

EXTRANJEROS EN PRISIÓN: ASPECTOS NORMATIVOS Y DE INTERVENCIÓN PENITENCIARIA

JULIAN GARCÍA GARCÍA
Doctor en Derecho. Psicólogo.
Jefe de Área de Colectivos Especiales en la DGIP

PRÓLOGO

En los últimos cinco años la población reclusa extranjera se ha duplicado y la legislación en esta materia ha sufrido frecuentes e importantes reformas. Ambos hechos afectan a la gestión penitenciaria de tal modo que se ha considerado necesario proceder a la aprobación de una nueva Instrucción en materia de extranjería que recoja las actuaciones específicas con estos internos, incluyendo programas de intervención educativa dirigidos, especialmente, a la enseñanza del idioma español, formación multicultural y educación en valores de tolerancia y respeto a los derechos humanos. El presente trabajo tiene como objeto abordar estos temas y, además, ofrecer algunas consideraciones sobre los mecanismos especiales de excarcelación de extranjeros, especialmente la problemática en torno a la expulsión, punto central de encuentro entre la política criminal y la política de extranjería.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Política de extranjería y política criminal. 3.-Causas o factores del incremento de la población reclusa extranjera. 4.- Intervención con internos extranjeros: 4.1.- Información y documentación. 4.2.- Expulsión administrativa y judicial. 4.3.-Trabajo de penados extranjeros en el exterior de los establecimientos. 4.4.- Cumplimiento de condena o de libertad condicional en el país de origen. 4.5.-Intervención educativa con internos extranjeros.

1. INTRODUCCIÓN

El problema de la inmigración es complejo, abarca aspectos jurídicos, sociales, políticos y económicos; pero es, sobre todo, un problema humano que hay que tratar con sensibilidad. Ciertamente, en la raíz de los movimientos migratorios hay un drama humano porque desgraciadamente en el mundo hay miles de millones de personas con problemas de supervivencia.

Según los medios de comunicación, en los últimos años España ha recibido la cuarta parte de los inmigrantes que llegaron a la Unión Europea y ha mostrado sensibilidad hacia este drama regularizando a medio millón de extranjeros. Sin embargo, admitir a más o menos inmigrantes no resuelve la situación global y, salvo por circunstancias especiales de carácter humanitario o de protección de derechos fundamentales, admitir a más extranjeros de los que puede absorber el mercado de trabajo podría traer más perjuicios que beneficios, incluso para los extranjeros que ya están aquí.

La filosofía o esencia del sistema migratorio español se explica en la "Exposición de Motivos" del nuevo Reglamento de Extranjería: *"En la arquitectura del sistema migratorio actual, la admisión de nuevos inmigrantes en nuestro país está fundamentalmente basada en la necesidad de cobertura*

de puestos de trabajo y, salvo en los supuestos previstos por circunstancias excepcionales, los inmigrantes que quieran desarrollar una actividad laboral deberán venir en origen con un visado que les habilite para trabajar o para buscar un empleo”.

Pues bien, si la migración es un fenómeno de gran relevancia para toda la sociedad, también lo es en el ámbito penitenciario. Destacaremos dos factores que muestran la importancia del tema de extranjería para la Administración penitenciaria. Se trata del progresivo e intenso incremento del número de extranjeros en prisión, por una parte, y de las reformas en la legislación sobre extranjería, por otra.

Así, en diciembre del año 2000 la población reclusa extranjera ascendía a 9.174 (18%); cinco años después, en diciembre de 2005, se ha duplicado hasta llegar a 18.566 (30%). Por nacionalidades, destaca el número de internos procedentes de Marruecos (5.279), Colombia (1.998), Argelia (1.289), Rumania (1.225) y Ecuador (610). Bastantes otros países –europeos, sudamericanos y del África Subsahariana- tienen más de doscientos internos en los Centros penitenciarios de nuestro país. Además, la proyección que puede hacerse para los próximos años apunta a una continuación del aumento proporcional de la población reclusa extranjera, si tenemos en cuenta que durante el año 2005 ingresaron en prisión aproximadamente 12.000 extranjeros, cifra que representa un 38% del total de los ingresos. Algo similar, pero con anterioridad, se ha producido en otros países de la Unión Europea, como Alemania y Francia, que ya en el año 2000 tenían porcentajes de extranjeros en prisión similares a los que tiene España en la actualidad.

2. POLÍTICA DE EXTRANJERÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Como segundo factor, aludíamos a las reformas relativamente recientes en la legislación sobre extranjería¹. Estos cambios normativos, especialmente los introducidos por LO 11/2003, han repercutido de forma importante tanto en la política penal respecto a los extranjeros que cometen delitos, como en algunos aspectos del cumplimiento de la pena impuesta a estos internos. Podemos decir que se ha establecido una política criminal especial o diferenciada respecto a los extranjeros imputados o condenados por la comisión de un delito, que se concreta en la expulsión como regla general de los no residentes legalmente².

¹ En adelante con las abreviaturas “LE” y “RE” nos referiremos a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y al Reglamento de la citada Ley, aprobado por R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre.

² No consideramos acertada la calificación de esta política criminal como “Derecho Penal del enemigo”, pero consideramos interesante resumir aquí la valoración extrema que ofrece NAVARRO CARDOSO porque puede representar a un sector de la doctrina tremendamente crítico con las medidas de expulsión. Resumidamente, dice el autor citado: *El artículo 89 del Código penal español es Derecho penal “simbólico” por los fines expresivo-integradores-ilegítimos- que persigue, a la par que una manifestación del Derecho penal del enemigo, en tanto esa finalidad ilegítima pretendida se materializa en la “expulsión” de la comunidad del extranjero “sin papeles”...En tanto ahora la expulsión es preceptiva, como regla general, puede inferirse que ha prevalecido la política de extranjería sobre la política penal, que el Derecho Penal se ha convertido en el “brazo armado” de la política de*

Algo similar ha ocurrido en los países de nuestro entorno. De esta manera, en una reciente investigación (2004), denominada “Proyecto Aria”, sobre “extranjeros y políticas penitenciarias en Italia, Francia, Alemania y España”, se advierte que *gran parte de los reclusos extranjeros cumple toda la pena impuesta en la cárcel, en una situación de aislamiento, abocados a la expulsión, lo que hace insegura cualquier política de intervención respecto a ellos*. Esta advertencia nos lleva a la consideración de posibles contradicciones en esta materia.

*** Contradicción entre los fines de la política de extranjería y los de la política criminal:**

A) Por un lado, la Política de extranjería tiene como principio general que los extranjeros que delinquen no permanezcan en España³. Así:

- Prohibición de entrada para los reclamados por causas penales (art. 10.c RE).
- No autorización de residencia temporal (art. 31.4 LE) ni de trabajo (art. 50 f, RE) a los que tengan antecedentes penales.
- Expulsión de imputados por delitos con penas inferiores a seis años y condenados a penas privativas de libertad (arts. 57 LE y 89 CP).

Es cierto que la Ley prevé excepciones en concordancia con las normas internacionales y con los Derechos humanos (arts. 31.4, 57.5 y 57.6 LE), pero la regla general o voluntad del legislador es la expulsión.

B) Por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de manifiesto que la expulsión como sustitución del proceso o de la pena puede ser contraria a los principios y fines de la Política criminal⁴:

- Al principio de culpabilidad o castigo del delito, en cuanto la expulsión, al menos en algunos casos, sería equivalente a impunidad.
- Al principio de igualdad penal entre españoles y extranjeros y entre extranjeros entre sí, según su situación jurídica en España.

extranjería...La subordinación del Derecho penal a la consecución de logros en la política de extranjería trae como consecuencia la abdicación del “ius puniendi” ante necesidades políticas coyunturales. Se trata, pues, de una medida legislativa penal simbólica, en cuanto se encuentra totalmente ajena a los principios teleológicos que legitiman la sanción penal. (Ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional de la UPF, mayo 2004).

³ *El legislador quiere ante todo que los inmigrantes ilegales que cometen delitos sean expulsados. Este deseo se plasma inequívocamente en la nueva redacción que la LO 11/2003, de 29 de septiembre, da a la institución de la expulsión sustitutiva. Esta nueva regulación puede en esencia resumirse en base al establecimiento por la ley de la sustitución imperativa y con carácter general para las penas que se impongan a extranjeros no residentes legalmente en España, inferiores a seis años, por la expulsión del territorio nacional. (De la Rosa, J.M.: La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años”. En La Ley, nº 6042, 2004).*

⁴ *La expulsión del territorio nacional de los extranjeros sujetos a causa criminal puede llegar a enfrentar las exigencias de la política de extranjería con los fines de la política criminal creando un conflicto entre intereses legítimos del Estado que, en virtud de la preeminencia de la función jurisdiccional sobre la actuación administrativa, y de la posible afectación de derechos fundamentales, corresponde dirimir a los jueces y tribunales del orden penal....Los fines relacionados con la política de extranjería podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión. (Circular de la FGE 3/2001, de 21 de diciembre).*

- A los fines de prevención general y especial, ya que no se lograría el efecto intimidatorio o disuasorio de la pena sobre los extranjeros en general y sobre el concreto delincuente en particular.

*** Contradicción entre el principio de igualdad en la ejecución de penas y la realidad y la normativa de extranjería⁵:**

El art. 25.2 de la CE y la LOGP no establecen diferencias en cuanto a los fines, derechos, trabajo y sistema de cumplimiento entre extranjeros y nacionales, concretamente respecto al derecho a cumplir la pena conforme al sistema de individualización, separado en grados. Sin embargo, la realidad social y jurídica de los extranjeros puede condicionar la ejecución de la condena hasta formas diferenciadas, sin que puedan calificarse de discriminatorias como muchos afirman. De esta forma, se generan o pueden generarse problemas específicos en áreas como:

- La prisión provisional, con una tendencia de hecho a una mayor aplicación a los extranjeros que a los nacionales. Así, el 39% de los extranjeros en prisión son preventivos frente al 23% de la población reclusa total. De otra manera, el 52% de todos los internos preventivos son extranjeros, mientras que éstos sólo representan el 24% de todos los penados.

- Del mismo modo, se advierte de una menor aplicación de medidas alternativas a la prisión

- Número significativo de extranjeros que ingresan en prisión sin documentación acreditativa de su identidad y nacionalidad.

- Desconocimiento del idioma que puede repercutir en la falta de conocimiento y ejercicio de derechos, así como en cierto aislamiento social y no integración en actividades.

- La situación jurídica y socio-familiar de un significativo número de internos extranjeros, que puede dificultar el acceso a permisos, tercer grado y beneficios penitenciarios.

- Lo mismo puede suceder respecto al Trabajo en régimen abierto y la libertad condicional⁶.

3. CAUSAS O FACTORES DEL INCREMENTO DE LA POBLACIÓN RECLUSA EXTRANJERA

Hemos dicho que la legislación de extranjería pretende la expulsión de los extranjeros que cometen delitos; sin embargo, cada año hay más reclusos extranjeros.

⁵ *Los extranjeros pueden ser expulsados como sustitución del procedimiento penal o de la pena, pero son muchos los casos en los que las autoridades judiciales no autorizan tales medidas, por lo que los extranjeros deben permanecer en España durante el proceso y el cumplimiento de la pena. Durante ese período, su situación se ve afectada por la legislación penal y penitenciaria y por la de extranjería; la confluencia de normas que obedecen a principios distintos da lugar, a veces, a situaciones contradictorias e injustas.* (Martínez, P.M.: *El derecho de extranjería en la Institución Penitenciaria*. Boletín de la Asociación de Técnicos de II.PP. nº 2, año 2005).

⁶ Un estudio interesante sobre esta problemática es el realizado por Rodríguez Yagüe, C.: *Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas*. Universidad de Castilla La Mancha, 2004.

Es evidente que el espectacular aumento de la inmigración en las últimas décadas lleva consigo un aumento del número de extranjeros que cometen delitos. Pero este hecho no explica que el 30% de la población penitenciaria sean extranjeros, mientras que respecto a la población general sólo representan aproximadamente un 7%. De otra manera, el porcentaje de extranjeros en prisión, sobre un 0,5%, es mucho más elevado que el correspondiente a los ciudadanos españoles, alrededor de un 0,1%, es decir cinco veces más.

También es evidente que la conducta delictiva no puede asociarse a condiciones de raza, etnia o nacionalidad; luego, las causas de esa desproporción o sobrerrepresentación de extranjeros en prisión han de ser otras, probablemente complejas y numerosas. A mi modo de ver serían significativas las siguientes:

A) Factores criminológicos:

En primer lugar, la estructura de la población inmigrante o variables demográficas son diferentes y de mayor riesgo delictivo. Así, un alto porcentaje de inmigrantes son hombres jóvenes, es decir, vienen menos mujeres y muchos menos niños o ancianos.

En segundo lugar, factores sociales y psicosociales asociados a la conducta delictiva, tales como marginalidad, pobreza, ausencia de vinculación familiar y, por tanto, de control social primario, falta de trabajo estable, residencia en áreas urbanas desorganizadas y con elevados índices de inadaptación social, etc, se dan con mayor intensidad en extranjeros, especialmente entre los que se encuentran en situación irregular. Por otro lado, se ha producido un incremento notable del crimen organizado, con afluencia de extranjeros que vienen no a trabajar sino a realizar actividades delictivas, bien como miembros de dichas organizaciones, bien como correos de la droga.

B) Factores procesales y penales:

Desde la perspectiva del sistema de Justicia penal, se dan una serie de factores que pueden contribuir al incremento de extranjeros en prisión. Así, a los extranjeros se les concede la libertad provisional en un porcentaje menor que a los ciudadanos españoles acusados de delitos semejantes, y ello por la razón de que, dada su falta de arraigo y de vinculación familiar en España, el riesgo de sustraerse a la acción de la Justicia es probablemente mayor. Por análogas razones, se aplican en menor medida las alternativas a la pena de prisión cuando se trata de extranjeros.

Por último, los delitos que con mayor frecuencia cometen los extranjeros son los relativos al tráfico de drogas, sancionados con penas de larga duración, lo que implica más tiempo en prisión. Así, el porcentaje de extranjeros detenidos o condenados por este tipo de delitos se eleva a un 44,6 por ciento, mientras que ese porcentaje desciende al 28,8 por ciento respecto al total de la población penitenciaria. A la inversa, los delitos contra la propiedad son

cometidos por extranjeros en un porcentaje del 28,16 por ciento frente a un 50,4 por ciento respecto a la población total.

C) Mecanismos de excarcelación específicos de los internos extranjeros:

- Por lo que se refiere a la expulsión de internos extranjeros preventivos, conforme al artículo 57.7 de la Ley de Extranjería, los Juzgados de Instrucción apenas aplican esta posibilidad, de forma que en el año 2005 salieron de prisión 140 internos para ser expulsados por esta vía. No parece haber tenido un efecto relevante la reforma de 2003.

- Al contrario, la expulsión judicial prevista en el artículo 89 del Código penal como sustitución de penas inferiores a seis años ha experimentado un incremento notable. En el año 2002 fueron 284 penados extranjeros los expulsados por esta causa y en 2005 lo fueron 1.229.

- Otro supuesto previsto en el citado precepto penal se refiere a la expulsión de penados extranjeros con condenas superiores a seis años al acceder al tercer grado o en el momento de cumplir las tres cuartas partes de la condena. Pues bien, en el año 2005 sólo fueron excarcelados por esta vía 59 reclusos extranjeros; aunque es preciso considerar que los efectos de la última reforma todavía no han podido hacerse notar.

- Por lo que respecta al disfrute de libertad condicional en el país de origen, conforme al artículo 197 del Reglamento Penitenciario, el número de los excarcelados por esta vía permanece constante en los últimos años, sobre 400⁷.

- Tampoco ha experimentado incremento el número de penados extranjeros que son trasladados a su país de origen para seguir cumpliendo la pena impuesta en España, conforme al Convenio de Estrasburgo y otros Convenios Bilaterales. Concretamente, en 2005 se beneficiaron de esta medida, que exige la previa solicitud por parte del interesado, un total de 64; la inmensa mayoría trasladados a países de la Unión Europea.

- Por último, se ha producido un importante incremento de extradiciones a países de la Unión Europea debido a la aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega.

4. INTERVENCIÓN CON INTERNOS EXTRANJEROS

La actuación penitenciaria sobre los internos extranjeros se rige por el principio general de igualdad o no discriminación, como establece la Ley Penitenciaria en su artículo tercero, sin tener en cuenta la condición de extranjero para anudar a la misma consecuencias específicas en materia de régimen ni de tratamiento. No obstante, ha de tenerse en cuenta la regulación

⁷ Concretamente, en 2005 se concedió libertad condicional para disfrute en país de residencia a 434 y para su disfrute en España a 408 extranjeros. Otras formas generales de excarcelación: en libertad provisional salieron 5.401 extranjeros y otros 2.226 por extinción de condena.

que sobre los derechos y libertades de los extranjeros lleva a cabo la LO 4/2000, de 11 de enero, en su Título I. Así, en concordancia con el artículo 13.1 de la Constitución, la citada Ley proclama como principio general que *“los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”* (art. 3.1)⁸.

El Reglamento Penitenciario sí establece algunas actuaciones específicas con los internos extranjeros⁹. Téngase en cuenta que el Reglamento vigente fue aprobado en 1996, cuando ya parecía relevante el hecho de la mayor presencia de extranjeros en la población reclusa, como reconoce en su Exposición de Motivos, donde también afirma que se *“ha procurado incorporar las recomendaciones del Consejo de Europa relativas a los reclusos extranjeros”*. En este sentido, han de tenerse presentes los principios generales de actuación manifestados en la Recomendación 12-84 de este Consejo: *“Considerando el gran número de reclusos extranjeros y las dificultades que pueden hallar por factores como la diferencia de lengua, de cultura, de costumbre y de religión. Manifestando su deseo de reducir el aislamiento que pueden sentir y de facilitar su tratamiento con vistas a su rehabilitación social, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que, en su Derecho y en su práctica, se basen en los principios que se enuncian en el Anexo de la presente Recomendación”*. Resumidamente, el Consejo de Europa recomienda las siguientes medidas¹⁰:

a) Información a los extranjeros que ingresan en prisión en una lengua que entiendan y otras medidas tendentes a reducir los obstáculos lingüísticos y el aislamiento¹¹

⁸ Conforme a la doctrina del TC, los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son derechos de configuración legal, no obstante ha de producirse una completa igualdad entre españoles y extranjeros en respecto de los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.; existen otros derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio; por último, existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen). (STC 107/1984, de 23 de noviembre).

⁹ Información sobre derechos, obligaciones y aspectos penales relativos a su condición en un idioma de su comprensión (arts. 15 y 52); organización de las comunicaciones de forma que satisfagan las necesidades específicas de los reclusos extranjeros; comunicaciones con representantes diplomáticos (art. 49.3); medios adecuados para el aprendizaje del idioma castellano y lengua cooficial de la Comunidad Autónoma (art. 118.2); carácter prioritario de la formación básica de los internos extranjeros (art. 123.1); fomento de la colaboración de instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros (art. 62.4); posibilidad de que los penados extranjeros cumplan la libertad condicional en su país de residencia (art. 197.1); comunicación a la Autoridad gubernativa y al Ministerio Fiscal de la fecha de extinción de la condena de los penados extranjeros sujetos a la medida de expulsión (arts. 26 y 27); disponibilidad de publicaciones acreditadas en los idiomas extranjeros más usuales, en las bibliotecas de los centros (art. 127.3); respecto a las prácticas y preceptos religiosos de los extranjeros (art. 230).

¹⁰ En el mismo sentido la Recomendación Rec (2006)2, del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre las Reglas penitenciarias Europeas (arts. 37 y 38). También directrices en la misma línea por parte del Comité de Ministros de la Unión Europea.

¹¹ En la distribución de los internos extranjeros en los diferentes módulos de cada Centro penitenciario se ha de buscar un equilibrio entre los objetivos de permitir la estancia de los internos con otros de su misma

- b) Medidas tendentes a responder a necesidades educativas y sociales especiales y, en general, a facilitar su rehabilitación social.
- c) Medidas sobre formación del personal penitenciario en materia de extranjería.
- d) Ayuda por parte de las autoridades consulares.

En orden al desarrollo de actuaciones específicas en los Centros penitenciarios con internos extranjeros, convendría partir de un conocimiento suficiente sobre las características de dicha población. Sin ánimo de realizar aquí semejante y complejo cometido, sólo apuntaremos posibles criterios de diferenciación, desde la consideración de que no se trata de un colectivo uniforme sino muy diverso en cultura, tipología delictiva y situación social, familiar y legal.

A) En función del área cultural de procedencia, podemos diferenciar las siguientes zonas relevantes: América Latina (con un número aproximado de 4.500 internos); Unión Europea (sobre 2.000); Europa del Este (sobre 1.600); Magreb (sobre 5.500); África Subsahariana (sobre 900).

Para un conocimiento más preciso de la realidad, hemos realizado un cuestionario¹² sobre una muestra de 382 internos seleccionada al azar entre la población reclusa extranjera, excluidos los hispanohablantes y los comunitarios, por considerar que estos colectivos tienen, “a priori”, menos problemas para integrarse en la sociedad española. En base a las respuestas obtenidas, algunas de las características o perfil de los extranjeros representados por los encuestados sería el siguiente:

- Se trata de una población en su mayoría joven, soltera y que viene del norte de África (5500 proceden de Marruecos y Argelia). Con un nivel de estudios y una calificación laboral a menudo baja. Aunque un porcentaje importante tiene vinculación familiar (41%) sin embargo, son visitados con poca frecuencia, y un 67% por ciento no recibe ninguna visita.
- Su adaptación al Centro penitenciario parece buena (88%), manteniendo unas relaciones correctas con los funcionarios de los Centros. Buen comportamiento.
- Un porcentaje muy elevado habla castellano; sin embargo, un 15 por ciento no conoce nada de español y casi un 30 por ciento sólo logra entenderlo.
- Su participación en las actividades es aceptable; no obstante, sería necesario aumentar esa participación dado que todavía aproximadamente la mitad no realiza ninguna.
- Los internos del grupo de estudio se relacionan principalmente con los de su mismo entorno cultural.

nacionalidad, lengua, religión o cultura y favorecer la integración cultural, evitando la formación de guetos y prestando especial atención a indicios de posibles conflictos entre grupos de internos de diferente nacionalidad que, hasta ahora, han sido irrelevantes, por no decir inexistentes.

¹² Desde noviembre de 2004 hasta marzo de 2005 se reunió una comisión de forma periódica con el objetivo de elaborar un programa de intervención educativa con internos extranjeros, al que después aludiremos. Dicha Comisión estuvo formada por especialistas de Instituciones Penitenciarias en Pedagogía, Psicología, Sociología y Derecho. Esta comisión elaboró un cuestionario que fue cumplimentado en los Centros Penitenciarios y, posteriormente, llevó a cabo el análisis de los datos.

- No son consumidores de drogas (15,2% de consumidores frente a un 60% del total que manifiesta haber consumido drogas ilegales el mes anterior a su ingreso).
- Sólo el 2,4% se encuentran clasificados en tercer grado, frente a un 12,4% del total de los penados.

B) Extranjeros no residentes legalmente en España y extranjeros con autorización de residencia, incluidos los ciudadanos de la Unión Europea, es otra diferenciación a tener en cuenta por la repercusión que puede tener en el devenir del cumplimiento de la pena.

C) Desde una perspectiva criminológica, entre otras tipologías, es relevante diferenciar:

- Extranjeros que han venido a trabajar y, por los factores que sean, han cometido un delito.
- Extranjeros que han venido a España como correos de la droga.
- Pertenecientes al crimen organizado: grandes organizaciones de tráfico de drogas, de armas o de seres humanos; grupos organizados especializados en distintas actividades delictivas, con frecuencia violentas; bandas juveniles latinas. Respecto a todas estas formas de delincuencia organizada, en los Centros penitenciarios y en la Dirección General se lleva a cabo un control y seguimiento especial.

Volviendo a la intervención con internos extranjeros, su contenido o actuaciones específicas a llevar a cabo en los Centros penitenciarios se recogen, básicamente, en la nueva Instrucción en materia de extranjería. La necesidad de actualizar la anterior Instrucción del año 2001 era evidente por los cambios normativos y porque se consideraba conveniente ampliar los contenidos en materias como información y documentación al ingreso, informes sobre posibilidad de sustituir la pena por expulsión, autorización de trabajo a penados extranjeros en régimen abierto y en libertad condicional, traslado de penados extranjeros para cumplir condena en su país de origen, intervención educativa y ejecución de condenas impuestas por el Tribunal Penal Internacional.

En los apartados siguientes seguiremos la Instrucción¹³ 18/2005, de 21 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

4.1. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

Conforme a los artículos 15 y 52 del Reglamento Penitenciario y en la forma que se determina en la Instrucción citada, cuando ingresa en prisión, al extranjero se le informará:

1. Sobre sus derechos y obligaciones, régimen del establecimiento, normas disciplinarias y medios para formular peticiones, quejas y recursos, en un

¹³ En adelante denominaremos “Instrucción de Extranjería”.

idioma que comprenda. (A tal efecto, en el departamento de ingresos se dispone de folletos informativos en nueve idiomas, incluidos el árabe y el rumano). Si no fuera posible, se hará una traducción oral de su contenido por los funcionarios o internos que conozcan la lengua del interesado y, si fuese necesario, se recabará la colaboración de los servicios consulares.

2. Del derecho que tienen a que se ponga en conocimiento de las Autoridades diplomáticas o consulares de su país el ingreso en prisión y se les facilita su dirección y número de teléfono.

3. De la posibilidad de solicitar la aplicación de Tratados o Convenios Internacionales para el traslado a su país para seguir cumpliendo la condena, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes.

En aquellos supuestos, por otro lado frecuentes, en que el recluso extranjero se halle indocumentado, la Oficina de Régimen del Establecimiento penitenciario ha de proceder, en el plazo máximo de un mes desde su ingreso, a iniciar los trámites para la obtención de la documentación personal a través de las Autoridades Judiciales, Representaciones Diplomáticas y Comisarías Provinciales de Policía.

4.2. EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

La Administración penitenciaria no tiene competencia¹⁴ en materia de procedimientos y resoluciones de expulsión, pero ha de prestar la colaboración necesaria a las autoridades gubernativas y judiciales, además de informar y asesorar a los internos extranjeros.

Ya hicimos referencia a la relación entre política de extranjería y política criminal¹⁵, a continuación nos limitaremos a describir las clases de expulsión previstas respecto de los extranjeros imputados o condenados por la comisión de un delito, con algún comentario, por otra parte, breve si se tiene en cuenta la complejidad del tema.

¹⁴ Conforme al art. 55.2 LE, la competencia para la imposición de sanciones previstas en dicha Ley corresponde al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las CCAA uniprovinciales. La competencia para incoar el procedimiento sancionador se extiende también a diversas autoridades policiales (art. 115 RE). Aparte de otros preceptos legales y reglamentarios sobre colaboración y comunicación interorgánica, de modo específico, el art. 126 del RE establece la colaboración de otras Administraciones públicas en el procedimiento sancionador a solicitud del órgano instructor..

¹⁵ Algunos autores consideran la política criminal frente a los extranjeros como una manifestación más del nuevo modelo denominado “tolerancia cero” o “populismo punitivo”, incluso del “derecho penal de enemigo”. Respecto a la extendida valoración de la expulsión como un exceso punitivo, considero que debería tenerse en cuenta que, por una parte, la expulsión en la vía penal sólo puede aplicarse a extranjeros sin residencia legal y, por otra, al cumplir la condena serán expulsados por la vía administrativa. De esta manera, si la expulsión fuera un mayor perjuicio que el cumplimiento de la pena, se estaría castigando más al extranjero irregular que no comete delitos y se le expulsa que al extranjero, también en situación irregular, que por cometer un delito no es expulsado. Del mismo modo, constituiría un mayor castigo dejar que el extranjero irregular condenado cumpla toda la condena y después al finalizar el cumplimiento proceder a su expulsión.

1ª. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN PRISIÓN PREVENTIVA

Se trata de una expulsión administrativa pero con autorización judicial, regulada en el art. 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, del extranjero imputado por delito o falta con pena inferior a seis años y sometido a expediente de expulsión. Supone la renuncia al proceso penal y archivo de la causa al materializarse la expulsión.

Sólo queremos llamar la atención sobre dos puntos. En primer lugar la expresión “extranjero”, sin más, lleva a pensar que por esta vía podrían ser expulsados también los que tengan autorización de residencia temporal, salvo que se encuentren dentro de las excepciones previstas en el propio artículo 57 de la LE o que la expulsión afectara a derechos fundamentales. En segundo lugar, parece claro que el legislador quiere la expulsión salvo que el juez aprecie circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación; sin embargo, en la práctica, se podría decir que la regla general es la no expulsión.

Una vez recibida en el Centro penitenciario la autorización judicial de la expulsión, conforme a la Instrucción de Extranjería, se llevarán a cabo las siguientes actuaciones:

- *Se remitirá de forma inmediata copia de la resolución judicial a la Comisaría Provincial de Policía, así como fotocopias de la hoja de filiación y de la documentación del interno acreditativa de su identidad. En el supuesto de que el interno permaneciera indocumentado, se remitirán a dicha Comisaría las huellas dactilares y la fotografía.*
- *En el caso de que el interno tuviera otra u otras causas preventivas o penadas, se comunicará dicho extremo a la autoridad judicial que hubiera autorizado la expulsión y a la Comisaría Provincial de Policía. Así mismo, a la autoridad judicial de la que dependan la otra u otras causas se comunicará la resolución judicial autorizando la expulsión.*

2ª EXPULSIÓN JUDICIAL EN SENTENCIA PENAL O POR AUTO DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

En los artículos 89 y 108 del Código Penal se regulan tres supuestos de expulsión: a) sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años. b) Sustitución al acceder al tercer grado o al cumplir las $\frac{3}{4}$ partes de condena igual o superior a seis años. c) Sustitución de las medidas de seguridad que le sean aplicables¹⁶.

¹⁶ El régimen de expulsión por vía penal se ha visto sometido a importantes cambios por la LO 11/2003 que, siguiendo a Durán, pueden resumirse en los siguientes: La expulsión se convierte en regla para los no residentes; se añade la posibilidad de expulsar al acceder al tercer grado; la ley ya no hace referencia a que sea necesario oír previamente al penado; se excluye a los extranjeros no residentes la posibilidad de suspensión o sustitución de penas privativas de libertad previstas en los arts. 80, 87 y 88 del Código Penal; el período de no regreso a España se fija en 10 años (antes entre 3 y 10); se suprime la determinación de que se cumplirá la pena impuesta en el caso de que regresare antes de finalizar el

Requisito o ámbito de aplicación subjetivo es que el extranjero no resida legalmente en España. En consecuencia, por esta vía no se puede expulsar a los extranjeros que tengan autorizada residencia ni a los asimilados a dicha situación, como apátridas, refugiados y solicitantes de asilo, por una parte y nacionales de países miembros Unión Europea y otros países del espacio común europeo, por otra¹⁷.

La LO 11/2003 eliminó el carácter discrecional en la decisión judicial de sustituir la pena o parte de la misma por la expulsión: *serán sustituidas..., salvo que, excepcionalmente, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena*, dice ahora el artículo 89 del Código Penal.

Por tanto, la regla general, conforme a la voluntad del legislador, tendría que ser la expulsión del penado extranjero no residente legalmente en España; sin embargo en la práctica no es así. Podríamos decir que la imperatividad de la expulsión es sólo aparente por las excepciones que a continuación veremos¹⁸.

- La naturaleza del delito como excepción a la expulsión

Dice el artículo 89.1 CP: *“...salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”*. Y, específicamente, en el apartado 4 del citado artículo: *“Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal”*.

Corresponde a la jurisprudencia determinar qué delitos son de tal naturaleza que justifiquen la no expulsión; pero, a tenor de la literalidad del precepto, no debería extenderse tanto como para convertir en regla lo que califica de excepcional la propia ley. Puede servir de orientación la Circular de

período de expulsión. (Durán, I. *El extranjero delincuente “sin papeles” y la expulsión a propósito de la STS 8-7-2004*. Revista de Derecho Penal y Criminología. UNED. Enero 2005).

¹⁷ A los primeros, aparte de las disposiciones específicas de la LE, se les aplica la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado y a los segundos la normativa comunitaria, cuya transposición al Derecho español se realizó a través del R.D. 178/2003, de 14 de febrero. Según señala Fernández Arévalo, *el criterio que se sigue, tratándose de extranjeros nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, es de no aplicación de la sustitución de la pena por su expulsión y, por tanto el cumplimiento de la pena. Pudiendo solicitar acogiéndose a los instrumentos internacionales existentes su cumplimiento en el Estado del que sean nacionales. Procediendo en casos puntuales su expulsión, por razones de orden público, o de seguridad pública al amparo del artículo 16 del R.D. 178/2003, de 14 de febrero, sobre la Entrada y Permanencia en España de nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico*. (Fernández Arévalo, L.: *Derecho Penal y Penitenciario de Extranjería*, ponencia presentada en el seminario permanente sobre migraciones y extranjería, 15 diciembre de 2005).

¹⁸ *Más de un año después de su entrada en vigor la autoridad judicial ha configurado tantas excepciones a la expulsión que, unido a la dificultad de hacer efectivas las expulsiones por problemas a la hora de documentar a los extranjeros expulsados, han determinado que la regla general sea la excepción*. (Lafont, L. *Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal*. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Noviembre de 2005).

la FGE 3/2001, de 21 de diciembre: *En relación con las condenas por delitos graves, se ponderarán las circunstancias concurrentes en cada caso, tomando en consideración especialmente la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia bien por su gravedad intrínseca –Vg. tráfico de drogas, agresiones sexuales- bien por las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos –grupos de delincuentes organizados, bandas armadas, etc.-, bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima –menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento- No obstante, cabe hacer dos observaciones:*

En primer lugar, la Circular citada es anterior a la reforma del art. 89 CP operada por la LO 11/2003, cuando la decisión judicial sobre expulsar o no era discrecional. En segundo lugar, no parece convincente que el delito de tráfico de drogas, en general, pueda incluirse en la excepción de “naturaleza del delito” prevista por la ley, pues entonces la expulsión no sería la regla sino la excepción. Así nos parece porque ese delito lo cometen el 40% de los extranjeros encarcelados. Sería preciso diferenciar los supuestos del tipo básico (art. 368 CP) y autor primario, de los supuestos calificados como tipos agravados o siendo reincidente el autor, reservando para estos segundos la justificación del cumplimiento de la pena.

- Posible afectación de derechos fundamentales:

La expulsión podría afectar a derechos fundamentales como el derecho a la vida familiar¹⁹, peligro para la vida, riesgo de ser sometido a tortura o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, etc. Es la posición adoptada por el Tribunal Supremo en su importante Sentencia de 8 de julio de 2004, que, aparte de cuestionar la constitucionalidad del art. 89 CP reformado, viene a introducir de nuevo cierta discrecionalidad por parte del Tribunal sentenciador a la hora de acordar o no la expulsión²⁰. *Sería imprescindible, dice el Tribunal, ampliar las excepciones de la expulsión, incluyendo la necesidad de ponderar las circunstancias personales del penado, como arraigo y vinculación familiar o que pueda correr peligro su vida o ser objeto de tortura.*²¹

¹⁹ Interesante el artículo sobre este tema de González López, R.: *Régimen jurídico de la reagrupación familiar*. En Diario Jurídico Aranzadi, 25 de junio de 2002.

²⁰ En relación con esta sentencia, Paz Rubio llega a la siguiente conclusión: *Ahora el Tribunal Supremo, prácticamente, con su interpretación ha tenido que corregir al legislador y volver prácticamente a los resultados de la redacción anterior...con lo que para no convertir a los tribunales en legisladores. Se necesita una reforma urgente de ese artículo 89, que tenga en cuenta la interpretación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.* Cita tomada del artículo de M^a Elena Torres: *La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario a la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003.* En Revista Poder Judicial, nº 76, 2004.

²¹ *El TEDH en su Jurisprudencia argumenta en contra de la expulsión que haya motivos considerables para creer que el extranjero, de ser expulsado al país de destino, corre el riesgo de que su vida sufra peligro de muerte, tortura, tratos degradantes, por tratarse de supuestos contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. También el derecho a la vida familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio que, conforme al citado Tribunal, no puede ceder ante exigencias de mero orden público, convirtiendo a la expulsión en una medida desproporcionada* (tomado de Fernández Arévalo, L. op. cit.).

- La expulsión podría ser contraria a los principios y fines de la política criminal

Ya nos hemos referido a esta posible contradicción. De esta manera, en numerosas Sentencias se motiva la no sustitución de la pena por expulsión porque resultaría contraria al principio de igualdad o supondría reforzar la impunidad y anular los efectos preventivos del cumplimiento de la pena. Así, en la STS 1249/2004, de 28 de octubre, se manifiesta que *“cinco meses de prisión no son suficientes para cumplir el efecto disuasorio que se pretende con la pena, por lo que no cumplida ni siquiera la mitad de la condena no cabe su sustitución por la expulsión, sin perjuicio de que, transcurrido ese período de tiempo, se solicite de nuev”*.

Estas consideraciones sobre posibilidad de una revisión posterior y de verse satisfechos los fines retributivos o preventivos de la pena con el transcurso del tiempo de cumplimiento, nos lleva a la cuestión de si es o no contrario a la ley decidir de nuevo sobre la expulsión en fase de ejecución, teniendo en cuenta que el artículo 89 del Código penal dice *“...serán sustituidas en la sentencia...”*. Tanto la doctrina²² como la jurisprudencia dan una respuesta afirmativa y, de hecho, un buen número de las expulsiones por vía penal se acuerdan a través de Auto durante el cumplimiento de la pena²³.

Actuaciones en el ámbito penitenciario

Conforme a la Instrucción de Extranjería vigente, examinados en el testimonio de sentencia los motivos de la no sustitución de la pena por expulsión, se seguirán las siguientes actuaciones en los Centros penitenciarios:

1. Tratándose de penas inferiores a seis años, se remitirán al Tribunal Sentenciador, una vez cumplida la mitad de la condena, informe penal-penitenciario del interno y, en su caso, social, así como la solicitud de éste si la hubiera presentado, interesando la posibilidad de sustituir el resto de la pena por la expulsión, dado que con el tiempo de condena cumplido pueden haberse satisfecho las distintas funciones o fines de la pena.

2. Por los mismos motivos, en penas iguales o superiores a seis años, se remitirán los informes anteriormente señalados y la solicitud del interno, en su caso, al Tribunal Sentenciador y al Ministerio Fiscal, bien tres meses antes del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, bien una vez haya sido clasificado en tercer grado.

No procederá llevar a cabo estas actuaciones cuando se trate de penados extranjeros condenados por alguno de los delitos previstos en el

²² Con el nuevo artículo 89 CP el cauce natural para la expulsión es la sentencia. No obstante, no existe ninguna prohibición expresa para proceder por esta vía, por lo que, entendemos no deben asumirse interpretaciones maximalistas, formalistas y rigurosas que no aportan ningún beneficio y por el contrario encorsetan más de lo razonable una alternativa a la pena privativa de libertad que pueda ser beneficiosa tanto para el Estado como para el propio penado. (De la Rosa, J.M. op. cit.).

²³ En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2004 se manifiesta que se debe admitir esta posibilidad en la práctica y que, en todo caso, debería modificarse el art. 89 CP, a fin de que recoja la posibilidad de sustituir la pena por expulsión durante la fase de ejecución de la condena.

artículo 89.4 del Código Penal. Tampoco procederá cuando el penado se encuentre en situación de residencia legal o en condiciones de obtener dicha residencia.

Ejecución de la expulsión y efectos de la imposibilidad de hacerse efectiva

La LO 19/2003, de 28 de diciembre, de modificación de la LO del Poder Judicial, determina que *“la expulsión acordada deberá hacerse efectiva en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada. Hasta tanto se materialice la expulsión, se ejecutará la pena originariamente impuesta”* (DA 17^a).

Conforme a la Instrucción de Extranjería de la DGIP, en el caso de que el penado tuviera otra u otras causas preventivas o penadas, se comunicará tal circunstancia al Tribunal sentenciador que hubiera acordado la expulsión y a la Comisaría Provincial de Policía.

Por su parte, en el último inciso del apartado primero del artículo 89 CP se establece que en el supuesto de que la expulsión no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena impuesta.

3ª EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA UNA VEZ CUMPLIDA LA CONDENA

Supuesto regulado en el artículo 57.2 de la LE: *“Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”*.

Las críticas a este precepto han sido prácticamente unánimes, las más habituales por su automatismo, posible vulneración del principio *“non bis in ídem”* y por su efecto perverso sobre los extranjeros con residencia legal que cometen un delito²⁴.

²⁴ En palabras del Fiscal Fernández Arévalo (op. cit.), *es frecuente que al extranjero sin asistencia letrada se le comunique el decreto de expulsión tras el cumplimiento de la pena, en el momento en que el interno efectúa la salida del Centro Penitenciario, a fin de llevar a efecto su inmediata ejecución. Tratándose de una expulsión decretada al amparo del artículo 57.2 LOEX, al ser el procedimiento a seguir el ordinario, el artículo 141.7 RLOEX concede un plazo de 72 horas para su salida voluntaria de España: motivo por el que si se detiene al extranjero a la salida del centro penitenciario para materializar su expulsión, sin tener en cuenta el plazo de 72 horas que confiere la ley para la salida voluntaria, cabría la interposición de un “habeas corpus” ante el correspondiente Juez de Instrucción. También se critica el automatismo del precepto y se propone de “lege ferenda” que se deje abierta la posibilidad de regularización de penados extranjeros respecto de los que conste un pronóstico favorable de la vida en libertad respetuosa de la ley penal, formulado por la Junta de Tratamiento al amparo del artículo 67 de la LOGP, por considerar que en dichos supuestos la causa de expulsión carecería de fundamento.*

Por otra parte, se considera que el artículo 57.2 LOEX vulnera el principio “non bis in ídem”, aunque esta vulneración no sea acogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, dado que se impone una

Ciertamente dice “extranjero” sin más y, por tanto, cabe incluir a los que se encuentren en situación de residencia legal. Se produce así un efecto perverso: al extranjero sin residencia legal se le sustituye la pena por la expulsión; al residente legal no se le sustituye, cumple la pena y, una vez cumplida, la ley establece que sea expulsado. En otras palabras, hay un plus de castigo para el extranjero residente legal que después de cumplir la pena es expulsado.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que en los apartados 5 y 6 del mismo artículo de la LE se excepciona la expulsión para una serie de situaciones y en el artículo 31.4 del mismo texto legal se establece que *“se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena”*.

Conforme al artículo 151.4 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 y, en parecidos términos, el artículo 26 del Reglamento Penitenciario, *“los Directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a la Comisaría Provincial de Policía respectiva de su demarcación, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a una año, a los efectos de que, en su caso, se proceda a su expulsión”*.

4.3. TRABAJO EN EL EXTERIOR DE PENADOS EXTRANJEROS EN RÉGIMEN ABIERTO O LIBERTAD CONDICIONAL

La problemática en torno al trabajo de los penados extranjeros en el exterior de los Centros penitenciarios tiene su origen, como decíamos al principio, en la falta de coordinación entre las normas penitenciarias y las de extranjería. Por una parte, la Constitución y la Ley Penitenciaria reconocen el derecho al trabajo de los penados sin diferenciar por la condición de su nacionalidad. Por otra parte, las distintas normas de extranjería que se han ido aprobando siempre se olvidaron de la situación y del trabajo de los extranjeros que se encuentran cumpliendo condena, tiempo en el que se ven “legalmente obligados” a permanecer en nuestro país²⁵; es más, exigen como requisito para autorizar la residencia temporal y el trabajo que el extranjero carezca de antecedentes penales.

expulsión administrativa por unos hechos que ya habían sido castigados vía penal. De todas formas sigue pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al reseñado artículo.

²⁵ Según Martínez, P.M., *nadie duda de que el extranjero detenido, preso o penado, tiene la obligación de permanecer en España a disposición de la autoridad judicial, por lo que su estancia en nuestro territorio no puede considerarse irregular; y el extranjero que se encuentra en prisión, conforme a la legislación penitenciaria, tiene derecho a un trabajo remunerado en igualdad de condiciones que el resto de los internos. (El Derecho de Extranjería en la Institución Penitenciaria. En Boletín de la Asociación de Técnicos de II.PP., nº 2, año 2005).*

Las autorizaciones para trabajar a penados extranjeros en el exterior de los Establecimientos se venían concediendo al amparo del artículo 66.5 del anterior Reglamento de Extranjería: *“Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones podrá conceder validez de permiso de trabajo a aquellos documentos oficiales o privados que reúnan las condiciones que se determinen”*. Pues bien, dentro de tales documentos se incluyeron las resoluciones de clasificación en tercer grado y de concesión de libertad condicional.

Al entrar en vigor el nuevo Reglamento de Extranjería, en febrero de 2005, se paralizaron dichas autorizaciones de trabajo, hasta que el Consejo de Ministros, celebrado el día 1 de julio de ese mismo año, acordó aprobar las *Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales por parte de los internos extranjeros*. (En base a lo previsto en la DA Primera del R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el citado Reglamento).

Por lo que se refiere a la autorización de trabajo en régimen abierto y en libertad condicional, la Segunda de las Instrucciones del Acuerdo citado exige, además de las resoluciones que acrediten esa situación penitenciaria, que el penado extranjero reúna una de las siguientes condiciones:

** Encontrarse en la situación de residencia o en la de estancia por estudios, en el momento de producirse la condena.*

** Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de clasificación en tercer grado o de concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. De forma resumida, son los siguientes:*

a) Supuestos de arraigo laboral, familiar o social.
b) Supuestos de protección internacional (asilo y personas desplazadas).
c) Por razones humanitarias (víctimas de determinados delitos, enfermedad sobrevenida de carácter grave, peligro para su seguridad o la de su familia).

d) Extranjeros que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales.

** Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de clasificación en tercer grado o de libertad condicional, en uno de los supuestos para la obtención de una autorización de residencia permanente.*

** Los extranjeros a quienes se hubiera autorizado a trabajar al amparo del artículo 66.5 del anterior Reglamento de Extranjería, podrán volver a ser autorizados a trabajar siempre y cuando subsistan las condiciones que motivaron en aquel momento la concesión.*

4.4 CUMPLIMIENTO DE CONDENA O DE LIBERTAD CONDICIONAL EN EL PAÍS DE ORIGEN

1º *Traslado de personas extranjeras condenadas a sus países de origen, para continuar cumpliendo su condena.*

Como se afirma en la Instrucción de Extranjería, el cumplimiento de condena en el propio país, conforme al Convenio de Estrasburgo -Consejo de Europa, 1983- y a otros Convenios o Tratados bilaterales²⁶ en esta materia, tiene como fin principal favorecer la reinserción social, sin olvidar el efecto humanizador en la ejecución.

No es el lugar de examinar los requisitos, el procedimiento y los sistemas de ejecución de la condena en el Estado de cumplimiento, establecidos en los citados Convenios. Sólo apuntar dos problemas que se dan en la práctica. En primer lugar, como es sabido, el traslado es a petición del propio penado y resulta que no constituye una vía atractiva para la mayoría de los extranjeros. En segundo lugar, el procedimiento es largo y algunos países muestran una lentitud excesiva en las actuaciones que les corresponde para materializar el traslado. De esta manera, el tiempo medio es de al menos un año, desde que el penado solicita ser trasladado hasta el momento en que se materializa. Recientemente se han mantenido reuniones de trabajo con la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional con el objeto de simplificar los trámites que corresponde realizar a la Administración penitenciaria y cuyo resultado se recoge en la nueva Instrucción de Extranjería.

2º.- *Cumplimiento de la libertad condicional en su país de residencia.*

Esta vía de excarcelación sólo está prevista en el Reglamento Penitenciario, concretamente en su artículo 197 donde se establece que *“en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al JVP su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquel pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute en el país fijado”*.

Algunos Jueces de Vigilancia han señalado que este precepto podría infringir el principio de legalidad al tratarse de una disposición reglamentaria “ex novo”, sin cobertura en la regulación de la libertad condicional por el Código Penal²⁷. Sin embargo, para la mayoría no hay tal objeción de legalidad por cuanto la ley no dice dónde ha de disfrutarse dicho beneficio y cumplir ese

²⁶ Al Convenio nº 112 del Consejo de Europa –Convenio de Estrasburgo- se han adherido 44 países miembros y otros 14 no miembros de dicho Consejo. Por otro lado, España ha firmado Convenio o Tratado bilateral con otros 20 Estados, entre los que se incluye Egipto, Marruecos, Rusia y Tailandia, el resto son sudamericanos.

²⁷ Algo similar ocurría con el artículo 60 del Reglamento Penitenciario de 1981 que establecía la posibilidad de conceder la libertad condicional por razones humanitarias a septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables sin el requisito del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. El Código Penal de 1973, entonces vigente, no preveía esa posibilidad al regular la libertad condicional, que después fue recogida por el Código Penal de 1996.

período de tiempo en el país de origen o residencia puede entenderse como la regla de conducta de residir en el lugar que el Juez de Vigilancia determine, conforme al artículo 90.2 del Código Penal.

En cualquier caso, se puede considerar que esta vía de excarcelación de penados extranjeros, de libertad condicional sólo tiene el nombre y, en caso de comisión de nuevo delito, probablemente no será posible su revocación; si bien, ésta tendrá lugar si el extranjero regresa a España antes de la fecha de cumplimiento definitivo de la condena. En otras palabras, materialmente, se trata de una libertad definitiva anticipada, que viene a suplir la decisión del Tribunal sentenciador de no aplicar la expulsión al acceder al tercer grado o al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, incluso previa solicitud del propio penado. Por tanto, habría sido más congruente atribuir la competencia de la expulsión en fase de ejecución al Juez de Vigilancia y dejar el beneficio de la libertad condicional para los extranjeros que tengan la voluntad y la posibilidad de disfrutarla en España. No obstante, mientras permanezca la regulación penal como está ahora, me parece justa la vía del artículo 197 del RP porque, de esa manera, los extranjeros que no pueden acceder al trabajo o no tienen medios de subsistencia o quien los acoja en España, estarían avocados a cumplir toda la pena y después ser expulsados.

Una segunda cuestión controvertida y, generalmente, valorada como desafortunada, se refiere al ámbito de aplicación del artículo 197 del RP, que se reduce a los “extranjeros no residentes legalmente”, es decir, el mismo que el del artículo 89 CP. En la práctica, muchos Jueces de Vigilancia no tienen en cuenta la situación administrativa del penado extranjero a la hora de conceder la libertad condicional para disfrutarla en su país de residencia. De todas formas, no parece que tenga sentido que se limite dicha vía de excarcelación a los extranjeros no residentes legalmente que, precisamente, son los que puede expulsar el Tribunal sentenciador en forma de libertad definitiva más acorde con la realidad que la libertad condicional.

Son los extranjeros con residencia legal o asimilados los que, si así lo desean, deberían beneficiarse de la libertad condicional en su país, especialmente si allí hay compromiso de seguimiento de las medidas que pudieran imponerse. Como están excluidos de la expulsión del art. 89 CP pero no de la del 57.2 LE, se daría la posibilidad de evitar casos injustos al no ser expulsados como sustitución de la pena y serlo una vez cumplida la misma. Además, sería una solución más adecuada para los extranjeros que aún con residencia legal, por haber cambiado sus circunstancias o por la razón que sea, prefieran volver a vivir en su país y, lógicamente, cuanto antes lo hagan, mejor para su reinserción, pasando la libertad condicional en el lugar donde va a fijar la residencia.

4.5. INTERVENCIÓN EDUCATIVA CON INTERNOS EXTRANJEROS

El tratamiento penitenciario es un derecho de todas las personas que se encuentran en prisión y es el instrumento principal de la Administración penitenciaria para cumplir el mandato constitucional de facilitar la reinserción

social. El Reglamento Penitenciario de 1996 ha desarrollado esta parcela primordial de la actividad penitenciaria, a mi modo de ver, de forma muy positiva, estableciendo un modelo integral psicoeducativo y social y diferenciando entre programas generales, destinados a todos o a la mayoría de los internos, y programas específicos, para determinados grupos.

Pues bien, los internos extranjeros tienen el mismo derecho y en las mismas condiciones que los nacionales a acceder a cualquier programa de tratamiento. Puede suceder que vean limitada esa posibilidad por desconocimiento del idioma, limitación que puede y debe solucionarse en breve tiempo, o por su situación jurídica en lo que respecta al acceso al trabajo en el exterior de los Centros penitenciarios. También los extranjeros que van a ser expulsados o que pueden ser expulsados al finalizar su condena pueden beneficiarse de los programas de intervención, puesto que, la reinserción social, como final de un proceso, se produce al salir en libertad y tanto puede ser en España como en su país de origen.

Como venimos diciendo, los internos extranjeros pueden acceder, de acuerdo a sus características personales y a la programación individualizada por parte de la Junta de Tratamiento, tanto a los programas generales de formación, cultura, deporte, trabajo en el interior de los establecimientos, salidas programadas y asistencia social, como a los programas específicos, tales como prevención de suicidios, tratamiento de drogodependencias, psicoterapia, programas de intervención con internos maltratadores, agresores sexuales, discapacitados, en régimen cerrado, jóvenes, madres con niños, terapia asistida por animales, etc.

Por lo que se refiere a extranjeros, sólo nos referiremos a la intervención educativa porque consideramos que en esta parcela del tratamiento pueden existir necesidades y plantearse actuaciones específicas respecto a estos internos.

A principios del año 2005, formamos una comisión integrada por Pedagogos, Psicólogos, Sociólogos y Juristas de Instituciones Penitenciarias para estudiar este tema. El primer punto de debate giró sobre la cuestión de si era necesario o no desarrollar programas educativos específicos para los internos extranjeros. La conclusión fue la siguiente: *Existen razones empíricas y normativas²⁸ para prestar una especial atención a la intervención educativa con internos extranjeros*. Dicha intervención tendría como principios básicos o rectores los siguientes:

- Uno de los elementos más importantes del tratamiento penitenciario lo constituye la educación entendida en un sentido integral. Pues bien, las carencias educativas, frecuentes en la población penitenciaria nacional, pueden ser más acusadas o diferentes en algunos grupos de internos

²⁸ Ya hicimos referencia a las recomendaciones del Consejo de Europa, a las Reglas Penitenciarias Europeas y al Reglamento Penitenciario. Además, en la Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, celebrada en Helsinki en abril de 2005, se trató la cuestión de programas especiales de reinserción para grupos de infractores que presentan determinadas características, como son los jóvenes, los grupos étnicos, los toxicómanos o los inmigrantes.

extranjeros y, en consecuencia, dificultar con mayor intensidad su integración en la sociedad y en los Centros penitenciarios, especialmente si desconocen el idioma y su cultura muestra diferencias esenciales con la propia del país que les ha acogido.

- Los reclusos extranjeros han de tener las mismas oportunidades de acceso a los programas de tratamiento, de tal manera que la intervención específica sólo pretende servir de complemento a los mismos.
- Constituyen instrumentos básicos para la comunicación y la integración social el aprendizaje del idioma español y los estudios de Educación primaria. Es preciso atender a posibles dificultades específicas por parte de determinados grupos de extranjeros en el seguimiento de las clases y orientar los contenidos didácticos en la dirección de facilitar la comprensión del acervo histórico y cultural de la comunidad de residencia.
- No es eficaz ni legítimo pretender la asimilación de los extranjeros que niega el derecho a la propia identidad cultural. Por el contrario, es preciso favorecer su integración social, desde la consideración de que la diversidad cultural no es un fenómeno social negativo sino enriquecedor. Identificar y eliminar comportamientos y actitudes discriminatorias o xenófobas y trabajar por el conocimiento y tolerancia de las distintas culturas es el mejor camino para reducir los conflictos que pudieran derivarse de la diversidad étnica o cultural.
- Respetar la diversidad cultural, los diferentes valores, religiones, normas y costumbres, no significa aceptar manifestaciones externas contrarias a los derechos fundamentales o a los valores superiores proclamados en la Constitución. Formar en estos valores y en el respeto a los derechos humanos es legítimo y necesario para una convivencia en paz de todos los ciudadanos, sean nacionales o extranjeros.

En septiembre de 2005, se remitió a los Centros penitenciarios el “plan marco de intervención educativa con internos extranjeros” presentado por la comisión citada. Contiene tres programas específicos con carácter flexible y abierto y con técnicas y actividades diversas, pero con la misma finalidad. Su finalidad es contribuir al desarrollo personal y a la integración de los internos extranjeros en una sociedad democrática, tolerante y pacífica, así como facilitar la convivencia ordenada en prisión, creando espacios de entendimiento en las relaciones interpersonales.

1º. Programa de idioma y educación primaria

Todos los extranjeros que desconozcan el idioma español, sean analfabetos o no tengan los estudios primarios, deben asistir a las correspondientes actividades escolares prioritariamente sobre otras actividades. El primer objetivo es eliminar la barrera del idioma, obstáculo para la comunicación y el entendimiento, constituyendo un paso fundamental para su posterior derivación hacia otro tipo de actividades.

2º. Programa de formación multicultural y en derechos humanos

Se desarrolla a través de tres áreas de actividad:

- Información jurídica y valores democráticos

La intervención en el campo de los valores es un tema polémico. Por ello, se advierte que, en los programas que se proponen -siempre de carácter voluntario-, no se pretende ir más allá de lo que se realiza en los procesos educativos en otras instituciones y de lo que establece la Constitución al proclamar, en su artículo 27, que todos tienen derecho a la educación y que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

- Grupos de intervención cultural y mediación socio-cultural²⁹
- Actividades interculturales abiertas a todos los internos del Centro.

3º. Educación en valores y habilidades cognitivas

Resumiendo las explicaciones que sobre este programa se ofrecen en el documento del plan de intervención, se considera importante precisar qué es lo que no se busca: No se pretende inculcar unos valores culturales en detrimento de otros, ni imponer posturas ideológicas; no sólo porque no resulta ético, sino también porque no es efectivo. Nuestro mundo es una suma de culturas y los valores que se consideran correctos para un grupo pueden no serlo para otro. No obstante, ha de defenderse la existencia de valores universales que todos los individuos deberíamos asumir, como el respeto por las ideas y los sentimientos de los demás. Tener en cuenta al otro y respetar su punto de vista es necesario para

²⁹ El Consejo de Europa considera la educación multicultural como la opción adecuada de una sociedad humanista. Entre sus principios pedagógicos cabe destacar:

- Formación en la escuela y en la sociedad de los valores humanos de igualdad, respeto, tolerancia, pluralismo y cooperación.
- Reconocimiento de las diversas culturas y lenguas.
- Lucha contra toda manifestación de racismo o discriminación y superación de prejuicios y estereotipos.
- Incremento de la interacción social entre personas y grupos culturalmente distintos.

Por lo que se refiere a la mediación intercultural en el informe sobre Italia que presenta el Proyecto Aria, citado al principio, se señala que el artículo 35.2 del Reglamento –modificado en el año 2000- se introduce la figura del mediador cultural y que *resulta particularmente interesante la posibilidad de formar en el futuro detenidos extranjeros como mediadores culturales en el interior del mundo penitenciario. Es el caso del proyecto “Nimrod” que se desarrolló entre el 1999 y el 2000 en las dos cárceles de Milán, S. Vittores y Opera. Un proyecto dirigido a agentes de la policía penitenciaria y a detenidos extranjeros. El proyecto fue financiado gracias a la utilización de recursos del Fondo Social Europeo, destinados por el Ministerio de Asuntos Sociales. Se realizaron una serie de actividades formativas con la posibilidad que al final del curso algunos detenidos asumieran, en la cárcel, el papel de mediador cultural en las dependencias de la Administración Penitenciaria.*

vivir sin conflictos. Mediante técnicas diversas que se irían desarrollando a lo largo de las sesiones, se propone plantear cuestiones que estimulen a los internos a reconsiderar su punto de vista y a aceptar que existen perspectivas distintas a la suya. El fin último es la defensa de los derechos fundamentales de todos los hombres y la promoción de la tolerancia, entendida como el respeto a las creencias y prácticas del otro, la defensa del derecho a la libre expresión de las opiniones y modos de vida respetuosos con los valores humanos comunes, aunque no sean compartidos.

En el plan de intervención educativa se describen objetivos concretos, técnicas³⁰ y modelos de actividades para cada uno de los programas citados. Su desarrollo corresponde a un equipo multidisciplinar, dirigido por el Subdirector de Tratamiento del Centro penitenciario e integrado por uno o varios Maestros, Pedagogo, Psicólogo, Educador y Trabajador Social. Para una ejecución más eficaz de los programas es necesaria una acción formativa continuada de los funcionarios en temas de extranjería y en técnicas de intervención. El año pasado se realizaron cursos para Juristas, Psicólogos, Pedagogos y Educadores que para el presente año se tiene previsto repetir.

No obstante, tanto porque los medios de la Institución penitenciaria pueden no ser suficientes como por su carácter enriquecedor, se considera necesario contar con la colaboración de otras instituciones y asociaciones. Se trata, en este sentido, de cumplir el mandato del Reglamento Penitenciario en su artículo 62.4 : *“La Administración penitenciaria fomentará, especialmente, la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso, a través de las Autoridades consulares correspondientes”*³¹.

³⁰ Dinámicas grupales, discusión y argumentación, entrenamiento de habilidades cognitivas diversas, clarificación de valores, análisis de textos para educación en valores y discusión de dilemas morales.

³¹ En el escrito de remisión a los Centros Penitenciarios del Plan Marco de Intervención Educativa con Internos Extranjeros por parte de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria se indica la necesidad de obtener la mayor colaboración posible de otras instituciones y asociaciones, concretamente:

- Aprovechar la relación existente con las Consejerías de Educación e iniciar contactos solicitando medios y actuaciones de las correspondientes de los Servicios relativos a Inmigrantes en las instituciones locales y otras Consejerías de la Comunidad Autónoma.
- Mantener entrevistas periódicas con los Consulados, con el doble objetivo de lograr mayor implicación en documentación de internos extranjeros indocumentados y en ayuda y colaboración en programas de intervención con los internos de su país.
- Fomentar la participación en la intervención con internos extranjeros de las organizaciones no gubernamentales, de modo especial mantener contactos para dicho fin con los representantes de las asociaciones de inmigrantes pertenecientes al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.