamiento es alto.

3.3. Conclusión

A la vista de lo expuesto anteriormente podemos concluir que obtener un permiso de salida siendo extranjero, supone un obstáculo añadido al que no deben hacer frente los nacionales, ya que el Equipo Técnico tiende a la denegación de permisos solo por existir este factor. Aun así, la jurisprudencia considera que debe atenderse al resto de factores y a las condiciones personales del penado para justificar la denegación, pues sino se estaría infringiendo el artículo 13 CE, que iguala los extranjeros a los nacionales en lo que al disfrute de las libertades públicas se refiere.

Por otro lado, respecto a los extranjeros en situación irregular la normativa de Instituciones Penitenciarias justifica la no concesión a aquellos extranjeros que no deseen ser documentados o no puedan serlo, si bien esto no afecta a Romeo. Aunque esto no es todo, pues esta situación irregular sí les influye en la valoración del factor “extranjería”, ya que, si se cuenta con permiso de residencia y trabajo la variable extranjería se puntúa con un 0, mientras que, en el caso contrario, con un 2 o con un 3.

Además, centrándonos en Romeo, existe un mandato específico establecido en la Instrucción 1/2012 que justifica la no concesión de permisos a los extranjeros que se encuentren indocumentados y cuya condena exceda de los 5 años. Por lo que, la concurrencia de factores denegatorios de la TVR (“factor extranjería principalmente), junto a este endurecimiento de los requisitos dan lugar a la denegación de los permisos de Romeo de forma automática y también a su amparo legal.

Como última opción ante esta denegación, Romeo tendrá 3 días para interponer una queja (recurso de queja), al amparo de lo establecido en dicha circular. La decisión denegatoria se remitirá al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, incluyendo el pie de queja, según los artículos 76.2 g) de la LOGP y del artículo 162 del RP. De hecho, el ya mencionado autor SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ⁷⁴ reseña que la mayoría de los internos extranjeros que finalmente consiguen un permiso lo hacen gracias a una

⁷⁴ Curso de Extranjería II, ob. cit.

resolución judicial, pues como ya hemos podido observar la mayor parte de los informes son denegatorios.

4. No puede acceder a la universidad por no tener la documentación en regla. Sobre el derecho a la educación

La LOEx recoge en su artículo 9 el derecho a la educación de los extranjeros, estableciéndose en su apartado 2:

Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.

Cuando la ley habla de residentes se refiere a extranjeros con permiso de residencia, es decir, en situación legal, por lo que la LOEx en este precepto parece reconocer el derecho a la educación postobligatoria solo a los extranjeros en situación legal. Este apartado quedó así redactado tras la reforma⁷⁵ que sufrió dicha ley, ya que antes de esta sí se otorgaba el derecho a la educación a los mayores de edad extranjeros en situación irregular de forma expresa.⁷⁶

Sin embargo, la STS de 10 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2235) sí reconoce el acceso a la educación postobligatoria a personas en situación irregular al considerar que “el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir”. Es decir, esta sentencia confirma la posibilidad de acceder a estudios superiores a extranjeros en situación irregular, reconocimiento que no quedaba muy claro en la LOEx.

Dicho esto, en lo que se refiere a la situación educativa de los penados, ya sean nacionales o extranjeros, tienen reconocidos en la LOGP el derecho a la educación y el acceso a la cultura⁷⁷. De hecho, el RP recalca esta igualdad en el artículo 118.2 al establecer que “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”. También, el artículo 124 del Reglamento establece que la Administración Penitenciaria facilitará el acceso de los internos a programas educativos de enseñanzas regladas y no regladas.

Además, la Instrucción 3/2019 *sobre Normas Generales sobre Internos Extranjeros* refuerza esta idea de igualdad entre internos, pues en el punto dedicado a la intervención

⁷⁵ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁷⁶ Rodríguez Yagüe C. 2004. *Los derechos de los ...* Op Cit. pág. 23

⁷⁷ Cfr. artículos 55 a 58 de la LOGP

educativa establece que respecto a los programas educativos generales “el objetivo será procurar que los internos extranjeros participen en los programas educativos generales que se desarrollen en cada Centro, siguiendo los itinerarios educativos de alfabetización, educación primaria, formación profesional y enseñanzas superiores”. Una vez más sin hacer referencia a la situación legal en la que debe encontrarse el penado extranjero.

Tampoco se recoge nada en el Plan Marco de Intervención con internos extranjeros⁷⁸, que recoge recomendaciones del Consejo de Europa en materia educativa, pero que solo trata de la educación primaria y el aprendizaje en valores, sin hacer referencias a los estudios superiores. Por el contrario, sí lo hace la Recomendación 12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros⁷⁹ al establecer que:

Con el fin de garantizar que la educación y la formación profesional de los internos extranjeros sea lo más efectiva posible, las autoridades penitenciarias deberán tener en cuenta sus necesidades y aspiraciones individuales, lo que podrá incluir el cursar una enseñanza que les permita adquirir cualificación reconocida y que pueda proseguirse en el país donde vayan a residir tras su salida en libertad.

Lo que se desprende de toda esta normativa es que cualquier penado, nacional o extranjero, tiene derecho a la educación, sin hacer ninguna especificación sobre la situación legal de los extranjeros en el ámbito penitenciario. De hecho, respecto a la educación universitaria en concreto, la SGIP⁸⁰ en desarrollo de la legislación penitenciaria tiene firmado un convenio de colaboración con la UNED y con la Secretaría General de Universidades: “por el que las personas en prisión pueden realizar los estudios que imparte la UNED (acceso directo para mayores de 25 años, grados, titulaciones a extinguir y doctorado), en idénticas condiciones que el resto de los ciudadanos y ciudadanas. El alumno dispone de las correspondientes tutorías, asesorías (17 centros penitenciarios) apoyo a distancia y material didáctico”. Además, según un informe de la propia UNED los extranjeros sí acceden a la universidad, representando un 25,6% y siendo la población colombiana la que representa el mayor número de estudiantes extranjeros, un 9,8%, seguidos de Argentina y Perú. El resto de los países representan el 12% del alumnado.

4.1 Conclusión

Si tomamos como referencia la STS de 10 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2235) vemos que se reconoce el derecho a la educación postobligatoria a los extranjeros en situación irregular en virtud del derecho de acceso a la educación que propugna la CE y, aunque no se establece nada sobre la situación de los

⁷⁸ A instancias de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria y de la Subdirección General Adjunta se creó en noviembre de 2004 una Comisión, para estudiar y desarrollar programas específicos de intervención con extranjeros, que conforma un marco general, orientativo y flexible.

⁷⁹ Adoptada por el Comité de Ministros el 10 de octubre de 2012, en la 1152ª Reunión de Delegados de los Ministros.

⁸⁰Vid. Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, *Enseñanza reglada*. [En línea]

Disponibile:<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/enseReglada/educacionRegladaYformacion.html> [Acceso en 20 de junio]

condenados a penas privativas de libertad, no parece existir ninguna norma o instrucción penitenciaria que establezca la denegación de estudios superiores a los extranjeros en situación irregular.

Además, el RP propugna la igualdad de acceso a la educación entre presos nacionales y extranjeros, sin hacer ningún tipo de diferenciación entre la situación legal de estos últimos. De hecho, se anima a los extranjeros a estudiar y formarse, tal y como indica la Instrucción 3/2019 y así lo recuerda RODRÍGUEZ NÚÑEZ⁸¹: “La población reclusa no es homogénea (hay condenados y preventivos, nacionales y extranjeros), sin embargo, todos tienen legalmente establecidos los mismos derechos en lo que toca a la educación.” Por tanto, a la luz de lo expuesto no resulta fundada la denegación de la demanda de Romeo de cursar estudios universitarios.

IV. ¿En qué situación administrativa se encontrará Romeo después del cumplimiento efectivo de la condena?

1. Hechos

Cuando un extranjero, como Romeo, entra en prisión en España su futuro se ve condicionado por las normas de extranjería y lo establecido en el Código Penal, lo cual no les resulta muy favorable. Por tanto, a continuación procederemos a analizar todas las posibilidades sobre lo que podría ocurrir con Romeo al cumplir su condena.

2. Extranjeros en prisión: la figura de la expulsión

Una vez más, si atendemos a lo establecido en la LOEx, el artículo 57.2 trata sobre la expulsión del territorio y nos indica que será motivo 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”.

Este artículo ha sido objeto de debate jurisprudencial, pues no estaba claro si el precepto *pena privativa superior a un año* se refería a la pena en abstracto o a la pena impuesta al sujeto. Finalmente, el TS⁸² fija como doctrina que la interpretación del artículo 57.2 debe hacerse “en el sentido de que el precepto se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente, si bien, sólo en aquellos supuestos en los que la totalidad de la pena establecida en el Código Penal sea una *pena privativa de libertad superior a un año*, esto es, excluyendo aquellos delitos en los que, con independencia del máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto es de un año o menos”.

Consideran los magistrados que del artículo no se desprende una referencia a la condena concreta impuesta, sino que se exige simplemente que la sanción del CP sea una

⁸¹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. 2006. *Prisión y derecho a la educación*. UNED. Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica. Nº 1. 2006, pág. 3.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2041)

pena de prisión superior al año. Cabe mencionar que dos magistrados emitieron votos particulares al discrepar de este razonamiento, abogando por la consideración de la condena superior al año y no por la pena en abstracto.

Aun así, al margen de este debate (ya resuelto), dado que Romeo es condenado a 5 años y 7 meses por tentativa de homicidio y que la pena en abstracto por el delito de homicidio va de 10 a 15 años, si bien se rebaja en uno o dos grados por no consumarse, es evidente que la pena en cualquiera de sus interpretaciones superaría el año. De hecho, el artículo 89.2 del Código Penal⁸³ establece unas condiciones especiales para los penados a más de 5 años:

Quando 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.

En base a este artículo, será el juez el que decida si cumple toda la pena impuesta en España o, solo una parte. Si el juez opta por esta segunda opción, una vez cumplida será expulsado del territorio. Este tipo de expulsión se conoce como expulsión judicial. En caso de que el juez no acordase nada y Romeo cumpliera toda la condena en España, de nuevo atendiendo al artículo 57.2 (al superar su pena el año) al salir de prisión se encontraría ante una expulsión de igual modo.

Resulta importante en este punto atender a las diferencias sobre la expulsión que hace la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, en su Instrucción 3/2019, *sobre las normas generales sobre internos extranjeros*, que distingue entre la expulsión administrativa y la expulsión judicial: “La expulsión administrativa es una sanción derivada de una resolución gubernativa, y la expulsión judicial, constituye una medida sustitutiva del cumplimiento de la pena privativa de libertad acordada por el juzgado o tribunal correspondiente”. En el caso de Romeo, entendemos que el juez no decretó la expulsión judicial, por lo que Romeo se encuentra ante una expulsión administrativa.

Además, esta Instrucción junto al Reglamento Penitenciario también regula la expulsión en sí misma. Ambos establecen que en caso de que el penado sea un extranjero sujeto a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, siguiendo lo establecido en la LOEx, el director debe notificar, con una antelación de tres meses, o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente. En concreto la Instrucción hace referencia la Comisaría Provincial de Policía.

A pesar de lo establecido normativamente, la expulsión no siempre se materializa y esa comunicación por parte del director no sucede. A continuación, analizaremos todas las posibles situaciones en las que podría verse envuelto Romeo.

⁸³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

3. Materialización de la expulsión

3.1. ¿Qué implica la expulsión si se lleva a cabo?

La expulsión por virtud del artículo 57.2 de la LOEx se lleva a cabo mediante procedimiento preferente, al amparo del artículo 63⁸⁴ de esta misma ley. Esto supone la ejecución inmediata de la orden de expulsión, establecido también en el artículo 246 de la RELOEx⁸⁵. Los costes de la ejecución de la expulsión correrán a cargo del extranjero si cuenta con medios económicos y, de no ser así, se le comunicará tal situación al representante diplomático o consular de su país.

Dicho esto, podemos establecer distintos efectos de la expulsión, además del hecho en sí mismo de abandonar el país. Por un lado, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 57 de la LOEx, la expulsión conllevará la “extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante, la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente”. Romeo no se encontraba en esta situación de autorización, por lo que no le afectaría el artículo.

Por otro lado, el artículo 58 de esta misma ley, regula los efectos de la expulsión. El apartado 1 establece la prohibición de entrada en el territorio español, cuya duración puede variar y se determinará “en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años”. Además, se puede imponer un período de hasta 10 años en casos en los que el extranjero pueda suponer una amenaza. Si bien este mandato es indeterminado, el TSJ de Murcia de 18 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TSJM:S016:261) establece que para apreciar este peligro, “es necesario examinar la conducta personal, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte al interés fundamental de la sociedad”. Como vemos el hecho de ser expulsado conlleva una serie de consecuencias, como la prohibición de no retorno y la pérdida (lógicamente) de la autorización de la que se dispusiese hasta ese momento, lo cual es bastante gravoso para el extranjero expulsado.

Es decir, que no es el hecho en sí de ser expulsado, sino que se impone, además, un período de no retorno, lo cual agrava aún más esta sanción administrativa.

3.2. La expulsión del art. 57.2 y el principio *non bis in idem*

Es necesario en este punto hacer un breve análisis de lo que supone esta sanción en lo referido a aquellos extranjeros que, como Romeo, han cumplido ya su condena y, aun así, pesa sobre ellos una sanción de expulsión.

⁸⁴ Artículo 63.1 LOEx. Incoado el expediente en el que pueda proponerse la expulsión por tratarse de uno de los supuestos contemplados en el artículo 53.1.d), 53.1.f), 54.1.a), 54.1.b), y 57.2, la tramitación del mismo tendrá carácter preferente.

⁸⁵ Artículo 246.1 RELOEx. Las resoluciones de expulsión del territorio nacional que se dicten en procedimientos de tramitación preferente se ejecutarán de forma inmediata de acuerdo con las normas específicas previstas en este Reglamento y en el artículo 63 la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Para muchos autores, la concurrencia de la expulsión de la LOEx junto al cumplimiento de una condena supone una vulneración al principio *non bis in idem*, pues la infracción se castiga por vía penal y por vía administrativa. Sin embargo, la jurisprudencia se muestra a favor de lo establecido en la norma de extranjería.

El principio *non bis in idem*, trata de impedir que cuando una persona ha sido sancionada por un hecho determinado, sea sancionada de nuevo. El objetivo es evitar una persecución abusiva por parte del Estado contra los mismos actos. En nuestro caso, tendríamos una persecución penal (pena de prisión por la comisión del delito) y una persecución administrativa (expulsión por la comisión del delito) sobre el mismo hecho. Es por ello que, autores como BRANDARIZ GARCÍA⁸⁶ tienden a considerar que esta prohibición se vulnera en nuestro ordenamiento, considerando que lo que prima aquí sería el control de fronteras.

Esta doble sanción provoca que uno de los principios consagrados del derecho penitenciario⁸⁷, como es la resocialización, queden vacíos, pues directamente esa oportunidad es inexistente debido a la expulsión que corresponde legalmente tras el cumplimiento de la condena. Además, si la expulsión no se llegase a materializar, tampoco hay posibilidad de resocialización, ya que, el extranjero se encuentra en una situación irregular que no puede remediar, impidiéndole trabajar e incorporarse a la sociedad.

Sin embargo, pese a este pensamiento generalizado de vulneración constitucional, el propio TC se pronunció al respecto en su sentencia de 7 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:236) considerando que estas medidas “están orientadas a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes”. Por lo que, el TC continúa argumentando que “el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar la integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado”.⁸⁸

Como podemos observar, para el TC, no existe tal vulneración de este principio, al responder sendas medidas (la expulsión y la privación de libertad) a distintos fundamentos, pues persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. De hecho, para justificar que no existe tal vulneración el Magistrado JAVIER BONET FRIGOLA emitió un voto particular en la sentencia del TSJ de Cataluña de, 21 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:1531), considerando que lo consagrado en el artículo 57.2 de la LOEx no está en el listado de sanciones de dicha ley, por lo que no es una sanción sino una “medida”. De esta forma no se estaría vulnerando el principio de *non bis in idem*, al distinguir entre sanciones y medidas.

⁸⁶ BRANDARIZ GARCÍA.2011. *Sistema penal y control de los migrantes*. Gramática del migrante como infractor penal. Comares. Granada.

⁸⁷ Vid. artículo 25.2 CE y artículo 1 de la LOGP

⁸⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. 2019. *Análisis sobre la sanción de orden de expulsión en materia de extranjería*. Trabajo Fin de Máster en Abogacía (Facultad de Derecho- Universidad de Oviedo) pág 19-20.

Aun así, estas argumentaciones siguen sin convencer a gran parte de la doctrina, como LARRAURI⁸⁹ que respecto a lo establecido en la sentencia del TS, manifiesta que “este argumento sería más creíble si el CP no contemplase la expulsión penal como sustitutivo de las penas de prisión. Debido a que ambos fines, el de retribuir penalmente y el de aplicación de una determinada política de extranjería, pueden conseguirse con la expulsión penal, en los casos en los que el juez penal no la ha impuesto no debiera ser posible alcanzar por la vía administrativa lo que no se ha considerado adecuado imponer por la vía judicial”.

Lo que se deduce de este argumento es, que el legislador tiene como objetivo último la expulsión del extranjero que ha cometido un delito, sin importar la vía que sea utilizada ni el supuesto fin al que responde tal acción. En relación con esto último, TOCINO HERNÁNDEZ⁹⁰ considera que:

Se cercena definitivamente la posibilidad de denunciar la vulneración del principio de *non bis in idem*. Aunque estaba ya resuelto por la jurisprudencia, y teníamos claro que por mucho que nos molestara no cabía aplicación del principio de *non bis in idem*, ahora menos, ya que la resolución administrativa no comporta una sanción, con lo cual no se sanciona dos veces la misma conducta, la penal es una sanción, y la administrativa una “consecuencia” administrativa.

Por tanto, la justificación de los tribunales para no considerar infringido el principio *non bis in idem* es, como ya dijimos, que responden a intereses diferentes (el ámbito penal y el ámbito de la extranjería), y la consideración de “medida” y no de “sanción” que se hace de la expulsión, para que no concurren dos sanciones con los mismos hechos. A pesar de esto, realmente la aplicación automática de esta expulsión carece de sentido. Primero, porque supone la imposibilidad de resocialización que consagra la LOGP, y por otro, porque parece responder a algún tipo de “castigo extra” por ser extranjero, aumentando las exigencias sobre el comportamiento de un grupo de población determinado.

3.3. Posibles alternativas legales a la expulsión. La posibilidad de cancelación de los antecedentes penales

En el caso de que el extranjero se encuentre frente a la resolución administrativa de expulsión, el propio artículo 57.2 de la LOEx establece como alternativa la posibilidad de que los antecedentes penales sean cancelados. Dicha cancelación se regula en el artículo 136.1 del CP⁹¹ y sus plazos varían según la gravedad del delito, desde los 6 meses

⁸⁹ LARRAURI E. 2016. *Antecedentes penales y la expulsión de personas inmigrantes*. InDret, Revista para el análisis del derecho, pág.13.

⁹⁰ TOCINO HERNÁNDEZ.2017. *Consejo General de la Abogacía Española. Reflexiones sobre la expulsión del art. 57.2 LOEXIS* [En línea] Disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blogextranjeria/reflexiones-sobre-la-expulsion-del-art-57-2-loexis/> [Acceso 22 de abril]

⁹¹ 1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes. c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años. d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años. e) Diez años para las penas graves.

a los 10 años, en atención a la gravedad de la pena (leves, menos graves, graves...) ⁹². Como pena grave se encuentra la condena superior a 5 años y dado que Romeo cumple 5 años y 7 meses de pena, deberán pasar diez años hasta que pueda cancelar sus antecedentes, además, en ese tiempo no puede haber cometido ningún delito. Por tanto, esta posibilidad no ayudará a Romeo a corto plazo, pues tendría que esperar 10 años para la cancelación de sus antecedentes, lo cual no evitaría su expulsión, y en caso de que esta no se produjese, seguiría estando en situación irregular.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que en la sanción del art. 57.2 LOEx no se contempla el arraigo como sustitutivo de la expulsión, así, como bien indica el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza de 9 de abril de 2007: “El hecho de tener o no arraigo en España... solo puede ser relevante en los casos de posibilidad de sustituir la sanción por multa en relación a la estancia irregular, pero no en relación a la condena donde la sanción es siempre la expulsión”.

4. No se materializa la expulsión

4.1. ¿Por qué no siempre se llevan a cabo las expulsiones al fin del cumplimiento de la condena?

En muchos casos, aunque el extranjero se encuentre en situación de expulsión tras el cumplimiento de su condena, esta no ocurre. Así, GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA ⁹³ relatan que “solo se materializa en un pequeño porcentaje de los casos, dada la imposibilidad de llevar a cabo la mayoría de las expulsiones. Por tanto, el extranjero, tras la extinción definitiva de su condena sin haber sido expulsado y en situación de irregularidad administrativa, sale en libertad sin poder normalizar su situación jurídico-administrativa”.

Esto supone que, en la mayoría de los casos, cuando los extranjeros no son expulsados se encuentran en España sin poder regularizar su situación por tener antecedentes penales. Además, esto genera otro problema y es que, si la policía por cualquier motivo les pidiese su documentación, al no tenerla en regla, el extranjero se encontraría ante un procedimiento sancionador de expulsión al considerarse infracción grave. De hecho, según el Ministerio del Interior, entre los años 2005 y 2017 solo fueron expulsados en virtud del artículo 57.2 de la LOEx, es decir, por tener antecedentes penales, un 9,3%, frente al 70,5% expulsados por encontrarse en situación irregular (infracción grave).

GARCÍA ESPAÑA ⁹⁴ articula en dos motivos fundamentales las razones por las que no se producen las expulsiones. Por un lado, están los motivos tasados legalmente, hablamos de: extranjeros condenados a menos de un año de prisión o a penas de otra naturaleza; ciudadanos de la Unión Europea, con excepciones; los que tienen arraigo declarado en sentencia condenatoria o consiguen probarla posteriormente; aquellos que se encuentren en situación de apatridia, asilo, refugiados y protegidos internacionalmente

⁹² Vid. art. 33 del CP

⁹³ GARCÍA ESPAÑA, RODRÍGUEZ CANDELA, *Extranjeros en prisión*. Ponencia Úbeda, pág. 14.

⁹³ Lo veremos en el punto 5 de este apartado IV.

⁹⁴ GARCÍA ESPAÑA, E. 2017. *Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, pág. 20-22

o aquellos que pongan sus vidas o su salud en peligro por motivos personales o por la situación de su país de origen. Por otro lado, están los motivos materiales, situaciones en las que los extranjeros se encuentren indocumentados; su país de origen no los reconozca o no les acepte como ciudadanos; cuando no se consiga conocer la nacionalidad del extranjero; cuando el extranjero se rebele e impida la materialización de la expulsión...

Los extranjeros que se encuentren en este último grupo, a pesar de no poder ser expulsados no pueden regularizar su situación administrativa. En la mayoría de los casos tiene como consecuencia que, durante su estancia en prisión, se encuentren en régimen ordinario, sin que puedan beneficiarse de las medidas tratamentales previstas para el resto de los presos.

Atendiendo a lo expuesto, vemos que Romeo no se encontraría en ninguno de estos supuestos, por lo que podría ser ejecutable su expulsión. Sin embargo, como ya dijimos, la mayoría de las veces, dada la situación de saturación de la administración, el procedimiento no se inicia. En ese caso Romeo se encontraría en ese grupo de extranjeros que a pesar de que deberían ser expulsados no lo son, por lo que, a priori, se encontraría en situación irregular sin posibilidad de regularizarla.

4.2. Expulsión por infracción grave

Imaginemos que Romeo, una vez que sale de prisión, en algún momento es parado por la policía y le piden su documentación. Como ya hemos explicado, Romeo no tiene forma de regularizar su situación debido a los antecedentes penales, por lo que carece de ella y podrá verse inmerso en un procedimiento sancionador, ya que el hecho de permanecer en España de forma irregular es constitutivo de infracción grave (artículo 53.1.a LOEx).

Para cualquier tipo de infracción (leve, grave o muy grave) la LOEx establece dos tipos de sanciones: la multa (que en las infracciones graves oscila entre los 501 a los 10.000€)⁹⁵, o la expulsión. Para decidir cuál se impone, ya que nunca podrán ser las dos a la vez, vemos que el artículo 57.1 de la LOEx aboga por el principio de proporcionalidad cuando se vaya a imponer la expulsión en vez de la multa (previa tramitación del expediente administrativo y mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción). De hecho, el TS se ha pronunciado en múltiples sentencias sobre lo que se entiende por proporcionalidad (artículo 53.1.a LOEx), fijando como doctrina jurisprudencial que⁹⁶:

[E]xclusivamente por la mera situación de permanencia irregular en España sin concurrencia de otros datos negativos que resulte inapreciables y le sean predicables al infractor, la Administración no puede optar discrecionalmente entre la imposición de la multa o la expulsión sin que esté debidamente justificado y motivado, por lo que la expulsión del territorio español, como sanción más grave y secundaria, precisa de la concurrencia de datos negativos y de una motivación específica, distinta o complementaria de la multa que, en el sistema de la citada Ley Orgánica constituye la sanción principal que corresponde a la pura permanencia ilegal.

⁹⁵ Cfr. artículo 54 LOEx

⁹⁶ Entre otras las sentencias 27 y 31 de enero de 2006, 10 de febrero de 2006, 21 de abril de 2006, 19 de mayo de 2006, 30 de junio de 2006, 29 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007, 19 de julio de 2007, y 27 de mayo de 2008.

Lo que se desprende de la doctrina del TS es que la expulsión es subsidiaria y aplicable de forma ponderada, y que la sanción principal es la multa, sin embargo, si atendemos a la Directiva 2008/115/CE esta no prevé la sanción de multa para los extranjeros irregulares, sino la expulsión. De hecho, la STJUE de 23 de abril de 2015, más conocida como caso Zaizoune establece que “los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que ponga en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil”. Dada esta controversia, se formuló una cuestión prejudicial⁹⁷, cuya sentencia consideró que la Directiva no puede ser interpretada como opuesta a las normas de un Estado miembro.

Por su parte, el Consejo General de la Abogacía Española⁹⁸ considera que no hay contradicción, ya que en el sistema sancionador español la resolución gubernativa que sanciona la “mera estancia irregular” no solo contiene una multa económica (que es la premisa incompleta de la que se parte en la STJUE), sino que conlleva asimismo e imperativamente “la obligación legal de abandono del territorio español en el plazo de 15 días naturales, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación”.

Si atendemos a la situación de Romeo lo más probable sería la expulsión, ya que debería haber sido expulsado en virtud del artículo 57.2, además de que no existe posibilidad de regularizar su situación, ni posee vínculos con ningún ciudadano español, ni hijos. Así, en la sentencia del TSJ de Castilla-León de 19 de Julio de 2019 (ECLI:ES:TSJCL:2019:3543) se establece lo siguiente ante un recurso de un extranjero que alega que la sanción de expulsión no es proporcional:

Por ello, encontrándose el apelante irregularmente en territorio español por carecer de autorización de residencia que legalice su estancia y no concurriendo ninguna de las excepciones a las que se refiere el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE es por lo que debemos concluir, en aplicación del criterio jurisprudencial contenido en la STJUE de 23.4.2015, que la opción por la sanción de expulsión es totalmente proporcionada. Y añadimos que en el presente caso no concurre ninguna de las excepciones referidas en dicha Directiva que pudieran evitar la expulsión, relativas al interés superior del menor, la vida familiar y el estado de salud del apelante.

Es decir, según la directiva, entre las excepciones se encuentra el interés superior del niño, la vida familiar o el estado de salud. Sin embargo, la STS de 14 de mayo de 2020 (ECLI:ES:ts:2020:364) establece que:

[E]s doctrina jurisprudencial consolidada, recogida, entre otras, en la propia Sentencia citada por la recurrente y en las de fechas 28 de diciembre de 1998, 23 de enero, 3 de mayo, 11 de octubre y 15 de noviembre de 1999, que los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio como determinante de la prevalencia de aquéllos frente al interés general en que se expulse de España a quien carezca de permiso o autorización para ello.

⁹⁷ STJUE de 6 de diciembre de 2012 (ECLI:EU:C:2012:777)

⁹⁸ Circular 1/2015, de 25 de mayo de 2015, *Argumentario a la sentencia de 23 de Abril 2015 del TJUE*, de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española

Nos encontraríamos ante la figura del arraigo para alegar la desproporcionalidad de la expulsión (contemplado en la LOEx para los residentes de larga duración, nacidos en España, etc...⁹⁹ pero ningún supuesto coincide con Romeo, pues no posee una autorización de arraigo ni es residente de larga duración, por lo que, al no encontrarse en ninguna de estas situaciones de excepción se enfrentaría a la sanción de expulsión. Esta llevará consigo la prohibición de entrada al territorio español, la duración no excederá de 5 años¹⁰⁰.

Respecto al procedimiento a seguir en las infracciones administrativas, la RELOEx establece tres modalidades: ordinaria, preferente y simplificada¹⁰¹. En este caso, la expulsión por infracción grave por permanecer de forma irregular en España, a la que se enfrenta Romeo se iniciará por el procedimiento ordinario, en el cual se puede indicar la posibilidad de que el presunto responsable reconozca voluntariamente su responsabilidad. De este modo, si sale voluntariamente del país no se impone la prohibición de retorno a España, lo cual supone una ventaja, pues Romeo debería esperar 10 años.

5. Conclusión sobre la situación de Romeo

A la luz de lo expuesto, una vez que Romeo saliese de prisión, se encontraría en situación de expulsión por virtud del artículo 57.2 LOEx, ya que por cometer un delito la normativa de extranjería prevé, como ya mencionamos¹⁰², la expulsión del país (si dicho delito se condena con pena privativa de libertad de más de un año). Por tanto, sería expulsado inmediatamente, ya que nos encontramos ante un expediente preferente.

Sin embargo, podría ocurrir, como ya hemos visto, que esta expulsión no se materializase. En ese caso, Romeo se encontraría en una situación irregular que no podría remediar de ningún modo, e incluso si por cualquier motivo se descubriese su situación estaría cometiendo una infracción grave, lo que le llevaría de nuevo a una expulsión del territorio. La única opción de Romeo sería esperar 10 años para poder cancelar sus antecedentes, lo que implicaría que durante ese tiempo se encontraría en situación irregular, en caso de que no fuese expulsado previamente a esa fecha. Resulta apropiado tener en cuenta la reflexión hecha por GARCÍA ESPAÑA, que muestra la realidad de las personas que como Romeo se encuentran en esta situación:

es evidente que el hecho de que un extranjero cometa un delito lo despoja de la posibilidad de mantenerse en el país. Y si se queda, al colarse por los múltiples resquicios que toda esta arquitectura jurídica tiene, la condena a la exclusión social está más que servida, ya que los antecedentes penales le impiden acceder a una autorización de residencia, elemento esencial para desarrollar una vida integrada e inclusiva en sociedad¹⁰³.

⁹⁹ Vid. art. 57.4 LOEx

¹⁰⁰ A no ser que el extranjero pueda considerarse un peligro para la salud y seguridad pública y nacional que será de hasta 10 años (previo informe de la Comisaria General de Extranjería y Fronteras)

¹⁰¹ El procedimiento preferente, como ya vimos, se reserva a infracciones del artículo 54.1 a y b, 53.1 d y f y 57.2 de la LOEx, mientras que el simplificado se utiliza en los casos calificados como infracción leve del artículo 52 de la LOEx

¹⁰² Ley 12/2009, artículo 57

¹⁰³ García España E, 2017. *Extranjeros sospechosos...* Op. Cit.pág.23.

V. Conclusiones

1. Primera

Doña Rosaura, trata de obtener el arraigo social para poder permanecer de forma legal en España (recordemos que le han denegado la solicitud de asilo), para ello debe cumplir una serie de requisitos establecidos en el artículo 124 de la LOEx. Analizando su situación vemos que cumple el requisito de la permanencia continuada de 3 años y carece de antecedentes penales. Sin embargo, nos surgen dudas respecto al requisito del trabajo, pues es necesario que consiga esa oferta con un año de duración mínima, sin que pueda obviar este requisito pues no cuenta con medios económicos para subsistir. Por último, necesitará un informe favorable de arraigo hecho por el ayuntamiento de A Coruña, en el que se valorará su relación con España.

Así, en respuesta a la cuestión inicial, vemos que el hecho de haber trabajado y cotizado en la Seguridad Social no es suficiente para obtener el arraigo, pero sí puede ser un medio para probar su residencia continuada e incorporarlo al informe para que se tenga en cuenta que ha trabajado aquí durante años, lo cual será valorado de forma positiva.

2. Segunda

Rosaura ante esta situación de desahucio puede, en primer lugar, solicitar asistencia jurídica gratuita y, en segundo lugar, debido a su situación de vulnerabilidad social, ampararse en el artículo 441.5 de la LEC. De este modo, el juzgado dará traslado a los servicios sociales de esta situación (previa comunicación al interesado de esta posibilidad y de la cesión de sus datos), los cuales valorarán en base a criterios objetivos la vulnerabilidad, tomando como referencia las definiciones dadas sobre “hogares vulnerables” de la proposición de ley y de “especial vulnerabilidad” del Real Decreto 5/2017.

Si los servicios sociales aprecian dicha situación se suspenderá el procedimiento durante un mes, tiempo en el que estos tratarán de buscar un nuevo hogar a Rosaura y su familia. Pasado ese tiempo el procedimiento se reanudará y la sentencia la obligará a pagar todo lo que adeuda y se procederá al lanzamiento. Por eso es de vital importancia que en el plazo de suspensión se haya encontrado otro lugar para que pueda alojarse.

3. Tercera

En esta cuestión se plantea si es legal la denegación de los permisos, la renovación del pasaporte y la solicitud de acceso a estudios universitarios a Romeo por el hecho de encontrarse “indocumentado”.

En primer lugar, respecto al pasaporte vemos que no se establece nada ni en el RP ni en la LOGP, sin embargo, la Instrucción 12/2001 establece el derecho de los internos a renovar su documentación, cosa que confirma la AP de Córdoba en su auto de 2015, al considerar que la interna en cuestión tenía derecho a renovar su documentación tanto fuera como dentro del centro penitenciario. Además, en ningún momento se excluye a los extranjeros de la aplicación de esta Instrucción, por lo que Romeo deberá poder renovar su documentación,

En segundo lugar, respecto a la denegación de los permisos vemos que obtenerlos siendo extranjero supone un obstáculo añadido al que no deben hacer frente los nacionales, ya que el Equipo Técnico tiende a la denegación de permisos solo por existir este factor. Aun así, la jurisprudencia considera que debe atenderse al resto de factores y a las condiciones personales del penado para justificar la denegación, pues sino se estaría infringiendo el artículo 13 CE, que iguala los extranjeros a los nacionales en lo que al disfrute de las libertades públicas se refiere.

Por otro lado, respecto a los extranjeros en situación irregular la normativa de Instituciones Penitenciarias justifica la no concesión a aquellos extranjeros que no deseen ser documentados o no puedan serlo, si bien esto no afecta a Romeo. Aunque esto no es todo, pues esta situación irregular sí les influye en la valoración del factor “extranjería”, ya que, si se cuenta con permiso de residencia y trabajo la variable extranjería se puntúa con un 0, mientras que, en el caso contrario, con un 2 o con un 3.

Además, centrándonos en Romeo, existe un mandato específico establecido en la Instrucción 1/2012 que justifica la no concesión de permisos a los extranjeros que se encuentren indocumentados y cuya condena exceda de los 5 años. Por lo que, la concurrencia de factores denegatorios de la TVR (“factor extranjería principalmente), junto a este endurecimiento de los requisitos dan lugar a la denegación de los permisos de Romeo de forma automática y también a su amparo legal.

En tercer y último lugar, respecto a la denegación de la posibilidad de estudiar, vemos que el Reglamento Penitenciario reconoce el derecho a acceder a la educación a los extranjeros en las mismas condiciones que los nacionales. Además, si tomamos como referencia la STS de 10 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2235), vemos que se reconoce el derecho a la educación postobligatoria a los extranjeros en situación irregular en virtud del derecho de acceso a la educación que propugna la CE y aunque no se establece nada sobre la situación de los condenados a penas privativas de libertad, no parece existir ninguna norma o instrucción penitenciaria que establezca la denegación de estudios superiores a los extranjeros en esta situación.

4. Cuarta

A la luz de lo expuesto, una vez que Romeo saliese de prisión, se encontraría en situación de expulsión por virtud del artículo 57.2 LOEx, ya que por cometer un delito superior a un año la normativa de extranjería prevé la expulsión del país, por tanto, sería expulsado inmediatamente, al ser causa de procedimiento preferente. Sin embargo, podría ocurrir, como ya hemos visto, que esta expulsión no se materializase. En ese caso, Romeo se encontraría en una situación irregular que no podría remediar de ningún modo, e incluso si por cualquier motivo se descubriese su situación estaría cometiendo una infracción grave, lo que le llevaría de nuevo a una expulsión del territorio.

La única opción de Romeo sería esperar 10 años para poder cancelar sus antecedentes, lo que implicaría que durante ese tiempo se encontraría en situación irregular, en caso de que no fuese expulsado previamente a esa fecha.

BIBLIOGRAFÍA

- BRANDARIZ GARCÍA. 2011. *Sistema penal y control de los migrantes*. Gramática del migrante como infractor penal. Comares. Granada.
- CAMEÁN CALVETE. 2016. *Una ciudad, todas las manos*. Revista VientoSur.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2015. *Informe de país Honduras: Situación de derechos humanos en Honduras*.
- GARCÍA ESPAÑA.E, 2017. *Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- GARCÍA ESPAÑA E. y RODRÍGUEZ CANDELA J.L. *Extranjeros en prisión*. Ponencia Úbeda.
- GÓMEZ LÓPEZ, RODRÍGUEZ MORO. 2015. *Los permisos ordinarios de salida: antecedentes, regulación vigente y reflexiones críticas*.
- LARRAURIE. 2016. *Antecedentes penales y la expulsión de personas inmigrantes*, InDret. Revista para el análisis del derecho.
- LIZAMA NICOLÁS.M.2017. *Los informes de arraigo: un análisis desde la perspectiva de los Servicios Sociales*. Ediciones Complutense.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ. M. 2019. *Análisis sobre la sanción de orden de expulsión en materia de extranjería*, Universidad de Oviedo, Trabajo Fin de Máster en Abogacía.
- RACIONERO CARMONA. 1999. *Derecho penitenciario y privación de libertad*, Dykinson, Madrid.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. 2004. *Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: Legalidad y realidad*, Revista General de Derecho Penal, nº 2.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. 2006. *Prisión y derecho a la educación*. UNED. Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica. Nº 1.
- SÁNCHEZ-ORTIZ GARCÍA. 2002. *Curso de Extranjería II*. Instituto de Estudios Superiores, CEU.
- SANTACRUZ IGLESIAS, E. 2014. *Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España. Barabataria*. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, núm.17.
- SIERRA FONSECA.2019. *Honduras: Del Golpe de Estado de 2009 a la crisis continuada*. Fundación Carolina.
- SIRBENT ZARAGOZA G., 2019 Instituto Español de Estudios Estratégicos. *La inmigración ilegal y el derecho de "protección internacional" en Europa*, Página web del Instituto Español de Estudios Estratégicos.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 6 de diciembre de 2012. Asunto C-430/11, Procedimiento penal entablado contra Md Sagor. (ECLI:EU:C:2012:777)

Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), 23 de abril de 2015. Asunto C-38/14, Petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE. Caso Zaizoune (ECLI:EU:C:2015:260)

Tribunal Constitucional

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:107)

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 81/1997, de 22 de abril de 1997 (ECLI:ES:TC:1997:81)

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 236/2007, de 7 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:236)

Tribunal Supremo

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 20 de septiembre de 2002

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 7514/2007, de 22 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TS:7514:2007)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 2235/2009, de 10 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2235)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 9 de octubre de 2009. Recurso 233/2006

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 6566/2011, de 10 de octubre de 2011 (ECLI:ES:2011:6566)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 2041/2018, de 31 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2041)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 3784/2018, de 8 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:2018:3784).

Audiencia Nacional

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 142/2017, de 13 de enero de 2017 (ECLI:AN:2017:142)

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 5109/2017, de 22 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:AN:2017:5109)

Tribunales Superiores de Justicia

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sentencia núm. 1531/2014, de 21 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:1531)

España. Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 448/2014, de 29 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TSJBAL:2014:448)

España. Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Contencioso- Administrativo). Sentencia núm. 1471/2015, de 9 de julio de 2015 (ECLI:ES:TSJICAN:2015:1471)

España. Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 261/2016, de 18 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:261)

España- Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 270/2017, de 27 de enero de 2017 (ECLI:ES:TSJCL:2017:270)

España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia número 1755/2017, de 10 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TSJPV:2018:1755)

España- Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 3543/2019, de 19 de Julio de 2019 (ECLI:ES:TSJCL:2019:3543)

Audiencia Provincial

España. Audiencia Provincial de Cádiz. Auto número 412/2009, de 26 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:APCA:2009:1174A)

España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia 1734/2015, 6 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:1734)

España. Audiencia Provincial de Córdoba. Auto de 23 de noviembre de 2015

España. Audiencia Provincial de Lugo. Sentencia 52/2020, de 24 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APLU:2020:52)

Juzgados

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza (nº1) de 9 de abril de 2007

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza (nº1) de 16 de Junio de 2008

Juzgado Contencioso-Administrativo de A Coruña. Sentencia número 38/2011, de 23 de mayo de 2011 (ECLI:ES:JCA:2011:38)

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ourense, de 24 de mayo de 2016

APÉNDICE LEGISLATIVO Y NORMATIVO

Normativa general

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado. Cortes Generales, 29 de diciembre de 1978, nº 311.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, de 6 de octubre de 2015, núm. 239.

Directivas

Directiva 2008/115/CE

Recomendaciones Europeas

Recomendación 12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros. Adoptada por el Comité de Ministros el 10 de octubre de 2012, en la 1152ª Reunión de Delegados de los Ministros.

Convenios

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra, Suiza, el 28 de Julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Boletín Oficial del Estado, Jefatura del Estado, de 21 de octubre de 1978, núm. 252.

Convenio de la Haya. Instrumento de Ratificación de España del Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 4 de octubre. Boletín Oficial del Estado, Jefatura del Estado, de 25 de septiembre de 1978, núm 229.

Leyes

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Boletín Oficial del Estado, 12 de enero de 1996, nº 11 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1996/01/10/1/con>)

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Boletín Oficial del Estado, 31 de octubre de 2009, nº 263 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/10/30/12/con>)

Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia. Diario Oficial del Galicia, 31 de diciembre de 2013, núm.249, p. 52521

Ley Orgánica 4/2009, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, de 12 de enero del 2000, núm. 10 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con>)

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, de 12 de diciembre de 2009, núm 299 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2009/12/11/2>)

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Boletín Oficial del Estado, de 5 de octubre de 1979, núm. 239 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/09/26/1/con>)

Reales Decretos

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Boletín Oficial del Estado de 30 de abril de 2011, núm. 103 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/con>)

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Boletín Oficial del Estado, de 15 de febrero de 1996, núm. 40, pp.5380 a 5435 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1996/02/09/190/con>)

Ordenanzas municipales

Ordenanza Municipal Reguladora de la Renta Social Municipal, de 26 de agosto de 2016. Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña

Instrucciones y circulares de Instituciones Penitenciarias

Instrucción 12/2001, de 30 de noviembre de 2001, *Regulación de la recogida de documentación personal identificativa de los internos que ingresan en centros penitenciarios*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Gestión Penitenciaria.

Circular 21/2011, de 17 de noviembre de 2011, *Actualización de la Instrucción 18/2005*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Dirección General del Coordinación Territorial y Medio Abierto.

Instrucción 1/2012, de 2 de abril de 2012, *Permisos de salida y salidas programadas*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Dirección General del Coordinación Territorial y Medio Abierto.

Instrucción 3/2019, de 14 de febrero de 2019, *Normas Generales sobre Internos Extranjeros*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Dirección General del Coordinación Territorial y Medio Abierto.

Circulares del Consejo General de la Abogacía Española

Circular 1/2015, de 25 de mayo de 2015, *Argumentario a la sentencia de 23 de Abril 2015 del TJUE*, de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española

Consejo General de la Abogacía Española de 1 de marzo de 2018, *Protocolo sobre penados extranjeros*.

WEBGRAFÍA

ACCEM [En línea] Disponible en: <https://www.accem.es/> [Acceso en 18 de junio]

Alekseyev O. (2019). *Tramitex Abogados. Arraigo social, arraigo laboral y arraigo familiar* [En línea] Disponible en: https://tramitex.es/arraigo-social-arraigo-laboral-y-arrraigofamiliar/#Que_contratos_de_trabajo_se_presenta_junto_con_la_solicitud_de_autorizacion_de_residencia_por_arraigo_social [Acceso 8 de junio de 2020]

Arribas y Atienza P. (2020). *Suspensión del proceso de desahucio por vulnerabilidad del demandado* [En línea] Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arrendamientos/suspension-del-proceso-de-desahucio-por-vulnerabilidad-del-demandado#> [Acceso 2 de Junio]

Coruna.gal. *Ayuntamiento de A Coruña, Servicios Sociales* [En línea] Disponible en <https://www.coruna.gal/serviciossociales/es/prestaciones/detalle-prestaciones-sociales/renda-social-municipal/contenido/1453602663211?argIdioma=es> [Acceso en 15 de Abril]

Coruna.gal. *Ayuntamiento de A Coruña, Servicios Sociales* [En línea] Disponible en: <https://www.coruna.gal/serviciossociales/es/servicios/tramites/detalle-tramites/solicitud-de-prestacion-economica-de-integracion-social-de-xunta-de-galicia-risga-pago-periodico/contenido/1373332422230?argIdioma=es> [Acceso en 20 de Abril]

Congreso de los Diputados (2019). *Sesión nº168 de 22 de enero* [En línea] Disponible en: http://www.congreso.es/backoffice_doc/atp/orden_dia/pleno_168_22012019.pdf [Acceso 22 de abril]

Ecuabogados. 2013. *Permisos de salida y riesgo de quebrantamiento* [En línea] Disponible en: <http://www.ecua-abogados.com/opinion/articulo/permisos-de-salida> [Acceso en 22 de junio]

Editorial Jurídica Sepín (administrador de fincas). *Tramitación del juicio verbal de desahucio por expiración del término o plazo legal* [En línea] Disponible en: <https://www.sepin.es/administrador-de-fincas/VerDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F20219&cod=01%2D0F51AY0mz0GA1Ms01b0G%5F0yZ1jH0E%2D0011zg0Hb07r2AE0GB0ib1jG0H60H30%26F09P1Sz1jE07a1F501f0JP1DZ1zc0Cf0ya00%2D> [Acceso 5 de junio de 2020]

Extranjeros.mtramiss.gob. *Portal de Inmigración. Ministerio de Inclusión, seguridad social y migraciones. Secretaría de estado de Migraciones* [En línea] Disponible en: <http://extranjeros.mtramiss.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/ciudadano-snocomunitarios/hoja039/index.html#normativa> [Acceso en 18 de Abril]

Graffe Pérez A. *Arraigo social, laboral y familiar como medios de regularización de su situación en España* [En línea] Disponible en: <https://deaboga.com/arraigo-social-laboral-y-familiar/> [Acceso 20 de abril]

Jara Y., Sánchez R. (2018) *Expulsar a inmigrantes por sus antecedentes ignorando el arraigo una práctica “automática” en España condenada por Estrasburgo* [En línea] Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/Expulsar-inmigrantes-antecedentes-Espana-Estrasburgo_0_847616109.html [Acceso en 10 de junio]

Jurisprudencia Penitenciaria.2016. [En línea] Disponible en:

http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202317/Jurisprudencia_penitenciaria_2016_126150402.pdf/4c18e7b8-88c0-41e4-a924-d077efaae42f [Acceso el 15 de mayo]

Keneth R. (2015) *Human Rights Watch. Informe Mundial 2015* [En línea] Disponible en:<https://www.hrw.org/es/world-report/2015/country-chapters/268037> [Acceso en 12 de Abril]

Martínez de Santos A. (2019). *De nuevo sobre las medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: el Real Decreto-ley 7/2019 de 1 de marzo*. Diario La Ley [En línea] Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNLQyMLY7Wy1KLizPw8WyMDQ0sDYwNzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAG9ocP81AAAAWKE> [Acceso en 6 de junio]

Ministerio del Interior [En línea] Disponible en:

http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202317/Jurisprudencia_penitenciaria_2016_126150402.pdf/4c18e7b8-88c0-41e4-a924-d077efaae42f [Acceso el 18 de mayo]

Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, *Enseñanza reglada*. [En línea] Disponible en:

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/enseReglada/educacionRegladaYformacion.html> [Acceso en 15 de junio]

Palomar A. y Vázquez J. (2020). *Práctico Extranjería* [En línea]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/arraigo+social+sin+contrato+de+trabajo/WW/vid/447690806> [Acceso en 28 de Abril]

Pleno del Congreso de los Diputados. [En línea]. Disponible en:

http://www.congreso.es/backoffice_doc/atp/orden_dia/pleno_168_22012019.pdf [Acceso 20 de mayo]

RM Abogados Alicante (2016). *Estancia irregular ¿multa o sanción de expulsión?* [En línea] Disponible en: <https://rmabogadosalicante.es/estancia-irregular-multa-expulsion/> [Acceso 22 de abril]

Sevilla Cáceres F. (2019). *Desahucio del inquilino cuando se encuentra en situación de vulnerabilidad* [En línea] Disponible en: <https://www.mundojuridico.info/desahucio-del-inquilino-cuando-se-encuentra-en-situacion-de-vulnerabilidad/> [Acceso 28 de abril]

TeleSur/ja-Mar (2015) *Honduras sigue padeciendo consecuencias del Golpe de 2009* [En línea] Disponible en: <https://www.telesurtv.net/news/Honduras-sigue-padeciendo-consecuencias-del-Golpe-de-2009-20150629-0016.html> [Acceso en 19 de Junio]

Tocino Hernández C.M. (2017). *Abogacía Española Consejo General. Reflexiones sobre la expulsión del art. 57.2 LOEXIS* [En línea] Disponible en:

<https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blogextranjeria/reflexiones-sobre-la-expulsion-del-art-57-2-loexis/> [Acceso 22 de abril]