

ESTUDIOS

Derecho a la vida: análisis de las circunstancias que envuelven la expulsión judicial de ciudadanos presos extranjeros que padecen la enfermedad del SIDA

FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS
Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Perfil del preso extranjero.–3. Entidad del problema.–4. Tratamiento asistencial penitenciario.–5. Análisis del SIDA como enfermedad no letal si es correctamente tratada.–6. La Normativa de expulsión: 6.a) Expulsión administrativa. 6.b) Expulsión judicial. 6.c) Expulsión híbrida.–7. Naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad.–8. Las razones humanitarias en la normativa española.–9. El papel de garante de la Administración Penitenciaria en relación a la situación de los internos.–10. La Normativa Internacional.–11. Postura de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.–12. Postura del Tribunal Constitucional.–13. Postura del TEDH.–14. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En el mundo de la realidad, todo conflicto emanado de la convivencia dimana de la contraposición de diversos intereses humanos legítimos, y se acude al Estado para que ejerza una ponderación dando a cada uno aquello que, en buena lógica o justicia, se merece (*suum cuique tribuere*). Es harto improbable descubrir una solución o panacea universal mágica que nos sirva para resolver cuan varita mágica todos los litigios que emanan de la coexistencia. Ello es así porque la realidad es tan generosa al ofrecernos tan incalculable número de supuestos fácticos y tan heterogéneos, que se hace preciso acudir *ad hoc* a cada caso concreto para realizar un balance de intereses legítimos que nos sirva para dilucidar cuál debe en cada caso concreto predominar sobre los demás factores a ponderar.

En este caso, hay que partir que no nos encontramos frente a un tema hipotético o de laboratorio sino ante un problema real¹ que cada vez se va presentar con mayor

¹ El 13 de enero de este mismo año la Subdelegación del Gobierno en Alicante decretó la expulsión de España por cinco años de una inmigrante de Guinea Ecuatorial por infracción de la Ley de Extranjería, según la resolución no firme llegara a ejecutarse -la afectada está actualmente en libertad-, se pondría en peligro la continuidad

frecuencia. Para el análisis de la presente cuestión, resulta más trascendental que aportar nuestra propia solución, es centrarnos en reseñar cuales son las orientaciones jurisprudenciales y normativas sobre este puntual asunto procurando prescindir de todo posicionamiento apriorístico, para finalmente aportar nuestra propio *balancing test* del estado de de la cuestión. Lógicamente un Estado Democrático comprometido con las libertades está obligado a realizar una lectura humanitario (*pro dignitate*) la cuestión no puede resumirse en un discurso simplista y todas las soluciones legales deberían sustentarse en razones o motivos emanadas del Derecho positivo no en vacuos o meros discursos, más o menos afortunados, de signo altruista.

Nos encontramos ante dos intereses contrapuestos: el de ciudadano extranjero que no quiere retornar a su país, entre otras cosas porque, conocedor de primera mano de las carencias sanitarias existentes en el mismo, es consciente de los graves riesgos que corre su vida con la deportación. Es necesario reseñar que no siempre será necesario un interés puramente humanitario sino que se verá contaminado con otra serie de consideraciones personales que no se circunscriben estrictamente a la enfermedad padecida.

De otro lado, el interés legítimo del Estado que ve en ese ciudadano extranjero un elemento ajeno al orden público y a la pacífica convivencia, y que dada la masificación existente, la presencia de miles de foráneos intentando entrar en nuestro país, juzga oportuno no soportar la carga del gasto sanitario y la incertidumbre de su resocialización, por lo que opta, frente a un ciudadano no autóctono y que no ha respetado las barreras de la pacífica convivencia, por la vía de expulsión del territorio nacional.

No existe un derecho a la inmigración correlativo a la libertad de emigrar, se tiene «derecho a salir de cualquier país, incluso del propio» (art. 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948), mas jurídicamente es un acto unilateral no recepticio. Frente a la nuda opción consistente en solicitar ser acogido en otro país, en el otro lado de la frontera no existe una obligación paralela de acogida por parte del país receptor, con la excepción del derecho de refugio y asilo, poco importante en términos cuantitativos en el fenómeno de la inmigración. La imposición de restricciones a los extranjeros para la entrada, permanencia y acceso al trabajo se impone, pues, de forma legítima, si bien la legislación española sobre la materia a lo largo del siglo XX ha ido tendiendo a adoptar un enfoque restrictivo de la inmigración, perspectiva que se hace más perceptible en épocas de crisis.

La materia analizada recoge, por tanto, un pulso entre dos expectativas en principio legítimas, el derecho de los Estados de ejercer el control de sus fronteras, así como para poder desarrollar una política migratoria de acuerdo a las necesidades de su propia economía². El interés público subyacente viene perfilado por la STC de 7

del tratamiento médico al que se halla sometida en un hospital de la localidad almeriense de El Ejido contra el SIDA que padece. El sistema sanitario público en Guinea Ecuatorial es sumamente precario. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la esperanza de vida en esta antigua colonia española no llega a los cincuenta años y el gasto sanitario de Guinea ecuatorial se estima en 166 dólares por habitante.

² La política migratoria está estrechamente unida a la política económica, pero en una parte muy importante, desgraciadamente, al fenómeno de la economía llamada informal, lo que queda patente, entre otras cosas, en el desequilibrio entre los controles fronterizos y las inspecciones de los lugares de trabajo o entre las medidas de expulsión de los trabajadores extranjeros «irregulares» y las sanciones a los empresarios que infringen la ley. Por otra parte, a nadie se le escapa que frente a este fenómeno operan prejuicios y clichés muy poderosos. No en vano, en el Barómetro del CIS de noviembre de 2005 por primera vez la inmigración aparece como el segundo problema más

de noviembre de 2007³ que considera que la 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 armónicas en el territorio del Estado.

Por tanto, frente a posicionamientos ideológicos negacionistas de la legitimidad de la existencia de fronteras en la circulación de seres humanos, hoy por hoy, tal como tiene declarado el Tribunal Constitucional⁴, en nuestro Ordenamiento Jurídico, la expulsión aparece como una medida perfectamente legal y justificada pues consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y las condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España. Jurídicamente, la posibilidad de ir a residir a otro territorio no es un derecho fundamental del que sean titulares los ciudadanos extranjeros pues no aparecen comprendidos en el artículo 19 CE, salvo para los ciudadanos comunitarios⁵.

Para concluir este punto, es lícito que el Código Penal y la Ley de extranjería priven del derecho a residir en España si se ha cometido un hecho criminal o diversas infracciones administrativas y reglamentarias, tales como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos

grave para los españoles, sólo después del paro. A su vez, casi un 60% de los entrevistados manifestaba la opinión de que en España hay demasiados inmigrantes.

³ STC 236/2007 (Pleno) de 7 de noviembre, (Casas Baamonde).

⁴ STC 72/2005, (Sala 1.ª), de 4 de abril, (Delgado Barrio), (FJ 8.º).

⁵ Así la letra (c) del apartado 1 del artículo 3, artículo 14 y artículos 39 a 42 (letra c del art. 3, art. 7 A y arts. 48 a 51) del Tratado CE, además el artículo 12 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se dispone que sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los miembros de la Unión. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (al que se remite expresamente el art. 10.2 CE), reconoce a todos los seres humanos el derecho a salir de cualquier país, pero sólo garantiza el derecho a entrar en el país propio –«toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país»– (art. 13); e, incluso, la regulación del Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que también garantiza el derecho de quien se encuentre en situación regular en un Estado a circular libremente y a escoger su residencia, así como el derecho de toda persona a abandonar cualquier país (art. 2) y el de no ser expulsado «del Estado del cual sea ciudadano» (art. 3.1); pero el derecho a entrar sólo se reconoce con respecto «al territorio del Estado del cual (se) sea ciudadano» (art. 3.2) Aún así, cabe recordar que el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país: el primero de ellos, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo «las razones que le asisten en contra de su expulsión». Y conviene recordar que, según la STC 242/ 2004, las exigencias del referido Tratado, en cuanto tutelan el derecho del extranjero a permanecer en el país, «se benefician» de las garantías previstas en el artículo 19 CE. También es reseñable, en relación estatuto jurídico que da cobertura a esta materia, la LO 4/2000 que establece los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25), así como las causas de prohibición de dicha entrada, que son las legalmente establecidas o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España (art. 26.1, redactado conforme a la LO 8/2000). Al respecto, merece igualmente destacarse la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública (art. 6). Finalmente, el CP en su artículo 89 establece, como regla general, la expulsión de extranjeros que cumplan penas privativas de libertad inferiores a seis años.

para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros dentro de su propio territorio⁶.

No obstante, del otro de la balanza nos encontramos con el Derecho a la vida y la exposición de un riesgo evidente que pudiera comportar la muerte de un ser humano. El derecho a la vida consagrado en el artículo 15 de la CE no tiene nacionalidad por eso el Constituyente emplea la expresión (todos). El precepto proclama que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, declarando a continuación la abolición, hoy ya generalizada de la pena de muerte.

Este derecho debe ser interpretado conforme al artículo 10.2 de la CE conforme a las Declaraciones Universales en la materia ratificadas por España. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 10 de diciembre de 1948 afirma en su artículo 3 que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 dice en su artículo 2 que el derecho a la vida de toda persona está protegido por la Ley.

Pero hemos de advertir, ya desde un principio, que se trata de un conflicto asimétrico entre dos bienes jurídicos de distinto calado. Frente a un interés legítimo del Estado se contraponen el derecho a la vida, que es el primer derecho fundamental. Es, por tanto, el primer derecho dentro del listado, del Capítulo II, Sección I y tiene una primera línea de protección en nuestro Ordenamiento.

En principio, en el *balancing test* propio del Derecho anglosajón de los intereses enfrentados (o ya bajo la ponderación de intereses germánica) hemos de inclinarnos por una solución en esta dialéctica contradictoria que proporcione un mayor nivel de protección a la vida sobre cualquier otra consideración. Por eso, el *quid* de esta cuestión va a depender del grado de compromiso o riesgo que cierne sobre el Derecho a la vida, si la expulsión de un ciudadano extranjero se realiza a un país que cubra con unos estándares paralelos de atención sanitaria que los que proporciona España a sus nacionales, no habría nada que objetar a la expulsión dado que resultaría plenamente lícita y debería cumplirse en los extremos que se hubieran resultado a nivel administrativo o judicial, pues el hecho de padecer una enfermedad no incide sobre el fondo de la resolución.

Mas, muy por el contrario, cuando con la expulsión se envía a un extranjero a un país con un sistema sanitario deficiente o precario, que no pueda garantizar unos mínimos cuidados equivalentes a los que proporciona la Sanidad pública española, entonces entran en el plano del debate las consideraciones para evaluar si la expulsión puede ser constitucionalmente legítima. Es pues un tema de proporcionalidad y de ponderación de intereses valorables en cada caso concreto, y habrá que estar al grado de desarrollo de la enfermedad y a la solvencia del sistema sanitario al que se le remite antes de efectuar una valoración sobre la expulsión bajo criterios de sana casuística.

⁶ SSTEDH caso Abdulaziz, 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaqim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996: ATC 331/1997, de 3 de octubre, (FJ 4.º).

2. PERFIL DEL PRESO EXTRANJERO

Para Julián GARCÍA⁷, jefe del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, el perfil del preso extranjero en España es un hombre joven y de buena conducta. El dato se viene avalado porque tan sólo un 12% de ellos han tenido problemas disciplinarios en los centros de reclusión. Otro factor destacado es que, a diferencia de los españoles, los extranjeros se caracterizan por un bajo consumo de drogas.

Tres de cada cinco internos extranjeros no tienen ningún vínculo familiar tras su entrada en un centro penitenciario; dos de cada tres que tienen familiares en España no reciben visitas y, como ya anticipamos, el 88% presenta buena conducta. La barrera del idioma es de reseñar, dado que uno de cada seis no habla ni entiende el castellano y dos de cada seis lo entienden pero no lo hablan. Este hecho introduce serias consideraciones en cuestiones como la imposibilidad de comunicarse con trabajadores sociales, médicos, educadores y psicólogos de los centros. La ausencia de traductores y de formación específica para el trabajo intercultural en estos profesionales redonda en la escasa interrelación con este colectivo.

Es necesario tener en cuenta que los centros penitenciarios son de hecho espacios multiculturales; lo que un contexto coercitivo como el que se vive institucionalmente en los referidos establecimientos hace que se incrementen los conflictos, pues los prejuicios y las distintas ópticas socioculturales y patrones de conducta hacen que, en principio, la convivencia sea más complicada.

Estadísticamente, los extranjeros representaban, en diciembre de 2008, sobre un 33% del total de internos que albergan las cárceles españolas (uno de cada tres). De los 73.054 presos que colapsaban el sistema penitenciario el año pasado, 24.561 eran originarios de otros países, una cifra que no ha dejado de crecer en las últimas décadas. Sólo desde el año 2000, el número de presos extranjeros se ha duplicado, pasando de 8.990 a los 24.561 de 2008⁸.

En general, como destaca el informe, la población reclusa en España sigue una tendencia al alza en una progresiva escalada que parece no tener fin. Pero si el ritmo de crecimiento de los presos en general es importante, es más significativo el de los internos no nacionales. Traducido esto a datos, supone que mientras la cifra de presos

⁷ Declaraciones al *Periódico*, sábado 1 de abril de 2006, (información aportada por David Placer), p. 38.

⁸ A título de ejemplo en la Memoria para el año 2008, se refiere que en 2007 hubo 10.694 detenidos eran españoles (con un aumento del 3,48 por 100 respecto de 2006) frente a los 7.212 extranjeros (un 28,67 por 100 más que el año anterior), no constando la nacionalidad de 1.046 personas, lo que supone asimismo un aumento del 26,48 por 100. Entre las nacionalidades destacan los marroquíes, 2.425 (el 33,62 por 100), seguidos por los colombianos (944), dominicanos (391) y rumanos (371), nacionalidad esta última que ha más que doblado la cifra de los detenidos con relación a 2006) *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, pp. 256-257. De cada cien reclusos que han pasado en los últimos cuatro años por las cárceles españolas, 56 eran foráneos. Es uno de los datos incluidos en un informe sobre el sistema penitenciario español que se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado y que advierte, entre otras cosas, del espectacular aumento de la población reclusa inmigrante en el país, hasta el punto de que, dice el autor del estudio, supone una «distorsión» en sus presupuestos. La rápida progresión es más que evidente, sobre todo si se tiene en cuenta que en 1966 –el año en que existe parámetros para el análisis– sólo estaban reclusos en los penales españoles 365 inmigrantes, el 3,4% del total. En 1978, el año en el que celebraron las primeras elecciones de la democracia, el porcentaje de extranjeros en las cárceles superó el 13% y desde 1990, cuando se situó en el 16,71%, se ha ido paulatinamente incrementando hasta alcanzar el 33% actual existiendo pronósticos de que pudieran alcanzar antes de 2010 el cincuenta por ciento de la población reclusa.

se incrementó en el último cuatrienio en 13.483 reclusos, la de los extranjeros lo hizo en 7.471⁹.

3. ENTIDAD DEL PROBLEMA

Actualmente 74.164 internos se encuentran alojados en los centros penitenciarios españoles, de ellos 17.392 (un 23,45%) son seropositivos¹⁰. Como línea general, podemos apuntar que el SIDA es una enfermedad que esta arraigada fuertemente dentro de nuestras prisiones pudiéndose afirmar que se trata de una pandemia y este colectivo objetivamente se halla en un claro riesgo de desarrollar la enfermedad.

El riesgo de padecer infecciones (hepatitis B y C, VIH, abscesos, candidiasis, etc) en un centro penitenciario es especialmente elevado, ya sea como consecuencia del uso compartido de material de inyección y del consumo de drogas en condiciones poco higiénicas es elevado entre los UDI. En España, diversos estudios realizados sobre poblaciones de UDI encuentran prevalencias del 30-54% de infección por VIH y mucho mayores de hepatitis C. El porcentaje de casos de sida en UDI declarados al Registro Nacional de Casos, supera el 60%¹¹.

Es de recordar con JIMÉNEZ VILLAREJO¹² que el criterio general de actuación es el ya consagrado en el antiguo artículo 8 del RP de 1981 y es que la asistencia sanitaria se organizara en análogos condiciones a la vida libre. Este criterio ha permanecido inalterable en el artículo 208 que prescribe que las prestaciones sanitarias serán equivalentes a la dispensada al conjunto de la población para «todos los internos sin excepción» debiendo estar garantizada la atención médico-sanitaria. Tendrán igualmente derecho a la prestación farmacéutica y a las prestaciones complementarias básicas que se deriven de esta atención.

⁹ Sobre el 54% de las personas que ingresan en prisión refieren antecedentes de consumo de drogas, y aproximadamente la mitad de ellas lo hacen por vía intravenosa. A pesar de las medidas adoptadas por la institución para impedir la entrada de drogas y de la extensión a todas las prisiones de programas de atención a drogodependientes, desde los libres de drogas hasta los de mantenimiento con metadona, muchos usuarios de drogas inyectables (en los sucesivos UDI) encuentran la forma de seguir consumiendo dentro. En un medio cerrado como el penitenciario, la falta de acceso a agujas y jeringas estériles aumenta la probabilidad de que se reutilicen y se compartan. En estas circunstancias, los virus de la hepatitis y el VIH encuentran un terreno apropiado para propagarse fácilmente.

¹⁰ Así lo afirma la *Revista española de sanidad penitenciaria*, «Evolución de los parámetros clínicos en reclusos en tratamiento antirretroviral», *Revista española de sanidad penitenciaria*, vol.9, núm.3, Barcelona, noviembre-febrero de 2007. También se consultó la Información proporcionada por la Delegación de Prevención Lucha contra el Sida, del Mº de Sanidad y Consumo, c/ Bravo Murillo 4, Madrid, CP 28015.

¹¹ Alrededor del 54% de la población reclusa es drogodependiente; entre las personas que ingresan por primera vez en prisión el porcentaje asciende al 21,9%. También cabe destacar que la frecuencia del consumo de drogas es paralelamente muy alta, ya que más de un tercio de los usuarios las consumen con una frecuencia mayor o igual a una vez al día. Dentro de estos, un porcentaje significativo seguía utilizando la vía inyectada para el consumo de sustancias psicoactivas. Además, un 36% de los internos eran portadores del VIH que lo había adquirido por la vía inyectada o por compartir o haber compartido jeringuillas con otras personas.

¹² Vid. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, «Aproximación del Problema del SIDA en prisiones», *Ministerio Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario*, núm 9, *Jornadas de Fiscales de Vigilancia*, CEJAJ. Núm. 9, Madrid, 1992, pp. 135 y ss. El autor afirma que existe una evolución de la epidemia que evoluciona en dos sentidos: Ampliación cada vez más lenta pero siempre progresiva y la otra es que el Sida con los nuevos tratamientos retrovirales va perdiendo el carácter letal.

En general, se aprecia una clara tendencia a que la incidencia de SIDA en España vaya disminuyendo, aunque a ritmo progresivamente más lento, observándose una estabilización de la epidemia como en otros países europeos. Dentro del plano global de la población contrasta con el dato que durante el año 2000 se diagnosticaron en España 2745 casos nuevos de sida. El número de nuevos casos anuales descendió el 28% en 1997, el 24% en 1998, el 16% en 1999, y el 7% en 2000¹³.

Es imprescindible subrayar que para prescribir a un enfermo de SIDA no se contempla el hecho de que el interno esté infectado por el virus del VIH., sino a que padezca complicaciones producidas por esa insuficiencia inmunológica. Como señalan GASQUE y FOMBELLIDA¹⁴ los avances de la medicina en esta enfermedad hacen que la cuestión que al ser progresivamente menos letal la enfermedad, al menos mientras se mantenga bajo la disciplina y el control de las autoridades sanitarias penitenciarias.

Como dato fiable, desde 1997 hasta finales de 2008 se detectaron 73.013 casos de SIDA en nuestro sistema penitenciario. La proporción de casos en personas cuyo país de origen no era España estuvo por debajo del 3%. Pero a partir de 1998, esta cifra subió progresivamente hasta alcanzar el 17,2% en 2005. En 2008 el 78,3% de estos casos proceden de países de África y Latinoamérica. En la última década el porcentaje de extranjeros encarcelados se ha ampliado en 26,2% en la población penitenciaria total y, en Cataluña, un 45%. El aumento de inmigrantes en diez años ha supuesto dos puntos para los hombres y cinco puntos para las mujeres¹⁵.

Sin embargo, si prescindieramos de los datos sobre los internos foráneos, la tendencia en disminución en la prevalencia sería aún más patente. Se puede afirmar que uso de heroína y otros opiáceos por vía parenteral en prisiones también ha dismi-

¹³ Por lo tanto, una de las enfermedades más frecuentes que padece el interno de una prisión es la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana [VIH.] que se sitúa actualmente sobre el 11 % de los internos. Sin embargo, las estadísticas no son fiables pues varía ostensiblemente de unos recuentos a otros, desde que se puso en funcionamiento en 1993 el registro de VIH. Conforme a la última encuesta, realizada en julio de 1997, los afectados eran 5306 internos, lo que representa un 20% de la población estudiada, siendo el porcentaje de la encuesta anterior del 22,7%. No obstante, hoy en día por los datos aportados por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la cifra se sitúa entorno al 10,8%. (Declaraciones de Pablo S. De la Hoya, coordinador del Grupo de Enfermedades Infecciosas de la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria (GEISEP) para el *Suplemento del Mundo*, sábado, 29 de noviembre de 2008, Núm. 780). Dato compulsados con el estudio Prevalhep, coordinado por la GEISEP. La década de los ochenta fue terrible desde el punto de vista sanitario en las prisiones españolas. Casi uno de cada cuatro presos estaba infectado por el virus y se produjo elevados niveles de mortandad. El problema alcanzó tal trascendencia que llevó a cambiar toda la planificación sanitaria de los centros penitenciarios. Poco a poco, la situación ha variado de rumbo gracias a la mejora de los recursos, la disponibilidad de tratamientos antirretrovirales y las transformaciones sociales, entre las que destaca la disminución drástica de los usuarios de drogas por vía intravenosa. Se ha pasado de una prevalencia de casi el 20% de los reclusos en 1998 al 10,8% actual.

¹⁴ Vid. GASQUE LÓPEZ, Jesús y FOMBELLIDA VELASCO, Luis, «Aspectos médico forenses del artículo 60 del Reglamento Penitenciario», *Revista Española de Medicina Legal*, núms. 66-69, Madrid, 1991, pp. 51 y 52.

¹⁵ Las tasas de infección por VIH en prisiones han disminuido marcadamente, pero siguen siendo muy superiores a las de la población general. En las prisiones dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la prevalencia de VIH ha descendido desde el 23% en 1996 hasta el 10% en 2005. En las prisiones de Cataluña, que partían de tasas más elevadas, también ha descendido, pasando de un 37% en 2006 a un 27% en 2004. A la hora de interpretar estos datos hay que tener en cuenta que en 1990 la proporción de extranjeros no alcanzaba el 5%, mientras que como vimos el porcentaje actual oscila sobre el 13 %, y que este grupo tiene prevalencias menores, tanto para VIH como para VHC. Datos aportados por el Servicio de Drogodependencias, Subdirección General de Sanidad Penitenciaria. Programas de intervención con drogodependientes en centros penitenciarios, Memoria 2005. Ministerio del Interior. Madrid, 2007. El 27% de los consumidores de drogas inyectadas afirma haberse inyectado drogas con jeringuillas usadas por otro interno. Aunque la proporción que se inyectaba en libertad, en los 30 días antes de su ingreso en prisión era del 24%, mucho mayor que la de los que se inyectan dentro, aún un 1,5% de los internos declara haberse inyectado en los últimos 30 días en la cárcel. Y seis de cada diez de ellos admite haber usado la aguja y/o la jeringuilla de otro interno.

nuido¹⁶. A pesar de esta evolución favorable, en 2005¹⁷, el porcentaje de internos con antecedentes de inyección de drogas sigue siendo muy elevada (25%), y mucho mayor entre los presos españoles (35%) que entre los extranjeros (4%)¹⁸.

En los centros penitenciarios (CP) españoles el 34-46%¹⁹ de los presos son o han sido usuarios de drogas intravenosas (UDI). Esto explica la importancia de las infecciones crónicas por virus de transmisión hemática como el virus de la hepatitis C (VHC) (38-48% de prevalencia) y el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) (12-24%) o sea uno de cada cuatro internos de nuestros establecimientos penitenciarios.

Por otra parte, aproximadamente el 94%²⁰ de los reclusos con infección por el VIH presentan coinfección por el VHC. A la inversa, el 33% de los infectados por VHC también lo está por el VIH.

Como veremos, el sistema penitenciario español responde a los principios de la salud pública, y tiene incorporada una amplia gama de medidas de control de enfermedades infecciosas, que incluye pruebas de detección voluntarias, vacunación, educación, formación, reducción de daños, tratamiento, reinserción social y vigilancia epidemiológica. En ningún otro ámbito se aborda de manera tan integral la atención de las infecciones por VIH, VHB y VHC, la ITS y la tuberculosis. Este enfoque integral y el respeto a los derechos humanos constituyen los elementos básicos de la estrategia contra la infección por VIH en prisiones²¹.

4. TRATAMIENTO ASISTENCIAL PENITENCIARIO

Pese a la masificación existente, los centros penitenciarios de nuestro país cuentan con uno de los mejores niveles de acceso a las medidas de prevención del VIH del mundo, con tratamientos sustitutivos con metadona que cubren la demanda, deshabitación, módulos libres de drogas, campañas de información, programas de educación entre iguales, promoción de sexo más seguro y de prácticas de inyección de

¹⁶ Vid. STÖVER H./HENNEBEL L. C./CASSELMANN, J., *The European Network of Drug Services in Prison (ENDSP). Substitution Treatment in European Prisons. A study of policies and practices of substitution in prisons in 18 European countries*, Cranstoun Drug Services Publishing, Oldenburg, 2004.

¹⁷ Cfr. Dirección General de Instituciones Penitenciarias y Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Encuesta sobre salud y consumo de drogas a los internados en instituciones penitenciarias, Informe de resultados 2005. Ministerio del Interior y Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 2006.

¹⁸ La distribución por vía de transmisión en los nuevos casos de sida declarados en instituciones penitenciarias muestra una clara tendencia ascendente de la vía heterosexual, responsable ya de más del 15% de los casos en 2005. No obstante, la transmisión parenteral sigue representando el 82% de los casos de sida en ese mismo año.

¹⁹ Vid. SAIZ DE LA HOYA, P./MARCO, A./CLEMENTE, G./PORTILLA, J./BOIX, V./NÚÑEZ, Ó./REUS, S./TEIXIDÓ, N., «Recomendaciones de expertos sobre el diagnóstico y tratamiento de la hepatitis C crónica en el medio penitenciario», *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Núm. 9, 2007, pp. 27-38.

²⁰ Vid. SAIZ DE LA HOYA, P./BEDIA, M./MURCIA J., CEBRIÁ J./SÁNCHEZ-PAYÁ J./Portilla J., «Factores predictivos de infección por el VIH, VHC y coinfección en la población reclusa de una prisión española», *Enfermedades Infecciosas Microbiología Clínica*, Núm. 23, 2005, pp. 53-57.

²¹ En 1993 la OMS emitió directrices sobre la infección por VIH y las prisiones que siguen estando vigentes. Entre ellas, que todos los presos tienen derecho a recibir sin discriminación los mismos cuidados de salud que recibirían en la comunidad. Algunos estudios han descrito dificultades para una buena adhesión y seguimiento a los tratamientos antirretrovirales en prisión. (Vid. SOTO, J. M., RUIZ I., OLRV DE LABRY, A., CASTRO, J. M., GIRELA, E., ANTON J. J., «Adherence to Antiretroviral Treatment in Prisons», *AIDS Research and Human Retroviruses*, Vol. 21, Núm.8, 2005, pp. 683-688).

menos riesgo, prueba voluntaria del VIH y counseling, provisión de condones y lubricantes, provisión de material de inyección estéril, distribución de lejía y sistema de referencia a programas comunitarios extrapenitenciarios.

A pesar de lo anteriormente afirmado, el grado de perfeccionamiento de estos programas no es aún homogéneo en todas las prisiones. La cobertura alcanzada por los programas de mantenimiento con metadona en prisiones alcanzó su techo en los primeros años de esta década, por encima del 20%, sin que existan listas de espera, y debe continuar la oferta de estos programas con los estándares de calidad recomendados.

Los programas de intercambio de jeringuillas en prisiones fueron un avance realmente significativo desde la perspectiva de derribar tópicos que dificultaban el desarrollo de las medidas preventivas. Su desarrollo, sin embargo, se produjo con retraso y su impacto fue limitado, pues el número de jeringuillas repartidas ha sido escaso fuera de algunos programas concretos²².

Los programas para la disminución de los perjuicios colaterales asociados al consumo de drogas en establecimientos penitenciarios han comportado un descenso patente de la presencia de enfermedades virales en prisiones, anteriormente ya apuntado. Dichas estrategias se han dirigido a la promoción de conductas sexuales y de inyección más seguras, la educación, las pruebas de detección de infecciones víricas de transmisión parenteral, la vacunación contra el VHB, la provisión de condones y lubricantes, la provisión de lejía, la provisión de naloxona y la provisión de material de inyección estéril²³. De todos ellos, la educación para la salud, el consejo post-prueba, la prevención de sobredosis y el acceso al material de inyección estéril son las medidas que han adquirido mayor grado de protagonismo.

La cobertura de la prueba del VIH alcanzaba al 81% de los internos en 2004²⁴. Las prisiones son uno de los entornos en los que se deben desarrollar medidas para reducir la fracción sin diagnosticar de la epidemia, ampliando la cobertura de la prueba pero siempre sin vulnerar el derecho a la voluntariedad y a la confidencialidad. El consejo post prueba y la adherencia a las medidas de prevención son dos elementos claves de la prevención en las personas con VIH, que adquiere mayor importancia cada día. El acceso fácil y discreto a los instrumentos de prevención y reducción de daños para todos los presos, de modo que no tengan que efectuar una petición explícita al personal de vigilancia para ninguna de estas herramientas²⁵ son requisitos indispensables para alcanzar una cobertura suficiente, y para ello a menudo es necesaria la participación de ONG en estos programas²⁶.

²² Así se sostiene en el *Informe del cuestionario de actividades de prevención del VIH en las comunidades autónomas (ICAP) de 2005*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría del Plan Nacional sobre el SIDA, Madrid, 2006.

²³ Vid. BLACK, E./DOLAN, K./WODAK, A., "Supply, Demand and Harm Reduction Strategies in Australian Prisons: Implementation, Cost and Evaluation. A report prepared for the Australian National Council on Drugs", *Australian National Council on Drugs*. Sydney, 2004.

²⁴ Vid. *Tratamientos antirretrovirales. Infección VIH y hepatitis C. Encuestas de prevalencia mayo y noviembre DGIP*, Madrid, 2003.

²⁵ Correctional Service Canada (2004). Commissioner's Directive 821: Management of Infectious Diseases. CSC. Ottawa, 2004.

²⁶ Uno de los factores propagadores de la enfermedad es el uso de los tatuajes. Práctica que cada vez es más frecuente en prisiones, casi uno de cada cuatro internos afirma haberse realizado algún tatuaje estando en prisión, generalmente más de uno. El uso de material no estéril para realizarlos conlleva riesgo de infección por VHC y, aunque en mucha menor medida, por el VIH. No está prohibido tatuarse pero sí las herramientas para realizar el tatuaje. Las iniciativas para tatuarse sin riesgos incluyen la oferta de servicios de tatuaje profesionales, la formación

En suma, los preparativos para la excarcelación y la reincorporación social se muestran como parte inseparable de toda la intervención con internos, e incluye la continuación del proceso terapéutico, lo que requiere una acción coordinada con los servicios autonómicos de salud, los planes autonómicos y municipales de sanidad, los servicios sociales y las ONG. Un aspecto particular de esta etapa es el reciente aumento en los datos sobre fallecimientos en las primeras semanas después de salir de prisión, generalmente atribuidos a sobredosis de los ex-reclusos drogodependientes, lo que requiere una visión más amplia del mundo penitenciario que la mera estancia en reclusión.

La importancia de la asistencia social postpenitenciaria (arts. 73 a 75 de la LOGP) se muestra cada día más patente, pues de nada sirve un esfuerzo resocializador y humanizador si la Administración se desentiende del interno una vez que ha cruzado los muros prisionales. Realmente la cuestión analizada, la preocupación por la expulsión de internos enfermos, es sólo un capítulo más de este tema mucho más amplio y complejo²⁷.

5. ANÁLISIS DEL SIDA COMO ENFERMEDAD NO LETAL SI ES CORRECTAMENTE TRATADA

Hoy por hoy, con una adecuada asistencia farmacológica, el SIDA se ha ido metatoseando de una enfermedad mortal a una enfermedad crónica. Mediante la administración de los llamados antirretrovirales, que inhiben enzimas esenciales, la transcriptasa reversa, retrotranscriptasa o la proteasa, con lo que reducen la replicación del VIH. De esta manera se frena el progreso de la enfermedad y la aparición de infecciones oportunistas, así que aunque el sida no puede propiamente curarse, sí puede convertirse con el uso continuado de esos fármacos en una enfermedad crónica compatible con una vida larga y casi normal. La enzima del VIH, la retrotranscriptasa, es una enzima que convierte el ARN a ADN, por lo que se ha convertido en una de las principales dianas en los tratamientos antirretrovirales.

Gracias a los progresos en tratamiento antirretrovirales, en un país con adecuada asistencia sanitaria la infección por VIH tiene un curso crónico, largo, casi indolente en personas que realicen adecuadamente un tratamiento eficaz. En este sentido, se la puede reputar de una enfermedad crónica en los países que disponen de la referida adecuada atención médica. Pero constituye un craso error asociar cronicidad de una

de presos para aprender a tatuar en condiciones adecuadas y la provisión de equipamiento seguro. (Vid. Post, J. J./DOLAN, K (et al) "Acute hepatitis C virus infection in an Australian prison inmate: tattooing as a possible transmission route", *Medical Journal of Australia*, 2001, pp. 174 y 183-184. WHO. HIV in prisons. A reader with particular relevance to the newly independent states. World Health Organisation Regional Office for Europe. Copenhagen, 2001.

²⁷ La colaboración entre la Secretaría del Plan Nacional sobre el Sida del Ministerio de Sanidad y Consumo y DGIP ha sido crucial para la puesta en marcha y desarrollo de las actividades de prevención del VIH en la población reclusa, se está mostrando clave para lograr la extensión, el acceso y la calidad necesarias a la hora de hacer frente a la enfermedad. En general, podemos afirmar que el soporte social, los programas de metadona y el intercambio de jeringuillas han reducido la transmisión del virus, del mismo modo la prevención secundaria se ha beneficiado de la implementación de tratamientos antirretrovirales que han propiciado que haya gente con cargas virales indetectables que hacen que el virus se transmita en menor medida. La asistencia sanitaria una vez contagiado en nuestros establecimientos penitenciarios es adecuada y proporciona garantías de que la enfermedad puede ser controlada sin el interno cumple lo prescrito con su tratamiento.

enfermedad a que nos hallemos ante una patología leve. El SIDA sigue siendo una enfermedad importante, grave, que precisa un tratamiento largo. El que una persona adecuadamente tratada no se deba morir hoy de SIDA, no debe inducir a minusvalorar los graves corolarios que sobrelleva la enfermedad²⁸.

Las desigualdades económicas mundiales tiene una clara traducción en el área sanitaria y especialmente en la atención a pandemias como el SIDA, ello comporta que las expectativas de vida difieran enormemente de unos países a otros. Hemos de tener presente que el tratamiento para el VIH es para toda la vida y que resulta esencial que los programas de tratamiento sean sostenibles a largo plazo. Autores como LAMPTEY²⁹ denuncian que nos hallamos ante una enfermedad enormemente marcada por la desigualdad de la distribución de la riqueza mundial cuyo caldo de cultivo se halla en los países en desarrollo. De hecho, con base los datos aportados por ONU afirman que el 95% de las personas afectadas pertenecen al tercer mundo³⁰.

La situación aparece descrita en la Resolución del Parlamento Europeo en relación a la anterior XIII Conferencia Internacional sobre el SIDA celebrada en Durban (Sudáfrica) celebrada el 7 de septiembre de 2000 en Estrasburgo en cuya conclusión N manifiesta que se halla:

«Alarmado por el hecho de que la tercera parte de la población mundial no tenga acceso al tratamiento existente contra el VIH/SIDA y por el auge de otras enfermedades que se habían considerado bajo control, tales como la malaria y la tuberculosis».

²⁸ De hecho, aunque el número de fallecimientos mundiales, después de décadas de mortalidad creciente, haya disminuido durante los dos últimos años, sigue arrojando la cifra escalofriante que se sitúa sobre los 2,2 millones de óbitos. A nivel internacional esta epidemia mundial se está estabilizando, pero a un nivel inaceptablemente alto, de hecho, según la OMS nos encontramos ante la cuarta causa de muerte en el mundo. Se estima que, en 2007, había en todo el mundo 33 millones [30-36 millones] de personas que vivían con el VIH. El número anual de nuevas infecciones disminuyó de 3,0 millones [2,6-3,5 millones] en 2001 a 2,7 millones [2,2-3,2 millones] en 2007. (Vid. Informe sobre la epidemia mundial del SIDA para el año 2008, gráfico 20, p. 5).

²⁹ Vid. LAMPTEY, P., (et al) "Facing the HIV/AIDS Pandemic", *Population Bulletin*, Vol. 57, Núm. 3, septiembre de 2002, p. 3.

³⁰ Cfr. Programa Conjunto de las Naciones sobre VIH/SIDA (ONUSIDA) y Organización Mundial de la Salud (OMS), *Resumen Mundial de la Pandemia de VIH/ SIDA*, Ginebra de septiembre de 2002, p. 39. El común denominador de los tratamientos aplicados en la actualidad es la combinación de distintas drogas antiretrovirales, comúnmente llamada «cóctel». Estos «cócteles» reemplazaron a las terapias tradicionales de una sola droga, que sólo se mantienen en el caso de las embarazadas VIH positivas. Las diferentes drogas tienden a impedir la multiplicación del virus y, hacen más lento el proceso de deterioro del sistema inmunitario. El «cóctel» se compone de dos drogas inhibidoras de la transcriptasa reversa (las drogas: AZT, DDI, DDC, 3TC y D4T) y un inhibidor de otras enzimas, las proteasas. Para medir la potencialidad letal de la enfermedad se utiliza modernamente el estudio del recuento de linfocitos CD4 pues son estos marcadores clínicos los mejores predictores al estado definitorio de SIDA o muerte. Vid. HOGG, R. S./Yip B./CHAN, K. J./WOOD, E./Craib K. J./O'SHAUGHNESSY, M. V., et al. «Rates of disease progression by baseline CD4 cell count and viral load after initiating triple-drug therapy», *JAMA*; Vol. 286, Núm. 20, 2001, pp. 2568-77 y REUS, S., PORTILLA J., GIMENO, A., SÁNCHEZ-PAYÁ, J., GARCÍA-HENAREJOS, J. A., MARTÍNEZ-MADRID, O., et al., «Predictores de progresión y muerte en pacientes con infección avanzada por el VIH en la era de los tratamientos antiretrovirales de gran actividad», *Enfermedades Infecciosas Microbiología Clínica*, Vol. 22, Núm. 3, 2004, pp. 142-1499. Al inhibir diferentes enzimas, las drogas intervienen en diferentes momentos del proceso de multiplicación del virus, impidiendo que dicho proceso llegue a término. La ventaja de la combinación reside, justamente, en que no se ataca al virus en un solo lugar, sino que se le dan «simultáneos y diferentes golpes». Los inhibidores de la transcriptasa inversa introducen una información genética «equivocada» o «incompleta» que hace imposible la multiplicación del virus y determina su muerte. Los inhibidores de las proteasas actúan en células ya infectadas impidiendo el «ensamblaje» de las proteínas necesarias para la formación de nuevas partículas virales.

En el referido documento en su apartado K se considera que las empresas farmacéuticas deben buscar formas de reducir los precios, ya que los países en desarrollo no pueden hacer frente a los costes de los medicamentos antivirales disponibles en el mundo industrializado, y, por consiguiente, que debe revisarse urgentemente la cuestión de los derechos de propiedad intelectual³¹.

6. LA NORMATIVA SOBRE LA EXPULSIÓN

6.A) EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA

Esta sanción administrativa viene establecida en el artículo 57 de la Ley de Extranjería³². En dicho artículo se establece que podrá aplicarse en lugar de la multa, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, ante la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 54 de la Ley de Extranjería, y ante la comisión de las infracciones graves prevista en los 38 de la referido Ley Orgánica.

6.B) EXPULSIÓN JUDICIAL

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros modificó el artículo 89 del Código Penal generalizando la expulsión del extranjero condenado por la comisión de un delito, convirtiendo la no expulsión en una excepción. No obstante, tras la entrada de las draconianas reformas en vigor la autoridad judicial ha configurado tantas excepciones sobre la expulsión lo que, unido a la dificultad de hacer efectivas las expulsiones por problemas a la hora de documentar a los extranjeros expulsados, han determinado que para más de un tratadista³³ la regla general sea haya relegado a una mera excepción.

³¹ Sin embargo, se advierte cierto clima humanizador a nivel mundial. Así por ejemplo, LAMPTEY refiere como, tras años de presión por parte de ONGs como Médicines sans frontières, la empresa farmacéutica Roché anunció la rebaja sustancial de sus medicamentos contra el SIDA (Viracept e Invitase) que se destinan al venta en 62 países subdesarrollados. También renunció a reclamar por violación de patentes de sus medicamentos y no solicitará patentes para nuevos medicamentos. (Vid. LAMPTEY, P., op. cit, p. 31). En el año 2007, la Agencia Europea del Medicamento (EMA) autorizó el fármaco Atripla que combina tres de los antirretrovirales más usuales en una única pastilla. Los principios activos son el efavirenz, la emtricitabina y el disoproxilo de tenofovir. El medicamento está indicado para el tratamiento del virus-1 en adultos y tras su generalización, pudiera haberse dado un paso muy eficaz a la hora del control de la enfermedad.

³² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. A su vez reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Norma declarada inconstitucional en alguno de sus artículos por la STC 236/2007, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional. (BOE, núm. 295 Suplemento, de 10 de diciembre de 2007).

³³ Así se manifiesta LAFONT NICUESA, L., «Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, Núm. 10, 2005, pp. 39-66.

6.C) EXPULSIÓN HÍBRIDA

Es aquella que se encuentra regulada en el artículo 57.7 de la Ley Extranjería. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación³⁴.

La STC 24/ 2000³⁵ la denomina la expulsión «encartada», la cual se produce cuando la Administración decreta finalmente la expulsión, ésta surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal. Tal autorización de expulsión, por tanto, no puede ser calificada como una «sanción» sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de lo que sucede con la expulsión del extranjero «condenado» (prevista en el segundo párrafo de dicho artículo, que ha de entenderse modificado por el artículo 89.1 del nuevo Código Penal) medida que tampoco es una pena, sino «una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello»³⁶, y sin que el extranjero ostente derecho alguno a la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión prevista en el artículo 21.2, segundo párrafo, de la derogada Ley Orgánica 7/1985, ni viceversa; es decir, tampoco tiene derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su terminación por Sentencia³⁷.

7. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENA PRIVA PRIVATIVA DE LIBERTAD

El Tribunal Constitucional³⁸ no le confiere la naturaleza de pena y entiende que ello queda demostrado, entre otras cosas, por el hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el artículo 33 del Código Penal de 1995 ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de esas finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país. Por último, aunque no en último lugar, debe recordarse que

³⁴ En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior. b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal. c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.^a, 517 y 518 del Código Penal. 44 Redacción dada por la Ley Orgánica 11/2004 sobre medidas concretas en materias de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

³⁵ STC 24/2000, de 30 de enero (Garrido Falla).

³⁶ STC 242/1994, de 20 de julio, (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), (FJ 2º).

³⁷ En este mismo sentido la STC 203/1997, de 25 de noviembre, y ATC 33/1997, de 10 de febrero.

³⁸ ATC 106/1997 (Sala 1.ª), de 17 abril.

la finalidad preventivo-especial no es la única que corresponde cumplir a las penas (por todas, SSTC 19/1988, 119/1996 y ATC y que, en particular, debe ceder siempre que resulte contrapuesta a las necesidades de carácter preventivo-general o de reafirmación del ordenamiento jurídico.

Es por esta naturaleza jurídica heterogénea por lo que el Tribunal Constitucional³⁹ mantiene que no existe una vulneración del principio *non bis in idem* pues la Curia colige que existe la falta de identidad entre el fundamento de la sanción penal y el de la expulsión.

8. LAS RAZONES HUMANITARIAS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

La ley de extranjería⁴⁰ prevé la posibilidad de reconocer la residencia temporal por razones humanitarias a los extranjeros que aporten informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente, en el que se indique de forma expresa que sufren una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. Lo importante es acreditar que la enfermedad se ha detectado en España.

También se concede a los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

Podemos sistematizar las causas humanitarias previstas en nuestra normativa de la siguiente forma:

- Los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave siempre y cuando:

1. Requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso a su país de origen.

2. Que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida.

3. Informe clínico, expedido por la autoridad sanitaria competente en el que se indique la necesidad de dicha asistencia.

- Extranjeros que acrediten que su traslado al país de que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia.

- Extranjeros víctimas de ciertos delitos tipificados en el Código Penal (art. 311 a 314).

³⁹ STC 236/2007 (Pleno), de 7 noviembre, (Casas Bahamonde).

⁴⁰ Así el artículo 25.4 de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se refiere a este motivo para la entradas en territorio nacional, el artículo 31.3 se refiere a las residencias temporales por estos motivos, finalmente el artículo 34.2 de la referida norma prescribe la posibilidad de que el extranjero presente un documento identificativo que acredite su inscripción como tal.

- A las víctimas de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar (víctimas de malos tratos).

En nuestro sistema jurídico, los motivos humanitarios que subyacen sobre los enfermos de SIDA pesan más que las objeciones formales legislativas. En este sentido es recordar una ya vieja polémica sobre la concesión de la libertad condicional para los enfermos de SIDA⁴¹.

A este respecto, los Criterios Refundidos de Actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria aprobados en la VII reunión en Madrid en septiembre de 1993, en el número 64 señalan que:

«Las objeciones de ilegalidad que se formulan frente a dicho precepto pueden obviarse considerando que autorizar a un enfermo incurable a salir de la prisión resulta «procedente» (en el sentido del art. 76.2g de la LOGP) por la analogía de tal autorización con los permisos de salida por razones humanitarias previstos en el artículo 47.1 de la LOGP y 254.1 del Reglamento⁴²».

9. EL PAPEL DE GARANTE DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA EN RELACIÓN A LA LA SITUACIÓN DE LOS INTERNOS

Ya en el primer congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y tratamiento del delincuente de 1955⁴³ sobre reglas mínimas para el tratamiento de reclusos se predica que la Administración esta obligada por adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los internos, estando obligada a velar por la vida, integridad y salud de los reclusos y esta declaración ha sido recogida expresamente en el artículo 3.4 de nuestra LOGP⁴⁴.

⁴¹ En 1990 la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya planteó una Consulta al Fiscal General del Estado sobre la estricta legalidad del antiguo artículo 60 del RP de 1981 y su compatibilidad con el artículo 98 del actualmente derogado Código Penal de 1973, dando lugar a la Consulta 4/1990 de la Fiscalía General del Estado en la que, valorando que el artículo 98.2 del Código Penal no autoriza a prescindir del requisito de que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena, al contrario, lo exige de modo imperativo y que la referencia conjunta en el artículo 81 del Código Penal a que las penas se ejecutarán en la forma prescrita «por la ley y los reglamentos», no presupone que pueda alterarse la jerarquía normativa, sino que sólo se aplicarán los reglamentos que sean conformes a la ley y que el artículo 9.3 de la CE garantiza tanto el principio general de legalidad como el de jerarquía normativa, no se opone a su aplicación en casos singulares. Por motivos humanitarios y de justicia material, por ser conforme el precepto con el principio constitucional de la dignidad de la persona y con la necesidad de humanizar el cumplimiento de las penas de conformidad con el Auto que la Sala de Vacaciones del Tribunal Supremo dictó el 19 de agosto de 1988 en el que se declara, a este propósito, que: *«No es ocioso decir, en este momento, que la razón de humanidad que parece estar en la base de la norma reglamentaria que consideramos, de un lado lleva a rechazar que la misma suponga una violación del principio de jerarquía normativa, puesto que aun no estando respaldada por la Ley Orgánica General Penitenciaria, lo está sin duda alguna por el artículo 10.1 de la Constitución, en el que la dignidad humana se proclama fundamento del orden político y de la paz social, y quizás por el artículo 15 de la misma Norma, que prohíbe las penas inhumanas».*

⁴² Finalmente, los referidos Criterios Refundidos, en su número 24 señalan que: *«El beneficio penitenciario previsto en el artículo 60 del Reglamento Penitenciario debe aplicarse a los enfermos de SIDA que se encuentren en fase terminal, cuando sea presumible su falta de peligrosidad. La aplicación del beneficio debe ir acompañada de la necesaria cobertura sanitaria en libertad».*

⁴³ Resolución del Congreso de Naciones Unidas 663 C I (XXIV) de 31 de julio de 1957. Reformada por la Resolución 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, p. 20.

⁴⁴ Paralelamente el artículo 40 LOGP. afirma que la asistencia médica y sanitaria estará asegurada por el reconocimiento inicial de los ingresados y los sucesivos que reglamentariamente se determinen. A su vez, el ar-

El Tribunal Constitucional en las SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, al pronunciarse sobre si la alimentación forzosa a internos en huelga de hambre vulnera o no derechos fundamentales de éstos señala que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos puedan ceder los derechos fundamentales; que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «*mas allá de lo razonable*», de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «*necesarias para conseguir el fin perseguido*» y ha de atender a la «*proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone*» y, en todo caso, respetar su contenido esencial si tal derecho aún puede ejercerse.

Asimismo señala que la asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes del amparo (internos) con la Administración Penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia; deber que le viene impuesto por el referido artículo 3.4 de la LOGP, que es la ley a la que se remite el artículo 25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas.

La especial situación de garantía de la Administración penitenciaria que la obliga incluso a coaccionar al interno para salvaguardar su vida, ha generado una abundantisima jurisprudencia del TC, que nos especifica las líneas generales que la Administración desempeña un papel de garante material en relación al individuo que se haya privado de libertad, así la STC 94/1994 de 21 de marzo⁴⁵ cuyas líneas generales podemos sistematizar del siguiente modo:

1. Existe un especial deber de velar por la vida la integridad y la salud de los internos, que se halla tan reforzado, que en caso de colisión con derechos fundamentales del interno, el Tribunal entiende que debe postularse como preferente.
2. La relación de sujeción especial (que marca el sentido del marco jurídico estatutario que vincula al interno con la Administración) que nace a partir del ingreso del interno en un establecimiento penitenciario, provoca que los derechos a la protección a la vida, a la integridad y la salud del interno deba ser entendido no sólo como un deber sino como un derecho-deber de la Administración.
3. Que este derecho interno no vincula exclusivamente a la Administración Penitenciaria sino a todos los Poderes públicos, por lo que el poder legislativo esta obligado a adoptar medidas necesarias para que esta protección sea efectiva.

título 207.1 del RP prescribe que «la asistencia sanitaria tendrá carácter integral y estará orientada tanto a la prevención como a la curación y la rehabilitación. Especial atención merecerá la prevención de las enfermedades transmisibles». Lógicamente una asistencia integral incide en que la Administración penitenciaria no pueda desentenderse en relación a la condiciones de excarcelación. Paralelamente, el artículo 73.1. de la LOGP establece que el condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos, lo que es absolutamente incompatible con una excarcelación que ponga en riesgo su vida.

⁴⁵ STC 94/ 1994 de 27 de Enero, (BOE, número 99, suplemento de 26 de abril de 1994).

4. El deber llega hasta tal nivel, que prima incluso sobre la voluntad del interno, así incluso cuando consta expresamente su decisión para no ser protegido, considerando que el deber impuesto por la Ley y la relación de sujeción especial impiden que la Administración Penitenciaria «*contemple pasivamente la muerte de personas que se encuentran bajo su custodia, la vida de las cuales esta legalmente obligados a proteger*».

En igual sentido, desde la doctrina autorizada⁴⁶, se sustenta que procede la alimentación forzosa del interno, en caso de negativa a ingerir alimentos, cuando a criterio del médico, exista grave riesgo para su salud.

Paralelas declaraciones, nos encontramos si analizamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo así, entre otras, la Sentencias del Alto Tribunal: de 22 de mayo de 2001⁴⁷, de 28 de marzo de 2000⁴⁸, 26 de abril de 1997⁴⁹, 25 de enero de 1997⁵⁰, de 18 de noviembre de 1996⁵¹, de 13 de junio de 1995⁵² y de 26 de febrero de 1987⁵³, de 8 de julio de 2002⁵⁴ y de 18 de octubre de 2002⁵⁵ (esta última en sentido negativo a la pretensión –al igual que la sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2002⁵⁶–

⁴⁶ ASÍ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Cuestiones de vida o muerte. Sobre el alcance del derecho a la vida». En «*Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*». Editorial Ariel. Barcelona, 1993, pp. 88 y ss.

⁴⁷ STS (3.ª, Sec. 6.ª) de 22 de mayo de 2001 (Lecumberri Martín), [RJ Ar. número 2001/ 4183], Recurso de casación 8207/ 1995. No se admite la casaciones conoce a la demandante la indemnización de 5 millones de pesetas, por entender que la Administración Penitenciaria había dejado de cumplir su deber de actuar «in vigilando», dado que un recluso mato a otro con un cuchillo dentado de 25 cm de filo, y con lanzamiento reiterado de objetos desde el exterior de la prisión, la indemnización se considero por el TS procedente aunque se modere su cuantía.

⁴⁸ STS (3.ª, Sec. 6.ª), de 28 de marzo de 2000, (Xiol Ríos), [RJ Ar. número 2000 /4051]. Donde se aborda el supuesto de si procede responsabilidad patrimonial de la Administración Pública dado que no se evito el suicidio de un interno, se entiende que si procede la indemnización pues la Administración incumplió con su deber de velar por la vida o la integridad por la vida del interno pues no se velo lo suficiente por la vida del interno con antecedentes suicidas.

⁴⁹ STS (3.ª Sec. 6.ª), de 26 de abril 1997, (Pérez Morate). [RJ Ar. número 1997/ 4307], Recurso de apelación interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la muerte de recluso joven por incendio en el centro Penitenciario para jóvenes de Barcelona, quedando acreditada la petición de auxilio de las victimas.

⁵⁰ STS (3.ª, Sec. 6.ª) de 25 de enero de 1997 (Pérez Morate) [RJ Ar. número 1997 /266]. Se desestima el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra la indemnización concedida a la viuda de un interno, en este caso el autor de la agresión fue desconocido pero utilizó un arma blanca que no debía de portar. La jurisprudencia halla un nexo de causalidad entre la existencia del arma y el homicidio y condena ala Administración.

⁵¹ STS (3.ª, Sec. 6.ª), de 18 de noviembre 1996, (Tejada González), [RJ Ar. Núm 8063/ 1996], Se desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del estado Se examina el supuesto de un interno que fallece en el establecimiento penitenciario como consecuencia de una brutal paliza propinada por otros internos, sin que los funcionarios de guardia se percataran de lo sucedido y traslado tardío al hospital donde ingresa ya cadáver.

⁵² STS (3.ª, Sec. 6.ª), de 13 de junio de 1995, (Hernando Santiago), [RJ Ar número 1995/4675]. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la generalidad de Cataluña. Se trata de un supuesto de interno de un Centro penitenciario de Gerona muerto por parte de sus compañeros en el centro penitenciario, se le concedió una indemnización de 2,5 millones de pesetas, (el TS eleva la cifra a 6 millones 2 millones para la esposa y 2 millones a cada uno de los hijos del fallecido). en este caso la situación de riesgo del interno era conocida por el Centro Penitenciario que no adopto las medidas necesarias para evitarlo.

⁵³ RJ Ar. número 2253.

⁵⁴ STS (3.ª) de 26 de septiembre de 2002 (González Navarro). Sobre este tema vid. Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, año XII, Núm. 46, Se plantea el supuesto de un recurso interpuesto contra los padres de un interno fallecido por sobredosis de drogas en la cárcel, se casa la sentencia y se incrementan las cuantías de la indemnización.

⁵⁵ STS (3.ª, Sec. 6.ª) de 18 de octubre de 2002 (González Navarro). En esta sentencia se deniega el recurso pues se considera que al haber sido las reclusas fallecidas las culpables del incendio no procedía conceder indemnización, dado que no se podía achacar negligencia al guna a la Administración Penitenciaria.

⁵⁶ STSJ 628/2002 (Sec. 1.ª) de tres de mayo de 2002 (Gómez Ruiz), [RJ «El Derecho» número 2002/50924]. Lo rechaza dado que no constata deficiencias de la Administración en la concesión del tercer grado y en materia de cobertura sanitaria.

pero reconociendo todas el papel de garante de la Administración sobre la vida de los internos). En base a la referida jurisprudencia podemos deducir las siguientes conclusiones:

1. El artículo 3.4 confiere una posición jurídica de garante genérica a la administración Penitenciaria.
2. Estos preceptos no son simples declaraciones programáticas, sino que regulan deberes concretos de la Administración que no pueden ser vulnerados por ésta.
3. Que las infracciones del deber de intervención en determinados casos mantienen una clara relación causal con los hechos punibles cometidos. No existe incompatibilidad de la responsabilidad patrimonial del estado con la criminal de terceras personas.
4. Si los funcionarios tuviese a su disposición medios oportunos para impedir el resultado lesivo y no lo impidiesen, nos encontraríamos a un supuesto de corresponsabilidad criminal (comisión por omisión).

De otro lado las interesantes SSTs de 20 de octubre de 1989 y de 26 de octubre de 1989⁵⁷ nos indican que junto a la posición jurídica genérica garante de la Administración Penitenciaria existe una obligación específica de los funcionarios especialmente del Director de responder por no velar con esta obligación. Obligación que al como indica ATIENZA⁵⁸ el problema trasciende de lo ético y se enmarca de plano en las decisiones de lo jurídico.

La línea general marcada por la Corte nos indica que existe una responsabilidad patrimonial del Estado, vía contencioso-administrativa o vía de responsabilidad civil subsidiaria. Así la STS 182/2001⁵⁹ hace responsable civil a la Administración Penitenciaria por no adoptar, exigir e imponer tratamientos profilácticos a un preso que repetidamente y por escrito se negó a ellos, siendo solo él el afectado y sin poner en peligro a los que le rodeaban.

En la materia analizada resulta absolutamente determinante, la STS de 18 de octubre de 2005⁶⁰ donde el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Nacional, estimando parcialmente el recurso contencioso y declara el derecho del recurrente a percibir una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial por fallecimiento a causa del SIDA contraído en dependencias penitenciarias. La Sala aprecia en los hechos examinados una concurrencia de culpas en la causación del resultado, pues aunque el interno se negó a seguir el tratamiento, los servicios médicos penitenciarios debieron adoptar, exigir e imponer el tratamiento profiláctico recetado para las infecciones clínicamente detectadas. En este sentido en el FJ 4º y referido como vimos a un caso de un interno enfermo de SIDA el TS declara expresamente que existe «una posición de garante a la Administración en este ámbito».

⁵⁷ Respectivamente, RJ Ar. 7727 y 9782. En su FJ 2º se mantiene que: «La responsabilidad ligada al artículo 22 (...) aún partiendo en su origen en los principios de la culpa in eligendo e in vigilando, en su origen ha ido tiñéndose de un marcado tinte de objetividad...».

⁵⁸ Vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Cuestiones de vida o muerte. Sobre el alcance del derecho a la vida», en «Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico», ed., Ariel, Barcelona, 1993, pp. 88 y ss. El autor realiza una serie de interesantes reflexiones en las que menos demuestra la complejidad del problema.

⁵⁹ STS (3.ª, sec. 6.ª), de 28 de diciembre de 2001, (González Navarro).

⁶⁰ STS (3.ª, sec. 6.ª), de 18 de octubre de 2005, (Lecumberri Martí).

Siguiendo esta línea, las SSTs de 19 de octubre de 1994 y, especialmente la de 13 de diciembre de 1995⁶¹ manifiestan que no hace falta ni tan sólo la existencia de culpa sino que únicamente que la lesión se haya producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración penitenciaria, responsabilidad que PASTRANA I ICART⁶² considera «cuasi objetiva». También la STS de 4 de mayo en un caso de suicidio voluntario condena a la Administración por infringir su papel de garante, ya que el «constaban documentación acreditativa de las patologías psiquiátricas que le hacía merecedor de especiales cuidados»⁶³.

Es necesario recalcar que existe ya una abundante posición doctrinal (a título de ejemplo MAQUEDA ABREU⁶⁴, SILVA SÁNCHEZ⁶⁵ y PASTRANA I ICART⁶⁶) que reclama exigir responsabilidades penales directas por comisión y no la mera responsabilidad derivada del artículo 106.2 de la CE o del artículo 121 del Código Penal.

Sin embargo, es esta la postura que ha admitido la jurisprudencia en las sentencias ulteriormente aludidas que se limita a la responsabilidad civil subsidiaria o a la responsabilidad patrimonial del estado. Incluso en los supuestos más claros como es el conocido caso Rueda (donde se muere a un recluso para que confiese) el Tribunal Supremo, STS de 5 de noviembre de 1990⁶⁷ se inclina por la responsabilidad por imprudencia, excluyendo el dolo lo cual es criticado duramente por los autores anteriormente mencionados.

En conclusión, esta posición de garante que redundaría en la conducta de los funcionarios que pueden ser acusados por imprudencias al constituirse los funcionarios de la Administración Penitenciaria en garantes de la situación tal como postula la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1998⁶⁸.

⁶¹ Respectivamente, RJ Ar. número 8553. y 8559.

⁶² Vid. PASTRANA I ICART, Ll. I., «Infracción de los deberes de intervención del funcionario de prisiones y artículo 11 del Código Penal». *Revista del Poder judicial. Número 50*. tercera Época. Segundo trimestre de 1998, p. 211.

⁶³ STS (3.ª, sec. 6.ª) de 4 de mayo de 1999, (Xiol Ríos).

⁶⁴ Vid. MAQUEDA ABREU, M. L., «La causación de la muerte con el fin de obtener una confesión el caso Rueda», *Revista La Ley*, 1988-3, pp. 769-775.

⁶⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Muerte violenta de un recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad de la Administración o también responsabilidad de los funcionarios?». *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*. 1991, pp. 561-580. Donde expone como caso prototipo precisamente el caso Rueda, parece partidario de aceptar el dolo eventual, rechazando la postura jurisprudencial.

⁶⁶ Vid. PASTRANA I ICART, Ll. I., «Infracción de los deberes de intervención del funcionario de prisiones y artículo 11 del Código Penal», op. cit., p. 213. El autor expresa lo que sigue: «No parece aceptable de ninguna manera que, si se ha dado una omisión por parte del funcionario, que ha permitido o facilitado la lesión, o no ha evitado el resultado cuando podía evitarse, nos limitemos a responsabilizar patrimonialmente ya sea en vía contencioso-administrativa o vía de responsabilidad civil subsidiaria sin más consecuencias».

⁶⁷ STS (2.ª) de 5 de noviembre de 1990, (Díaz Palos). RJ Ar. número 1990/8667. La sentencia trataba de un delito cometido por funcionarios de prisiones con apaleamiento de un interno por orden del Director de la prisión, la Sala entiende que los funcionarios no incurrieron en dolo eventual, y que actuaron sólo con imprudencia.

⁶⁸ Actualidad Penal, núm. 8, semana del 22 al 28 de febrero de 1999. Revista semanal La Ley-Actualidad. En este supuesto fáctico consiste en el comportamiento de un médico Oficial de la Cárcel Modelo de Barcelona que incluyó en el Programa de mantenimiento de metadona a un interno proporcionándole un nombre distinto y no le atendió posteriormente con la más mínima caución muriendo el interno posteriormente, la Audiencia (con gran acierto bajo mi punto de vista) revoca la sentencia y le condena por imprudencia.

10. NORMATIVA INTERNACIONAL

Ya en 1994, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁶⁹ exhortó a todos los Estados a asegurarse que:

«sus leyes, políticas y prácticas, incluidas las introducidas en relación con el VIH o SIDA, respeten las normas de derechos humanos y no tengan el efecto de impedir que se realicen programas para la prevención del VIH y el SIDA, para las personas afectadas con VIH o SIDA».

En su 52.º período de sesiones, en virtud de la Resolución 1996/43 de 19 de abril de 1996, la Comisión de Derechos Humanos pidió al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, entre otras cosas, que continuara sus esfuerzos, en colaboración con el ONUSIDA, las organizaciones no gubernamentales y grupos de personas infectadas con el VIH o enfermas de SIDA, a fin de elaborar Directrices para la promoción y protección del respeto de los derechos humanos en el contexto del VIH y el SIDA. En la misma resolución, la Comisión pidió al Secretario General que preparase, para su examen por la Comisión en su 53.º período de sesiones, un informe sobre las referidas Directrices, en particular las conclusiones de la segunda consulta de expertos sobre los derechos humanos y el SIDA, y sobre su difusión internacional.

En respuesta a esas peticiones la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH y el SIDA (ONUSIDA) convocaron a la Segunda Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos en Ginebra, del 23 al 25 de septiembre de 1996. Cabe recordar que el entonces Centro de Derechos Humanos organizó la Primera Consulta Internacional sobre el SIDA y los Derechos Humanos en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS) en Ginebra del 26 al 28 de julio de 1989. En el informe de la Primera Consulta (HR/PUB/90/2), ya se propuso que se elaboraran Directrices para ayudar a los encargados de formular políticas y a otros a cumplir las normas internacionales de derechos humanos en lo que se refería a la legislación, la práctica administrativa y la política.

Posteriormente, se crearon en Ginebra los días 25 y 26 de septiembre las Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos⁷⁰, en cuya segunda conclusión no tenemos por menos que reproducir «El interés de la salud pública no choca con los derechos humanos. Al contrario, está demostrado que cuando se protegen los derechos humanos, menor es el número de infectados y las personas con el VIH/SIDA y sus familiares pueden hacer frente mejor a la situación».

Además en su Cuarta Directriz se prescribe que:

«Los Estados deberían reexaminar y reformar las leyes penales y los sistemas penitenciarios para que concuerden con las obligaciones internacionales de derechos humanos y que no se apliquen indebidamente a los casos de VIH/SIDA ni se utilicen contra los grupos vulnerables».

⁶⁹ Párr. 2 de la parte dispositiva de la Resolución 1994/29, aprobada sin votación el 4 de marzo de 1994.

⁷⁰ Segunda Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos, Ginebra, 23 a 25 de septiembre de 1996, UNCHR res. 1997/33, UN. Doc. E/CN.4/1997/150 (1997).

También es reseñable la sexta Directriz:

«Los Estados deberían adoptar medidas de políticas que regulen los bienes, servicios e información relacionados con el VIH, de modo que haya suficientes medidas y servicios de prevención, adecuada información para la prevención y atención de los casos de VIH y medicación inocua y eficaz a precios asequibles»⁷¹.

11. POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Quizás la sentencia más gráfica de su postura sea la STS de 8 de julio de 2004⁷² que considera:

«la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona –sea o no inmigrante, ilegal o no– que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH... y ello es tanto más exigible cuanto que... la filosofía de la reforma... responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado» y por ello «parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión,

⁷¹ Posteriormente, se dictan las Resoluciones 2001/51, de 24 de abril de 2001 y 1999/49, de 27 de abril de 1999, para culminar con la importante Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/47 del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos sobre Protección de los derechos humanos en relación con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) donde se insta a los Estados para que velen por que sus leyes, políticas y prácticas respeten los derechos humanos en el contexto del VIH/SIDA, prohíban la discriminación relacionada con el VIH/SIDA, promuevan programas eficaces de prevención del VIH/SIDA, en particular mediante campañas de educación y concienciación y mejorando el acceso a bienes y servicios de buena calidad para evitar la transmisión del virus, y promuevan programas eficaces para atender y apoyar a las personas infectadas y afectadas por el VIH, en particular mejorando y haciendo más equitativo el acceso a una medicación segura y eficaz para el tratamiento de la infección por el VIH y de las enfermedades derivadas del VIH/SIDA. Resulta también destacable la Resolución del Consejo y de los Ministros de sanidad de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo de 22 de diciembre de 1989 relativa a la lucha contra el SIDA (90/C 10/02) donde se postula reforzar la atención medicosocial a los seropositivos y a los enfermos, así como permitir que las personas afectadas se beneficien plenamente de las mejoras que se han conseguido en la terapéutica y el diagnóstico, es conveniente garantizar el acceso más precoz y amplio posible al tratamiento. La norma se ocupa en particular, las personas desprovistas de cobertura social, situación frecuente entre los toxicómanos o ex toxicómanos, requieren, en su caso, medidas específicas de atención. El Comité Permanente de Médicos Europeos (CPME) en su sesión del Consejo celebrada en Estocolmo el día 18 de noviembre, aprobó una declaración sobre el VIH/SIDA, en la que hace una serie de recomendaciones a la Comisión Europea para que exija a los Estados miembros que tomen medidas en cuanto a una serie de medidas en las que destaca hacer más accesible la asistencia sanitaria local para los emigrantes. En punto noveno se pide a los Estados que, en consulta con los órganos profesionales nacionales pertinentes, se aseguren de que los códigos de conducta, responsabilidad y práctica profesional respeten los derechos humanos y la dignidad en el contexto del VIH/SIDA, incluido el acceso a los cuidados por parte de las personas infectadas y afectadas por el VIH/SIDA.

⁷² STS 201/2004, (2.ª), de 8 de julio, (Giménez García). Para conocer más sobre esta importante sentencia vid. ARIAS SENSO, M. A., «Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2005, pp. 1497-1509.

incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión.»

Por lo tanto, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, la sentencia postula que parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Patrocinado una interpretación netamente restrictiva del precepto, la STS 514/2005, de 22 de abril⁷³ declara que:

«la reforma... al establecer la sustitución en términos de obligatoriedad y aplicación automática, por completo ajenos a los principios de actuación de la jurisdicción ha sido interpretado, tanto por esta Sala..., como por los Juntas de Magistrados del orden penal, rebajando el contenido categórico del precepto propiciando una interpretación acorde con los principios constitucionales y a las exigencias de los Tratados Internacionales signados por el Estado».

Esta interpretación se ha consolidado y así la STS 366/2006, de 30 de marzo⁷⁴ declara que la motivación del Tribunal debe ponderar no sólo la naturaleza del delito sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales. En este mismo sentido pueden citarse las SSTS 710/2005, de 7 de junio, 906/2005, de 8 de julio y 1120/2005, de 28 de septiembre⁷⁵.

Pese a que la STS 901/2004, de 8 de julio⁷⁶ considera que el artículo 89 reformado es «una conminación legal dirigida al juzgador» y que sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario, sin embargo, las ex-

⁷³ STS 514/2005, (2.ª, Sec. 1.ª), de 22 de abril, (Martínez Arrieta), (FJ 2º).

⁷⁴ STS 366/2006, (2.ª, Sec. 1.ª), de 30 de marzo, (Martínez Arrieta).

⁷⁵ STC 1120/2005, (2.ª, Sec. 1.ª), de 28 de septiembre, (García Pérez). En cuyo FJ 3. b) podemos leer: «La motivación del Tribunal debe ponderar no sólo la naturaleza del delito sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales».

⁷⁶ STS 901/2004, (2.ª) de 8 de julio, (García Giménez). La sentencia opina que tras reforma de la LO 11/2003, se ha producido un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos, pues lo que desde la vigencia del actual Código era una decisión discrecional que podía adoptar el Tribunal. Para la resolución, el legislativo ha adoptado una postura muy rígida de la imperatividad de la norma que avala expulsión, muestra de la rigidez es que ha desaparecido del texto actual la necesidad de previa audiencia del penado de la que se derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase. Finalmente reseña que ahora sólo se exige la motivación cuando, de forma excepcional, se estime que «la naturaleza del delito» exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión, otro aspecto draconiano resaltado por la sentencia es que el período de la efectividad de la expulsión, que antes era de tres a diez años, lo que permitía una individualización temporal de la medida, ahora es, en todo caso, de diez años.

cepciones jurisprudenciales son tantas que algún sector doctrinal⁷⁷ ha referido que la regla ha pasado a ser la excepción.

12. POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como refiere el ATC 106/1997⁷⁸, se exige que deberán debe ser ejercitada analizando pormenorizadamente cuantas circunstancias concurren en el caso de autos. Para el tribunal al tutela judicial efectiva exige que en todos estos supuestos ponderarse las necesidades preventivo-generales –en las que es perfectamente encuadrable el criterio de la alarma social, entendido como efecto nocivo que en relación con la finalidad de prevención general inherente a toda pena, tendría el hecho de la falta de reacción penal suficiente ante la comisión de un delito grave– y preventivo-especiales concurrentes en el caso de autos, sin que, por ello mismo, quepa calificarla de manifiestamente irrazonable o de arbitraria.

El Alto Tribunal, en su Auto 33/ 1997⁷⁹ distingue dentro de la figura de expulsión dos modalidades, derivadas de la relevancia constitucional de los problemas que puedan plantearse es bien distinta en uno y otro caso, entre, por una parte, la expulsión a instancia del interesado, en la que éste manifiesta su deseo y voluntad de que se le sustituya la pena por esa otra medida; y, por otra, la expulsión de oficio, decretada contra la voluntad del afectado.

Respecto a este último supuesto, la ya examinada STC 242/1994⁸⁰, declaró que *«no se concibe como modalidad de ejercicio del ius puniendi del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida que frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar»*, precisando más adelante que *«no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso, del derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal»*⁸¹.

13. POSTURA DEL TEDH

El Tribunal Europeo de derechos Humanos se muestra muy claro en cuanto a que no es expulsable un extranjero cuando corra en peligro su vida o padezca una enfermedad incurable.

⁷⁷ Vid. LAFONT NICUESA, L., «Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 10, 2005, pp. 39-66.

⁷⁸ ATC 106/ 1997, (Sala 1.ª, Sec. 2.ª), de 17 de abril, (Gimeno, Jiménez de Parga y García).

⁷⁹ ATC 33/1997, (Sala 1.ª, Sec. 1.ª), de 10 de febrero, (Rodríguez, Cruz y Ruiz).

⁸⁰ STC 242/ 1994, (Sala 1.ª), de 20 de julio, (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

⁸¹ Finalmente el Auto 153/ 2005 reconoce que aunque el artículo 19 CE no mencione expresamente a los extranjeros ello no significa que carezcan siempre y en todo caso del derecho de libre circulación por el territorio español; ahora bien, este derecho se halla condicionado por los términos que establezcan los tratados internacionales y la ley [ATC 153/ 2005, (Sec. 3.ª), de 18 de abril, (Jiménez Sánchez, Gay Montalvo y Sala Sánchez)].

La STEDH Saint-Kitts contra el Reino Unido de de 2 de mayo de 1997⁸², sobre expulsión de un enfermo de SIDA a su país de origen, Saint-Kitts⁸³, donde el Tribunal deduce que no podría recibir un tratamiento adecuado para su enfermedad considera que la expulsión de un extranjero víctima de una grave enfermedad, puede constituir un acto contrario a los artículos 2 y 3 del Convenio cuando la misma tenga una incidencia directa en su estado de salud y pueda peligrar su vida. El Tribunal partiendo de consideraciones humanitarias valora la inexistencia en el país de destino de una infraestructura sanitaria adecuada para atender a la persona gravemente enferma no pudiendo beneficiarse de la asistencia médica y moral que podría recibir en el Reino Unido. La expulsión, considera el Tribunal «le expondría a un riesgo real de morir en circunstancias particularmente dolorosas». Para ello se tiene en cuenta la inexistencia de familiares, los informes médicos y los de la Cruz Roja poniendo de manifiesto la inexistencia en su país de origen de centros médicos que pudieran tratar de forma adecuada la enfermedad.

En relación con la violación del artículo 3 del CEDH, el Tribunal comienza recordando que los Estados parte en el mismo tienen el derecho, en virtud de un principio general de Derecho Internacional, de controlar la entrada, estancia y salida de los extranjeros de su territorio. Además, el Tribunal pone de manifiesto la gravedad de las infracciones cometidas por el demandante, así como la dificultad a la que han de enfrentarse los Estados en su lucha para proteger a la sociedad de los perjuicios provocados por el tráfico internacional de drogas.

La aplicación de penas severas en estos casos, incluida la expulsión de los traficantes extranjeros, constituye, en opinión del Tribunal, una medida justificada para afrontar este problema. Sin embargo, cuando los Estados ejercen su derecho de expulsión deben tener en cuenta el artículo 3 del CEDH, que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. El Tribunal pone de manifiesto que en ocasiones anteriores el artículo 3 ha sido aplicado a situaciones en las que el riesgo de que la persona fuese sometida a alguno de los tratos prohibidos provenía de actos intencionales de las autoridades públicas del país de destino en casos de expulsión, o de organismos independientes del Estado respecto de los cuales las autoridades no pueden ofrecer una protección adecuada. Sin embargo, dada la importancia fundamental de este artículo, el Tribunal debe reservarse un margen de apreciación sufi-

⁸² STEDH 29/ 1997, de 2 de mayo (Ryssdal, Presidente). Aborda la expulsión del territorio británico de ciudadano de Saint-Kitts por infracción de la legislación sobre estupefacientes: denegación de revocación de dicha medida con posterioridad a haber sido atacado por el SIDA. Por otra parte, diversos informes médicos revelaron que, desde agosto de 1995, el demandante se encontraba en un estado avanzado de su enfermedad. Los informes coincidían en que la suspensión del tratamiento reduciría la esperanza de vida del enfermo. Además, se hizo saber desde Saint-Kitts a los médicos que trataban al demandante que los centros médicos de ese Estado no estaban preparados para atender a D. de la forma requerida. Según tuvo conocimiento el Gobierno británico, existen en la isla dos hospitales que atienden a pacientes del SIDA de forma temporal hasta que su condición les permita ser atendidos por sus familias; igualmente, un número creciente de enfermos del SIDA vivía con su familia. Por otra parte, el demandante no tenía ni familia cercana ni domicilio en Saint-Kitts. El recurrente que se encontraba en fase terminal de una enfermedad incurable, el TEDH entiende que su expulsión aceleraría su fin y deduce de la situación la existencia de un riesgo serio de que las condiciones desfavorables que le esperan en Saint-Kitts reduzcan su esperanza de vida ya corta y le causen sufrimientos psíquicos y morales extremos: teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales y el hecho de que el recurrente ha llegado a un estadio crítico de su fatal enfermedad, la ejecución de la decisión de expulsarlo hacia Saint-Kitts constituiría, por parte del Estado demandado, un trato inhumano contrario al artículo 3 que comportaría la violación del mismo.

⁸³ Estado independiente miembro de la Comunidad Británica de Naciones, que comprende dos de las islas Leeward (islas de Barlovento), Saint Kitts (o San Cristóbal) y Nevis, en las Antillas. Se halla unibicado entre Trinidad Tobago y Puerto Rico.

ciente en relación con la aplicación del mismo a otras situaciones que puedan presentarse.

Por tanto, cuando el riesgo de violación proviene de factores que no comprometen, ni directa ni indirectamente, la responsabilidad de las autoridades públicas del Estado de destino o que, tomados aisladamente, no infringen por sí mismos el artículo 3. Tal restricción del campo de aplicación del artículo 3 sería contraria a la afirmación de su carácter absoluto. Sin embargo, ante el riesgo sobre la vida, los Estados están obligados a examinar rigurosamente todas las circunstancias de la expulsión.

Comprobado que existe un riesgo real («real risk») de que la expulsión de D., tomando en consideración su estado de salud, se entiende que el Reino Unido ha contravenido el artículo 3. Afirma, en este sentido, que la cesación de las prestaciones que recibe en el Reino Unido tendría para el demandante consecuencias muy graves, que le producirían sufrimientos físicos y psicológicos extremos. Así la Corte expresa que:

«en vista de estas condiciones excepcionales y manteniendo en mente el estado crítico que ha alcanzado la mortal enfermedad del peticionario, la implementación de la decisión de enviarlo a San Kitts constituiría un tratamiento inhumano (...)».

El Tribunal pone de manifiesto, además, que el Estado demandado viene asumiendo la responsabilidad del tratamiento de D. desde agosto de 1994. Por tanto, el demandante es dependiente de los cuidados médicos que recibe y está psicológicamente preparado para afrontar la muerte en un entorno donde todo es para él familiar y humano. Al profundizar en su razonamiento, la Corte manifestó que:

«aunque no puede decirse que las condiciones que le esperan en el país receptor sean en sí una violación a los estándares del artículo 3, su envío lo expondría a un riesgo real (“real risk”) de muerte en las condiciones más preocupantes lo cual sí constituiría un tratamiento inhumano» (párr. 53).

Por el contrario, la Decisión del TEDH de 22 de junio de 2004 (caso Ndongoya contra Suecia) inadmite el caso de un enfermo de SIDA teniendo en cuenta que la enfermedad del demandante, condenado entre otros delitos por mantener relaciones sexuales con tres mujeres sin advertirles de su enfermedad, no estaba en estado terminal, ni tan siquiera avanzado y que el hecho de que su situación en Tanzania fuera menos desfavorable que la de Suecia, esto no podía considerarse decisivo desde la perspectiva de los artículos 2 y 3 del CEDH, porque nada indicaba que el extranjero no pudiera procurarse cuidados médicos y ayuda familiar en su país de origen. Asimismo, la Decisión del TEDH de 25 de noviembre de 2004 (caso Amegnigan contra Holanda) consideró que no se trataba de un caso tan excepcional prohibido por el Convenio la expulsión de un enfermo de SIDA⁸⁴.

⁸⁴ El TEDH considera que para la imposición de la expulsión deben ponderarse circunstancias tales como que la vida del extranjero pueda correr peligro o el arraigo, la protección de la familia, o el mismo pueda ser objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del CEDH. Así, las SSTEDH de 21 junio 1988, caso Berrehab contra Reino de los Países Bajos, de 18 de febrero de 1991 –caso Moustaqim–, de 7 de julio de 1989 –caso. Soering contra Reino Unido–, de 26 de marzo de 1992 –caso Beldjoudi–, de 2 de mayo de 1997 –caso D. contra Reino Unido–, de 11 de julio 2000 –Caso Ciliz contra Reino de los Países Bajos–, 502/2001 de 2 agosto –caso Boulitf contra Suiza– y de 6 de marzo 2001 Caso Hilal contra Reino Unido o la de 31 octubre 2002, Caso Yildiz contra Austria.

En este sentido, el Reino Unido fue condenado en la STEDH, *Chahal versus United Kingdom*, de 15 de noviembre de 1996, sobre la repatriación de un simpatizante del separatismo Sikh a India, donde previsiblemente iba a ser torturado, y también ahí el Tribunal decretó que no cabía repatriar a nadie cuando hubiera un riesgo cierto de poder ser objeto de torturas.

La jurisprudencia del Tribunal sobre el artículo 3 se estableció, en primer término, en el año 1989 en relación con un caso de extradición planteado contra el Reino Unido referido a un individuo de nacionalidad alemana acusado por un delito capital en los Estados Unidos⁸⁵. El Tribunal estimó que existiría una violación del artículo 3 en caso de ser extraditada la presunta víctima y declaró que:

«En resumen, la decisión de un Estado contratante de extraditar a un fugitivo puede suscitar problemas de conformidad con el artículo 3 y, por ello, comprometer la responsabilidad del Estado según la Convención, en casos en que se hayan mostrado razones sustanciales (“substantial grounds”) para creer que la persona involucrada, de ser extraditada, enfrentaría un riesgo real (“a real risk”) de ser sometida a tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes en el Estado solicitante» (párr. 91).

En efecto, el Tribunal declaró que:

«Se encuentra bien arraigado en la jurisprudencia del Tribunal que la expulsión por parte de un Estado contratante puede suscitar problemas de conformidad con el artículo 3, y por ello, comprometer la responsabilidad del Estado según la Convención, en casos en que se hayan mostrado razones sustanciales (“substantial grounds”) para creer que la persona involucrada, de ser expulsada, enfrentaría un riesgo real (“real risk”) de ser sometida a un tratamiento contrario al artículo 3 en el Estado receptor. En estas circunstancias, el artículo 3 implica la obligación de no expulsar a la persona en cuestión a ese país» (párr. 74).

La STEDH de 18 de febrero de 1991 –caso *Moustaquim vs. Bélgica*⁸⁶– declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al cons-

⁸⁵ STEDH Soering contra el Reino Unido, 7 de julio de 1989, (demanda No. 14038/88).

⁸⁶ El demandante Abderrahman Moustaquim era ciudadano marroquí que habían vivido en Bélgica con su familia desde el primer año de vida. After he had committed a number of offenses as a minor, the Juvenile Court relinquished jurisdiction and he was tried as an adult and sentenced to imprisonment. Después de haber cometido una serie de delitos cuando era menor de edad, el Tribunal de Menores renunció a la jurisdicción y fue juzgado como adulto y sentenciado a prisión. He was also informed that he would be deported as soon as he was released and, in fact, was deported after his appeals had failed. También se le informó que iba a ser deportado tan pronto como fuera puesto en libertad y, de hecho, fue deportado después de que su apelación había fracasado. He claimed that his deportation by the Belgium Government violated Article 8 of the European Convention on Human Rights which prohibits the unlawful interference with family life. Afirmó que su deportación por el Gobierno de Bélgica violó el artículo 8 del CEDH que prohíbe la interferencia ilícita en la vida familiar. The European Court of Human Rights accepted his claim. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aceptó su reclamación. Although it acknowledged that the Government of Belgium had carried out the deportation for a legitimate purpose (ie, the prevention of disorder), it held that the Government had not shown sufficient respect for the applicant’s right to family life, given the applicant’s youth at the time the order was made, his age upon arriving in Belgium, and the fact that his whole family lived in Belgium. Aunque reconoció que el Gobierno de Bélgica ha llevado a cabo la deportación de un fin legítimo (por ejemplo, la prevención del desorden), sostuvo que el Gobierno no ha mostrado suficiente respeto por el derecho del demandante a la vida familiar, dada la juventud del solicitante en la tiempo que se dictó la orden, su edad al llegar a Bélgica, y el hecho de que toda su familia vive en Bélgica. It awarded the applicant legal costs and 100,000 Belgian francs in compensation. Otorgó a la demandante las costas judiciales y 100.000 francos belgas en concepto de indemnización. In a similar case involving an Algerian national who was ordered deported from France, the Government of France and the applicant reached a friendly settlement after the European Commission on Human Rights ruled that the applicant’s right to be free from unlawful interference with his family life had been violated. En un caso similar con un ciudadano argelino que se ordenó la deportación de Francia, el Gobierno de Francia y de la

tatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el artículo 8 del CEDH no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada. Sin embargo, en la STEDH de 24 de enero de 1993 –caso Boncheski vs. Francia– se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

Dos años después, el Tribunal confirmó, en dos sentencias distintas, que la expulsión de un solicitante de asilo también podría resultar contrario al artículo 3⁸⁷. Esto fue reafirmado en el caso Chahal contra el Reino Unido⁸⁸, en el cual se encontró que la deportación del señor Chahal, un solicitante de asilo cuya solicitud había sido rechazada, podría contrariar la protección contemplada en el artículo 3.

En este sentido el Tribunal declaró que:

«Se encuentra bien arraigado en la jurisprudencia del Tribunal que la expulsión por parte de un Estado contratante puede suscitar problemas de conformidad con el artículo 3, y por ello, comprometer la responsabilidad del Estado según la Convención, en casos en que se hayan mostrado razones sustanciales (“substantial grounds”) para creer que la persona involucrada, de ser expulsada, enfrentaría un riesgo real (“real risk”) de ser sometida a un tratamiento contrario al artículo 3 en el Estado receptor. En estas circunstancias, el artículo 3 implica la obligación de no expulsar a la persona en cuestión a ese país» (párr. 74).

Debe destacarse que el artículo 3 del CEDH ha sido interpretado en el sentido de proveer protección en contra del regreso, tanto directo como indirecto, al lugar de origen de la persona. En el caso Hihal contra el Reino Unido⁸⁹ relativo a la aplicación de la Convención de Dublín, el Tribunal indicó que:

*«El traslado indirecto a un país intermediario en el presente caso, el cual también es un Estado contratante, no afecta la responsabilidad del Reino Unido de asegurar que el demandante no se vea expuesto, como resultado de su expulsión, a un tratamiento contrario al artículo 3 de la Convención»*⁹⁰.

En esta sentencia, el Tribunal claramente mostró que la existencia de acuerdos multilaterales internacionales que regulan la asignación de solicitudes de asilo entre

demandante llegó a un acuerdo amistoso después de la Comisión Europea de Derechos Humanos dictaminó que el derecho del demandante a ser libre de interferencia ilícita en su vida familiar se había violados. The decision of the Commission is reproduced in *Djeroud v. France*, 23 January 1991 (European Human Rights Reports, Vol. 44, 1992, pp. 68-82). La decisión de la Comisión se reproduce en el *Djeroud c. Francia*, 23 de enero de 1991 (Informe Europeo de Derechos Humanos, Vol. 44, 1992, pp. 68-82).

⁸⁷ STEDH Cruz Varaz y otros contra Suecia, 20 de marzo de 1991, (demanda Núm. 15576/89) y STEDH Vilvarajah y otros contra el Reino Unido, 30 de octubre de 1991, (demandas Núms. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87).

⁸⁸ STEDH Chahal contra el Reino Unido, 15 de noviembre de 1996, demanda No. 22414/93.

⁸⁹ STEDH de 6 de marzo de 2001, (J.-P. Costa, President), [Núm. 45276/1999]. El interesado acudió ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando, entre otras cosas, una violación por parte del Reino Unido del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al derecho de toda persona a no sufrir torturas y el TEDH comprobó examinando las circunstancias políticas de Tanzania lo legítimo de su petición.

⁹⁰ P. 16 de la sentencia. En consecuencia, el Tribunal declara que la denegación del asilo político al demandante en el Reino Unido constituye una violación del artículo 3 del Convenio, dado que coloca al interesado frente a un riesgo cierto de padecer un trato degradante e inhumano en su país de origen.

dos o más Estados no pueden absolver a éstos de su responsabilidad de conformidad con el CEDH:

«*Ni puede el Reino Unido depender automáticamente (...) en disposiciones contenidas en la Convención de Dublín relativas a la atribución de responsabilidad entre países europeos para decidir sobre solicitudes de asilo*».

El mismo principio puede aplicarse, por analogía, a los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre la readmisión, ya que al parecer para el Tribunal las obligaciones según el artículo 3 del CEDH prevalecen sobre cualquier obligación de retorno, expulsión o extradición que emane de otros tratados internacionales.

La STEDH de 26 de abril de 1997 –*caso Mehemi vs. Francia*⁹¹– consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia –casado con francesa–, y la relativa gravedad del delito cometido –tráfico de drogas–; la reciente STEDH de 10 de abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado Francés respecto de lo acordado en aquella sentencia.

La STEDH de 21 de octubre de 1997 resolvió en sentido contrario y, por tanto favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de febrero de 1998 –*Dalia vs. Francia*⁹²– o la de 8 de diciembre de 1998 (Decisión).

Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones –tal vez la esencial– es «vivir juntos» S TEDH de 24 de marzo de 1988, *Olsson vs. Suecia*, 9 de junio de 1998⁹³, *Bronda vs. Italia*⁹⁴, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

También la STEDH de 24 de febrero de 2009 se condena a Italia por la expulsión del ciudadano tunecino Ben Khemais⁹⁵ que se hallaba en prisión preventiva en relación a un delito a un delito relacionado con el terrorismo por el que había sido condenado en Túnez, el Tribunal declara que las circunstancias de la deportación se pone en riesgo al ciudadano a sufrir torturas o tratos degradantes.

La aplicabilidad de la jurisprudencia del TEDH, queda enfatizada por la Circular 2/2006 que también se prevé la posibilidad de excepcionar esta regla general de forma motivada, cuando aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También cabrá en estos casos excepcionar la regla general y optar por solicitar el cumplimiento ordinario cuando

⁹¹ STEDH de 10 de abril de 2003, (MM. G. Ress, Presidente), [Núm. 53470/1999]. El demandante, Sr. Mehemi, alegaba la infracción del artículo 8 de el CEDH puesto que las autoridades francesas no han puesto fin a su injerencia desproporcionada en el derecho del demandante a la vida privada y familiar, tal y como ya constató el TEDH anteriormente, y especialmente por la persistencia de la prohibición de entrar en territorio francés. El TEDH falló el reconocimiento de la infracción del artículo 8, ya que la prohibición de volver a entrar nunca en territorio francés es desproporcionada en relación con el fin perseguido por la medida.

⁹² STEDH de 19 de febrero de 1998, (Bernhardt, Presidente), [Núm. 26102/1995]. La señora Dalia, nacida en Nigeria cuando aún era territorio francés, residía en Francia con su familia y su hijo. A consecuencia de un delito por tráfico de heroína cometido años antes del nacimiento del pequeño, fue condenada al abandono del país de forma permanente. Tras volver a Francia con un visado temporal permaneció en el país y, solicitó el levantamiento de la medida ante el Tribunal de Apelación de Versalles, que en dos ocasiones inadmitió su petición. Finalmente, fueron presentados ante dicho tribunal varios informes médicos que manifestaban las nefastas consecuencias que la deportación tendría en el estado mental de la reclamante y de su hijo.

⁹³ STEDH de 27 de noviembre de 1992, (Ryssdal, Presidente) [Núm. 13441/1987].

⁹⁴ STEDH de 9 de junio de 1998, (M. R. Bernhardt, Presidente) [Núm. 22430/1993].

⁹⁵ STEDH de 24 de febrero de 2009, (Françoise Tulkens, Presidente), [Núm. 246/2007].

la expulsión automática del artículo 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH.

14. CONCLUSIONES

1.º Cuando nos hallamos ante una expulsión a un país carente de cobertura sanitaria equiparable a la española y que no puede garantizar un adecuado tratamiento al enfermo de SIDA cuya expulsión se pretende; nos topamos frente a un conflicto de intereses asimétrico, donde debe prevalecer el Derecho a la vida sobre cualquier consideración o interés legítimo por parte del Estado.

Nuestro Ordenamiento jurídico se basa en la defensa radical del Derecho Fundamental a la vida, bien jurídico al que no pone la etiqueta de la nacionalidad, no siendo pues posible en nuestro sistema jurídico, en relación a este derecho, discriminar entre nacionales y extranjeros. Por eso, cuando se enfrenta a situaciones en la que dos bienes jurídicos colisionan, el legítimo interés estatal por mantener un orden en sus fronteras con el derecho a la vida. Este conflicto de intereses en este caso se presenta como un conflicto en el que uno de los dos debe imponerse sin respetar la existencia del otro por lo que no queda otra razón que optar por el más digno de protección.

Realizando una labor conjunto de exégesis en nuestro Ordenamiento jurídico emerge íntimamente fundido a una serie de principios y valores que le dan sustancia y a los que no puede renunciar, por eso la vida de cualquier ser humano debe imponerse sobre cualquier otro tipo consideración. Esto es así en cualquier país del orbe mínimamente civilizado y en virtud de un acervo jurídico fundamentado desde la Declaración Universal de derechos Humanos hasta los más específicos Tratados internacionales ratificados por nuestro país (art. 10.2 y 96 CE).

Por ende, la dinámica garantista que envuelve a nuestro Ordenamiento Constitucional hace que se de un paso más y la sola duda con cierto fundamento de que una persona pueda exponerse a una enfermedad mortal debe también inclinar la balanza hacia el derecho a la vida. En consecuencia, las incertidumbres sobre el sistema sanitario del país originario deberían reconducir a paralizar la expulsión pese a la existencia de numerosos motivos o razones que pudieran justificar la expulsión. Por lo cual, no se debe exponer a una persona tenga la nacionalidad, raza o condición al evento cierto de la muerte o de un proceso de empeoramiento grave de una enfermedad de las características del SIDA. Como refiere la STC 53/ 1995⁹⁶ en su FJ 3º:

«El derecho a la vida es un “prius” lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos, que merece, por ello, especial protección del ordenamiento jurídico, y frente al que existe una obligación negativa general de no lesionarlo y una obligación positiva del Estado de contribuir a su mantenimiento.»

Lógicamente, esta solución puede crear ciertas inquietudes y recelos en ciertas capas de población que postulan una visión más cerrada o estricta entorno a la política de fronteras y, a su vez, pudiera comportar ciertos fraudes de ley, lo que va implícito

⁹⁶ STC (Pleno), de 11 de abril de 1985, (Begué Cantón). Se afirma que la necesidad de defensa del Derecho a la vida no se presenta en la demanda como una consecuencia exegética deducida del análisis de la Constitución, sino más bien como un «prius» condicionante de la interpretación misma.

en la adopción de cualquier medida de este tipo. Por lo que parece también necesario que se adopten este tipo de medidas como un protocolo de actuación interno, al que no habría que conferir excesiva publicidad y, de otro lado, parece preciso adoptar una serie de prevenciones de cautela o salvaguarda para evitar que se produzcan los referidas defraudaciones, pues incluso en algunos casos pudiera dar lugar a personas desesperadas que, en pro de eludir las barreras legales, pudieran inocularse deliberadamente la enfermedad.

Por lo cual la medida no debe otorgarse de un modo irrazonado y exige un cierto estudio casuístico por parte de los profesionales⁹⁷ donde se examine la etiología de la enfermedad y que esta no deriva de una acción fraudulenta por parte del portador⁹⁸.

2.º La Administración Penitenciaria cumple según reiterada jurisprudencia constitucional un papel de garante sobre la situación de los internos. Incluso el Tribunal Constitucional (SSTC 120 y 137/1990⁹⁹) se obliga a la Administración a realizar la alimentación forzosa de sus internos incluso contra su propia voluntad. Este deber de garantía comprende también el no desatenderse de los previsibles riesgos que comporta una excarcelación oscura. De otro lado, como ya hemos visto, exponer a un ciudadano extranjero a una situación que comporte un riesgo para su vida puede reportar gravísimas responsabilidades por comisión por omisión expresamente previstas en el artículo 11 del CP, precepto donde se equipara la omisión a la acción. Por lo tanto, en los casos más flagrantes se podrían llegar a generar responsabilidades penales, disciplinarias y también estatales en caso de continuar con una política de inmigración donde se exponga a seres humanos ante un evento de consecuencias letales¹⁰⁰.

No podemos olvidar la Recomendación núm. R (87) 3 del Consejo de Europa para el ámbito penitenciario, pues en su número 32 señala que:

«Los servicios médicos del establecimiento deben esforzarse en descubrir y tratar todas las enfermedades físicas o mentales, o corregir los defectos susceptibles de comprometer la reinserción del interno después de su liberación. Con este fin, deben darse al interno todos los cuidados médicos, quirúrgicos y psiquiátricos necesarios, incluidos los que se dispensan en el exterior».

En estas circunstancias, hay que plantearse si la Administración penitenciaria puede desentenderse de cumplir con su deber de velar por la vida y salud de los in-

⁹⁷ Parece necesario *lege ferenda* confeccionar una lista interna de países sobre los que no se tiene la seguridad de que los ciudadanos deportados pudieran tener acceso a una asistencia pública gratuita a los fármacos retrovirales, ni a mecanismos sanitarios adecuados que puedan garantizar un asistencia médica mínima que descarte cualquier posibilidad de que los internos queden desprotegidos de asistencia con riesgo patente para sus vidas.

⁹⁸ En estos casos de inoculación malintencionada, la medida humanitaria se transformaría de una medida derivada de un estado de necesidad a una medida fraudulenta que desprestigiaría a las del primer grupo y que la convertiría en una fuente de potencial de pandemias. Otra posibilidad es que España se comprometa, como Estado, a supervisar la atención sanitaria de aquellos ciudadanos expulsados en el extranjero pero tal solución por razones tanto patentes logísticas como económicas se presenta como poco viable.

⁹⁹ STC 120/1990 (Pleno), de 30 de julio, (García-Mon y González-Regueral) y STC (Pleno), de 19 de julio de 1990, (Leguina Villa). Existen votos particulares de los Magistrados Jesús Leguina Villa y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

¹⁰⁰ Por tanto, la adopción de medidas de salvaguarda de una enfermedad potencialmente letal como el SIDA viene relacionado con el respeto al derecho a la vida de las personas afectadas puede generar una responsabilidad para los Directivos de los Centros Penitenciarios, pues los internos a su cargo se encuentran en una especial situación jurídica de sujeción frente a la Administración Penitenciaria debiendo ésta proteger la vida y la salud de los internos evitando que sean desplazados a lugares donde se tenga plena conciencia de que no existe la asistencia necesaria.

ternos en el delicado momento de la excarcelación haciendo oídos sordos de la auténtica tragedia griega que representa un el retorno de un ciudadano letalmente enfermo, sin recursos y sin posibilidad de poder ser atendido adecuadamente pues su país carece de un elemental sistema sanitario¹⁰¹. Bajo mi punto de vista, la respuesta debería ser un no sin fisuras.

3.º Actualmente en los países desarrollados el SIDA ha pasado de ser una enfermedad letal a crónica y controlable, pero si desaparece la adecuada cobertura sanitaria la posibilidad de que se vuelva a convertir en deletérea es una realidad. El grado de negativa frente a la expulsión debe ser proporcional al de las posibilidades sanitarias del país donde regresa, así como a su grado de desarrollo y de los cuidados que precise derivado del estado de evolución de la enfermedad.

4.º Por lo tanto, una pena privativa de libertad que condujese a una situación potencialmente letal podría ser considerada como una pena inhumana o degradante interdicha en el artículo 15 de la CE, artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 1950, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, artículo 2.2 de la Declaración de los derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo el 16 de Mayo de 1989 y Artículo 16 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984. En efecto, cuando el destino final e inequívoco de la pena es una muerte segura; la expulsión decolora su naturaleza y se convierte en una pena o medida draconiana que soslaya y menoscaba la dignidad humana hasta el punto de ocasionar la muerte y además en penosas condiciones¹⁰².

5.º Por lo tanto, la duda corre en contra de la expulsión, cuando haya algún motivo razonable de duda sobre el sistema sanitario destinatario del interno extranjero debe razonar una interpretación garantista y favorable al Derecho a la vida.

6.º La Jurisprudencia del TEDH prohíbe la expulsión de enfermos de SIDA a países cuyo sistema sanitario es precario o no garantiza adecuadamente el sagrado derecho a la vida. Así lo prescribe expresamente la referida STEDH Saint-Kitts contra el Reino-Unido de 2 de mayo de 1997 (aunque la STEDH Ndagoya contra Suecia establece importantes puntualizaciones).

¹⁰¹ Por lo tanto, la Administración penitenciaria cumple un papel de garante frente a sus internos respondiendo de su vida y ello como hemos visto incluso contra la propia voluntad del interno tiene la obligación de adoptar u programa de medidas activo para prevenir tanto episodios de autolisis como de suicidios. Paralelamente, parece necesaria una exigencia activa en relación con aquellos enfermos que padezcan patologías graves como el SIDA y que una vez excarcelados les puedan ocasionar la muerte. Este deber es tan drástico que el Tribunal Constitucional en su STC 325/1994niega el derecho a percibir una indemnización vía error judicial para el caso de un interno en fase terminal de SIDA al que se le concedió la libertad condicional extraordinaria y durante su excarcelación cometió un delito violento, pues aunque a posteriori pueda entenderse como un error, la interpretación que hizo en su momento el juez es una de las constitucionalmente posibles y no puede ser reprochada. [STC 325/ 1994, (Sala 1.ª), de 12 de diciembre, (de Mendizábal Allende)].

¹⁰² Por lo tanto el Estado y las autoridades administrativas que con plena seguridad del destino letal de un ser humano autorizan una expulsión en estas circunstancias podrían, como ya anticipamos, al menos en los casos más flagrantes, incurrir en responsabilidad penal a título de dolo eventual y por la técnica comisiva de la comisión por omisión prevista en el artículo 11 del CP. Está mutación de la medida de expulsión como un comportamiento encuadrable en el trato inhumano y degradante viene expresamente contemplado para un caso de SIDA en la STEDH de Saint Kitts contra el Reino Unido. También la jurisprudencia del TEDH se muestra petreamente contumaz en negar las expulsiones de ciudadanos a países donde se pueda inducir que van a sufrir un trato degradante y no cabe duda que exponer a una muerte cierta no merece, cuando menos, este tipo de calificativo.

7.º Como efecto reflejo se advierte en los Tribunales españoles una tendencia a no aceptar la legitimidad de este tipo de expulsiones, así mismo la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado se encarga de recordar la jurisprudencia del TEDH en materia de expulsiones, recordando a los Fiscales su obligación a oponerse a las expulsiones judiciales que comporten una contravención de lo sostenido por la referida jurisprudencia del TEDH.

8.º Una vez descartada la expulsión por motivos humanitarios se hace necesario realizar un *plus* de esfuerzo asistencial en relación a estos presos, pues las carencias de socialización y arraigo dentro de la sociedad española que justificaban la expulsión, deben ser compensada con una mayor actividad resocializadora.

9.º España ha adquirido una serie de compromisos internacionales en la lucha contra el SIDA que deben incidir como un eje interpretativo buscando la salvaguarda de la salud de los afectados por esta enfermedad.

10.º Si aún existieran dudas, en relación a las alegaciones anteriores mencionadas, hemos de recordar que existe una consolidada línea jurisprudencial¹⁰³ que mantiene que en caso de duda se debe realizar la interpretación más favorable a favor de los Derechos fundamentales. Pues bien, no existe un Derecho fundamental más poderoso en nuestro Ordenamiento jurídico que el Derecho a la vida, que se constituye como un *príus* sin el cual no se pueden ejercer adecuadamente el resto de los derechos. En nuestro garantista y avanzado sistema constitucional, en caso de incertidumbre siempre hemos de inclinarnos a favor de la interpretación más favorable para el ejercicio de los Derechos fundamentales, y lógicamente. un Derecho fundamental de tanto peso como la vida no cabe realizar una interpretación reduccionista que ponga en peligro su existencia y ello aunque el Estado posea muy legítimas reivindicaciones en contra del comportamiento del ser humano titular de este Derecho. En definitiva, si pretendemos ser un Estado Democrático avanzado que aspira a la solidaridad humana, no debe dejarse espacios abiertos a la muerte.

¹⁰³ Entre las últimas, STC 28/2009 (Sala 1.ª), de 26 de enero, (Casas Baamonde), STC (Sala 1.ª), de 12 de febrero, (Casas Baamonde) o STC (Sala 1.ª) de 12 de febrero 2009 (Casas Baamonde).