

COMUNICACIÓN SOBRE POSIBLES ESTRATEGIAS ANTE LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO NO COMUNITARIO QUE HA TRABAJADO DURANTE SU ESTANCIA EN PRISIÓN, EN EL CENTRO, EN TERCER GRADO O EN LIBERTAD CONDICIONAL.

PROBLEMA.-

Los extranjeros no comunitarios que cumplen condena en Centro Penitenciario (bien en régimen ordinario, tercer grado o libertad condicional) se encuentran con su inmediata expulsión una vez cumplen condena. Tan inmediata suele ser esta expulsión que, la mayor parte de las veces, a internos que se encuentran cumpliendo en el Centro Penitenciario, la policía los está esperando en la puerta para proceder a su expulsión (bien por ya existir acuerdo de expulsión o bien para abrirle un procedimiento preferente y, sin solución de continuidad y en menos de 72 horas, acordar una resolución de expulsión firme y, por lo tanto, inmediatamente ejecutable).

Advertimos que no nos vamos a ocupar de las expulsión judicial que contempla el Código Penal. Centramos el caso a tratar en los internos extranjeros no comunitarios que durante el cumplimiento de su condena se encuentran trabajando y con posibles derechos al final de su trabajo a la protección contributiva por desempleo (no debemos confundir esta protección con la que se reconoce a los internos en general por el cumplimiento de la condena que, a los efectos que tratamos resulta intrascendente).

SITUACIÓN.-

El interno extranjero no comunitario que hubiere sido condenado a una pena por delito doloso superior a un año de privación de libertad (art. 57.2 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, con una última modificación de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, a partir de ahora L.O. 4/2000), podrá ser expulsado previa tramitación del expediente. Debemos advertir que no se trata de una conducta tipificada en la L.O. 4/2000 como infracción de alguno de sus artículos 52 a 54, sino de una expulsión diferente y contenida en el artículo 57.2 de la citada ley, la cual deber tramitarse en el procedimiento de extranjería por el denominado ordinario.

Asimismo, existe otro bloque de extranjeros no comunitarios que pudieron haber sido sancionados con la expulsión por incurrir en alguna de las conductas que el artículo 54 o el 53, letras a), b), c), d) y f) de la L.O. 4/2000 recoge como susceptibles de imposición de la expulsión en vez de multa pecuniaria (en estos casos lo habitual es la utilización del procedimiento administrativo preferente que se traduce en plazos muy breves).

Como podemos comprobar la primera situación se produce por disposición del artículo 57.2 de la L.O. 4/2000, y, el segundo grupo citado ya está incardinado en la tipificación de infracciones de la misma ley. No es motivo de la presente comunicación la valoración y estudio que podría merecer el artículo 57.2 en cuanto a naturaleza, prescripción, etc.

En la actualidad, los extranjeros que inicialmente no podrían trabajar, son admitidos en puestos de trabajo en virtud de una previsión del actual Reglamento de desarrollo de la L.O. 4/2000 (R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre), en su disposición adicional primera, apartado 4º, donde establece la posibilidad de que el Consejo de Ministros puedan dictar autorizaciones que determinen la concesión de autorizaciones de residencia temporales y/o trabajo; así el Consejo de Ministros empleó esta potestad procediendo, el uno de julio de 2005 a dictar el *“Acuerdo por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales por parte de los internos extranjeros en los talleres productivos de los centros penitenciarios, y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional”* (por la dificultad que podría ofrecer la obtención de este acuerdo, se acompaña a la presente fotocopia del mismo). De esta forma, un extranjero no comunitario penado puede trabajar a pesar de que no pudiera hacerlo si no estuviese penado.

Es obligado citar, como documentación de interés, la Instrucción 18/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (que se puede obtener, entre otros sitios, en <http://www.derechopenitenciario> del M.I. Colegio de Abogados de Pamplona).

POSIBLE ESTRATEGIA PARA IMPEDIR LA EXPULSIÓN.-

Cuando a un extranjero no comunitario que tenga una resolución administrativa de expulsión, o que le aperturen un procedimiento administrativo de expulsión, bien por haber cometido un delito doloso de pena privativa de libertad superior a un año o bien por otro motivo, debemos

comprobar los siguientes extremos (artículo 57 de la L.O. 4/2000):

1º. Que no sea una infracción administrativa por haber participado en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden públicos previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (algunas de estas situaciones podrían implicar la expulsión incluso de un extranjero comunitario).

2º. Que no suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción administrativa de la misma naturaleza sancionable con la expulsión.

3º.- Que no hubiera sido condenado penalmente por una conducta tipificada como delito en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal.

4º. Que reúna el tiempo necesario para tener derecho a percibir, a su excarcelación o cumplimiento, una prestación contributiva por desempleo. A tal efecto incluimos una tabla de la duración de la prestación en función del periodo de ocupación.

Período de ocupación cotizada en los 6 últimos años	Duración de la prestación
Desde 360 hasta 539 días	120 días
Desde 540 hasta 719 días	180 días
Desde 720 hasta 899 días	240 días
Desde 900 hasta 1.079 días	300 días
Desde 1.080 hasta 1.259 días	360 días
Desde 1.260 hasta 1.439 días	420 días
Desde 1.440 hasta 1.619 días	480 días
Desde 1.620 hasta 1.799 días	540 días
Desde 1.800 hasta 1.979 días	600 días
Desde 1.980 hasta 2.159 días	660 días
Desde 2.160 días	720 días

De esta forma, si el extranjero no comunitario cumple estos requisitos y no quiere que lo devuelvan a su país de origen, recomendamos acudir a la figura del artículo 57.5.d) de la L.O. 4/2000, para impedir así su expulsión; se

refiere a situaciones en las que no podrá ser impuesta la sanción de expulsión si es perceptor de una prestación por desempleo contributiva. El grave problema con el que nos encontramos es que la prestación se otorga para la protección de la situación en que se encuentran quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo o ven reducida su jornada ordinaria de trabajo, por lo tanto, el extranjero que no tiene residencia legal no se llegaría a encontrar en esta situación.

Partiendo del artículo 31.4 de la L.O. 4/2000, que establece la posibilidad de renovar la autorización de residencia en los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hubieran cumplido condena, los que hubieran sido indultados y los que se encuentren en situación de remisión condicional de la condena, debemos examinar si el extranjero ya estaba disfrutando antes de la condena de una autorización de residencia y si es en el momento de su excarcelación o cumplimiento de condena cuando se le comunica la apertura del procedimiento de expulsión.

-Si el extranjero disfruta de permiso de residencia, tendrá inicialmente derecho a esa prestación y, por lo tanto, se solicitaría prestación de desempleo al tiempo que se opondría al procedimiento de expulsión (siendo uno de los motivos de la no expulsión esa prestación contributiva de desempleo).

-Si el extranjero ha disfrutado de permiso de residencia y éste ya ha perdido su vigencia mientras estaba en prisión (situación más habitual), se debería, a la vez que se presenta solicitud de desempleo, tramitar la renovación del permiso de residencia (mientras no se niegue la renovación, deberíamos entender que se tiene derecho a la prestación, así STSJ de Cataluña de 29 de octubre de 2001 o STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2000, aunque es de advertir que también existen pronunciamientos jurisprudenciales en contra).

- Si al extranjero, que disfrutó de autorización de residencia, ya se le abrió un procedimiento que acordó su expulsión, podríamos intentar la revocación de esa sanción en base al artículo 105.1 de la Ley 30/1992 (LRJAJPyPAC), acompañando instancia y documentación para la obtención del permiso de residencia con base a lo dispuesto en el ya citado artículo 31.4 de la L.O. 4/2000, e indicando que se suspenda la ejecución de la expulsión.

- Si el extranjero nunca disfrutó de una autorización de residencia y tiene sanción de expulsión, cabría la posibilidad anterior con más escasos visos de prosperabilidad.

En otro sentido, dejando de lado la finalidad de la prestación por desempleo, podríamos argumentar que no es necesario la exigencia de

autorización administrativa de residencia para tener derecho al desempleo basándonos en el artículo 36.3 de la L.O. 4/2000, así como el 125.3 de la LGSS, el artículo 1.4 b) de la O.M. de 28 de diciembre de 1966, Convenio número 19 de la OIT, doctrina y jurisprudencia -aunque esta última sobre otras cuestiones como accidente de trabajo y no concretamente sobre desempleo-)

En último término y, saliendo de la cuestión estricta que planteamos, podríamos apuntar que la expulsión tiene un periodo voluntario de cumplimiento (salvo los casos de condenados penalmente por una conducta tipificada como delito en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal -a los cuales la L.O. 4/2000, en artículo 57.8 le aplica expresamente la expulsión una vez cumplida la condena), es decir, a un interno que se le hubiere impuesto una sanción de expulsión, en puridad, podría tener la posibilidad de cumplirla voluntariamente (es decir, de salir voluntariamente del territorio español y no ser “conducido” por las autoridades a su país de origen o procedencia). Esta idea tendría un mayor campo de aplicación en las situaciones de las expulsiones por tener condena penal por delito doloso superior a un año de privación de libertad y se basa en que, al ser un procedimiento ordinario (no el otro procedimiento denominado preferente), del Reglamento de desarrollo de la L.O. 4/2000, artículo 141.7, se concede un plazo mínimo de 72 horas para la salida voluntaria del extranjero.

El resto de cuestiones que se nos planteen podríamos tocarlas en la mesa de trabajo de desempleo.