

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**TRABAJO FIN
DE GRADO**

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

**ALUMNA: ROBYELIZ ISMIR GORDILLO OBERTO
TUTOR: CARLOS AMOEDO SOUTO**

GRADO EN DERECHO

CURSO 2019-2020

Índice

SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	5
SUPUESTO DE HECHO	6
1. ¿PUEDE DOÑA ROSAURA REGULARIZAR SU SITUACIÓN PORQUE YA ESTUVO TRABAJANDO Y DADA DE ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL?	8
1.1. Fundamentos de hecho.....	8
1.2. Fundamentos jurídicos.	8
1.3. De la normativa aplicable.	8
1.4. De los requisitos para iniciar el procedimiento.....	10
2. ¿QUÉ PODRÍA HACER DOÑA ROSAURA ANTE LA DEMANDA DE JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO?	15
2.1. Fundamentos jurídicos.	15
2.2. De la normativa Aplicable.	15
2.3. De la resolución del Contrato.	15
2.4. Del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita.	16
2.5. Del escrito de oposición.....	18
2.6. De la posibilidad de acuerdo extraprocésal.	20
3. ¿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?.....	22
3.1. De la normativa Aplicable.	22
3.2. Fundamentos Jurídicos.....	22
3.3. Aplicación al caso.	27
4. ¿EN QUÉ SITUACIÓN ADMINISTRATIVA SE ENCONTRARÁ ROMEO DESPUÉS DEL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA CONDENA?	29
4.1. De la normativa aplicable.	29
4.2. Fundamentos Jurídicos.....	29
4.3. Aplicación al Caso.	33
CONCLUSIONES FINALES.....	36
BIBLIOGRAFÍA	38

INTRODUCCIÓN AL TRABAJO

Con el presente trabajo a desarrollar se busca dar solución a las diferentes cuestiones que, en el supuesto de hecho se plantean, todas ellas relacionadas con los problemas que surgen a raíz de una solicitud de Asilo, que deviene, como en el caso que nos atañe en una denegación, y que realmente es lo que suele suceder en la gran mayoría de solicitudes y por lo tanto, siendo por tanto una problemática migratoria de muchos extranjeros latinoamericanos, respecto al “ El asilo que nunca llega”, problema que se ha venido agudizando en los últimos seis o cinco años atrás.

Por otra parte es menester recordar que, los ciudadanos extranjeros que procedemos de países latinoamericanos, tenemos pocas posibilidades de que, en España nos conceda el estatus de refugiado, aun cuando nos vemos en la obligación de huir de nuestro país, en algunos casos a causa de una violencia generalizada, que viene siendo uno de los motivos por el cual, como ya sabemos, se puede solicitar asilo o incluso, por ejemplo: cuando un ciudadano extranjero de nacionalidad venezolana, realiza su solicitud de asilo alegando y probando una persecución política, situación que es palpable a simple vista estando en territorio venezolano y a nivel internacional ante los ojos de los gobernantes de todos los países del mundo, y que aún se tenga como necesario recalcar y recordar que la dura realidad dentro de estos países es mucho peor de lo que realmente se proyecta hacia la comunidad internacional.

Por ello decir ante todo qué, solo quienes venimos de países convulsionados como éstos, conocemos de primera la realidad absoluta de dichos países, donde no existe realmente una discriminación de clases, religión o estatus social u orientación sexual para ser perseguido por el gobierno, sino que es suficiente una mera imparcialidad o la mera abstención al momento de decantarse por cualquiera de los partidos políticos, pues esto ya viene a ser suficiente y supone automáticamente una posición en contra del gobierno en funciones y con ello devienen las represarías, actos de acoso y persecución.

Así como este ejemplo hay muchos otros, que no corresponde ventilar aquí, pero esto deja entrever que, para los ciudadanos extranjeros proveniente de otros países latinoamericanos y como es en este caso que nos atañe, el de una ciudadana hondureña, que sería mucho más complicado, por no decir imposible que España le conceda el asilo, aun cuando el criterio de la Audiencia Nacional, en repetidas ocasiones ha reconocido los actos y las amenazas de grupos de pandillas, como un motivo de persecución”.

Además de los problemas anteriores que vienen inmersos en las diferentes realidades según sea el caso, en este en concreto, trataré de dar una solución jurídica a cada uno de los problemas, problemas que suelen suscitarse muchas veces en la realidad, al momento en que se le deniega la solicitud de asilo a un ciudadano extranjero, que va desde encontrarse nuevamente en una situación administrativa irregular, es decir, sin permiso de residencia, permiso de trabajo, pérdida del empleo por tales razones y junto a ello una situación de dificultad económica que conlleva a un riesgo de exclusión social y dificultades para hacer frente a los gastos de necesidades básicas de su grupo familiar, como también posibles problemas de desahucios, y la problemática de unos de sus hijos mayor de edad, que fue acusado por intento de homicidio y condenado mediante sentencia firme a pena de prisión de cinco años

y siete meses y que la actualidad, además de ello se le ha negado el permiso tanto para renovar su documentación, como para poder cursar estudios en la universidad.

Pues, también es cierto que el Ordenamiento Jurídico Español está en constante cambio para así adaptarse a las nuevas realidades sociales de la población en general, cuestión que viene a beneficiar estos casos porque son problemas y temas de la actualidad, y que poco a poco se han ido regulando y buscando una solución para ellos; esto, si se quiere hacer una comparación aunque estas puedan ser odiosas con otros países y ordenamientos jurídicos.

Sin más dilaciones pasare a plasmar el supuesto de hecho y sus respectivas cuestiones. Es necesario decir que es un caso real, por tanto, un tema de actualidad, controvertido y en parte similar en algunos aspectos, que en primera persona he vivido al ser también solicitante de asilo y encontrarme en situación de riesgo de excepcional social: un buen motivo, en definitiva, para tomar la decisión de decantarme por este caso en particular.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

- ART: Artículo.
- AN: Audiencia Nacional.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CE: Constitución Española.
- CP: Código Penal.
- DGIP: Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
- DGM: Dirección General de Migraciones.
- SGIIP: Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.
- JVP: Juez de Vigilancia Penitenciaria.
- LAJG: Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.
- LAU: Ley de Arrendamientos Urbanos.
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LOEX: Ley de Extranjería.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
- RAE: Real Academia Española.
- RD: Real Decreto.
- RISGA: Renta de Inclusión Social de Galicia.
- RLOEX: Reglamento de la Ley de Extranjería.
- RM: Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.
- RP: Reglamento Penitenciario.
- SAN: Sentencia Audiencia Nacional.
- STS: Sentencia Tribunal Supremo.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TS: Tribunal Supremo.

SUPUESTO 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 solicitud 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 hiciere 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”.

1. ¿PUEDE DOÑA ROSAURA REGULARIZAR SU SITUACIÓN PORQUE YA ESTUVO TRABAJANDO Y DADA DE ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL?

1.1. Fundamentos 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 solicitud en que estuvo en un programa de acogimiento ACCEM, lo que le sirvió para tener permiso de residencia y trabajo temporalmente.

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.

1.2. Fundamentos jurídicos.

1.3. De la normativa aplicable.

La normativa básica que regula el Arraigo Social en nuestro ordenamiento jurídico son, por un lado, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante LOEX), el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante RLOex), el Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, Instrucción de la Dirección General de Migraciones 6/2020 de fecha 08/06/2020 (en adelante DGM) sobre el alcance de Real Decreto 463/2020 .

Antes de entrar a desarrollar esta primera cuestión, respecto a la utilización del término *indocumentada*, y cito textualmente parte del supuesto de hecho: “procedente de Honduras, llega a España indocumentada”. Si analizamos un poco la situación, sería muy difícil, por no decir imposible que ésta pudiera haber ingresado a España tomando en cuenta desde el país del que procede sin un documento identificativo, en este caso el pasaporte que debió aportar a las autoridades de migración en los respectivos aeropuertos.

Por tanto, es necesario hacer una definición del término indocumentado de acuerdo con la Real Academia Española (en adelante RAE), que define como: “Dicho de una persona: Que no lleva consigo documento oficial por el cual pueda identificarse, o que carece de él”, según de lo que se desprende de la RAE¹. Por lo que en este caso ambos ciudadanos se encontrarían en una situación administrativa irregular.

¹ RAE. *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> Última consulta: 12 de mayo de 2020.

Asimismo la ley de extranjería define que el inmigrante se encontrará en situación administrativa regular cuando se encuentre en posesión de las autorizaciones necesarias que exige el Artículo 25.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social². A sensu contrario, es irregular administrativamente el inmigrante que se encuentre en territorio español sin permisos para residir y/o trabajar, independientemente del origen de su irregularidad administrativa, en el caso de Doña Rosaura la situación administrativa le deviene irregular por causas sobrevenidas con la denegación de Asilo que en su momento solicitó³.

Ahora bien, ciñéndonos a la primera cuestión en atención al arraigo social, podemos decir que ésta viene a ser una residencia temporal por circunstancias excepcionales que se podrá conceder a ciudadanos extranjeros que se encuentren en España, que tengan vínculos familiares o que se encuentren integrados socialmente⁴.

Se trata de la vía más común por la que los extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular, pueden obtener un permiso de residencia temporal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjeros, esta residencia autoriza a los extranjeros a permanecer en España por un tiempo superior a 90 días e inferior a 5 años y cuando el permiso sea inferior a 5 años, este podrá ser renovado a solicitud del interesado de acuerdo con los requisitos tipificados en el Reglamento de la ley orgánica de extranjeros⁵.

Por tanto, y de acuerdo con el artículo 31.3 de la LOEX, la administración puede conceder la autorización de residencia temporal en el supuesto de arraigo social, de acuerdo con la justicia y otras circunstancias excepcionales tipificadas reglamentariamente y para lo cual no se requerirá de visado⁶.

Pues bien, en el caso en concreto Doña Rosaura, que se encuentra en una situación administrativa irregular derivada de la denegación de la solicitud de asilo, puede solicitar el arraigo social para así poder regularizar su situación.

Para lo cual deberá haber residido de forma ininterrumpida en España durante un periodo mínimo de tres años, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124.2 del RLOEX⁷,

² “1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios”.

³ “Reflexión sobre el término irregular. Texto en línea disponible en: https://www.cidob.org/content/download/59482/1552602/version/1/file/doc_migraciones_3.pdf pagina 12) Última consulta: 15/06/2020”.

⁴ “Portal de Inmigración, *Tipo de autorización*. Texto en línea Disponible en: <http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/ciudadanosnocomunitarios/hoja036/index.html> Última consulta: 15/06/2020”.

⁵ “1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y de las renovaciones se establecerá reglamentariamente”.

⁶ “3. 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. En estos supuestos no será exigible el visado.”

⁷ “2. Por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años. Además, deberá cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:”

y además: no poseer antecedentes penales en España y ni en ningún país donde haya residido anteriormente, por delitos existentes en el ordenamiento español, artículo 124.2.a) del RLOEX⁸.

Al momento de la solicitud, deberá contar con un único contrato de trabajo firmado por ella como trabajadora y el empleado, por un periodo no inferior a un año o puede consignar más de un contrato en los siguientes supuestos:

- *En el caso del sector agrario*, puede presentar dos contratos, con distintos empleadores y concatenados, con una duración mínima de seis meses cada uno.
- *En el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación*, trabajando de forma parcial y de forma simultánea para más de un empleador, podrá presentar varios contratos, con una duración mínima de un año cada uno, y una jornada semanal no por menos de treinta horas en su totalidad global, artículo 124.2.b) supuestos 1º y 2 del RLOEX⁹, así como poseer vínculos familiares con otros extranjeros residentes en España.

A estos efectos debe entenderse los referidos a los que posean parentescos por afinidad como los cónyuges o parejas de hecho o por consanguinidad de ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa, o deberá presentar un informe de inserción social, artículo 124.2.c) del RLOEX¹⁰.

1.4. De los requisitos para iniciar el procedimiento.

En virtud de lo establecido reglamentariamente en el artículo 128. 1. a), primer párrafo del RLOEX, la autorización temporal, por arraigo social debe ser presentado por la interesada

⁸“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.

⁹“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. Dicha contratación habrá de estar basada en la existencia de un solo contrato, salvo en los siguientes supuestos: 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.

¹⁰“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. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa. En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, en éste deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente. A dichos efectos, el órgano autonómico competente podrá realizar consulta al Ayuntamiento donde el extranjero tenga su domicilio habitual sobre la información que pueda constar al mismo. El informe de arraigo referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma competente, siempre que ello haya sido previamente puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. El informe de la Corporación local habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Corporación local deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente (...).

en la Oficina de Extranjería de A Coruña, y la misma deberá consignar copia del pasaporte en vigor, con una mínima vigencia de cuatro meses, previa exhibición del documento original¹¹.

Asimismo es fundamental que doña Rosaura pueda demostrar que ha vivido 3 años de forma continuada en España.

Por tanto, la documentación que debe aportar como prueba documental, debe especificar sus datos de identificación y haber sido emitido por la administración pública en A Coruña, por ejemplo, el histórico de empadronamiento que será expedido por el Ayuntamiento a solicitud de la parte interesada, que deberá estar inscrita en el padrón del municipio en que reside habitualmente, así lo establece el artículo 15 de la LBRL¹².

Es obligatorio que toda persona que viva en España cumpla con este requisito y el ayuntamiento además de incorporar a los extranjeros en el padrón también deberá tener actualizada la información que se desprenda de este y en concordancia con el artículo 6.3 de la LOEX¹³.

El padrón municipal es el registro donde constan todas las personas que viven en un mismo municipio, esto con determinación del artículo 16.1 de la Ley 7/1985¹⁴.

Pero es preciso aclarar que éste no es el único documento por el que se puede demostrar la convivencia. También es posible demostrarla en defecto del histórico de empadronamiento, mediante movimientos de cuentas y extractos bancarios, pagos a establecimientos locales (como supermercados) durante el transcurso de los meses, u otros movimientos similares por el que efectivamente pueda demostrar que ha permanecido los 3 años en territorio español, pero teniendo en cuenta que estos últimos pueden parecer algo más complicados de obtener, por lo riguroso que se debe ser al momento de recaudarlos.

Ahora bien, ¿qué se entiende al decir que debe demostrar que la solicitante ha vivido tres años de “forma continuada” en España?

Se trata de un concepto que puede provocar quebraderos de cabeza y puede convertirse en un motivo de denegación de la solicitud. La doctrina del Tribunal Supremo ratifica la

¹¹ “1. La autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que no requerirá visado, deberá ser solicitada personalmente por el extranjero ante el órgano competente para su tramitación, salvo en el caso de menores o incapaces, en el que podrá presentar la solicitud su representante legal, acompañada de la siguiente documentación: a) Copia del pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses, previa exhibición del documento original”.

¹² “3. Los Ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos.”.

¹³ “Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año. El conjunto de personas inscritas en el Padrón municipal constituye la población del municipio. Los inscritos en el Padrón municipal son los vecinos del municipio. La condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón”.

¹⁴ “1. El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos. La inscripción en el Padrón Municipal sólo surtirá efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley por el tiempo que subsista el hecho que la motivó y, en todo caso, deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente. El transcurso del plazo señalado en el párrafo anterior será causa para acordar la caducidad de las inscripciones que deban ser objeto de renovación periódica, siempre que el interesado no hubiese procedido a tal renovación. En este caso, la caducidad podrá declararse sin necesidad de audiencia previa del interesado”.

Sentencia de la audiencia Nacional, que aclara que por “*residencia continuada*” no quiere decir prohibición absoluta de salida del país, puesto que la ausencia ocasional y por motivos justificados de España no supone el incumplimiento del requisito de residencia habitual y por ende la fijación del domicilio fuera del territorio español¹⁵.

En cuanto al requisito de no poseer antecedentes penales en España ni en países donde haya residido anteriormente, en concordancia con el artículo 128.2.a) del RLOEX, esta deberá presentar al momento de la solicitud el certificado de antecedentes penales o su equivalente expedido por las autoridades competentes de Honduras, correspondiente a los cinco años anteriores a su entrada en España y en donde debe constar que no tiene condenas por delitos tipificados en el ordenamiento¹⁶.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1. a) y b) del Convenio de la Haya, para que este certificado despliegue sus efectos debe contar con la correspondiente *apostilla de la haya*, entendiéndose que este requisito es de estricto cumplimiento, puesto que tanto España como Honduras forman parte del XII Convenio por el que se suprime la exigencia de legalización para los documentos públicos extranjeros (Concertado el 5 de octubre de 1961¹⁷.

Referente a la documentación acreditativa de los medios de vida debemos partir de lo Doña Rosaura, debe aportar el *contrato laboral*

Este contrato debe estar debidamente firmado por ella, en su cualidad de empleada y por su empleador. Además, en vista que no tiene vínculos familiares con extranjeros residentes en el territorio español, deberá presentar el correspondiente *informe de arraigo social*, pues así lo determina el artículo 128.2.b) primer párrafo del RLOEX¹⁸.

El informe de arraigo social, debe ser emitido por el Ayuntamiento de A Coruña, pudiendo solicitarlo, de acuerdo con su domicilio, a través de los servicios sociales del ayuntamiento, ante en el Centro Cívico los Mayos.

Ahora bien, la *Instrucción DGM 6/2020 de día 8 de junio sobre los procedimientos iniciados relativos a arraigos sociales en el contexto del Covid 19, modifica y flexibilizan* los requisitos para tales tramites, esto con la finalidad de aclarar el efecto de la suspensión en los procedimientos de extranjería y evitar mayores perjuicios en los derechos y/o deberes de los

¹⁵“SAN 1030/2017 de día 06 de abril (ECLI:ES:AN:2017:1030)”.

¹⁶ 2. “En particular, para acreditar que se reúnen las condiciones establecidas para los supuestos de arraigo, la documentación aportada deberá ajustarse a las siguientes exigencias:

a) En caso de que el interesado fuera mayor de edad penal, deberá aportar certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco años anteriores a su entrada en España, en el que no deberán constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español”.

¹⁷ “El presente Convenio se aplicará a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante. Se considerarán como documentos públicos en el sentido del presente Convenio: a) los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del ministerio público, o de un secretario, oficial o agente judicial; b) los documentos administrativos;”.

¹⁸“ b) En los supuestos de arraigo social, se deberá presentar documentación acreditativa del grado de parentesco alegado o, en su caso, el correspondiente informe de arraigo. Igualmente, en caso de solicitarse la exención de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, se deberá presentar documentación acreditativa de contar con medios económicos suficientes o, en su caso, del cumplimiento de los requisitos previstos en relación con la actividad por cuenta propia”.

interesados, en relación a la Disposición adicional tercera del RD 463/2020 de 14 de marzo¹⁹ y que a su vez ha quedado derogada mediante el artículo 9 del Real decreto 537/2020 de 23 de mayo con efectos al 1 de junio de 2020²⁰.

De acuerdo con esta comunicación, los procedimientos que fueron iniciados antes del decreto del estado de alarma y se encontraran en fase de propuesta de resolución favorable continuaron, sin embargo los que se iniciaron antes del decreto del estado de alarma pero se encontrasen en fase de propuesta denegatoria o de archivo del procedimiento quedaron suspendidos y los que se iniciaron posteriormente a la declaración del estado de alarma, serán impulsados en todos sus trámites, en la medida de que la parte interesada pudiera cumplir con los eventuales requisitos.

La DGM mediante la instrucción Primera²¹, establece que en los supuestos en los que ya se ha notificado la concesión de la autorización antes del 9 de junio o que haya sido notificada con posterioridad, pero que en todo caso no haya sido posible el inicio de la relación laboral y por tanto tampoco sea posible efectuar el alta en la seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 128.2.b) de la RLOEX, el solicitante tendrá un plazo de 45 días hábiles para buscar otro empleo, comunicarlo a la oficina de extranjería por medio de escrito en el que debe hacer referencia a la posibilidad prevista en la instrucción DGM 6/2020 y acompañarle con el nuevo contrato laboral.

¹⁹“1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, desde la entrada en vigor del presente real decreto, las entidades del sector público podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios (...).”

²⁰“Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas.”

²¹“PRIMERA. Solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social sujeta a un contrato de trabajo de un año de duración (artículo 124.2 del Reglamento): alta con otro empleador.

1. En aquellos supuestos en los que se haya notificado la concesión de la autorización antes del 9 de junio o esta sea notificada con posterioridad a dicha fecha, pero no sea posible el inicio de la relación laboral y, por consiguiente, no sea posible el alta en la seguridad social en los términos previstos por el artículo 128.2.b), el extranjero que solicitó la autorización dispondrá de un plazo de 45 días hábiles para buscar otro empleo y, en su caso, comunicarlo a la oficina de extranjería mediante la presentación de un escrito que haga referencia a la posibilidad prevista en esta instrucción acompañado del nuevo contrato de trabajo en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (plataforma ADAE) o en cualquiera de los registros a los que hace referencia el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

2. Este plazo de 45 días hábiles se iniciará desde que se produzca la notificación o desde el 9 de junio si la notificación se hubiese producido en un momento anterior a dicha fecha.

3. El nuevo contrato de trabajo deberá reunir los términos previstos por el artículo 124.2.b).

4. Recibida la comunicación, la oficina de extranjería deberá atender prioritariamente estos casos, debiendo diligenciar el contrato en el plazo máximo de 10 días. Una vez diligenciado, la afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social deberá producirse en el plazo de un mes desde la notificación de la diligencia”.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada del TS²², es suficiente *para realizar la solicitud* de permiso temporal de residencia por razones de arraigo social, la aportación del dicho contrato, sin que ello impida a la Administración, pueda examinar la falta de viabilidad de la actividad empresarial en que se inserta el contrato laboral, en la tramitación del procedimiento.

En estos casos la Administración abre un plazo de período probatorio para que se pueda aportar las pruebas que acredite la viabilidad de la actividad empresarial del cual se desprenderá dicho contrato y el cual deberán ser valorados con libertad de criterio.

Pues la STS 1695/2019, viene a determinar que:

“todo ello sin perjuicio de que la Administración, en uso de su potestad de control y siempre que no tenga por cierto el contrato presentado, pueda probar la inexistencia material del contrato o su evidente falta de viabilidad, en cuyo caso podrá denegar la autorización mediante resolución motivada justificativa de esa decisión”.

La DGM en su instrucción Cuarta²³, viene a flexibilizar esta valoración discrecional y no se perjudicará al extranjero si se percibe una falta de viabilidad de la actividad empresarial si esta se ha visto afectada por la crisis del Covid 19, más aún, cuando el empresario proceda a efectuar su alta en seguridad social.

El supuesto en el que se cuenta con un contrato laboral es más idóneo a seguir en este caso, ya que de lo contrario cabría un segundo supuesto.

Podría solicitar la exención de contar con contrato laboral, pero entonces traeríamos a colación el artículo 128.2.b), segundo párrafo y en concordancia con el artículo 105.3 del RLOEX, que establece que Doña Rosaura deberá acreditar que cuenta con medios económicos o en su caso, cumplir con los requisitos relativos a la actividad por cuenta propia²⁴ y para lo

²² “STS 1603/2018, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3784); STS 47/2019 de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2019:47); STS 1695/2019, de 11 de diciembre. Respecto a esta sentencia hago contar que existe una discrepancia de identificación tras haber intentado localizarla en el CENDOJ; STS 4183/2019, de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:4183)”.

²³ “CUARTA. Viabilidad del contrato de trabajo en procedimientos relativos a autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo social sujeta a un contrato de trabajo de un año de duración. En el eventual análisis de viabilidad que puede desarrollar la oficina de extranjería respecto a los contratos presentados en el marco de los procedimientos relativos a autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo social sujeta a un contrato de trabajo de un año de duración no se perjudicará al extranjero por la eventual falta de viabilidad de la actividad empresarial cuando esta se haya visto afectada por la crisis del COVID 19. No obstante, esta flexibilización no amparará el uso fraudulento de la figura, manteniéndose como causa de denegación de acuerdo con el artículo 124 del Reglamento.”.

²⁴ “segundo párrafo. Igualmente, en caso de solicitarse la exención de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, se deberá presentar documentación acreditativa de contar con medios económicos suficientes o, en su caso, del cumplimiento de los requisitos previstos en relación con la actividad por cuenta propia. Artículo 105.3. Por otra parte, será necesario cumplir las siguientes condiciones en materia de trabajo: a) Cumplir los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada. b) Poseer la cualificación profesional legalmente exigida o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como en su caso la colegiación cuando así se requiera. c) Acreditar que la inversión prevista para la implantación del proyecto sea suficiente y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo. d) Que el extranjero cuente con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento. En caso de que los recursos acreditados deriven del ejercicio de la actividad por cuenta propia, su valoración se realizará una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad. Las cuantías a acreditar serán aquéllas previstas en relación con solicitudes de autorización de residencia temporal por

cual sería de difícil cumplimiento al entender que la misma no cuenta con ellos por encontrarse en una situación de riesgo de exclusión social.

Respecto al informe de arraigo social, en este debe constar el tiempo de permanencia de Doña Rosaura en su domicilio habitual, los medios económicos con los que cuenta y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaboral y culturales, mediante la realización, ejemplo: de cursos, talleres, búsqueda activa de trabajo, del cual tiene constancia a raíz de que en su momento percibía la RISGA puesto que son condiciones.

Concluimos que, una vez conocido los fundamentos jurídicos, efectivamente Doña Rosaura en efecto puede regularizar su situación. No por el simple hecho de haber estado trabajando y dada de alta en la seguridad social mientras poseía el *documento acreditativo de la condición de solicitante, en tramitación, de protección internacional*, mediante el cual se le autorizo a residir y trabajar. Si no, alegando que cumple todos y cada uno de los requisitos en que se basa, la autorización de residencia temporal por razones de arraigo social.

2. ¿QUÉ PODRÍA HACER DOÑA ROSAURA ANTE LA DEMANDA DE JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO?

2.1. Fundamentos jurídicos.

2.2. De la normativa aplicable.

La normativa básica que viene a regular la presente cuestión en nuestro ordenamiento jurídico es la Constitución Española (en adelante CE), la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante LAJG), Ley de Enjuiciamiento civil (en adelante LEC), la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU), Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), Convención sobre los Derechos del Niño, a través del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

2.3. De la resolución del contrato.

La LAU establece en su artículo 27 en sus numerales 1 y 2, en cuanto al incumplimiento de las obligaciones, que la falta de pago de la renta por parte de la arrendataria, es una de las causas que da derecho a que la arrendadora pueda exigir el cumplimiento de la obligación o promover de pleno derecho la resolución del contrato²⁵ y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil que establece:

reagrupación familiar, en función de las personas que el interesado tenga a su cargo. e) Haber abonado la tasa relativa a la autorización de trabajo por cuenta propia”.

²⁵“1. El incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato dará derecho a la parte que hubiere cumplido las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil.

2. Además, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas:

a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario (...).”

“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. (...)”

En el escrito de la demanda, se le informara al demandado: la fecha de celebración del juicio, en el que se reclama las cantidades que debe el inquilino, se instara al desahucio y la fecha de celebración del lanzamiento, se le notificará simultáneamente un decreto del Secretario, por el que, se le requiere a realizar la solicitud de justicia gratuita (abogado y procurador de oficio), antes de que transcurran tres días desde que fue notificado, debiendo comparecer, en el plazo de diez días desde la práctica del requerimiento en el juzgado, y dar sucintamente contestación a la demanda, mediante escrito de oposición, explicando debidamente los motivos y las razones por las que a su entender, no se adeuda, en todo o en parte, la cantidades reclamada, y/o solicitar la paralización del proceso explicando los motivos.

Asimismo, también podrá el demandado, desalojar voluntariamente la vivienda o ejercer el derecho a enervar el desahucio (suspender el proceso, mediante la liquidación de las cantidades debidas quedando al corriente de pago).

2.4. Del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita.

Cuando la demandada recibe la notificación de la demanda y ésta se quiere oponer, debe solicitar inmediatamente del colegio de abogados, abogado de oficio, y así poder estar debidamente representada y asistida por procurador y abogado, esta solicitud debe realizarla en los tres días siguientes a la práctica del requerimiento²⁶, esto no conllevará a una suspensión del proceso. No obstante, para evitar que en el transcurso de los plazos surja la preclusión de un trámite o la indefensión de algunas de las partes, se podrá decretar la suspensión hasta que se acuerde o no la designación del abogado y procurador por un plazo máximo de 30 días, tal y como lo establece los artículo 16.1 y 17.2 de la LAJG²⁷.

²⁶“3. (...) Asimismo se expresará que en caso de solicitar asistencia jurídica gratuita el demandado, deberá hacerlo en los tres días siguientes a la práctica del requerimiento (...)”.

²⁷“Artículo 16. Suspensión del curso del proceso.

1. La solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso o expediente administrativo.

No obstante, a fin de evitar que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes, el secretario judicial o el órgano administrativo, de oficio o a petición de éstas, podrá decretar la suspensión hasta que se produzca la decisión sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la justicia, siempre que la solicitud del derecho se hubiera formulado en los plazos establecidos en las leyes procesales o administrativas(...)”.

“Artículo 17. 2. La Comisión, una vez efectuadas las comprobaciones anteriores, dictará resolución, en el plazo máximo de treinta días, contados a partir de la recepción del expediente por la Comisión, reconociendo o denegando el derecho a la asistencia jurídica gratuita y determinando cuáles de las prestaciones son de aplicación a la solicitud (...).

La CE garantiza a través de su artículo 24.1, el derecho a una tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos para que en ningún caso se produzca una indefensión²⁸, y en determinados casos la CE garantiza a través de su artículo 119, una justicia gratuita, cuando la ley así lo determine y cuando se acredite no contar con recursos suficientes para litigar²⁹.

Por otra parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establece, en su artículo 6, que toda persona tendrá derecho a que su causa sea oída equitativamente³⁰ en consecuencia, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé, en el apartado 3 de su artículo 47, la concesión de asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre que esta, sea necesaria para así garantizar la efectividad del derecho de acceder a la justicia³¹.

Por tanto, las normas constitucionales, así como las normas supranacionales, (internacionales y comunitarias), garantizan un sistema de asistencia judicial gratuita, para los extranjeros que estén en un precariedad, puedan tener acceso a los tribunales y en definitiva a una tutela judicial efectiva, y en consecuencia puedan obtener una asistencia jurídica gratuita en el ámbito de procedimientos judiciales teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en que muchos extranjeros se encuentran.

En el ámbito subjetivo el artículo 2 LAJG, partiendo de lo establecido en el Artículo 24 de la CE, el derecho a la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita, es reconocido, tanto para los ciudadanos españoles y para los nacionales de los demás Estados Miembros de la Unión Europea, y también para los Extranjeros que se encuentren en territorio Español.

Por tal y en concordancia con el principio de igualdad de trato recogido en el artículo 9.2 de la CE, y en el plano legal la propia LOEX, en su artículo 3.1, establece un criterio imperativo acerca de que los extranjeros ejercitan la mencionada ley en igualdad con los españoles y por tanto reconoce en el mismo precepto que tanto extranjeros como españoles, gozan de los mismos derechos y libertades contemplados en el en TITULO I de la CE³².

(...) La resolución se notificará en el plazo común de tres días al solicitante, al Colegio de Abogados y, en su caso, al Colegio de Procuradores, así como a las partes interesadas y se comunicará al órgano administrativo o al juzgado o tribunal que esté conociendo del proceso o, si éste no se hubiera iniciado, al Juez Decano de la localidad(...).”

²⁸“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

²⁹“La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.”

³⁰“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...).”

³¹“Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

³²“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”.

2.5. Del escrito de oposición.

Para este caso de acuerdo a las circunstancias que lo rodea, la demandada debería presentar un escrito de oposición, por lo menos en virtud de exclusión social, menores alegando:

- La situación de riesgo de exclusión social en la que se encuentra, las cuestiones que conllevaron a tal incumplimiento del contrato, en este caso, la pérdida su empleo y la suspensión de la RISGA, concedida para ser destinada al pago de sus necesidades básicas derivadas de la vivienda, todo ello por causas sobrevenidas, derivadas de la denegación de asilo, lo que la ha agravar su situación de riesgo de exclusión social.
- Que junto a ella reside su hijo menor de edad, siendo esta la además posee la guardia y custodia y el ejercicio exclusivo de la patria potestad.
- Además, reconocer que efectivamente se encuentra actualmente en posesión de la vivienda objeto del contrato entre las partes, así como parte de la deuda contraída por el impago de los 23 días de alquiler, los 80 euros diarios, más los daños y perjuicios que haya podido ocasionar, puesto que el demandante posee a su favor la cantidad de 415,00 euros en concepto de garantía y fianza. Y por tanto solicitar:
- La suspensión del proceso para que se inste a los servicios sociales para que se pronuncie sobre la situación de riesgo de exclusión social en que se encuentra Rosaura, así como, las demás que consideren pertinente respecto del interés superior del menor, hasta que la Administración garantice una alternativa habitacional (solución de alternativa habitacional que se encuentra en curso ante la Institución de Caritas, a través de la intervención de los Servicios Sociales),
- El descuento de la cantidad de 415,00 euros correspondiente a la fianza y garantía, al momento de que se determine las cantidades reclamadas por el demandante.

El artículo 441.5 en concordancia con el número 1, del artículo 250.1 de la LEC³³, por tratarse de un caso especial en la tramitación del juicio verbal, el Letrado de la Administración de Justicia debe informar al demandado que tiene la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos o acudir directamente a los servicios sociales para que estos puedan corroborar que éste se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

El juzgado, a los mismos efectos y mediante oficio, comunicará a los servicios sociales la existencia del procedimiento, con la finalidad de que una vez corroborado que efectivamente el hogar se encuentra en situación de vulnerabilidad social y económica, se notifique al juzgado inmediatamente, lo que llevará a la suspensión del proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas y por un plazo máximo de un mes. Por cuanto, adoptadas las medidas de los servicios sociales o transcurridos el plazo, se podrá alzar la suspensión³⁴.

³³ “Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:

1.º Las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca (...).”

³⁴“. En los casos del número 1º del artículo 250.1, se informará al demandando de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad. A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen

Referente al desalojo, cuando encontramos casos como este, en donde hay menores de edad hay que tomar en cuenta lo que establece el artículo 11 en su apartado 1 y 2. a), b) y c) de la LPJM, en su apartado 1, referente a las Administraciones Públicas que deberán facilitar a éstos, la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, así como también deberán tener en cuenta las necesidades de los mismos, al ejercer sus competencias, siendo una de ellas la de vivienda³⁵.

poderes públicos en relación con estos, la supremacía de su interés superior del menor, el mantenimiento en su familia de origen, su integración social y familiar³⁶.

De igual forma, el artículo 12³⁷ de la citada Ley, establece la obligación de los poderes públicos de proteger a los menores ante situaciones de riesgo primando las medidas familiares a las asistenciales, en el supuesto de que se planteara como primera solución en vista de las circunstancias, que el menor pudiese ser internado en un hogar infantil a través de los servicios sociales, como primera opción ante las consecuencias de la demanda de desalojo.

Todo viene a ser reforzado por el artículo 27, apartados 1 y 3 de la Convención sobre los derechos del niño, ya que los Estados partes vienen a reconocer el derecho que tiene todo niño a nivel de vida adecuado para su desarrollo en todos los ámbitos³⁸ y que por tanto, los Estados Partes, adoptaran medidas apropiadas para ayudar a los padres para llevar a cabo el cumplimiento de este artículo, y proporcionado asistencia material, respecto a la nutrición,

que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, 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 (...).”

³⁵“1. Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen.

Las Administraciones Públicas, en los ámbitos que les son propios, articularán políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y, de modo especial, las referidas a los derechos enumerados en esta ley. Los menores tendrán derecho a acceder a tales servicios por sí mismos o a través de sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, quienes a su vez tendrán el deber de utilizarlos en interés de los menores.

Se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos. Se garantizará a los menores con discapacidad y a sus familias los servicios sociales especializados que su discapacidad precise. Las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta las necesidades de los menores al ejercer sus competencias, especialmente en materia de control sobre productos alimenticios, consumo, vivienda, educación, sanidad, servicios sociales, cultura, deporte, espectáculos, medios de comunicación, transportes, tiempo libre, juego, espacios libres y nuevas tecnologías (TICs). (...)”

³⁶“2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

a) La supremacía de su interés superior.

b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiar y estable priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.

c) Su integración familiar y social.”

³⁷“1. La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.”

³⁸“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.”

vestuario y vivienda³⁹. Todo esto en concordancia con el artículo 18.2 de la CE, que establece que el domicilio es inviolable.

Por ello, tomando en cuenta Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que viene a señalar, que las normas citadas exigen al juez, ponderar la situación jurídica singular de los menores afectados por una decisión del alzamiento de desalojo que pretenda ejecutarse, lo que exige en estos casos, un análisis completo del supuesto de hecho, no para que no se lleve a cabo el alzamiento el desalojo, sino, el cómo y cuándo se llevara a cabo, y en tal caso, una vez más tomar en cuenta un tiempo prudencial mientras se materializa una solución habitacional alternativa⁴⁰.

Para el escrito, por el que se da contestación a la demanda, es conveniente acompañarlo con la documentación expedida por caritas y servicios sociales, que acredita que efectivamente se encuentra en proceso la asignación de una vivienda y demás documentación que pueda allegar con tales fines, como también los referentes a la acreditación de que con ella convive su hijo menor.

Ahora bien, por otra parte, y en consecuencia con el artículo 704.1 de la LEC, se puede apreciar una previsión en cuanto a la suspensión del lanzamiento en la *ejecución de la sentencia*.

Esto beneficia a la parte demandante en el supuesto de que los plazos anteriores no hayan sido suficientes para dar tiempo a la adjudicación de la nueva vivienda, pues ya, en fase de ejecución se les dará un plazo de un mes para que lo desalojen la vivienda actual, sin perjuicio de que este plazo pueda ser prorrogado por un mes más, siempre y cuando exista un motivo fundado, por lo que habrá de tomarse en cuenta que una vez transcurridos estos plazos, se llevara a cabo el alzamiento de acuerdo con la fecha que se fije en la sentencia o el la prorroga que así lo haya acordado⁴¹.

2.6. De la posibilidad de acuerdo extraprocésal.

Sin embargo, en búsqueda de otra posible solución, tomando en cuenta lo que puede suponer económicamente para la parte demandante, llevar hasta las últimas consecuencias un procedimiento judicial, podría plantearse entre las partes la posibilidad de llegar a un *acuerdo extrajudicial*, con la posibilidad de la mediación de caritas y/o servicios sociales como mediador.

Además, Rosaura deberá comunicarle a la propietaria del inmueble que actualmente, se encuentra en vías de que le asigne una nueva vivienda y por tanto, solicitarle un plazo prudencial que le permita seguir viviendo en el actual inmueble hasta que realice la mudanza a la nueva vivienda.

³⁹“3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”

⁴⁰“STS 1797/2017 de 23 de Noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4211).

⁴¹“LEC. Artículo 704.1. Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, el Letrado de la Administración de Justicia les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más.

Transcurridos los plazos señalados, se procederá de inmediato al lanzamiento, fijándose la fecha de éste en la resolución inicial o en la que acuerde la prórroga”.

A cambio, podría acordarse a favor de la parte demandante, le sean abonadas las cantidades adeudadas en concepto de renta de alquiler, correspondiente al mes de agosto y demás meses que acuerden.

En el mismo acuerdo, pueden acordar las demás medidas que las partes estimen conveniente, incluyendo la condonación en todo o parte de la deuda objeto de la demanda, así como lo relativo a las cantidades dinerarias en concepto de fianza y garantía.

Suponiendo, que se haya celebrado el acuerdo las partes, a estos efectos el demandante puede renunciar o desistir de la acción ejercitada⁴². Asimismo de acuerdo con el artículo 440.3 de la LEC⁴³, también existe la posibilidad de que la parte demandada pudiese allanarse como resultado del acuerdo y además teniendo en cuenta que de no cumplir con el plazo del desalojo establecido en el acuerdo, la sentencia que homologue el mismo, se establecerá quedaría sin efecto y se llevaría a cabo el desalojo⁴⁴.

Respecto a todo lo expuesto he podido llegar a la conclusión que Rosaura ante la demanda de desahucio, debería en primer lugar solicitar abogado y procurador para así dar contestación a la demanda lo que conllevaría a la suspensión del proceso en un primer momento.

Una vez asignado abogado y procurador, se debe dar contestación a la demanda, argumentando la situación de riesgo de exclusión social y el hecho de que con ella reside su hijo menor de edad y el reconocimiento en parte de la deuda que le reclama la parte actora.

Todo ello con la finalidad de buscar no solo la suspensión del alzamiento del desahucio, sino también, la posibilidad de la concesión de un tiempo prudencial, que dé tiempo a que se lleve a término la asignación de la nueva vivienda por parte de la intervención de los servicios sociales municipales, Caritas o cualquier otra institución con competencia en materia de vivienda.

Y en segundo lugar, proponer a la parte demandante, un acuerdo extrajudicial, que en parte vendría siendo más beneficioso para ambas partes.

⁴²“LEC. Artículo 20. 1. Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibile. En este caso, se dictará auto mandando seguir el proceso adelante.

2. El demandante podrá desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio”

⁴³“LEC. Artículo 440.3. En los casos de demandas en las que se ejercite la pretensión de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, acumulando o no la pretensión de condena al pago de las mismas, el Letrado de la Administración de Justicia, tras la admisión, y previamente a la vista que se señale, requerirá al demandado para que, en el plazo de diez días, desaloje el inmueble, pague al actor o, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; o en otro caso comparezca ante éste y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación. Si el demandante ha expresado en su demanda que asume el compromiso a que se refiere el apartado 3 del artículo 437, se le pondrá de manifiesto en el requerimiento, y la aceptación de este compromiso equivaldrá a un allanamiento con los efectos del artículo 21.”

⁴⁴“LEC. Artículo 21. 3. Si el allanamiento resultase del compromiso con efectos de transacción previsto en el apartado 3 del artículo 437 para los juicios de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, la resolución que homologue la transacción declarará que, de no cumplirse con el plazo del desalojo establecido en la transacción, ésta quedará sin efecto, y que se llevará a cabo el lanzamiento sin más trámite y sin notificación alguna al condenado, en el día y hora fijadas en la citación si ésta es de fecha posterior, o en el día y hora que se señale en dicha resolución”

3. ¿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?

3.1. De la normativa aplicable.

La normativa básica que viene a regular la presente cuestión es la Constitución Española (en adelante CE), y además dos normas básicas penitenciarias: La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre o Ley General Penitenciaria (en adelante, LOGP) y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero o Reglamento Penitenciario (en adelante, RP), Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (en adelante, SGIIP) 22/1996 modificada por la Instrucción 1/2012 de 2 de abril.

3.2. Fundamentos Jurídicos.

Esta pregunta plantea el análisis de dos puntos de verdadera importancia dentro del escenario de ámbito penitenciario, pues son muchos los penados que se encuentran con obstáculos en prisión para poder acceder a permisos de salida y a cursar sus estudios universitarios.

Para entender en qué medida se le puede denegar a un interno un permiso de salida o si es verdaderamente posible vetar la posibilidad de que una persona que se encuentra cumpliendo condena pueda o no estudiar a distancia una carrera, es importante ver qué dice la normativa penitenciaria⁴⁵ y sobretodo, qué pronunciamientos hace la jurisprudencia al respecto.

Es menester en primer lugar, hacer referencia al artículo 25.2 de la CE, por el cual “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (...) El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

De este artículo, podemos extraer la idea de que todo lo que se haga en prisión ha de estar orientado hacia la reeducación y reinserción de los internos.

Ahora bien, ¿en qué consiste la reeducación y reinserción social?, ¿constituyen un derecho de los internos o se trata de una mera recomendación?

Lo cierto es que, la reeducación y la reinserción social forman parte del tratamiento penitenciario de los internos pues así lo hace saber el art 59 de la LOGP “El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”. Por lo tanto, el tratamiento constituye aquella directriz que rige el sistema penitenciario y por la cual se prepara a los internos para una adecuada reeducación y reinserción en sociedad.

Así mismo el tratamiento penitenciario constituye un derecho de los internos, concretamente el artículo 4 del RP, que recoge la lista de derechos que le asisten a los internos

⁴⁵ La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre o Ley General Penitenciaria (en adelante, LOGP) y Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero o Reglamento Penitenciario (en adelante, RP).

en prisión, menciona expresamente el “derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo”.

Esto nos lleva a situar a todas aquellas actividades que formen parte del tratamiento de los penados como algo a lo que los penados tienen derecho.

En segundo lugar, con respecto a la segunda parte del mismo artículo por la cual se les reconoce a los penados todos los derechos fundamentales. Resulta verdaderamente importante recalcar que este mandato constitucional también dispone que, éstos pueden ser limitados en el sentido del fallo condenatorio, en el sentido de la pena y de la ley penitenciaria.

De hecho, el escenario en el que nos movemos es el del Derecho penitenciario. Por lo tanto, es esta misma normativa penitenciaria la que, en determinados casos permite limitar los derechos de los penados en prisión.

Los permisos de salida constituyen una actividad que forma parte del tratamiento penitenciario pues, habilitan el contacto del interno con el mundo exterior, esto es, con la sociedad. Lo que influye sobremanera en su reinserción social⁴⁶.

Por su parte, los estudios en prisión también son actividad tratamental, al permitirles a los internos obtener titulaciones educativas desde la más básica, como el graduado escolar hasta estudios universitarios, a través del cual, les permitirá obtener mayores posibilidades laborales, entre otras ventajas, contribuyendo así al éxito de la reinserción social.

Una vez dejado claro lo que dispone la Constitución al respecto, que tanto los permisos penitenciarios como los estudios en prisión presentan naturaleza tratamental, procede añadir un elemento más a tener en cuenta y así esclarecer qué pasa exactamente con Romeo, ya que a éste le deniegan ambas solicitudes. Este elemento al que me refiero es el de la extranjería.

Antes de nada, hay que tener presente a lo largo de este trabajo el principio de no discriminación por el cual se rige el Derecho Penitenciario.

Este principio deviene concretamente de los artículos 3 de la LOGP y 4 del RP. “La actividad penitenciaria, en lo que atañe al colectivo de internos extranjeros, debe venir presidida por el principio de interdicción general de la discriminación, con independencia de que proceda de razón de nacionalidad, etnia, raza, religión o lengua”⁴⁷.

Por lo tanto, la Administración Penitenciaria no realiza una distinción en cuanto a que si un interno es español o extranjero, teniendo todos los internos independientemente de su nacionalidad los mismos derechos y las mismas oportunidades en prisión.

No obstante, es verdad que el elemento de la extranjería trae consigo cuestiones que son particulares y que necesitan de un trato que se adecue a las necesidades penitenciarias.

Constituye una realidad, que el caso de los extranjeros en prisión ha llevado a cambiar la normativa penal y penitenciaria en ciertos aspectos, pues, es preciso que estas normas se adapten a la constante evolución en la que se encuentra nuestro país desde hace años con respecto a la inmigración.

⁴⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO L.- NISTAL BURÓN J., *Derecho Penitenciario*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, 813.

⁴⁷ NISTAL BURÓN J., *La condición de extranjero en el sistema penitenciario español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018

Por ello, en cuanto a la ejecución de la pena nos vamos a encontrar con ciertas particularidades en cuanto elemento de extranjería se refiere⁴⁸. De hecho, este caso representa claramente una de estas particularidades a las que hago referencia.

La Administración Penitenciaria permite, a los internos que se encuentren en segundo y tercer grado, salir del centro penitenciario mediante un permiso por el cual evidentemente, están obligados a reingresar en el centro tras el término de la duración del mismo.

La normativa penitenciaria denomina a estos permisos como ordinarios⁴⁹ y, como ya mencioné anteriormente, forman parte del tratamiento penitenciario al permitir una preparación para la puesta en libertad de los internos a través de contactos con el mundo exterior.

Lo que ocurre en la práctica es que estos permisos ordinarios, que no extraordinarios⁵⁰ porque para el caso en cuestión no tiene relevancia analizarlos, se encuentran condicionados por la extranjería. Abundan los recursos ante el JVP por denegación de concesiones de permisos ordinarios a internos extranjeros.

Los permisos penitenciarios están sometidos a un riguroso procedimiento de concesión, porque el problema que plantean es el riesgo real de que tras la salida del permiso el penado no regrese al centro penitenciario. De hecho, si nos fijamos en el artículo 156.1 del RP nos muestra que hay una serie de variables a las que hay que tener fuertemente en consideración, pues pueden influir en la decisión de denegar permisos de salida.⁵¹

Entre éstas se encuentran el riesgo de quebrantamiento de condena, comisión de nuevos delitos o mismo que el propio disfrute del permiso resulte desfavorable para el tratamiento del reo.

El procedimiento de concesión de los permisos penitenciarios lo encontramos descrito paso a paso en los artículos 160, 161 y en su caso, el 162⁵².

⁴⁸ *Ibídem*

⁴⁹ Los permisos ordinarios se regulan en el art 154 de RP

⁵⁰ Los permisos extraordinarios se regulan en el art 155 del RP y no responden a fines tratamentales sino humanitarios, siendo su concesión de carácter extraordinario para circunstancias concretas y justificadas, cuya duración vendrá determinada efectivamente por la duración de la circunstancia por la que el permiso fue concedido. El primer apartado del art 155 dicta de la siguiente forma: “En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de efectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida ordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan”.

⁵¹ Art 156.1 “El informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento”.

⁵² Art 160

“1. La solicitud de permisos de salida ordinarios o extraordinarios que formule el interno será informada por el Equipo Técnico, que comprobará la concurrencia de los requisitos objetivos exigidos para el disfrute del permiso, valorará las circunstancias peculiares determinantes de su finalidad y establecerá, cuando proceda, las condiciones y controles a que se refiere el artículo 156.

2. A la vista de dicho informe preceptivo, la Junta de Tratamiento acordará la concesión o denegación del permiso solicitado por el interno.”

Art 161.1 “Si la Junta de Tratamiento acuerda conceder el permiso solicitado por el interno, elevará dicho acuerdo, junto con el Informe del Equipo Técnico, al Juez de Vigilancia o al Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento, respectivamente, para la autorización correspondiente”.

Éste comienza con la solicitud del interno al Equipo Técnico quien ha de ser el que valore las circunstancias concretas de cada caso y quien tenga en consideración que se cumplen todos los requisitos para la concesión favorable del permiso.

El equipo técnico elaborará un informe preceptivo el cual será trasladado a la Junta de Tratamiento quien se encargará de acordar o no el permiso y posteriormente, elevará el acuerdo y el informe anterior del Equipo Técnico al Juez de Vigilancia Penitenciaria (en adelante, JVP) o al centro directivo según se corresponda con internos de segundo o tercer grado.

Para los casos de denegación de permisos por la Junta de Tratamiento, se podrá plantear recurso de queja ante el JVP.

A esto, hay que sumarle una serie de variables que se tienen en consideración para conceder o no los permisos de salida.

Se recogen concretamente en una tabla de variables de riesgo definida en la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (en adelante, SGIIP) 22/1996 modificada por la Instrucción 1/2012 de 2 de abril⁵³. Las diez variables de riesgo son las siguientes: “extranjería, drogodependencia, profesionalidad, reincidencia, quebrantamiento, artículo 10 de la LOGP, ausencia de permisos, deficiencia convencional, lejanía y presiones internas”⁵⁴.

Hay que mencionar también que, la Instrucción 1/2012⁵⁵ introdujo dos variables nuevas: “existencia de resolución, gubernativa o judicial, de expulsión pendiente de materialización tras el licenciamiento, y la comisión de delitos inscritos en la denominada violencias de género”⁵⁶.

Como se puede observar, una de las variables con las que nos encontramos es la extranjería y que el penado vaya a sea expulsado. Abundan los casos en los que la extranjería es un condicionamiento en la concesión de estos permisos.

La Junta de Tratamiento suele negarlos en estos casos, posteriormente los recursos que se plantean ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria terminan con la argumentación de la escasez de vínculos que unan al penado con el país, no considerando el que sea extranjero por sí solo como factor desfavorable porque esto sería discriminatorio, sino que añade efectivamente las circunstancias que rodean a esta variable y que vienen a constituir la existencia o no de arraigo social.

Por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 13 de noviembre de 2007 concretamente se dispone que, la Junta de Tratamiento denegó un permiso de salida por “la ausencia de vinculación significativa a efectos de permiso, condición de extranjero no legalizado en España, sin control externo...” A mayores, se dispone en este auto que, “En el

Art 162 “Cuando la Junta de Tratamiento acuerde denegar el permiso solicitado por el interno, se notificará a éste la decisión motivada con indicación expresa de su derecho a acudir en vía de queja al Juez de Vigilancia Penitenciaria”.

⁵³ FERNÁNDEZ ARÉVALO L.-NISTAL BURÓN J., *Óp. Cit*, 821.

⁵⁴ *Ibíd*em, 822

⁵⁵ Concretamente, esta instrucción señala lo siguiente “En los casos de penados extranjeros (no comunitarios) que no fueran residentes legales en el momento del estudio del permio y además tengan decretada resolución administrativa o judicial de expulsión, así como en el de aquellos que hubieren 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 que, a juicio del Equipo Técnico, aminoren sensiblemente el riesgo de mal uso o quebrantamiento”

⁵⁶*Ibíd*em.

acuerdo de la Junta se valora un riesgo máximo de quebrantamiento, lo cual está justificado pues, si a la condición de extranjero se le añade la falta de vinculación y arraigo al medio donde se va a disfrutar el permiso (...), es claro que surgen ineludiblemente razones objetivas que va más allá del asumible en todo permiso, no haciéndose por ello aconsejable la concesión del mismo”

Lo que ocurre aquí es que la ausencia de vínculos del penado con el mundo exterior, se considera de gran riesgo y se torna en algo desfavorable en la concesión de los permisos.

La pregunta que nos podemos plantear es que, si los permisos penitenciarios constituyen algo tan importante para el tratamiento de los penados en prisión, tratamiento que forma parte de la actividad penitenciaria pues así se recoge en el art 25 del CE y al que todos los internos tienen derecho, ¿cómo es posible que puedan ser denegados? La contestación a esto la hace el TC⁵⁷ al considerar los permisos penitenciarios no como un derecho sino como algo que es facultativo para la Administración Penitenciaria.

Por ejemplo, la STC 81/1997 de 22⁵⁸ de abril expone expresamente “la simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el art 25.2 CE no es suficiente para conferirles categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental”.

En definitiva, los permisos penitenciarios sí pueden ser negados; de hecho, lo son en gran medida en extranjeros que carecen absolutamente de arraigo social en el país.

Con esto no se está vulnerando el artículo 25.2 de la CE pues el TC señala que el precepto no “es fuente en sí mismo de derechos subjetivos en favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos aún de derechos fundamentales susceptibles amparo constitucional”.

Ahora ¿qué sucede con los estudios universitarios de Romeo que también le son negados por la Administración Penitenciaria?

Es importante mencionar que la Administración Penitenciaria muestra mucho interés en que los internos estén debidamente formados académicamente, pues es evidente que esto garantiza en gran medida una adecuada reinserción social. De hecho, los centros penitenciarios prestan especial interés en aquellos internos jóvenes, los que no cuentan las enseñanzas más básicas, los que son analfabetos o los que no conocen el idioma, siendo las enseñanzas en estos casos obligatorias⁵⁹.

Así lo reconoce el artículo 122.2 “los servicios educativos determinarán los cursos que deba realizar el interno, que tendrán carácter obligatorio sólo cuando los internos carezcan de los conocimientos propios de la formación de las enseñanzas básicas”.

Ahora bien, en cuanto a estudios universitarios se refiere, que no entraría dentro de la formación básica, el artículo 124 del RP aclara que le corresponde a la misma Administración Penitenciaria promover “mediante acuerdos con instituciones públicas y privadas las actuaciones necesarias para que los internos puedan cursar con aprovechamiento las enseñanzas que componen los diferentes niveles del sistema educativo”.

⁵⁷ STC 112/1996 de 24 de junio (ECLI:ES:TC:1996:112).

⁵⁸ STC 81/1997 de 22 de abril (ECLI:ES:TC:1997:81).

⁵⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO L.- NISTAL BURÓN J, “*Óp. Cit.*”, 746.

De hecho, el art 56.1 de la LOGP reconoce la tarea de esta Administración de organizar todas las actividades culturales, educativas o profesionales para que los penados puedan estudiar y conseguir títulos académicos de distintos niveles de acuerdo con el sistema oficial establecido.

Es importante el segundo apartado de este artículo porque recoge concretamente con respecto a la enseñanza universitaria que la Administración Penitenciaria debe suscribir los oportunos convenios con las Universidades ya sean públicas o privadas pero que, en caso de que existan modificaciones o alteraciones en el “régimen y estructura de la enseñanza o de la asistencia educativa a los internos prevista en los convenios aludidos (...) deberán ser autorizados por la Administración Penitenciaria”.

Por lo tanto, no hay razones para negarle a un interno el acceso a sus estudios universitarios y menos todavía por ser extranjero o carecer de arraigo social.

La Administración Penitenciaria debe ser la primera interesada en promover y facilitar esta actividad tratamental para los penados y en ningún caso poner trabas para ella.

Lo que ocurre es que, si se producen cambios con respecto a la enseñanza, cambios en cuanto al régimen de la misma o su estructura que afecte a los internos, ésta puede ser limitada por la Administración Penitenciaria.

Por lo tanto, la educación universitaria es un derecho de los internos al que deben tener acceso todos por igual. No obstante, atendiendo a las circunstancias en las que se desarrolle la ejecución de la misma pueden ser limitadas si se ve comprometida la retención y custodia del reo⁶⁰.

3.3. Aplicación al caso.

Por lo expuesto hasta ahora procede entonces afirmar que, el caso de la denegación de permisos de salida está debidamente justificada en este caso, pues la normativa penitenciaria, en concreto la tabla de variables de riesgo, las decisiones que toma la Junta de Tratamiento en la denegación de estos permisos y las desestimaciones de los recursos ante esta decisión se fundamentan en lo mismo: la falta de arraigo social en el caso de los extranjeros constituye un riesgo inminente en el quebrantamiento de condena.

Por lo tanto, la Administración Penitenciaria que es la que se encarga de la retención y custodia de los detenidos y presos puede impedir que los penados accedan a estos permisos cuando la concesión de los mismos implique un riesgo.

A esto hay que añadir que la jurisprudencia del TC mencionada anteriormente sostiene que los permisos penitenciarios no son un derecho de los penados, por lo tanto, es potestativo de la Administración Penitenciaria concederlos o denegarlos.

Y recalcar que el caso de Romeo como muchos otros extranjeros en el que se deniegan permisos ordinarios de salida no es discriminatorio.

No se les está negando los permisos penitenciarios por el hecho de ser extranjeros, pues eso contraviene lo dispuesto en el art 3 de la LOGP y 4 del RP, sino que se analiza cada caso en

⁶⁰ Art 1 de la LOGP: “Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados”.

cuestión y sobre todo las circunstancias que devienen de la extranjería como puede ser los lazos sociales, familiares o incluso laborales que haya tenido el penado.

Pero la decisión es desfavorable cuando no se aprecian el penado ninguno de estos vínculos con el medio exterior.

No obstante, claro está que Romeo está en su derecho de interponer los recursos que reconoce la normativa penitenciaria en materia de permisos para ver si esta decisión de denegación de permiso puede ser revocada.

Por otra parte, Romeo tampoco debe preocuparse por la renovación de su pasaporte, pues sin salir del centro penitenciario su petición puede ser solventada. Solamente debe informar por escrito su solicitud de renovar su pasaporte e inmediatamente la Administración Penitenciaria se pondrá en contacto con el Consulado Hondureño y, las autoridades diplomáticas se encargarán de efectuar la petición de Romeo. Esto es un derecho que le asiste a todo penado desde su ingreso en prisión, así se reconoce en el art 15.5⁶¹ del RP.

Además existe una instrucción de la SGIPP concretamente la instrucción 18/2005⁶² que es la instrucción marco de los extranjeros que están cumpliendo pena privativa de libertad, y en ella se menciona que todos los trámites burocráticos que tengan que ver con renovación de documentación podrá ser agilizada desde el Consulado del país de origen del penado, aun estando éste en el centro penitenciario. Por lo que Romeo en ese sentido, no se encuentra desamparado.

Con respecto a los estudios universitarios de Romeo, la Administración Penitenciaria no cuenta con motivación alguna para negarle este derecho a Romeo, y sí, la educación constituye un derecho por formar parte ésta del tratamiento y el ser éste último como ya expliqué antes también un derecho.

Negarle los estudios a Romeo partiendo de la base de que no es nacional español o por falta de arraigo social sería discriminatorio. La enseñanza universitaria se imparte a distancia por lo que aquí no existe como en los permisos penitenciarios riesgo de fuga ni nada similar y, además, es la propia Administración Penitencia la que debe promover también las formaciones superiores pues así está dispuesto normativamente y esto forma parte de la actividad tratamental.

En definitiva, concluyo que a Romeo no se le puede negar que estudie una carrera profesional mientras se encuentre bajo la tutela de la Administración Penitenciaria, sino que por el contrario ésta debe facilitarle a Romeo todos los medios para que pueda estudiar.

No obstante, es verdad que el propio artículo 56 de la LOGP hace referencia que la autorización para los estudios le corresponde a la Administración Penitenciaria cuando existan cambios en la estructura de la enseñanza que sean contrarios a los suscritos por los convenios establecidos con la Universidad.

Esto no quiere decir que se le vete por completo el acceso a los estudios, sino que pueden ser limitados en la medida de evitar un riesgo en la retención y custodia de Romeo, esta

⁶¹ Art 15.5 “Los internos extranjeros tienen derecho a que se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión. A tal fin, en el momento del ingreso, incluido el voluntario a que se refiere el artículo siguiente, se les informará de forma comprensible, a ser posible en su propio idioma, de este derecho, recabando por escrito su autorización para proceder, en su caso, a tal comunicación”.

⁶² Instrucción de normas general de internos extranjeros 18/2005 de la SGIPP.

limitación de derecho encuentra justificación a merced de lo dispuesto por el art 25 de la CE en el que los derechos de los internos pueden ser limitados también por la ley penitenciaria.

Y respecto a la denegación del permiso para renovar el pasaporte partiendo de que es un derecho que le asiste a todo penado desde su ingreso a prisión como lo he explicado anteriormente, Romeo sin salir del centro penitenciario puede renovar su pasaporte, solo que en este caso debe informar por escrito su solicitud de renovar su pasaporte e inmediatamente la Administración Penitenciaria se pondrá en contacto con el Consulado Hondureño y, las autoridades diplomáticas se encargarán de efectuar la petición de Romeo.

4. ¿EN QUÉ SITUACIÓN ADMINISTRATIVA SE ENCONTRARÁ ROMEO DESPUÉS DEL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA CONDENA?

4.1. De la normativa aplicable.

La normativa aplicable que viene a regular la presente cuestión en nuestro ordenamiento jurídico es por una parte el Código Penal (en adelante CP), la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante LOEX).

4.2. Fundamentos Jurídicos.

La medida de Expulsión para extranjeros que han sido condenados a pena privativa de libertad en España.

Compleja situación es la que a tiende a la situación administrativa en la que se encontrarán los extranjeros tras haber cumplido pena privativa de libertad en España.

Resulta relevante ver lo que dispone la normativa en materia de extranjería en estos casos y, es necesario referirnos también a una controvertida figura regulada tanto en la LOEX como en nuestro Código Penal pues, el caso de extranjeros condenados en España nos conduce en principio, a la expulsión de los mismos a sus países de origen.

La expulsión constituye una salida forzosa del territorio español de los extranjeros y puede ser judicial o administrativa.⁶³

El artículo 89 del CP regula la expulsión judicial, es decir, aquella que nace en virtud de resolución judicial.

El precepto se refiere a la sustitución de pena privativa de libertad por expulsión, estableciendo así los supuestos en que procede la expulsión del penado para el cumplimiento de la condena.

El precepto nos habla de su aplicación para penas privativas de libertad superiores a un año valorando siempre la proporcionalidad de la medida de expulsión en atención a diferentes variables como “las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España”.

⁶³ FERNÁNDEZ PÉREZ A., *Derecho de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 228.

Añade, además, que el Juez o Tribunal si procede, establecerá en la sentencia sobre su aplicación y en qué forma. Si no se resuelve en sentencia esta medida sustitutiva se pronunciará *a posteriori* tal y como señala el precepto “previa Audiencia al Fiscal y a las demás partes”.

La expulsión a merced del mencionado artículo puede ser total, para el cumplimiento de la condena completa en el país de origen del penado o bien, parcial estableciéndose el cumplimiento de parte de la misma en España “cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional” para “asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”.

Por éste artículo del Código Penal, cuando resulte proporcional a las circunstancias del penado, una persona que carece de nacionalidad española y ha sido condenada a pena privativa de libertad superior a un año puede ser expulsada para que cumpla la pena completa en su país de origen o, cuando el Juez considere necesario afirmar la defensa del orden jurídico y la confianza en la norma por la comisión de ciertos delitos podrá establecer el cumplimiento de parte de la condena en España y la aplicación de la expulsión cuando el penado se encuentre ya en tercer grado o en libertad condicional.

Por su parte, la LOEx, regula una expulsión que puede ser acordada por Autoridad Gubernativa.

Se trata de la expulsión administrativa y aparece regulada en el artículo 57 de la LOEx. De esta manera la sanción administrativa que tiene lugar es la de la expulsión y no la multa, para ello es necesario tramitar el correspondiente expediente administrativo sancionador por la comisión de infracciones administrativas graves tipificadas en esta misma ley en el artículo 53 apartados a), b), c), d) y f) o muy graves del artículo 54.

De relevancia resulta el segundo apartado de este precepto pues nos lleva a una expulsión que tiene lugar una vez que una persona que carece de nacionalidad española ha sido condenada a pena privativa de libertad en España superior a un año por delito doloso y la ha cumplido en su totalidad en el país.

Esto quiere decir que, en los casos en que la expulsión no se ha llevado a cabo conforme a la normativa penal marcada por el artículo 89 del Código, entra en juego el artículo 57.2 de LOEX que regula una consecuencia derivada de haber cumplido condena superior a un año en el país, encontrándonos con una expulsión administrativa “También quedaría encuadrado en este tipo de procedimiento el art 57.2 de la LOEX que engloba la expulsión de condenados por delitos superiores a un año, ya sea dentro o fuera de España”.⁶⁴

Esta medida administrativa de expulsión ha sido motivo de numerosos recursos por suscitar ciertas dudas acerca de su naturaleza pues, puede parecer que se esté sancionando dos veces a la misma persona primero con la pena privativa de libertad y después, con la expulsión; vulnerando con ello el principio *non bis in idem*.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este sentido disponiendo que la expulsión judicial y la administrativa “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

⁶⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ A., *Óp. Cit.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 238.

política de extranjería” y añade que “el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza afflictiva.

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 una integración y convivencia armónica en el país”⁶⁵.

Esto significa que los bienes jurídicos protegidos en el artículo 89 del CP y en el artículo 57.2 de la LOEx son diferentes pues, por el primero se trata de proteger la prevención general de la finalidad de la pena privativa de libertad y por el segundo se trata de garantizar el control de la migración para una adecuada integración y convivencia en el Estado.

Se trata, por lo tanto, de medidas de diferente naturaleza pues la primera se impone dentro del marco jurídico penal y la segunda responde a una consecuencia impuesta en el marco de la extranjería.

En esta misma línea, tal y como señala la STSJ de Navarra de 26 de febrero “En efecto, el art 57.2 de la LO 4/2000 no dispone la expulsión del extranjero que hubiera sido condenado a pena privativa de libertad superior a un año, sino del extranjero que cometa un delito doloso sancionado en España con esa pena”.

Es importante también en este sentido, tener en cuenta las excepciones a la aplicación de la expulsión administrativa, éstas aparecen recogidas en el apartado 5.

Entre éstas se contempla la exención de la expulsión administrativa para los que hayan nacido en España y hubieran residido legalmente durante los últimos cinco años, aquéllos que hubieran residido durante un largo tiempo en el país a los que también se les tiene en cuenta los vínculos que hayan establecido en España teniendo, considerando su familia y, que carezca de los mismos al país que será expulsado, y también para aquellas personas que hubieran sido españoles de origen pero que perdieron la nacionalidad, entre otros.

No obstante, estos no pueden ser contempladas con respecto a las personas que cumplieron pena privativa de libertad por condena superior a un año, pues el mismo precepto se refiere a que “la sanción de expulsión no será impuesta...”. Es decir, estas excepciones no tienen cabida con respecto al artículo 57.2 pues la jurisprudencia ya ha demostrado que no se trata de una sanción.⁶⁶

El TSJ del País Vasco señaló para la sentencia de 19 de julio de 2016⁶⁷ que “no se le ha impuesto una sanción sino que se ha acordado la aplicación que la consecuencia que el artículo 57.2 establece para el caso de ser condenado a la pena de privación de libertad teniendo presente que esa condena lo sea por la comisión de delito doloso que (en abstracto) sea susceptible de ser castigado con pena superior a un año de prisión”.

En definitiva, una persona que ha sido condenada a pena privativa de libertad por condena superior a un año y la ha cumplido efectivamente en España, podrá ser expulsada según la ley de extranjería y esto no se trata de una doble sanción sino de una consecuencia derivada del artículo 57.2.

⁶⁵ STC de 7 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:236).

⁶⁶ Consejo General de la Abogacía Española, *Reflexiones sobre la expulsión del art 57.2 LOEXIS*, Texto en línea disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-extranjeria/reflexiones-sobre-la-expulsion-del-art-57-2-loexis/> Última consulta: 28/5/2020

⁶⁷ STSJ del País Vasco de 19 de julio de 2016 (ECLI:ES:TSJ:2016:93).

Ahora bien, en los casos de expulsión administrativa que señala el artículo 57 de la ley de extranjería, ¿qué procedimiento se ha seguir? y sobre todo, ¿puede defenderse el penado que va a ser puesto en libertad de esta medida?

En cuanto al procedimiento por el cual se ha de tramitar la expulsión administrativa será el ordinario o el preferente según corresponda⁶⁸. Por el caso que nos ocupa, me centraré en el procedimiento preferente pues, el artículo 234 del ROEx ha establecido esta vía para la tramitación de la expulsión en los casos del artículo 57.2⁶⁹.

Como se trata de personas que se encuentran cumpliendo condena y que a su salida, cuando se haya extinguido la pena, se les incoará expediente administrativo de expulsión; ha de haber una debida coordinación entre el centro penitenciario en el que se encuentre y la autoridad gubernativa que se ha de encargarse de la expulsión de la persona.

Por autoridad gubernativa se puede entender que se trata en la práctica, de las Brigadas de Extranjería y Documentaciones de la Policía Nacional⁷⁰.

Así el artículo 26 del RP dispone que “El Director del Establecimiento Penitenciario notificará, con tres meses de antelación o en el momento de formular propuesta de libertad definitiva, la fecha previsible de extinción de la condena a la Autoridad competente, para que provea lo necesario para dicha expulsión”.

Por lo tanto, le compete al Director del Establecimiento penitenciario comunicar en el plazo de dos o tres meses según corresponda, a la autoridad gubernativa la fecha en la que el penado será puesto en libertad para que se haga efectiva la medida de expulsión.

Por el procedimiento preferente antes mencionado⁷¹, el penado dispone de 48 horas para manifestar su oposición a la propuesta de expulsión acordada aportando las alegaciones que considere por sí mismo o mediante abogado, al que tendrá derecho de forma gratuita⁷².

La normativa es clara en cuanto a que, si en este plazo de dos días del que dispone el penado, no se aporta absolutamente nada a la propuesta de expulsión o bien, la propuesta de prueba que se realice no se admite por considerarse “improcedentes o innecesarias”, ésta pasa a ser considerada como propuesta de resolución y se le dará traslado a la autoridad que se encargue de resolver.

El plazo máximo para la práctica de propuesta de prueba en caso de que el penado sí se pronuncie, realice propuesta de prueba y ésta sea admitida por el órgano instructor es de tres días.

Posteriormente, será el mismo instructor el que se encargará de dar la “propuesta de resolución” la cual será notificada al penado concediéndole trámite de audiencia y 48 horas para presentar los documentos o alegaciones que quiera.

⁶⁸ Cf. FERNÁNDEZ PÉREZ A., *Óp. cit.*, p. 238.

⁶⁹ Art 234: Supuestos en que procede el procedimiento preferente “La tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a) y b) del artículo 54.1, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero...”

⁷⁰ Cf. FERNÁNDEZ PÉREZ A., *Óp. cit.*, p. 235.

⁷¹ “La iniciación y tramitación del procedimiento preferente” se regula en el art 235 de la ROEx.

⁷² Art 63.3 de la LOEx “se garantizará el derecho del extranjero a asistencia letrada, que se le proporcionará de oficio, en su caso, y de forma gratuita (...) en el caso de que careciese medios económicos”

Finalmente, se elevará la propuesta de resolución a la autoridad encargada de resolver. Esta resolución de expulsión ha de comunicarse a la embajada o consulado del país de origen del penado y que será anotada en el “Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil”.⁷³

La ejecución de la orden de expulsión que ha sido tramitada por el procedimiento preferente tiene carácter inmediato⁷⁴. Ante esta resolución, el penado representado por su abogado puede interponer recurso potestativo de reposición o directamente contencioso-administrativo⁷⁵, “se debe proceder a recurrir en vía judicial mediante el oportuno recurso contencioso administrativo, con solicitud si así procede, de la suspensión cautelarísima de la ejecución de la orden de expulsión”⁷⁶.

Cabe decir que las consecuencias de ésta expulsión para el extranjero son las que señala el artículo 58 de la LOEX en cuanto a la prohibición de entrada en territorio español durante un tiempo que no podrá ser superior a cinco años y en el que se han de valorar las circunstancias que atienden a cada caso en concreto.

4.3. Aplicación al caso.

Para el concreto caso, no se puede enmarcar la situación administrativa de Romeo tras el cumplimiento de la condena que le fue impuesta en el artículo 89 del Código Penal, pues la expulsión para extranjeros a la que se refiere éste precepto es como ya dije, una expulsión judicial cuya forma de cumplimiento ha de atender a lo que disponga el fallo condenatorio o al pronunciamiento posterior del juez sentenciador.

De los antecedentes de hecho, además, se extrae que Romeo va a cumplir la totalidad de la condena en España. Por lo tanto, su situación administrativa atenderá no ya a lo que disponga el Código Penal ni la normativa penitenciaria, sino que debemos de referirnos a lo que establezca la normativa en materia de extranjería en estos casos.

⁷³ Art 237 del ROEX

⁷⁴ Art 236.2 “La ejecución de la orden de expulsión recaída en estos procedimientos, una vez notificada al interesado, se efectuará de forma inmediata”.

⁷⁵ Art 263.3 del ROEX “La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente, establecida en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella. En la resolución, además de la motivación que la fundamente, se harán constar los recursos que frente a ella procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

⁷⁶ Consejo General de la Abogacía Española, *Protocolos de actuación letrada*, 2017,40. Disponible en: <https://www.icagi.net/uploads/archivoszonapublica/noticias/ficheros/Protocolos%20actuacion%20letrada%20extranjeria.pdf> Última consulta: 30/5/2020

Art 135.1 “Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto: a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales”.

Y, esto es así porque mientras Romeo se encuentre cumpliendo pena privativa de libertad, el centro penitenciario es el que tiene su tutela y a quien le corresponde su retención y custodia; sin embargo, en el momento en el que sea puesto en libertad su situación administrativa dependerá de lo que establezca la ley en materia de extranjería en primer lugar.

Esto nos lleva al art artículo 57.2 de la LOEX anteriormente explicado. Éste precepto nos conduce a una expulsión extrajudicial tramitada por los cauces del procedimiento preferente como marca el artículo 234 de la ROEX.

Con lo cual, el Director del centro penitenciario en el que se encuentre Romeo ha de ser el responsable para comunicar en el plazo de dos meses o cuándo se tenga la fecha de puesta en libertad de Romeo, a la Policía Nacional para comenzar con el procedimiento de expulsión de Romeo.

A todo ello hay que decir que Romeo tiene derecho a asistencia jurídica gratuita regulada en el artículo 22 de la LOEX, mediante la cual puede pronunciarse a la propuesta de expulsión y posteriormente recurrir a la resolución de la misma.

El procedimiento preferente le da a Romeo un plazo de 48 horas para que se pronuncie aportando alegaciones y realizando propuesta de prueba. En el caso de que sean admitidas a trámite, Romeo dispone de un plazo de tres días para la práctica de propuesta de prueba.

Después se le notificará la “propuesta de resolución” por el instructor quien le concederá trámite de audiencia con la finalidad de que presente las alegaciones y documentos que estime. Una vez que el trámite de audiencia ha tenido lugar, la autoridad gubernativa se encargará de resolver.

La decisión de expulsión, en su caso, ha de ser comunicada a la Embajada o al Consulado Hondureño y será anotada en el Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

La expulsión del artículo 57.2 al tramitarse por las vías del procedimiento preferente y no del ordinario es inmediata.

Romeo puede interponer recurrir a la decisión interponiendo recurso administrativo instando la suspensión de la ejecución de la expulsión como medida cautelarísima del artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio⁷⁷.

Es importante recalcar que la doctrina jurisprudencial ha señalado que la expulsión a la que se refiere el artículo 57.2 no es una sanción administrativa por lo que no se está castigando dos veces a Romeo con su expulsión, sino que es una medida adoptada en materia de extranjería consecuente de haber cumplido condena en España por la comisión de delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año.

Y, además, las excepciones a las que se refiere el artículo 57.5 tampoco tienen cabida aquí pues se tratan de excepciones a la sanción administrativa en la que no se integra la expulsión del artículo 57.2 porque no tiene naturaleza de sanción.

Tal y como señaló la STS de 11 de octubre de 2012⁷⁸ “En el presente supuesto no se ha acordado la expulsión del recurrente por estancia irregular en nuestro país, sino por aplicación del art. 57.2 de la L.O. 4/2000 (...) no constatando cancelados los antecedentes. Por tanto, no

⁷⁷ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998

⁷⁸ STS de 11 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:755).

resulta de aplicación el apartado 5 del artículo 57, que está previsto para las sanciones de expulsión (...).”

Para el presente caso, es muy importante señalar lo que dispone la jurisprudencia del TS en cuanto a la consideración que le da al arraigo para el artículo 57.2 por arraigo se ha de entender aquélla circunstancia en la que se constata la ausencia de vínculos con el país de origen del extranjero⁷⁹ y la integración en la sociedad del nuevo país en el que vive⁸⁰.

Es decir, si por ejemplo la duración de Romeo en el país, si ha formado una familia en España, si ha realizado estudios en el país etc., todo lo que le pueda unir a España será considerado como elementos que conforman el arraigo de Romeo en el país.

Digo que es importante tener en cuenta el elemento del arraigo para el presente caso porque son numerosos los recursos que se plantean tratando de que se revoque la decisión de expulsión alegando el motivo del arraigo de la persona.

Pero, en este caso no nos encontramos ante una sanción administrativa para la cual podríamos tener en cuenta todas estas variables de arraigo social, sino que el caso del artículo 57.2 conlleva la supresión de esta circunstancia.

Por ejemplo, la STS de 21 de mayo de 2010⁸¹ lo hace constar de la siguiente forma “Plantea el apelante la existencia de arraigo en nuestro país. Podría llevar razón el recurrente si la causa de expulsión fuera la prevista en el artículo 53. a) de la Ley Orgánica 4/2.000, en cuyo caso sí que podría plantearse el arraigo de que dispusiera el demandante, pero no puede olvidarse que se aplicó la causa prevista en el artículo 57.2 (...) No prevé este precepto una posibilidad de opción como sucede en el párrafo 1 del mismo artículo. 57, pues en el supuesto citado la expulsión procede en todo caso, si concurre la circunstancia expresada, y en el presente caso no concurre”.

En el caso de que Romeo sea expulsado del país, las consecuencias que se derivan de su expulsión administrativa serían la prohibición de entrar en el país según se determine atendiendo a las circunstancias y en ningún caso podrá ser superior a cinco años.

La situación administrativa en la que se encontrará Romeo será por una parte la de situación irregular administrativa al carecer de un permiso de residencia legal en España y a su vez como consecuencia del cumplimiento de la pena privativa de libertad, seguramente se encontrará inmerso en el procedimiento administrativo de expulsión que será tramitado por los cauces del procedimiento preferente.

Asimismo, Romeo podrá contar con un abogado mediante el cual pueda interponer las correspondientes alegaciones al procedimiento y posteriormente, cuando se tenga la resolución que ponga fin al procedimiento preferente, se podrá recurrir preferiblemente por vía contencioso-administrativa a la decisión que se haya tomado sobre su expulsión.

⁷⁹ TORRES FERNÁNDEZ M., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, Madrid, La Ley, 2012, p. 238.

⁸⁰ QUES MENA, L.: *El arraigo social, económico y familiar en el Derecho de Extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial*, en Diario La Ley, nº7067, 2008.

⁸¹ STS de 21 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:460).

CONCLUSIONES FINALES

Abordaré ahora por orden, cada una de las interesantes reflexiones que he extraído de este caso. Verdaderamente no se trata de un hecho aislado, sino que constituyen una realidad que requiere además de estudiar la normativa y la jurisprudencia, tener una visión humanitaria y por la cual el ejercicio de la abogacía resulta tan importante, pues con trabajo y dedicación se puede solventar la situación de tantas personas que se encuentran en riesgo de exclusión social o personas privadas de libertad a las que se les cierran puertas a las que tienen derecho.

Cuando un extranjero (a) pretende regularizar su situación mediante el arraigo social, se debería tomar en cuenta la realidad actual de la sociedad y la posibilidad de flexibilización, en cierto modo de alguno de los requisitos de esta figura como lo es el contrato laboral, ya que la crisis económica que sigue afectando este país, afecta sin dudas al sector empresarial, sobre todo al momento de incluir en sus nóminas a empleados extranjeros mediante contratos laborales por duración de un año, sin antes a ver pasado por un período de prueba.

Desde la propia experiencia y la práctica, esto nos lleva a dos posibilidades, la primera: a que el empleador en un primer momento trabaje sin estar debidamente inscrito en la seguridad social ya sea por cuenta ajena o cuenta propia, o la segunda: que simplemente nadie acceda a contratarle en un primer momento. Por ello, es preciso decir que en la actualidad existe una necesidad imperiosa de reformar las leyes de extranjería, flexibilizando los requisitos para regularización mediante la figura de arraigo social y a su vez prevenir una inserción social dificultosa.

Respecto a la cuestión dos observo que es evidente que existe una previsión suficiente que permite que en el caso de que no se pueda llegar a un acuerdo extrajudicial entre las partes, aunque para este caso en concreto, en mi opinión sería la vía más idónea para la resolución del conflicto para así evitar todo aquello que se deriva de un proceso judicial como este.

En el caso contrario, de que la demanda siga su curso, se puede observar que la normativa prevé de herramientas dando protección a los casos en que las personas encuentran en riesgo de exclusión social, pues existen plazos e instituciones que en conjunto abren la puerta a las soluciones para la obtención de un tiempo prudencial y mecanismos de ayudas sociales para la obtención de una solución al caso.

En alusión a la tercera cuestión observo que la denegación de los permisos de Romeo está justificada pues éstos representan no un derecho sino algo que es facultativo de la Administración Penitenciaria y para lo cual existen unos exigentes requisitos que se tienen en cuenta a la hora de conceder o denegar los permisos. Entre éstos se encuentran el elemento de la extranjería y del arraigo social del penado. No obstante, Romeo está en su derecho de interponer los recursos que reconoce la normativa penitenciaria en materia de permisos para ver si esta decisión de denegación de permiso puede ser revocada.

A Romeo no se le debe negar el derecho a la educación partiendo de los principios constitucionales sobre todo con vista a un a reinserción social, otra cosa muy distinta es que este derecho pueda ser limitado en cierta forma por la Administración Penitenciaria en la medida de evitar un riesgo en la retención y custodia de romeo cuando se produzcan alteraciones en la metodología de estudio de la correspondiente Universidad.

Para ello considero que se debe tomar las previsiones correspondientes pudiendo de común acuerdo entre la Administración Penitenciaria y el Centro de Estudios Superior de ser necesario

para sustituir algunas formalidades en las evaluaciones y cualquier otro trámite presencial para que su derecho no se vea menoscabado. Y si hablamos de la denegación del permiso para renovar su pasaporte de igual forma es recurrible, en este caso no para solicitar un permiso para que el mismo pueda ir al consulado a renovarlo, sino para que sea la Administración Penitenciaria la que se ponga en contacto con el Consulado Hondureño y así las autoridades diplomáticas efectúen la petición.

Por último, concluir que, de acuerdo a la normativa legal aplicada al caso y mi opinión, Romeo se encontrará en situación irregular administrativa con pocas posibilidades de poder regularizar su situación, además de que para ello contará con antecedente penales y por otra parte verse también probablemente inmerso en el procedimiento administrativo de expulsión.

Aun así, considero que, en este caso en específico, si se aplican los principios constitucionales sobre la reeducación y reinserción social que tanto perseguimos, se debería tener en cuenta ciertos aspectos como el arraigo familiar, porque posiblemente nos encontremos en el caso de que su madre ya haya regularizado su situación y también en el hecho de que a Romeo se le haya reconocido su derecho a cursar estudios y éste esté en vías de culminarlos.

Por lo tanto, a pesar de las trabas burocráticas con las que se pueda encontrar Romeo o cualquier otro penado extranjero al cumplimiento de su condena, es importante estudiar con lupa cada caso en concreto y luchar para que estas personas de verdad tengan una nueva oportunidad en el país pues, de nada sirve hablar de la reinserción y de la reeducación si le negamos la estancia en España a alguien que demuestra que puede integrarse con normalidad en la sociedad, tiene estudios y probablemente se le abran puertas al futuro laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Protocolos de actuación letrada*, 2017,40. Disponible en:
<https://www.icagi.net/uploads/archivoszonapublica/noticias/ficheros/Protocolos%20actuacion%20letrada%20extranjeria.pdf>
- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Reflexiones sobre la expulsión del art 57.2 LOEXIS*, Texto en línea disponible en:
<https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-extranjeria/reflexiones-sobre-la-expulsion-del-art-57-2-loexis/>
- FERNÁNDEZ ARÉVALO L.- NISTAL BURÓN J., *Derecho Penitenciario*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- FERNÁNDEZ PÉREZ A., *Derecho de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 228.
- NISTAL BURON J., *La condición de extranjero en el sistema penitenciario español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- QUES MENA, L.: “*El arraigo social, económico y familiar en el Derecho de Extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial*”, en Diario La Ley, nº7067, 2008.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> Última consulta: 12 de mayo de 2020
- TORRES FERNÁNDEZ M., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, Madrid, La Ley, 2012, 238.

REPERTORIO LEGISLATIVO

Código Penal.

Constitución Española.

Convención sobre los Derechos del Niño, a través del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Instrucción de la Dirección General de Migraciones 6/2020 de fecha 08/06/2020.

Instrucción de normas general de internos extranjeros 18/2005 de la SGIIP

Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 22/1996 modificada por la Instrucción 1/2012 de 2 de abril.

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

Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley de Enjuiciamiento civil

Ley de Arrendamientos Urbanos.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre.

Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero o Reglamento Penitenciario.

Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL Y RESOLUCIONES

Sentencias del Tribunal Constitucional:

STC de 24 de junio de 1996 (ECLI:ES:TC:1996:112).

STC de 22 de abril de 1997 (ECLI:ES:TC:1997:81).

Sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 7 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:236).

STS de 21 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:460).

STS de 11 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:755).

STS de 23 de Noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4211).

STS de 8 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3784).

STS de 22 de enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:47).

STS de 11 de diciembre de 2019 (Vid. Nota 22).

STS de 18 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:4183).

Sentencias de la Audiencia Nacional:

SAN de día 06 de abril de 2017 (ECLI:ES:AN:2017:1030).

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia.

STSJ del País Vasco de 19 de julio de 2016 (ECLI:ES:TSJ:2016:93).