

pocas ocasiones caducar dicha autorización sin realizar la oportuna solicitud de renovación.

En nuestra opinión, se debería tener especial atención a esta práctica administrativa y la misma debería corregirse en atención al principio de legalidad y al principio de presunción de inocencia.

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que si se ha solicitado la renovación, la no resolu-

ción de la solicitud en el plazo legalmente previsto (tres meses) debe interpretarse, conforme a la Disposición Adicional Primera de la LOEX⁸³, como silencio positivo. Sin embargo, los presos extranjeros, por el desconocimiento de la legislación, no suelen hacer valer el silencio positivo, quedando, en consecuencia, en situación irregular.

PRISIÓN, EXTRANJERÍA, REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN: REALIDADES DIFÍCILES DE HACER COMPATIBLES. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministro de 1 de Julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional)

Ángel Luis Ortiz González

(Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid)

Cualquier valoración que se haga en estos momentos de la situación penitenciaria en España, requiere inevitablemente el hacer referencia al número de personas extranjeras privadas de libertad. De los 9.174 internos extranjeros que había en el año 2000 –un 18% del total– se ha pasado a 23.564 en el mes de marzo de 2008, es decir, un 34,6 % del total de las personas presas.

Esa realidad pone de manifiesto la gran incidencia que dentro del sistema penitenciario español tiene en este momento el fenómeno de la extranjería y da lugar a importantes reflexiones acerca de cómo se relaciona el derecho penal y penitenciario con la normativa en la que se regula la extranjería, y en qué medida se está produciendo la reeducación y reinserción social de los penados extranjeros que se encuentran en las prisiones españolas.

Mientras que el derecho penal y penitenciario intenta avanzar introduciendo nuevas condenas alejadas de la tradicional privación de libertad e introduciendo fórmulas que desde el respeto a la dignidad de la persona permitan la inclusión y la reinserción social, la normativa de extranjería se presenta cada vez más con una finalidad defensiva y con dos principios incuestionados que son, la impermeabilización de las fronteras y cuando ésta falle la expulsión, sin tener en cuenta las conside-

raciones de carácter humanitario que puedan existir en cada caso.

Esas dos filosofías producen en la práctica un serio conflicto en aquellas personas que encontrándose en prisión no han nacido en España, ya que por un lado la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario no establecen distinción alguna entre penados nacionales y extranjeros, respecto a los aspectos rehabilitadores, treatmentales y reinsertados que afectan a todos los internos, con independencia de su nacionalidad y por otra parte la legislación de extranjería impi-

de que finalizada la condena el penado pueda permanecer en España, aunque este reinsertado y rehabilitado.

El marco normativo que determina la orientación reeducadora y de reinserción social de las penas privativas de libertad, comienza en la Constitución y se desarrolla en diferentes leyes, reales decretos y acuerdos que en lo esencial se enumeran a continuación.

En primer lugar el artículo 25.2 de la Constitución, proclama que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”, añadiendo que el condenado gozará de los derechos fundamentales que se recogen en la Constitución y que en todo caso tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social.

Por su parte el artículo 13 de la Constitución dispone que los extranjeros gozaran en España de las libertades públicas que garantiza el Título Primero de dicha norma en los términos que establezcan los tratados y la ley. Como ha declarado el Tribunal Constitucional (sentencias 197/1984 y 99/1985) los derechos de los extranjeros son por tanto de configuración predominantemente legal, con excepción de los que son inherentes a la dignidad humana (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad etc.).

En definitiva los derechos y deberes de los extranjeros en prisión se presentan iguales a los de cualquier ciudadano español privado de libertad (artículos 13, 14 y 25 de la Constitución).

Buena prueba de cuanto se acaba de decir, aparece reflejado en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria (L.O.G.P.). Concretamente en su artículo 3, proclama que la actividad penitenciaria se ejercerá con respeto a la personalidad humana y sin discriminar a los penados por razón de su raza, opinión política, creencias religiosas, condición social o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. Por su parte los artículos 62. c y 63 de la L.O.G.P. hacen referencia a la individualización del tratamiento como principio básico de la actividad y el tratamiento penitenciario.

La reeducación y reinserción social de las personas condenadas ha tenido su desarrollo normativo, entre otros, en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, en el que se regula la relación laboral especial penitenciaria de los internos que realizan actividades laborales en talleres penitencia-

rios y su protección de Seguridad Social. En ese Real Decreto se regula el trabajo productivo dentro de prisión, recogiendo su artículo 5.1.a) que los internos trabajadores tienen el derecho a no ser discriminados para el empleo o una vez empleado por razones, entre otras, de su nacionalidad.

El Reglamento (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000 (Ley de Extranjería) en su Disposición adicional Primera estableció con carácter general que cuando las circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejaron y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podría dictar instrucciones que determinarían la concesión de autorizaciones de trabajo.

Como consecuencia de tal previsión normativa el Consejo de Ministros el 1 de julio de 2005 aprobó un Acuerdo por el 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.

Con ese Acuerdo, básicamente se reconoce en primer lugar que la resolución judicial en la que se ordena el ingreso en prisión de un interno extranjero tiene validez de autorización de trabajo a los efectos de poder ser dado de alta en la Seguridad Social para desarrollar actividades laborales en talleres productivos.

En segundo lugar, se establece que la Subdelegación del Gobierno o la Delegación del Gobierno, según los casos pueden conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Administración penitenciaria de clasificación en tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria por el que se acuerda dicha clasificación o se le concede la libertad condicional, siempre que el interno reúna determinadas condiciones.

La redacción dada a ese Acuerdo genera algún problema interpretativo, ya que por un lado tiene que existir una resolución administrativa (clasificación en tercer grado) o una resolución judicial (clasificación en tercer grado o concesión de la libertad condicional) y por otro remite al artículo 45 del Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000 (Real Decreto 2393/2004).

⁸³ Disposición Adicional Primera: “1. El plazo general máximo para notificar las resoluciones de las solicitudes de autorizaciones que formulen los interesados a tenor de lo previsto en esta Ley será de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, éstas podrán entenderse desestimadas.

2. Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia así como la renovación de la autorización de trabajo que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas”.

Ahora bien tal remisión hay que entenderla a los supuestos que aparecen en ese artículo y no a los requisitos que exige tal precepto para autorizar la residencia temporal por circunstancias excepcionales. Es decir, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, se podrá aplicar, por ejemplo cuando se constate que existe una situación de arraigo laboral durante un periodo mínimo de dos años, o cuando se demuestre la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año. Alguna de esas dos situaciones concurren en muchos internos extranjeros a los que se les concede o bien la clasificación en segundo grado (art. 100.2 del Reglamento Penitenciario) con la finalidad de trabajar fuera de prisión, o bien el tercer grado o la libertad condicional, ya que antes de llegar a cualquiera de esas tres clasificaciones pasan algunos años realizando destinos remunerados dentro de prisión o trabajando en los talleres productivos y sin embargo no se les concede la autorización para trabajar que para ellos reconoce el citado Acuerdo. Como se indicaba anteriormente, la remisión al artículo 45 del Reglamento de la Ley de Extranjería, hay que entenderla a los supuestos y no a los requisitos, pues de lo contrario el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, no podría ser aplicado a ninguno de los destinatarios a los que va dirigido, ya que todos tienen antecedentes penales.

La aplicación práctica de ese Acuerdo es desigual, según la zona de España en la que se resuelva la solicitud del interno, produciéndose dos situaciones que merecen ser tratadas de forma detenida. En primer lugar la interpretación que se realiza es distinta según cada Subdelegación o Delegación del Gobierno que resuelve y en segundo lugar no existe un criterio unánime acerca de si los internos clasificados en segundo grado con un programa de tratamiento individualizado aprobado al amparo del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, a los que se les autoriza para salir del centro penitenciario a trabajar, pueden ser o no merecedores de la autorización de trabajo que se puede conceder a los clasificados en tercer grado o a los que se les concede la libertad condicional.

De cualquier forma la no aplicación a los internos clasificados en segundo grado en la modalidad prevista en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, resulta poco com-

preensible si se tiene en cuenta que los internos clasificados en segundo grado, situación en principio menos beneficiosa que los que están clasificados en segundo grado –art. 100.2– si pueden trabajar por así contemplarlo el Real Decreto 782/2001 y sin embargo cuando se consigue un grado de clasificación más favorable, no se les permite.

La trascendencia de esa cuestión es de gran importancia, ya que en muchos casos los internos extranjeros condenados a penas superiores a los 5 años de prisión, que no pueden ser clasificados en tercer grado por no haber cumplido la mitad de su condena (art. 36.2 del Código Penal) presentan circunstancias favorables para poder ser clasificados en segundo grado –art. 100.2 del Reglamento penitenciario– y realizar una actividad laboral retribuida fuera de prisión. En estos supuestos la única vía para conseguir su reeducación y reinserción es precisamente haciendo uso de las posibilidades que, aunque limitadas, ofrece el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005.

La Dirección General de Inmigraciones con fecha 26 de marzo de 2007, estimó que “sí es posible conceder validez de autorización de trabajo al Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el que se clasifica al citado extranjero en segundo grado con la modalidad prevista en el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario, que permite aplicar aspectos característicos propios del tercer grado”. También la antigua Dirección General de Instituciones Penitenciarias en dos ocasiones, el 27 de diciembre de 2006 y el 29 de febrero de 2008, ésta última vez debido a la propuesta que le remitió el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid, transmitió a la Dirección General de Inmigración su criterio favorable a la autorización de trabajo para los internos extranjeros clasificados en segundo grado en la modalidad prevista en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

A pesar de esa interpretación favorable en muchas Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, se efectúa una aplicación restrictiva del Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, no autorizando a los condenados a trabajar y truncando de esa forma las posibilidades de reeducación y reinserción de muchos internos.

Toda la normativa que se acaba de exponer, desde la Constitución hasta el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005,

pasando por la Ley Orgánica General Penitenciaria y por los diferentes Reglamentos que la han desarrollado, queda desactivada y su efecto en la práctica es nulo de cara a los aspectos rehabilitadores, tratamientos e insertados de la intervención penitenciaria de los internos, ya que un solo artículo (art. 57.2) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es suficiente para dejar sin efecto todo ese arsenal normativo en el que se proclama sin distinción la reinserción, la reeducación de los condenados y el derecho a un trabajo remunerado.

Efectivamente el artículo 57.2 de la mencionada Ley establece que es causa de expulsión, la condena dentro o fuera de España por una conducta dolosa cuando la pena que se imponga sea superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Como se señalaba al inicio de este trabajo, en la práctica existe un conflicto entre el derecho penal y penitenciario y de otro parte la legislación de extranjería. Ese conflicto se puede simplificar de la siguiente forma. En muchos casos bien la Administración penitenciaria o el juez de vigilancia penitenciaria a lo largo de la ejecución de una condena posibilitan que el condenado extranjero pueda tener un trabajo retribuido, primero dentro de prisión y después fuera de ella, que le permite rehabilitarle e incluso hacer frente al pago del daño que originó con su acción delictiva y al día siguiente de cumplir su condena, sin comprobar cuales son las circunstancias personales que concurren en esa persona, se aplica el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería y se le expulsa, malgastando de esa forma el esfuerzo, el tiempo y el dinero que la Administración penitenciaria dedicó al proceso reinsertador de un condenado.

A modo de conclusión y teniendo en cuenta las diferentes situaciones que se están produciendo cuando un ciudadano extranjero comete un delito y cumple una condena en España podrían efectuarse las siguientes reflexiones:

1º. La política criminal debe dar lugar a una normativa homogénea y coherente que permita una interpretación sin contradicciones del conjunto de leyes, reglamentos y demás normativa que componen el ordenamiento jurídico.

2º. Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 13, 14 y 25 de la Constitución; los artículos 62 c y 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; el Real Decreto 782/2001 en el que se regula la relación laboral especial peni-

tenciaria para actividades laborales y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005; no es posible mantener en su actual redacción dentro del mismo ordenamiento un precepto como el 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Este artículo pone de manifiesto que los logros de la Administración penitenciaria para reinsertar a los condenados extranjeros, no sirve para nada.

En todo caso, tal y como se ha solicitado desde la Pastoral Penitenciaria en más de una ocasión, cuando el ciudadano extranjero condenado, cuente con un pronóstico favorable de vida en libertad por tener medios de vida y el interesado solicite el quedarse en España, siempre que la Administración Penitenciaria confirme que se ha producido un correcto proceso reinsertador, debería la legislación de extranjería contemplar la posibilidad de abrir un periodo de residencia legal a prueba en el curso del cual habrá de objetivarse su alejamiento del delito y la efectiva normalización de su vida. Transcurrido dicho plazo el efecto jurídico debería ser el de considerarles en la misma situación que la de los demás extranjeros con posibilidades de regularizar su situación en España.

3º. Hasta tanto se pudiera lograr la modificación anterior, la interpretación que la Administración tiene que hacer del ordenamiento en esta materia debería ser más acorde con los principios que dimanen del artículo 25.2 de la Constitución, aplicando el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, con la finalidad con la que fue aprobado, es decir, posibilitar que los internos que estén en condiciones de salir de prisión puedan trabajar. De igual forma cuando el ciudadano extranjero condenado, hubiera obtenido con anterioridad a su condena la autorización de residencia y solicite la renovación de la misma después de cumplir su condena, debería aplicarse el artículo 31.4 de la Ley de Extranjería valorando las circunstancias de cada supuesto, teniendo en especial consideración los informes que la Administración Penitenciaria haya emitido sobre el proceso reinsertador llevado a cabo por el solicitante.

4º. Como última garantía de los derechos fundamentales de las personas extranjeras privadas de libertad y con objeto de conseguir que esa estancia en prisión esté siempre guiada por la finalidad resocializadora como principio inspirador del régimen penitenciario, es exigible una mayor judi-

cialización del mundo penitenciario que repercute de forma efectiva en la mejora de los derechos de los internos.

En este sentido me permito enumerar tres situaciones muy concretas cuyo resultado final depende en última instancia de la decisión que adopte la Administración de Justicia:

– El ejemplo que a continuación se expone puede ser ilustrativo de las dificultades que la práctica se ponen a los internos extranjeros para realizar las gestiones necesarias con el fin de regularizar su situación administrativa:

* Persona con 8 años de residencia en España, que ingresa en prisión para cumplir una condena de 7 meses, estando en prisión le notifican la resolución favorable de haberle concedido la tarjeta de residencia permanente y le citan para recogerle sus huellas. En el centro Penitenciario en el que se encontraba, al solicitar un permiso extraordinario para ir a poner esas huellas, recibió como respuesta en el lateral izquierdo de su misma solicitud un texto manuscrito del Director de la prisión en el que se decía: “No se conceden permisos de residencia estando en prisión”.

Su no presencia para poner las huellas, supuso la imposibilidad de finalizar los trámites administrativos con objeto de obtener la tarjeta de residencia permanente que le había sido concedida. Al día siguiente de finalizar la condena fue expulsado a Marruecos.

– El ejemplo que a continuación se expone puede ser ilustrativo de cómo la condición de ciudadano extranjero, dificulta la obtención de la libertad condicional, por causas que no le son imputables al mismo.

* Condenado de origen nigeriano a 3 años de prisión. En la sentencia se acordó la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional. Tal expulsión no pudo ejecutarse al no haberle documentado las autoridades del país de origen.

En la parte final de su condena, cuando superaba ya las tres cuartas partes de la misma y con una buena trayectoria penitenciaria acreditada con informes de los profesionales penitenciarios que le trataron, presentó una oferta de trabajo, cuya puesta en práctica no pudo realizarse debido a que el condenado tenía un pasaporte cadu-

cado y las autoridades consulares de su país se negaban a renovárselo. Este hecho motivo que el expediente de libertad condicional recibido en el Juzgado fuera desfavorable por no contar con un pronóstico favorable de reinserción social, al carecer de un trabajo retribuido fuera de prisión. Aunque era cierto que carecía de trabajo, sin embargo la causa en modo alguno le era imputable al condenado.

– El ejemplo que a continuación se expone puede ser ilustrativo de cómo la actividad jurisdiccional debe ser desarrollada con respeto absoluto a los derechos que los ciudadanos extranjeros tienen reconocidos en las leyes, sin que procedan interpretaciones forzadas que den lugar a expulsiones no queridas por los afectados ni permitidas por el ordenamiento.

* Un ciudadano venezolano fue condenado a una pena de 6 años de prisión, sin que en la sentencia se acordara la expulsión del territorio nacional, para cuando el mismo accediera al tercer grado penitenciario o una vez que cumpliera las tres cuartas partes de la condena (art. 89-1 segundo párrafo del Código Penal).

Estando en 2º grado dicho condenado en Auto dictado el 14 de marzo de 2008 por la Audiencia Provincial que le había condenado, se acordó sustituir la pena privativa de libertad, por la expulsión del territorio nacional, cuando llevaba cumplidos 3 años y 2 meses. Tal decisión se adoptó en contra del criterio del Ministerio Fiscal y sin respetar la previsión que recoge el artículo 89.1 segundo párrafo del Código Penal en donde expresamente se establece que esa expulsión “se acordará en sentencia”.

Un supuesto similar fue resuelto por el Tribunal Constitucional en Sentencia de la Sala 2ª de fecha 8-5-2006 (Sentencia nº 145/2006). En ella se otorgó el amparo que solicitó un extranjero al que se le sustituyó la pena de prisión por la expulsión en un Auto dictado con posterioridad a la sentencia, cuando la condena se encontraba en un avanzado grado de ejecución. Según el Tribunal Constitucional en este caso no se produce propiamente una sustitución, sino que, dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa, realmente lo que se produce es una acumulación sucesiva de la pena de prisión y de la medida de expulsión.

LAS RESOLUCIONES DE LA SECCIÓN 5ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID EN RELACIÓN A LOS PERMISOS DE SALIDA, A LOS TERCEROS GRADOS Y A LAS LIBERTADES CONDICIONAL, DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTRAN PRESOS EN LAS CARCELES DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Carlos García Castaño

Abogado. Coordinador del Servicio de Orientación Jurídica Penitenciaria del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Presidente de la Subcomisión de Derecho Penitenciario del Consejo General de la Abogacía Española

Margarita Aguilera Reija

Abogada. Adjunta a la Coordinación del Servicio de Orientación Jurídica Penitenciaria del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Miembro de la Asesoría Jurídica de la Asociación de Colaboradores con las Presas (ACOPE)

PERMISOS

Una de las primeras dificultades con las que se va a encontrar el ciudadano extranjero en prisión va a ser la denegación casi sistemática de sus permisos por su misma condición de extranjero.

En este trabajo vamos a analizar las resoluciones de los diez últimos años de la Sección V de la Audiencia Provincial de Madrid, que introduce muchos elementos y criterios a ser tenidos en cuenta para combatir una respuesta mecánica y automática a la petición de permisos de la población extranjera.

El esquema que vamos a seguir es el siguiente:

• I. Motivos más frecuentes para denegar los permisos:

1. Ausencia de arraigo
 - a) No se puede hablar de falta de arraigo cuando se tiene familia o relaciones afectivas importantes.
 - b) Cuando se carecen de vínculos familiares se puede presentar el aval de una ONG o Institución que acoja a los presos durante sus permisos.
2. Existencia de un expediente administrativo de expulsión.
3. Riesgo de quebrantamiento o riesgo de fuga durante el permiso
 - a) Se puede reducir el riesgo con determinadas condiciones o cautelas
 - b) El riesgo es más asumible cuando el fin retributivo y de prevención especial está en buena medida cumplido.

c) El riesgo de fuga pierde, en parte, dramatismo ante la previsión legal del art. 89 del Código Penal, que regula la expulsión del extranjero.

d) Hay que evitar situaciones de bloqueo y paralización ante el riesgo de quebrantamiento puesto que es un riesgo asumido legalmente.

e) La Tabla de Variable de Riesgo: indicador de riesgo máximo por la condición de extranjero o por no haber disfrutado de ningún permiso.

• II. Circunstancias que se han de valorar a la hora de pedir o recurrir un permiso

1. Circunstancias de la comisión del delito y posibilidades de reincidencia
2. Deseo del ciudadano extranjero de permanecer en nuestro país o de volver al suyo.
3. Posibilidad de fuga exitosa teniendo en cuenta el país de origen, el alto grado de colaboración internacional en la persecución de delitos y los años necesarios hasta la prescripción de la condena.
4. Medios económicos para eludir la condena.
5. Obtención en prisión de ingresos económicos que envía a su país.
6. Modificación en el reproche penal de la conducta.
7. Indulto en trámite con posibilidades de ser concedido.

• III. Los principios inspiradores del Derecho Penitenciario son también de aplicación a la población extranjera