



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

CUADERNOS DE DERECHO PENITENCIARIO

Número 16
LOS EXTRANJEROS
EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

ÍNDICE

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| I. PRESENTACIÓN | [3] |
| II. PENA DE PRISIÓN Y EXTRANJERÍA: ALGUNAS ESPECIFICIDADES LEGISLATIVAS. <i>Cristina Almeida Herrero. Abogada de Caritas Diocesana de Salamanca</i> | [4-24] |
| III. 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. <i>Ángel Luis Ortiz González Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid</i> | [24-28] |
| IV. 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 CONDICIONALES DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTRAN PRESOS EN LAS CÁRCELES DE LA COMUNIDAD DE MADRID. <i>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</i> <i>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)</i> | [29-49] |
| V. INSTRUCCIÓN 18/2005 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR SOBRE LAS NORMAS GENERALES A SEGUIR EN MATERIA DE PRESOS EXTRANJEROS | [50-58] |
| VI. 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, APROBADAS POR ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 1 DE JULIO DE 2005 | [59-60] |
| VII. CONVENIO DE 21 DE MARZO DE 1983 SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS (NUMERO 112 DEL CONSEJO DE EUROPA), HECHO EN ESTRASBURGO. (BOE núm. 138/1985, de 10 de junio de 1985) | [60-71] |

PRESENTACIÓN

En el pasado mes de agosto, el número de extranjeros en las prisiones españolas era de 25.221, y el de presos totales de 71.778, por lo tanto el 35,13% de las personas privadas de libertad en España, en dicha fecha, eran extranjeros. Quizás resulte más gráfico decir que de cada 3 reclusos, uno es extranjero.

Estas cifras, por si solas, justifican la dedicación de un monográfico sobre derecho penitenciario a la problemática de los presos extranjeros.

El equipo de Coordinación de la presente publicación ha pretendido acercar esta realidad a todas las personas que se dedican al derecho penitenciario (jueces, fiscales, abogados, miembros de la propia administración penitenciaria) con el fin de ofrecer argumentaciones jurídicamente posibles que reflejan una interpretación de la norma favorecedora de los derechos de las personas extranjeras privada de libertad.

La situación del preso extranjero es doblemente excluyente, como preso y como extranjero, y el distanciamiento de su familia, de sus amigos, de su entorno social, constituye una dificultad para el ejercicio de sus derechos. Con el presente monográfico se pretende paliar, mínimamente, esta situación contribuyendo a una mejor formación y preparación de sus abogados defensores, así como ofreciendo a jueces, fiscales y administración penitenciaria, una interpretación favorable y comprensiva de la situación que viven en las prisiones españolas, a fin de que se permita

el acceso a las figuras penitenciarias, al menos, en condiciones de igualdad a las del preso español

En lo que respecta a los abogados, a lo largo de los años que venimos dedicándonos al derecho penitenciario y a la defensa de los derechos de las personas privadas de libertad, nos hemos encontrado con bastantes compañeros con una excelente formación en derecho de penitenciario, y compañeros con una excelente formación en extranjería, pero raros han sido los casos de compañeros con buena formación en ambas materias. Es otro de los objetivos que pretende este monográfico: la formación conjunta del derecho penitenciario y la extranjería.

Para finalizar, agradecer, la colaboración de las personas que han participado en este cuaderno con la aportación de sus artículos, resaltando la importancia de contar con jueces como Ángel Luis Ortiz González, que demuestran su preocupación por personalizar la aplicación del derecho en cada una de sus resoluciones, o con abogadas como Cristina Almeida Herrero y Margarita Aguilera Reija, que desde hace muchos años llevan concretando su compromiso personal y solidario, en la lucha y reivindicación por los derechos de las personas privadas de libertad.

Carlos García Castaño
Coordinador del Servicio de Orientación Jurídica Penitenciaria

Coordinador: **Carlos García Castaño**

Equipo de Coordinación: **Margarita Aguilera Reja**
Mª José Millares Lenza
Mercedes González García

ÍNDICE

PENA DE PRISIÓN Y EXTRANJERÍA: ALGUNAS ESPECIFICIDADES LEGISLATIVAS

Cristina Almeida Herrero

Abogada de Cáritas Diocesana de Salamanca

INTRODUCCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPULSIÓN: 1. Expulsión Híbrida; 2. Expulsión Judicial; 2.1. Expulsión sustitutiva del cumplimiento de penas privativas de libertad; 2.1.1. Competencia; 2.1.2. Sustitución de penas; 2.1.3. Momento procesal oportuno; 2.1.4. No residencia legal en España; 2.1.5. Referencia a la naturaleza del delito; 2.1.6. Audiencia a las partes/circunstancias personales del penado; 2.1.7. Cumplimiento de pena (inaplicabilidad de la expulsión); 2.1.8. Efecto de la sustitución; 2.1.10. No aplicación de lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del CP. 2.1.9. No sustitución en determinados delitos; 2.1.11. Archivo de procedimiento administrativo en curso; 2.1.12. No se prevé la satisfacción de la responsabilidad civil antes de proceder a la expulsión; 2.2. Expulsión sustitutiva de medida de seguridad; 3. Expulsión Administrativa; LIBERTAD CONDICIONAL; CUMPLIMIENTO EN EL PAÍS DE ORIGEN; SITUACION ADMINISTRATIVA DEL EXTRANJERO EN PRISIÓN: Documentación; Situación Administrativa.

INTRODUCCIÓN

Decretar la expulsión de los extranjeros que cometen un delito en España ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico, primero como sanción administrativa en las sucesivas leyes de extranjería y posteriormente, introduciéndola en el Código Penal como sanción penal.

En el presente trabajo, tratamos de analizar las distintas modalidades de expulsión relacionadas con la comisión de delitos por parte de extranjeros establecidas en los artículos 57.2 y 57 de la LOEX¹; y en el artículo 89 del Código Penal (CP).

Por lo que se refiere al artículo 89 podemos contabilizar tres versiones diferentes en el corto espacio de tiempo de ocho años. La primera estuvo en vigor desde la vigencia del Código Penal (Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre) hasta el 22 de enero de 2001, la segunda versión dada por la Ley Orgánica 8/2000 (modificó la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración social, LOEX), desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003, y la tercera –la actualmen-

te en vigor– dada por la Ley Orgánica 11/2003 sobre medidas concretas en materias de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, estrenó su vigencia a partir del 1 de octubre de 2003. Según se ha ido legislando a lo largo del tiempo se ha ido endureciendo de manera clara su regulación.

Asimismo se analiza la posibilidad del cumplimiento de la pena (Tratado de Estrasburgo) y de libertad condicional en su país de origen.

También nos parece importante el hacer una breve referencia a la situación administrativa en la que se encuentran los extranjeros presos en España.

ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPULSIÓN²

1. Expulsión Híbrida

Es aquella que se encuentra regulada en el Art. 57.7³ de la LOEX

² A efectos de este trabajo, utilizamos la clasificación realizada por Manuel Castro Alberto, profesor del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones.

³ Art. redactado de acuerdo a la modificación establecida por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia de género e integración de los extranjeros en España.

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

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el Juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318.bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal.

En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el Art. 89 del Código Penal.”

Con esta figura se prima el interés administrativo del Estado frente al *ius puniendi*. La Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado establecía “La expulsión del territorio nacional de los extranjeros sujetos a causa criminal puede llegar a enfrentar exigencias de la política de los extranjeros con los fines de política criminal, creando un conflicto entre legítimos intereses del Estado que, en virtud de la preeminencia de la función jurisdiccional sobre la actuación administrativa y del posible afectación de derechos fundamentales, corresponde dirimir a los jueces y Tribunales del orden penal”.

Este precepto establece la autorización judicial de expulsión de un extranjero que se encuentre inculcado o procesado. En relación al término “inculcado”, la citada Circular decía “de modo que tan pronto como se concrete la inculpación en fase de diligencias previas, mediante la citación del extranjero ante el Juez de Instrucción en calidad de imputado, (Art. 775 L.E.Criminal) quedará la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa, tal y como reconoce expresamente el Tribunal

Constitucional en su sentencia 24/2000, de 30 de enero⁴”.

Más problemas nos plantea al término “procesado”. Esta condición se adquiere cuando se dicta un auto que así lo declara, y ello sólo ocurre en el procedimiento ordinario, cuya competencia se extiende a delitos que tienen señalada una pena superior a nueve años de prisión (Art. 757 L.E.Criminal), quedando, pues, fuera de la posibilidad de autorizar la expulsión, dado que ésta sólo es posible en penas inferiores a seis años. De ello surge distinta doctrina⁵ que manifiesta que la pena debe ser fijada en abstracto dado que el Art. establece “delito o falta para el que la ley prevea...”. otras opiniones consideran que debe ser concretada teniendo en cuenta la forma de participación, el grado de ejecución, o de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; y una posición intermedia considera que debe tenerse en cuenta la pena en abstracto, salvo que, una vez producido el auto de procesamiento, éste se realiza por un delito con una forma de participación, de ejecución o por concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que por imperativo legal, impida poner una pena superior a seis años de prisión. Juan Francisco Merino manifiesta que como posteriormente al auto de procesamiento pueden practicarse diligencias que hagan modificar las circunstancias tenidas en cuenta, se debería tener en cuenta la pena en abstracto, salvo cuando ya las partes acusadoras hayan procedido a presentar escrito de calificaciones, dado que en este momento ya se han tenido en cuenta todas las circunstancias modificativas de la pena.

Una de las novedades de la reforma es que el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta cuya pena sea inferior a seis años. Antes sólo era posible en el caso de un procedimiento judicial.

En aplicación de este artículo, el Juez autorizará, a petición de la autoridad gubernativa, la expulsión en un plazo no superior a tres días salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales⁶ que justifiquen su denegación cuando se trate de un extranjero que

⁴ Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Garrido Falla.

⁵ MERINO RODRÍGUEZ, JF “Expulsiones de extranjeros relacionadas con el derecho penal”.

⁶ La Circular de Fiscalía 2/2006 manifiesta claramente que no se debe entrar en valorar el arraigo de la persona afectada ni verificar la acreditación de los hechos que dan lugar a la expulsión dado que el Juez Penal ni expulsa ni controla la legalidad de la expulsión.

está incurso en causa de expulsión y que a su vez está procesado o inculcado en un procedimiento penal que puede originar la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis años.

El término autoridad gubernativa, hace referencia a las Subdelegaciones y Delegaciones de Gobierno, sin embargo, en la práctica son las Brigadas de Extranjería y Documentación de la Policía Nacional, dependientes de éstas, las que solicitan dicha autorización.

Es claro que el Juez no debería dar su autorización si la causa de incoación de expediente de expulsión es la misma que ha dado lugar al procedimiento penal, dado que se vulneraría el principio de presunción de inocencia y el *non bis in idem*.

El momento procesal oportuno para autorizar la expulsión será hasta el inicio del juicio oral; pasado el mismo, el Juez o Tribunal dictará sentencia y estará a lo establecido en el Art. 89 ó 108 del Código Penal.

El Art. 142⁷ del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LEOX, establece por primera vez y de manera acertada la audiencia no sólo al Ministerio Fiscal, sino también al interesado y a las partes personadas y ello acorde con reiterada jurisprudencia⁸.

La citada Circular 2/2006 insta a los Fiscales a informar favorablemente a la autorización, salvo que existan circunstancias excepcionales. Además, establece que si, por haberse iniciado el juicio oral, no sea posible aplicar el Art. 57.7 LOEX y simultáneamente no sea de aplicación el Art. 89 CP, los fiscales promoverán que la ejecutoria se tramite con la mayor celeridad posible, de forma que la pena impuesta (localización permanente, beneficios a la comunidad) no sea un impedimento para la expulsión administrativa, cuando ésta sea procedente.

Al igual que ocurrirá en los Art. 89 y 108 del CP, queda excluida la posibilidad de aplicación de este precepto a los responsables de delitos relacionados con el tráfico de personas de los artículos 312, 318.bis, 515.6 (actualmente derogado), 517 y 518 del CP.

Es importante reseñar que el Juez o Tribunal únicamente autoriza la salida o la expulsión, sien-

do la Autoridad Gubernativa quien la acuerda, tras dictar el preceptivo acto administrativo sancionador. Es la existencia previa del acuerdo gubernativo adoptado por hallarse el extranjero incurso en alguna de las citadas causas legales de expulsión, el que motiva la expulsión, no el encontrarse incurso en un proceso penal.

A nuestro juicio, el Juez no debe autorizar la expulsión si la resolución gubernativa de expulsión que se ha dictado se encuentra en vía de recurso (exista o no medida cautelar de suspensión temporal de la expulsión), y ello debido a que, en caso contrario, se podrían producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación para el extranjero.

La concesión o denegación de la autorización deberá hacerse por Auto motivado, que será susceptible de recurso de reforma y de apelación. En los recursos, se tratará de la procedencia o no de la autorización de la expulsión, no pudiendo entrar en las causas o circunstancias que concurren en la expulsión que será objeto de un recurso contencioso-administrativo⁹.

El proceso penal será archivado de forma provisional¹⁰, no debiendo acordarse definitivo hasta el transcurso de la prescripción.

Si la expulsión no se ejecutara, habrá de continuar el procedimiento y si el expulsado regresara al territorio español no se reabrirá el proceso penal

⁹ STC S 30-1-2000 núm 24/2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Garrido Falla); STC S 17-1-1994 núm 12/1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra); STC S 12-2-1996 núm 21/1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Galbador López); STC S 16-04-1996 núm 66/1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Delgado Barrio); STC S 27-9-1999 núm 174/1999 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carles Viver-Pi-Sunyer).

¹⁰ La Circular de Fiscalía 2/2006 establece que:
 “- Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento libre, no es necesaria la autorización del órgano de la jurisdicción penal la autorización de la expulsión.

- Si existiese un sobreseimiento provisional por estar imputado en paradero desconocido, es necesaria la autorización si se quiere expulsar al prófugo, pues la solicitud de la autorización supone que el extranjero ha sido localizado.

- Si se hubiese dictado sobreseimiento provisional por no estar acreditados los hechos, habrá que distinguir dos supuestos:

1. Si la pena asignada al delito es inferior a seis años, el Ministerio Fiscal informará favorablemente a la autorización.

2. Si la pena asignada fuese privativa de libertad igual o superior a seis años y los impedimentos que han llevado a decretar el sobreseimiento no pudieran superarse, el Ministerio Fiscal ha de informar positivamente a la autorización; en otro caso, denegará al estar comprendida la pena en el tope legal.”

sino que se devolverá¹¹ a su país de origen por la autoridad gubernativa y si aquella, no pudiera ejecutarse, se alzaré el archivo provisional acordado en la causa penal.

La expulsión conllevará una prohibición de entrada en España y en territorio Schengen¹² por un período de tiempo que será el impuesto en la resolución (según lo establecido en el Art. 58 de la LOEX de 3 a 10 años).

2. Expulsión Judicial

Esta modalidad de expulsión está consagrada en los Art. 89 y 108 del CP vigente, que prevé que sea acordada en el seno de un procedimiento penal por Jueces y Tribunales.

2.1. Expulsión sustitutiva del cumplimiento de penas privativas de libertad

Se establece en el Art. 89 del CP que:

¹¹ Art. 58 LOEX se desarrolla en el epígrafe “Expulsión Judicial”.

¹² Países a los que se aplica el Acervo de Schengen: Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia, Chequia, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia, además de Noruega e Islandia.

Art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen:
 “1. Los datos relativos a los extranjeros que estén incluidos en la lista de no admisibles se introducirán sobre la base de una descripción nacional resultante de decisiones adoptadas, observando las normas de procedimiento previstas por la legislación nacional, por las Autoridades administrativas o por los órganos jurisdiccionales competentes.

2. Las decisiones podrán basarse en la amenaza para el orden público o la seguridad nacional que pueda constituir la presencia de un extranjero en el territorio nacional.

Éste podrá ser particularmente el caso:

a) De un extranjero que haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año como mínimo.

b) De un extranjero sobre el cual existan razones serias para creer que ha cometido hechos delictivos graves, incluidos los contemplados en el artículo 71, o sobre el cual existan indicios reales de que piensa cometer tales hechos en el territorio de una Parte contratante.

3. Las decisiones podrán basarse asimismo en el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros”.

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por expulsión del territorio español 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. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a la pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80 y 83 del Código Penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentará quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada la que se refieren los apartados anteriores, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. 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, 515.6, 517 y 518 del Código Penal.

Este artículo, como ya hemos visto ha sufrido tres modificaciones en menos de ocho años, la última fue realizada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia de género e integración de los extranjeros en España.

La propia Exposición de motivos de la citada Ley justifica la reforma del artículo manifestando que...“De esta forma se logra una mayor eficacia en

⁷ Art. 142 RLOEX “...la autoridad gubernativa someterá al Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, oído el interesado y las partes personadas, autorice, en el plazo más breve posible y, en todo caso, no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación”. (Subrayado es nuestro).

⁸ TC 1.ª, S. 20-07-1994, núm. 242/1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñedo y Bravo Ferrer).

la medida de expulsión, medida que, como no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”.

En su redacción actual, se ha suprimido la discrecionalidad de los Jueces y Tribunales en decretar la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión estableciendo como más adelante veremos, una conminación legal dirigida al juzgador¹³.

La expulsión como sustitutivo del cumplimiento de penas privativas de libertad inferiores a seis años es signo de una política penitenciaria influenciada por la política migratoria; dado que, por una parte, la densidad de población penitenciaria se ha incrementado produciéndose una masificación; y, por otra, la política migratoria actual tiende a un régimen sancionador más estricto donde prevalece la sanción de expulsión en contraposición a una política que favorezca la integración.

Se trata, pues, como dice el Tribunal Supremo¹⁴, de una posición claramente defensiva con el fin de reducir el número de presos en las prisiones españolas.

Lo primero que hemos de decir es que la naturaleza jurídica de la expulsión, aunque venga así determinada por el Art. 96 CP reformado por LO 11/2003 de 29 de septiembre, no es la de una medida de seguridad, pese a la redacción paralela del Art. 108 del mismo cuerpo, dado que no es acorde con la finalidad que éstas deben cumplir.

Tampoco se puede considerar como una pena, ya que tal circunstancia deriva directamente del hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el Art. 33 CP, como sí ocurre con el resto de las posibilidades de sustitución de las penas privativas de libertad. Además, también se menciona la expulsión en el Art. 34 CP, que establece una relación de lo que no se considera pena.

El Tribunal Constitucional considera “la expulsión” en unas ocasiones, una medida restrictiva de derechos y en otras como un beneficio según se impusiera contra la voluntad del reo o a petición del mismo en sentencia, lo que determinaba la esquizofrenia jurídica que afectaba y afecta a la institución¹⁵.

Por otra parte, se trata de una figura muy discutida por su difícil compatibilidad con principios como el de igualdad, el de proporcionalidad y el de *non bis in idem*.

En cuanto al principio de igualdad, parte de la doctrina mantiene que la sustitución de la pena de prisión por expulsión en penas inferiores a seis años infringe este principio, discriminando a los condenados españoles y a aquellos condenados que son residentes legales en territorio español, puesto que éstos cumplirían la condena en prisión mientras que los extranjeros no residentes legales no cumplirían pena.

Esta previsión también presenta problemas de cara a la función preventiva de la ley, pues la sanción de expulsión puede ser muy leve para algunos individuos (por ejemplo, aquellos cuya estancia en España tenía como único fin el cometer un delito¹⁶ o aquellos delincuentes profesionalizados en delinquir en el extranjero) los cuales normalmente dispondrán de medios con los que lograr una nueva entrada irregular en España. Por ello, podría resultar una sanción muy leve para los extranjeros nacionales de países que, por la política de supresión de visados, tengan grandes facilidades para ingresar de nuevo en territorio español. Todo ello puede, además, generar en el ciudadano respetuoso con la legalidad la pérdida de confianza en un sistema penal que permite la práctica impunidad para algunos infractores de delitos considerados socialmente graves e incentivar a ciudadanos de otros países a la comisión de determinados delitos¹⁷.

Sin embargo, frente a esta doctrina, el Tribunal Constitucional en Auto de 21 de abril de 1997 esta-

blece que el precepto del Art. 89.1 del CP no viola el principio de igualdad ya que es posible establecer un trato punitivo desigual, de carácter favorable, para los extranjeros no residentes legalmente en España en comparación con los españoles que cometieren esos mismos delitos.

También señala este Tribunal en el mismo auto que “...ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un sólo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de esas finalidades preventivo-especiales, que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país. Por último, debe recordarse que la finalidad preventivo-especial no es la única que corresponde cumplir a las penas y que, en particular debe ceder siempre que resulte contrapuesta a las necesidades de carácter preventivo-general o de reafirmación del ordenamiento jurídico”.

Asimismo, estas medidas son totalmente contrarias al “respeto escrupuloso al principio de cumplimiento de las penas”, que tanto preocupa al legislador, como pone de manifiesto la propia exposición de motivos de la Ley 11/2003.

Respecto al principio de proporcionalidad se ha de decir que uno de los efectos de la sustitución de la pena por expulsión, es la prohibición de entrada en España, y en territorio Schengen, como veremos, por diez años, con independencia de la gravedad de los hechos cometidos, arraigo del extranjero en España, posibilidades de inserción en la sociedad española, etc. Por lo tanto, a nuestro juicio se viola claramente este principio.

Por último, nos encontramos con serios problemas respecto al principio *non bis in idem*, en el caso de la sustitución de condenas iguales o superiores a los seis años; pues el extranjero, en este caso, no sólo cumplirá la pena, sino que, en el momento en que un reo español esté en condiciones de alcanzar la libertad (aunque condicional), comenzará a cumplir una segunda pena: su expulsión del territorio español.

Esta sustitución de la pena por expulsión, en penas superiores a seis años, una vez tenga cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, no se debe confundir con la libertad condicional en el país de origen, que se regula en el Art. 197 del Reglamento Penitenciario, pese a que ambas figuras precisan que el recluso extranjero tenga cumplida las tres cuartas partes de su condena. La sustitución de la pena por expulsión cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes es un sustitutivo penal, y será la autoridad judicial que le sentenció la competente para otorgarla en la propia sentencia

(por lo tanto es una fecha concreta, independientemente de la clasificación penitenciaria que tenga). Esta expulsión conlleva, además, una prohibición de entrada de diez años, lo que la diferencia de la libertad condicional cumplida en el país de origen. A nuestro juicio esta figura no tiene un fin resocializador como lo tiene la libertad condicional sino que, en este caso, se está primando la seguridad del Estado.

Analizamos a continuación de manera detallada este artículo.

2.1.1. Competencia

El Art. 89 establece la competencia en los Juzgados y Tribunales, claro está, de ámbito penal: Juzgados de lo Penal, Audiencias Provinciales, Juzgados Centrales de lo Penal, Audiencia Nacional, Tribunal Jurado.

A estos hay que añadir, los Juzgados de Instrucción en tanto que dicten sentencias de conformidad en el procedimiento establecido en la Ley 38/2002 (Juicio Rápido) no como juzgador de faltas dado que a nuestro juicio no pueden ser objeto de esta medida como expondremos a continuación.

2.1.2. Sustitución de penas

El Art. 89 del CP establece que sólo se pueden sustituir penas privativas de libertad, no penas de otra naturaleza (por ejemplo, las privativas de derechos) lo cual puede dar lugar al absurdo de que en sentencia se imponga una pena accesoria abocada a no cumplirse, al ser accesoria de una que será sustituida por expulsión¹⁸.

Se debe tener en cuenta la pena impuesta en sentencia no la pena abstracta señalada en el delito. Si en una misma sentencia, el extranjero es condenado a varias penas, inferiores a seis años pero que sumadas exceden de este límite, se tendrán que ponderar cada una de ellas para proceder a la sustitución por expulsión¹⁹. El legislador no ha establecido ninguna cláusula limitativa a este

¹³ Anterior redacción el legislador establecía “...podrán ser sustituidas por expulsión...” tras la redacción dada en la Ley Orgánica 11/2003, se establece “... serán sustituidas por expulsión...”.

¹⁴ STS nº 901/2001 de 8 de julio, Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Jiménez García: “la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensoristas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado”.

¹⁵ ESTEBAN MEILÓN, M^a R.: “La facultad judicial de sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión de los extranjeros”. Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 4 pag. 1

¹⁶ De la misma opinión es MONTESERÍN, quien opina que la expulsión “no va a resultar eficaz, porque la mayoría de los delincuentes extranjeros que delinquen lo hacen transportando droga. Empujados por la pobreza que sufren en su país volverán a intentarlo; si les sale bien se quedan, si no, les devuelven gratis a su país”. Véase: MONTESERÍN, E.: “Encarcelar el problema”, Claves, nº 139, 2004, p. 76.

¹⁷ JUANATEY DORADO, Carmen: “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal”, La Ley Penal, nº 9, 2004, p. 9.

¹⁸ AGUERO NAVARRO, P. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: “Comentarios al proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 3, Lex Nova, 2003, p. 120.

¹⁹ Nuestra opinión coincide con RÍOS MARTÍN, JC: “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse en la cárcel”. Ed. Codex, 2001 y con la Instrucción 4/2003 de la Fiscalía del TSJ de Madrid.

respecto, en esta forma de sustitución de pena; sin embargo, cuando lo ha querido especificar lo ha hecho. Un ejemplo de ello es el Art. 81.2 CP, en el que se establece la posibilidad de suspender la ejecución de la pena impuesta si la misma no excede de dos años o la suma de las impuestas en una misma sentencia no exceda de este límite.²⁰

Cabría la sustitución por expulsión de la pena de arresto de fin de semana, puesto que se trata de una pena privativa de libertad.

Sin embargo, no ocurre igual con la responsabilidad subsidiaria en caso de impago de multa, dado que, aunque se trata de una pena privativa de libertad, no es aplicable en la propia sentencia, (momento procesal oportuno para decretar la sustitución como veremos a continuación), sino que se impone con posterioridad, cuando se ha verificado el impago de la multa impuesta. Pero aún considerando que la sustitución de la pena por expulsión se puede llevar a cabo en ejecución de sentencia, a nuestro juicio esto no sería posible en tanto que según lo establecido en el Art. 88.3 CP, en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

Además de todo lo anterior a nuestro juicio, la sustitución por expulsión de la responsabilidad subsidiaria en caso de impago de multa podría suponer una discriminación por el mero hecho de tener recursos económicos o no.

En el caso de las penas privativas de libertad impuestas en juicios de faltas y en base al criterio de proporcionalidad no deberían ser sustituidas por expulsión. Además, el en Art. 89 del CP el legislador sólo hace referencia a delitos, en ningún momento se refiere a las faltas como sí hace el Art. 57.7 de LOEX. Sin embargo no todos los Tribunales mantienen la misma tesis; un ejemplo de ello es la sentencia dictada por la S. A.P. de Alicante S 2-2-2004 núm. 17/2004²¹.

Si se trata de penas privativas de libertad inferiores a tres meses, conforme a lo establecido en el Art. 71.2 del CP, será imperativo sustituirla por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad.

Respecto a la pena de la localización permanente, pese a ser una pena privativa de libertad (Art. 35 CP), es una pena leve, por tanto no cabría

la sustitución de la misma por expulsión en base al principio de proporcionalidad.

En el caso de que un extranjero, que tenga varias causas penales que se encuentren aun en enjuiciamiento y en un procedimiento, se le haya decretado la sustitución de pena por expulsión, sólo se podrá solicitar la autorización del Juez por parte de la autoridad gubernativa (Art. 57.2 LOEX, expulsión híbrida), si existe una resolución anterior de expulsión²², en caso contrario se procederá al cumplimiento de la pena impuesta según lo establecido en el Art. 89.1 CP.

En el supuesto en el que se haya producido una acumulación de condena conforme a lo establecido en el Art. 76 CP, el Juez o Tribunal que haya realizado la misma será el competente para acordar la sustitución por expulsión, a instancias del Ministerio Fiscal o del penado, siempre que se reúnan los requisitos del Art. 89 del CP²³.

Si dicha acumulación no es posible, y se da el supuesto en que en algunas causas se decretó la sustitución y en otras no, se procederá al cumplimiento de las penas impuestas y se ejecutará la expulsión una vez cumplidas las mismas²⁴. Si los Jueces o Tribunales no decretaron la sustitución de la pena en sentencia ni motivaron su denegación, es posible que el preso extranjero lo solicite en ejecución de sentencia, como veremos a continuación. El hecho de tener decretada la sustitución por expulsión de una pena, le condicionará su estancia en prisión privándole de permisos, progresiones de grado, etc., dado que, conforme a la tabla de variable de riesgos, por un lado, y a su "improbable reinserción" en España, por otro, se considera elevado el riesgo de fuga y nulo su pronóstico favorable de reinserción. Se olvida, por tanto, que el fin último de la pena (Art. 25 CE), el fin reinsertador, también es aplicable

²² Por ello y pese a que es posible se incoe una orden de expulsión conforme al Art. 57.7 de la LOEX (expulsión administrativa), en el momento de tener una sentencia firme, para poder aplicar el Art. 57.2 de la LOEX (expulsión híbrida) es necesario que dicho procedimiento no este pendiente de recurso.

²³ SALCEDO VELASCO, ANDRÉS. "La refundición de condenas: acumulación de penas" Cuadernos y estudios de Derecho Judicial CGPJ.

²⁴ POZA CISNEROS, MARÍA, "Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal" Cuadernos y estudio de Derecho Judicial, 4/1999 CGPJ "No resulta fácil encontrar solución al problema de imposibilidad sobrevenida para hacer efectiva la sustitución por expulsión ya acordada, por existir procedimientos pendientes en los que no se ha acordado la expulsión; en unos casos se opta por ejecutar la pena sustituida; en otros, por esperar al resultado de los demás procedimientos, con riesgo de prescripción de la pena".

a los extranjeros, dado que la pena que se impone se basa en la legislación española y sus principios.

2.1.3. Momento procesal oportuno

La sustitución de la pena debe hacerse en sentencia²⁵. En este momento, es cuando el Juez o Tribunal sentenciador debe tener en cuenta todas las circunstancias que concurren en el caso y decidir o no la sustitución, motivando las razones de su inaplicación.

Los recursos previstos para la sustitución de la pena por expulsión en sentencia son los mismos que los establecidos para la sentencia.

Si la expulsión se realiza en ejecución²⁶, se ha de dar audiencia al penado (asistido de su letrado), y al Ministerio Fiscal y la decisión será en auto motivado. Contra él será posible interponer recurso de apelación o en su caso casación²⁷.

²⁵ En la Circular 2/2006 se establece que "como la sustitución de la pena ha de ser decidida en sentencia y, por tanto, su aplicación no es automática, los fiscales habrán de pronunciarse en el escrito de calificación provisional y, en su caso, excepcionalmente en el trámite de la elevación a definitiva de las conclusiones interesando la sustitución o pronunciándose respecto de la procedencia del incumplimiento de la pena". En este último caso, se deberá conceder a la defensa a solicitud de la misma a fin de evitar indefensión, un plazo para poder estudiar posibles alegaciones y, en su caso, aportar elementos probatorios y de descargo que estime convenientes, aplicando analógicamente lo dispuesto en el Art. 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al mismo tiempo, deberá incorporarse el soporte probatorio como regla general durante la instrucción y antes de la calificación. Ante la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia sobre la procedencia o no de la expulsión, los Fiscales habrán de interponer los correspondientes recursos. Que como regla general no se podrá acordar la expulsión sustitutiva en ejecución de sentencia salvo cuando tal previsión se haya incluido en la parte dispositiva de la sentencia, difiriéndola a la ejecutoria (siendo necesaria, en este caso, la audiencia al interesado, a su letrado y al Ministerio Fiscal, permitiéndose articular prueba sobre los presupuestos de la expulsión, y debiendo adoptar la decisión la forma de Auto motivado, susceptible de recurso), así como cuando la petición se realice por el interesado".

— Cuando se trate de sentencias dictadas de conformidad en el Juzgado de Guardia, el Juez de Instrucción podrá acordar el ingreso en prisión del penado extranjero por aplicación del Art. 801.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y esta conformidad ha de ir precedida de la información al reo de que la pena va a ser sustituida por la expulsión. En circunstancias excepcionales y cuando el reo esté en libertad provisional durante el proceso, cabe otorgar un plazo (no inferior a 72 horas) para cumplir voluntariamente la sentencia abandonando el territorio español.

²⁶ STS S 12-03-2003, núm. 298/2004, Recurso núm. 386/2003 (Ponente D Cándido Conde-Pimpido Tourón).

²⁷ DE LA ROSA CORTINA, J.M.; op.cit.

El Tribunal Constitucional en STC S 8-05- 2006 núm. 145/2006²⁸, en resolución de Recurso de Amparo. En este caso es el propio Tribunal sentenciador quien, a la entrada en vigor de la nueva redacción del Art. 89 CP, decreta la sustitución de pena por expulsión en ejecución de sentencia, sin que la misma haya sido pedida por el extranjero. El Tribunal establece que la misma no es posible, dado que de otro modo no estaríamos, ante "una verdadera y propia sustitución, sino que, dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión...".

Los Tribunales están aprobando la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años²⁹, en ejecución de sentencia, en concreto una vez cumplida la mitad de la condena impuesta, y ello a petición del preso extranjero.

La Circular 2/2006 de Fiscalía establece dos supuestos en los que cabría efectuar la sustitución de pena por expulsión en ejecución de sentencia: "1º) Cuando la sentencia se plantee la aplicación de la expulsión sustitutiva pero por concurrir alguna causa justificada difiera la decisión a la fase de ejecución de sentencia, en cuanto no existiría aquí una alteración esencial del contenido del fallo y 2º) Cuando quien solicite en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por la expulsión sea el propio reo, al entender que en tal contexto, valorada la sustitución como beneficio, no se conculcaría ninguna garantía del mismo y por contra podría entenderse que si el fallo no se ha pronunciado pese a concurrir los requisitos legales se le ha privado injustificadamente de un beneficio. Debe a estos efectos recordarse que el Reglamento Penitenciario expresamente establece la obliga-

²⁸ Ponente: Ilmo. Sr. D Guillermo Jiménez Sánchez.

²⁹ Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, Secciones Penales, en su reunión de 29 de mayo de 2004 "se considera que con una aplicación automática y rutinaria -sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto- de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que cuando las penas sean superiores a tres años más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, nos se estime razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena. Sin cumpla la mitad de la pena. Sin embargo, cada caso tiene sus connotaciones especiales, de forma que las circunstancias excepcionales de índole personal de los imputados o incluso de la forma de realizar la conducta y las contingencias que la rodean, pueden justificar decisiones de otra índole que se muestren más justas en el más justas en el caso concreto."

²⁰ DE LA ROSA CORTINA, J.M. "La expulsión de los residentes legalmente condenados".

²¹ Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio José Ubeda de los Cobos.

ción de los centros de informar a los reos sobre las posibilidades de interesar la sustitución de la pena por la expulsión (art. 52.2 RP)”.

2.1.4. No residencia legal en España

El Art. 89 establece que esta sustitución será de aplicación al extranjero³⁰ que no sea residente legal en España³¹.

Los ciudadanos de la Unión Europea, y de Suiza, tienen libertad de residencia y de circulación por toda la Unión Europea, por ello no cabe que los mismos se encuentren irregularmente en España. Tal y como establece el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, los ciudadanos de estos países tienen que inscribirse en el Registro Central de Extranjeros (Art. 7), pero el incumplimiento de este requisito no conlleva que su residencia decaiga en irregular.

Según legislación comunitaria³² transpuesta en este Real Decreto, no es posible la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea salvo que así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública.

Por ello no es posible la sustitución de pena por expulsión a estos ciudadanos. El 29 de mayo de 2004 se dictó un acuerdo por los magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, secciones Penales que establece: “que los ciudadanos comunitarios, debido al espacio común europeo y al principio de libre circulación por todos los países de la UE, no son equiparable a un extranjero no residente legalmente en España, sino que se equiparan más bien a los extranjeros residentes legalmente en España, sin perjuicio de que puedan solicitar el cumplimiento de la pena en el país del que son nacionales”.

Sin embargo, y teniendo en cuenta los conceptos jurídicos establecidos en la LOEX, el texto legal debería haber dicho: “extranjero que no se halle legalmen-

te en territorio español”, para excluir así del ámbito personal de aplicación de este artículo a estudiantes, turistas que, en rigor, se encuentran legalmente en España pero en situación de estancia, no de residencia³³; los que gozan del Estatuto de Apatrida³⁴, conforme a la Convención sobre el Estatuto de Apartidas, refugiados y solicitantes de asilo.

Con la redacción actual, los estudiantes y los turistas podrán ver sustituidas sus penas por expulsión en las mismas condiciones que los extranjeros en situación irregular, sin tener dicha condición.

Distinta doctrina³⁵ justifica esta aplicación, en que el precepto parece inspirarse en la no expulsión para los extranjeros que a través de su residencia legal, demuestran arraigo y dicho arraigo no es tal para aquellos extranjeros que acaban de llegar a España o bien han entrado en España cometiendo el delito.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía del Estado establece que, a efectos de sustituir la pena por expulsión, los estudiantes deberán considerarse como extranjeros residentes legales dado que su régimen se asemeja más al de los residentes temporales que al de los estudiantes. Admitiendo por tanto la expulsión de los que se encuentran en régimen de estancia por turismo.

Una cuestión controvertida es la determinación del momento procesal en que debe valorarse la situación administrativa del extranjero. Son dos las posiciones doctrinales existentes, una señala que se ha de calificar la situación del extranjero en el momento de la comisión del hecho delictivo y otra, la mayoritaria, se inclina porque debe ser en ejecución de sentencia cuando se ha de apreciar la situación legal de residencia y ello, con el argumento de que en la aplicación de otros substitutivos se ponderan diversas circunstancias postdelictuales³⁶.

La falta de residencia legal del extranjero debe estar debidamente acreditada en la causa³⁷. La

citada Circular establece que la certificación expedida sobre la existencia o inexistencia de la autorización de residencia³⁸ por funcionarios de la Brigada de Extranjería y Documentación, que se incorpora a la causa penal, será prueba suficiente para acreditar la situación del extranjero en España. La falta de residencia legal y la falta de constancia de que el imputado haya solicitado una renovación se considerarán prueba suficiente de que el extranjero no reside legalmente en España. Añade que se puede prescindir de solicitar la certificación si el extranjero no sólo no presenta documentación que acredite su situación en España, sino que reconoce no disponer de autorización administrativa válida para residir en España.

2.1.5. Referencia a la naturaleza del delito

Como ya se manifestó en la anterior redacción el legislador establecía “.....podrán ser sustituidas por expulsión.....” tras la redacción dada en la Ley Orgánica 11/2003, se establece “..... serán sustituidas por expulsión.....”; se suprime pues, la discrecionalidad del Juez o Tribunal³⁹. De este modo lo que antes era excepcional frente a la regla general del cumplimiento de la pena en los centros penitenciarios ahora se invierte, cumpliendo la pena en prisión sólo de manera excepcional.

La STS S 8-07-2004 núm. 901/2004 de 8 de julio⁴⁰, establece que el artículo 89 es una “conminación legal dirigida al juzgador” y que “solo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario”.

Sin embargo, y pese a lo manifestado el artículo 89.1 establece la posibilidad de que el Juez, de manera motivada, inaplique el substitutivo penal en base a la naturaleza del delito, por lo que el extran-

jero cumpliría en un Centro Penitenciario la condena impuesta.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía del Estado establece que la remisión a la naturaleza del delito implica que han de ser razones de prevención general las que puedan motivar el cumplimiento de la condena en el centro penitenciario español, en lugar de expulsión⁴¹. Asimismo, establece que deben excluirse también como pauta general de los delitos cometidos por organizaciones criminales, conforme a los criterios de la Convención de las Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada Transnacional.

Distinta doctrina manifiesta que no sólo se ha de tener en cuenta razones de prevención general o especial derivadas del delito las que puedan motivar el cumplimiento de la condena en centro penitenciario español sino que también deberá ponderarse la finalidad retributiva de la pena, por lo que se muestran a favor de denegar la sustitución de la pena por expulsión cuando el extranjero no residente accede a España con el fin de cometer un delito y en ocasiones su intención es regresar a su país una vez realizado el hecho. En este sentido se han dictado por ejemplo las siguientes sentencias: AAP Murcia (Sección de Cartagena) de 16-02-2004⁴²; AAP Tenerife (Sección 2ª) de 18-03-2004; AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), de 19-04-2004; SAP Barcelona (Sección 7ª) de 22-01-2004 núm. Recurso 88/2004⁴³.

En relación a la gravedad del delito cometido, también los Tribunales han tomado posiciones dispares. Por la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía del TSJ⁴⁴, de Madrid se instaba a los Sres. Fiscales, a oponerse a la sustitución en los siguientes casos: cuando se utilice violencia en las personas que genere un plus en la ofensa, o sea especialmente vejatoria, o implique un mayor riesgo para la persona, o violencia innecesaria para obtener el resultado, (por ejemplo, el robo en casa habitada con personas dentro, el robo con violencia en el que se intimida con armas, o cuando hay agresión a la víctima), cuando se trate de delitos contra la libertad sexual o de formas imperfectas de delitos graves (por ejemplo, homicidio) y en los supuestos de

³⁰ Art. 1 LOEX: “Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”.

³¹ Un extranjero puede encontrarse en situación irregular por entrada irregular consumada o por permanencia irregular sobrevenida al no obtener prórroga de estancia, o por caducidad de las autorizaciones sin haber solicitado su renovación.

³² La Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

³³ Art.29. 1 LOEX “Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia.”

Art. 30.1 LOEX: “1. Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para los estudiantes.”

Art. 33.2 LOEX: “La situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia y la duración de la autorización será igual a la del curso para el que esté matriculado”.

³⁴ Convención sobre el Estatuto de Apátridas, Nueva York 28 de septiembre de 1954.

³⁵ DE LA ROSA CORTINA, J.M.; *op.cit.*

³⁶ ONTIVERO VALERA, F. “El extranjero autor de infracciones penales” Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal.II-2001.

³⁷ STS S 2-06-1999 núm 919/1999 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Ramos Gancelo Diego).

³⁸ Es importante tener en cuenta que la solicitud de la renovación de la autorización proroga sus efectos hasta resolución del procedimiento. Pudiendo presentarse esta solicitud hasta tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia (Arts. 52.b) LOEX y 37.5 Reg.LOEX).

³⁹ “...Ya no será de aplicación la jurisprudencia del TS: la STS 1144/2000, de 4 septiembre consideraba como doctrina consolidada que las facultades legales cuya aplicación queda al arbitrio del Juzgador no son susceptibles de Recurso de Casación y que esta doctrina era aplicable al art. 89 CP: la sustitución como facultad al Juzgador, cuyo arbitrio no puede ser objeto de revisión casacional. En el mismo sentido se pronunciaron las STSS 929/1998, de 13 julio y 330/1998 de 3 marzo...” DE LA ROSA CORTINA, J.M.; *op.cit.*

⁴⁰ Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Jiménez García.

⁴¹ STS S 28-10-2004 núm 1249/2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. D. Diego Antonio Ramón Gancelo); STS S 8-07-205 núm 906/2005 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Monteverde Ferre).

⁴² Ponente: Ilmo. Sr. D. Matías Manuel Soria Fernández-Mayoralas.

⁴³ Ponente: Ilmo. Sr. D. Mª Carmen Zabalegui Muñoz.

⁴⁴ DE LA ROSA CORTINA, J.M.; *op.cit.*

elevación de pena previstos en los arts. 76 y 78 CP. Acorde con esta posición se dictaron entre otras las siguientes sentencias: AAP León (Sección 2ª) núm. 37/04, de 3-03-2004⁴⁵; AAP Castellón de la Plana, (Sección 1ª), de 22-01-2004⁴⁶.

Sin embargo otras Audiencias Provinciales tienen posiciones contrarias y decretan la sustitución de la pena impuesta por la comisión de estos delitos, por expulsión: SAP Almería S 26-02-2004 núm. Recurso 6/2003⁴⁷; SAP Las Palmas (Sección 1ª) S 20-10-20000 núm. 162/2000, Sumario 1/2000⁴⁸; SAP Málaga (Sección 2ª) S 28-01-2004 núm 34/2004⁴⁹; SAP Murcia (Sección 4ª) S 18-02-2004 núm. 20/2004⁵⁰; SAP Baleares (Sección 2ª) S 9-05-2003 núm. 53/2003⁵¹.

2.1.6. Audiencia a las partes/circunstancias personales del penado

En el vigente texto legal (redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre), a diferencia de su precedente, no establece expresamente la audiencia al interesado, es más obliga al Juez a pronunciarse incluso, aunque el Ministerio Fiscal no lo haya interesado, lo que supone un agravio al principio acusatorio que rige nuestro procedimiento penal⁵². Pero pese a lo establecido parece claro que, además de la audiencia al Ministerio Fiscal, se debería dar traslado a la defensa.

En la STS núm. 901/2004, antes citada, se considera que el trámite de audiencia es una garantía de salvaguarda de los derechos fundamentales del afectado, estableciendo además, que es imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las circunstancias concretas del penado, del arraigo y de su situación familiar, para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión⁵³.

Por tanto, la audiencia del penado es preceptiva, y ello en base al derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el Art. 24 de la Constitución.

El precepto no hace referencia alguna a que la decisión judicial pueda ser tomada según las circunstancias personales del condenado, sólo, y como veíamos en el apartado anterior, se hace referencia a la naturaleza del delito. En nuestra opinión se viola el principio de individualización de la pena.

El Consejo General del Poder Judicial en su informe de fecha 26 de febrero de 2003 sobre el Anteproyecto de ley manifestó: *“al permitir que excepcionalmente el Juez o Tribunal, de forma motivada aprecie la conveniencia de que la pena se cumpla en España, únicamente se refieren a la naturaleza del delito, concepto indefinido que no tiene en cuenta la gravedad, olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pueden concurrir...y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁴ considera que para la imposi-*

⁵⁴ SSTEDH de 21 de junio de 1998, caso Berrehab contra Reino de los Países Bajos, de 18 de febrero de 1991 (caso Moustaqim) de 7 de julio de 1989, declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatar que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el Art. 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

SSTEDH de 24 de enero de 1993 –caso Boncheski vs. Francia– se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

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

SSTEDH de 21 de octubre de 1997 resolvió contrario y, por tanto favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de febrero de 1998 –Dallia vs. Francia– ó la de 8 de diciembre de 1998.

Otras sentencias –caso Soering contra Reino Unido–, de 26 de marzo de 1992 –caso Beldjoudi– de 15 de noviembre de 1996, –caso Chahal, contra Reino Unido de 2 de mayo de 1997–, –caso D contra Reino Unido de 11 de julio de 2000–, –caso Cilz contra Reino de los Países Bajos–, 502/2001 de 2 de agosto, –caso Boulouf contra Suiza de 8 de marzo 2001 caso Hilal contra Reino Unido, o la de 31 de octubre, caso Yildiz contra Austria.

Y en el mismo sentido STS nº 901/2001 de 8 de julio, nº 514/2005 de 22 de abril, nº 710/2005 de 7 de julio, nº 906/2005 de 8 de julio, nº 120/2005 de 28 de septiembre y la nº 366/2006 de 30 de marzo declaran que la motivación del tribunal no sólo ha de tener en cuenta la naturaleza del delito sino también la circunstancias del acusado a fin de no sólo atender a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguardia de derechos fundamentales. Y También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional –SSTC 99/85 de

ción de la expulsión deben ponderarse circunstancias como el arraigo, que es extensible a la protección de la familia o el peligro, torturas o tratos degradantes, contrarios al artículo tercero del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que el extranjero pueda sufrir en su país de origen como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión.

2.1.7. Cumplimiento de pena (inaplicabilidad de la expulsión)

Según lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Una vez acordada la expulsión en la sentencia dictada el órgano jurisdiccional sentenciador debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de la resolución, para ello pondrá en conocimiento de las autoridades gubernativas el hecho de la expulsión acordada para que las mismas procedan a su ejecución. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.

Así mismo el texto legal establece⁵⁵: *“...En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión...”*. Por tanto se establece de manera clara y general que mientras se acuerde la expulsión el extranjero ingrese en prisión. Sin embargo esto puede llevar a situaciones injustas, que violen el principio de proporcionalidad, en aquellos casos, sobre todo en los que el extranjero se encontraba en libertad provisional y ofrece garantías de cumplir lo acordado.

La Circular 2/2006 establece *“que cabe en circunstancias definidas por su excepcionalidad y tratándose de reos en libertad provisional durante el proceso, otorgar un plazo –que en ningún caso*

podrá ser inferior a 72 horas (Art. 64.1 LE)– para cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio nacional. Esta solución es especialmente recomendable para supuestos de penas cortas que de ordinario no habrían motivado el ingreso en prisión, cuando además el penado ofrezca garantías de que va efectivamente a abandonar el territorio nacional. El Art. 28.3 LE parte de la admisibilidad de este procedimiento de ejecución cuando dispone que la salida será obligatoria en los siguientes supuestos: Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el CP...”

En el Art. 89 se establece que *“en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente”*.

2.1.8. Efecto de la sustitución

El efecto de la sustitución será el archivo de la ejecución y la imposición judicial de una prohibición de regreso a España durante diez⁵⁶ años desde la fecha de la expulsión (no desde la fecha de la sentencia) y en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

En nuestra opinión, hay una quiebra de principio de proporcionalidad dado que se establece una prohibición de regreso durante diez años, al que en su caso, habrá que añadirle el que reste para la prescripción de la pena⁵⁷, con independencia de la duración de la pena y de la naturaleza del delito.

La prohibición de regreso a España hay que hacerla extensiva a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio de Schengen⁵⁸.

En caso de quebrantamiento, se establece que el extranjero sea devuelto (devolución gubernativa) a su país de origen, comenzando de nuevo a computar el tiempo de prohibición de entrada.

⁵⁶ En la anterior regulación, se establecía un plazo de prohibición de regreso de tres a diez años, más acorde, por tanto, con los Derechos Humanos y con el principio de proporcionalidad.

⁵⁷ Si la pena impuesta es de más de cinco años de prisión y no excede de diez, conforme al artículo 133 el plazo de prescripción es de 10 años y por tanto de prohibición de entrada será el de quince años.

⁵⁸ Art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, *op cit*.

3 de septiembre, SSTC 242/94 y SSTC 203/97–, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento.

⁵⁵ Texto reproducido en el Art. 152.2 RLOEX.

⁴⁵ Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Angel Peñín del Palacio.

⁴⁶ Ponente: Ilmo. Sr. D. José Alberto Maderuelo García.

⁴⁷ Ponente: Ilma. Sra. Dª. Soledad Jiménez de Cisneros Cid.

⁴⁸ Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Piñana Darías.

⁴⁹ Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª Jesús Alarcón Barcos.

⁵⁰ Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán.

⁵¹ Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Mulet Ferragut.

⁵² ESTEBAN MEILIÓN, Mª R. op cit

⁵³ En el mismo sentido, STS S 7-7-2006 núm 710/2006 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Monteverde Ferrer); STS S 3-03-2006 núm 274/2006 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez).

Dicha devolución, y conforme a lo establecido en el Art. 58⁵⁹ LOEX, deberá realizarse en el plazo de 72 horas; si ello no es posible, se solicitará a la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión, esto es el ingreso en un Centro de Internamiento para Extranjeros⁶⁰ (CIE), durante un periodo máximo de 40 días (Art. 62 LOEX)⁶¹.

No podemos estar de acuerdo en que se apruebe la medida de internamiento en el CIE, a la espera de que la devolución se lleve a efecto; de esta manera, se privaría de libertad al extranjero, sin que dicho tiempo compute como tiempo de cumplimiento de la pena. Por otro lado, si dicha devolución se demora y el extranjero es ingresado en prisión, se podría producir una acumulación sucesiva de la pena y de la medida de expulsión⁶².

⁵⁹ Art. 58 LOEX: "Efectos de la expulsión y devolución.

1. Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez.

2. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.

Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

3. En el supuesto de que se formalice una solicitud de asilo por las personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de asilo.

Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

4. La devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.

5. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

6. La devolución acordada en el párrafo a del apartado 2 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

⁶⁰ En España actualmente existen Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia, Tarifa (Cádiz), Algeciras (Cádiz), Valencia, Tenerife, Fuerteventura y Lanzarote.

⁶¹ Recientemente se ha aprobado por la Unión Europea la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio.(COM (2005) 0391- C6-0266/2005-2005/0167(COD)), que permite el internamiento por 6 meses prorrogables por otros doce.

⁶² STC S 8-05- 2006 núm 145/2006 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez) *op cit*

No prevé el cumplimiento de la pena sustituida, salvo que la expulsión no pueda llevarse a efecto (Art. 89.4 CP), con lo que prima la ejecución de la sustitución más que la ejecución de la pena sustituida. Tampoco se prevé la apertura de nueva causa por desobediencia o quebrantamiento de condena.

Sin embargo, esta nueva redacción difiere de lo que se establecía anteriormente. El Art. 89.2 y 3 marcaba, a nuestro juicio, una diferencia en el trato si el extranjero se encontraba ya España, (Art. 89.2⁶³) estableciendo que cumpliría las penas que le hubieran sido sustituidas, o aquel que fuese sorprendido en frontera (Art. 89.3⁶⁴) que sería expulsado por la autoridad gubernativa.

2.1.9. No sustitución en determinados delitos⁶⁵

Se ha de tener en cuenta que dicha sustitución no puede llevarse a cabo cuando se trata de autores de los delitos tipificados en los Art. 312, 318.bis, 515.6⁶⁶, 517 y 518 del CP. Estos preceptos abarcan los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y de personas.

Por tanto, los extranjeros condenados por estos delitos habrán de cumplir la pena privativa de libertad que les haya sido impuesta sin que sea posible acudir al mecanismo de la expulsión sustitutiva de la pena.

La Circular 1/2002 de la Fiscalía General de Estado ha señalado que, entre los ilícitos que enumera el Art. 89.4 del CP, no se recogen todas las modalidades delictivas de tráfico ilegal de personas, dejando fuera tanto el delito de favorecer o promover la inmigración clandestina de trabajadores a España o de inmigración fraudulenta (establecido en el Art. 313 CP), como el delito de tráfico de personas para su explotación sexual (Art. 188.2 CP), estableciendo que en estos supuestos se valora

⁶³ Art. 89.2 (antes de la reforma) : "El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas". (Subrayado es nuestro).

⁶⁴ Art. 89.3 (antes de la reforma): "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentará quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español, y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa. (Subrayado es nuestro).

⁶⁵ Este último párrafo del Art. 89 del Código Penal fue introducido por la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, modificada por la Ley Orgánica 14/2003.

⁶⁶ El punto 6 del artículo 515 se encuentra derogado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena.

2.1.10. No aplicación de lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del CP⁶⁷

El Art. 89.1 párrafo 3 dispone que la expulsión se llevará a efecto sin la aplicación de los anteriores artículos. Sin embargo, si la expulsión no puede llevarse a cabo, estos preceptos recobran aplicabilidad; de otro modo, supondrán un tratamiento discriminatorio contrario a la Constitución (en este sentido, se ha manifestado el Auto del Tribunal Constitucional núm. 132/2006 de 4 de abril).

2.1.11. Archivo de procedimiento administrativo en curso

El precepto legal establece que la expulsión acordada como sustitutivo penal conllevará el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

2.1.12. No se prevé la satisfacción de la responsabilidad civil antes de proceder a la expulsión

Esto genera un abandono manifiesto de los intereses de la víctima, que se vean privadas de recibir la indemnización correspondiente por parte del infractor.

2.2. Expulsión sustitutiva de medida de seguridad

Pese a que la expulsión está incluida dentro del catálogo de medidas de seguridad del Art. 96 CP, no se puede decir que la misma tenga el fin establecido para una medida de seguridad (educativo o terapéutico) por lo que consciente de ello el legislador ha establecido en el Art. 108 la misma como un mecanismo de sustitución de la medida de seguridad impuesta.

⁶⁷ El Art. 80 se refiere a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad; el 87, a la suspensión en los casos de drogadicción y alcoholismo; y el 88, a la sustitución de las penas privativas de libertad.

El Art. 108⁶⁸ del CP establece que:

"1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquel, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, 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 en España.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad".

Se establece la sustitución por expulsión de cualquier medida de seguridad impuesta sea o no privativa de libertad, pero creemos que únicamente sería posible en medidas de seguridad privativas de libertad.

Estamos ante una previsión idéntica a la establecida en el Art. 89.1, pero esta vez en sustitución de una medida de seguridad por lo que nos remitimos a lo dicho anteriormente respecto a la sustitución de penas privativas de libertad.

3. Expulsión Administrativa

La expulsión como sanción viene establecida en el Art. 57 de la LOEX. En él, se establece que podrá aplicarse la expulsión, en lugar de la multa, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, ante la comisión de una infracción muy grave tipificada en el Art. 54 de la

⁶⁸ Artículo modificado por la Ley Orgánica 11/2003, sobre medidas concretas sobre seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

LOEX⁶⁹, y ante la comisión de las infracciones graves prevista en los apartados a), b), c) d) y f)

⁶⁹ Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social modificada por la Ley Orgánica 8/2000, modificada por la 14/2003.

Art. 54:

“1. Son infracciones muy graves:

a) Participar 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 público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

c) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el Art. 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.

d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

e) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.

2. También son infracciones muy graves:

a) El incumplimiento de las obligaciones previstas para los transportistas en el Art. 66, apartados 1 y 2.

b) El transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros.

c) El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero o transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España, así como del extranjero transportado en tránsito que no haya sido trasladado a su país de destino o que hubiera sido devuelto por las autoridades de éste, al no autorizarle la entrada.

Esta obligación incluirá los gastos de mantenimiento del citado extranjero y, si así lo solicitan las autoridades encargadas del control de entrada, los derivados del transporte de dicho extranjero, que habrá de producirse de inmediato, bien por medio de la compañía objeto de sanción o, en su defecto, por medio de otra empresa de transporte, con dirección al Estado a partir del cual haya sido transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.

3. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, no se considerará infracción a la presente Ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, ésta le es admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en el Art. 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

del Art. 53⁷⁰ de la misma ley. La consecuencia de la aplicación de esta sanción es la prohibición de entrada en España y en el territorio Schengen por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez.

Especial atención nos merece lo establecido en el Art. 57.2⁷¹:

“Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa a la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por 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.” (Subrayado es nuestro).

En la LOEX, las infracciones se recogen en los Arts. 52, 53 y 54, sin que en ninguno de ellos se mencione como conducta típica el haber cometido un delito en España cuya pena sea superior a un año. Se trata, pues, de una conducta que queda fuera del catálogo de infracciones sin que se señale qué tipo de infracción es, lo que nos impide saber cuál es su periodo de caducidad y de prescripción, situación ésta, que atenta claramente contra el principio de seguridad jurídica.

Este precepto hay que ponerlo en relación con la notificación que el Director del Centro Penitenciario

⁷⁰ Art. 53: “Son infracciones graves:

a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.

d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”.

⁷¹ Pese a que estaba recogido en la Ley 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, en su Art. 26.1 (“haber sido condenados 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 sus antecedentes penales hubieran sido cancelados”), la Ley 4/2000 había suprimido este precepto. Sin embargo, la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000 la volvió a introducir no siendo modificado por la reforma establecida en la Ley Orgánica 14 /2003.

ha de realizar con tres meses de antelación a que se decrete la libertad definitiva de un extranjero a la “autoridad competente” (Comisaría de Policía), según lo establecido en el Art. 26 del Reglamento Penitenciario⁷². Además, la Instrucción de Instituciones Penitenciarias 18/2005⁷³, relativa a las normas generales sobre internos extranjeros, establece que: “Dentro de los cinco días siguientes a su ingreso, el Director del Establecimiento Penitenciario dará traslado a la Comisaría Provincial de Policía de los datos personales de los extranjeros que hubieren ingresado en prisión procedentes de libertad, a efectos de los dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería, en especial en cuanto a la incoación del expediente de expulsión por parte de dicha autoridad, una vez analizadas las circunstancias que concurran en cada caso. Se llevará la cabo la misma comunicación cuando un preventivo extranjero pase a la situación de penado. De igual forma, se comunicará en el mismo acto en que se recibiese el mandamiento de libertad, la excarcelación de un interno extranjero que se hallase en prisión preventiva a la Comisaría Provincial de Policía a los efectos oportunos”.

Ello conlleva a que a la mayoría de los extranjeros, previamente a su excarcelación se les incoa un procedimiento de expulsión conforme al Art. 57.2 LOEX, y dado que se encuentran irregularmente en territorio español, también por la infracción contenida en el Art. 53 a) LOEX⁷⁴, lo cual les legitima para aplicar el procedimiento preferente⁷⁵, que por sus plazos tan abreviados da menores garantías frente a la expulsión.

Se ha de recordar que según lo establecido en la Ley de Asistencia Justicia Gratuita Art. 2 e), el extranjero tendrá derecho a asistencia jurídica gratuita, en orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, en los proce-

⁷² Artículo 26 RP: “En el caso de que el penado fuese un extranjero sujeto a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, conforme a lo dispuesto en la legislación de extranjería, el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el artículo 24.2, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente”.

⁷³ Actualiza la Instrucción 14/2001

⁷⁴ Art. 53 a): “Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”.

⁷⁵ Véase el Art. 63 de la Ley de Extranjería.

dimientos que puedan llevar a su devolución o expulsión del territorio español. En muchas provincias, en el momento de la notificación de la incoación del expediente de expulsión no está presente un letrado, y al ser plazo de 48 horas para la realización de alegaciones tan breve, el extranjero preso sufre una gran indefensión, terminando el procedimiento administrativo sin que, en ocasiones, pueda alegar lo que estime conveniente.

Por otro lado a nuestro juicio, el precepto choca frontalmente con lo establecido en el Art. 31.4 de la LOEX:

“Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar los permisos a los extranjeros que hubieren 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.” (El subrayado es nuestro)

De ello, se deduce que si bien a aquellos extranjeros con antecedentes penales, que no hubieran tenido con anterioridad permiso que legitimara su estancia en España, les será casi imposible la obtención de su documentación; aquellos otros que sí hubieran sido titulares de una Autorización de Residencia, tendrán alguna posibilidad de renovarla en virtud de la discrecionalidad que señala este artículo. Pero frente a ello el Art. 57.4⁷⁶ establece que la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.

Además, también se contraviene lo prescrito por el Art. 73 de la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria que establece que:

“1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos.”

⁷⁶ Redacción dada por la Ley Orgánica 11/2004 de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

2. Los antecedentes no podrán ser, en ningún caso, motivo de discriminación social o jurídica”.

Por último, señalar que en la reciente STC S 7-11-2007, núm. 236/2007⁷⁷ se afirma que dicho Art 57.2 LOEX no es contrario a los principios de reeducación y reinserción social de las penas (Art. 25.2 CE); ni tampoco vulnera el Art. 25.1 CE en tanto que no supone una infracción del principio *non bis in idem*, como mucha parte de la doctrina alegaba. “...lo determinante para rechazar la impugnación del precepto es la falta de identidad entre el fundamento de aquella medida y el fundamento de la sanción penal prevista en el mismo, que como se ha dicho constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*. El precepto establece una expulsión gubernativa, previa la tramitación del correspondiente expediente, siendo la “causa de expulsión” que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año. Pues bien, debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. En este sentido, hemos declarado que la exigencia de un fundamento diferente requiere “que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de ley... El precepto enjuiciado, la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 6). Es decir, sin mayor matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de

expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado”.

LIBERTAD CONDICIONAL

Según el Art. 90 del CP, los requisitos para acceder a la libertad condicional son:

- Que se trate de una pena de privación de libertad.
- Que estén clasificados en tercer grado penitenciario.
- Que hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena.
- Que durante su estancia en prisión hayan observado buena conducta y cuenten con pronóstico favorable de reinserción social.
- Que tenga satisfecha su responsabilidad civil.

Además, el Art. 91 del CP prevé el adelantamiento de la libertad condicional a las dos terceras partes, siempre que la persona penada, según el Código Penal de 1995, haya desarrollado continuamente actividades laborales, culturales y ocupacionales.

Se ha de tener en cuenta que los extranjeros, en general, encuentran mayores dificultades que los españoles para obtener la libertad condicional, en parte debido a la falta de arraigo en España, lo que les dificulta la satisfacción del requisito legal exigido para su otorgamiento que es el “pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”. Por eso, el Art. 197 del RP⁷⁸ establece la posibilidad, previo consentimiento del preso, de obtener esta libertad para disfrutarla en su país de origen.

En este caso, no se trataría de una expulsión, dado que la pena no queda extinguida, sino que, a fin de cumplir el mandato legal, el extranjero cumpliría la última parte de su condena en su país con la condición de no volver a España hasta la finalización de la misma. Es importante resaltar que se requiere el consentimiento del preso y del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para poder decretarla. El Juzgado podrá establecer las medidas cautelares que considere oportunas para confirmar el cumplimiento (por ejemplo, acompañamiento por las autoridades competentes hasta la frontera), y

podrá establecer medidas de control y de seguimiento de la libertad condicional a las Autoridades del Estado de residencia; pero como ya se sabe estas últimas nunca se establecen.

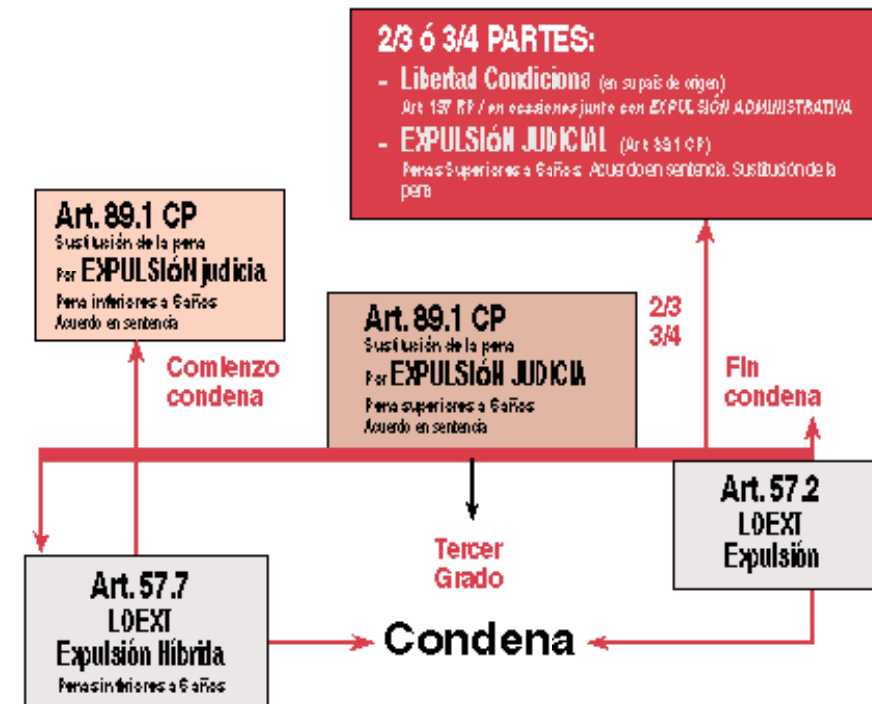
Este precepto establece una clara restricción al dejar fuera a los extranjeros residentes legalmente en territorio español (Art. 197 RP “en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero...). En la práctica los Jueces de Vigilancia Penitenciaria no están teniendo en cuenta la situación administrativa del preso en el momento de la concesión de dicha Libertad Condicional. De otro modo se daría la paradoja de que un extranjero en situación regular, tendría que esperar a que se decretase la expulsión administrativa establecida en el Art. 57.2 LOEX (expulsión por haber cometido un delito en España cuya pena sea superior a un año), para así convertirse en irregular y con ello poder acceder a esta libertad condicional.

De todas formas, dada la temporalidad de las autorizaciones y la imposibilidad de renovarlas

desde la prisión, lo más frecuente es que los extranjeros que ingresaron con autorización de residencia caigan en situación de irregularidad durante el cumplimiento de la condena.

El acceder a esta libertad condicional en su país de origen, puede ser muy beneficioso para el preso extranjero dado que al no tratarse de una expulsión no se le impondrá prohibición de entrada en España ni en territorio Schengen de tres a diez años. Sin embargo, es práctica habitual⁷⁹ que una vez decretada la libertad condicional, la Autoridad Gubernativa correspondiente decrete la expulsión conforme al Art. 57.2 LOEX, estableciéndose, por tanto, periodo de prohibición de entrada.

Para que pueda ser concedida es necesario que se encuentre identificado, situación ésta que no siempre se da, por lo que la concesión de la libertad suele demorarse hasta la obtención de dicha identificación a través de las Autoridades competentes de su país. Dicha identificación suele tardar en algunos casos más de un año.



⁷⁷ (Ponente: Ilma. Sra. D. María Emilia Casas Baamonde). Recurso de inconstitucionalidad núm. 1707-2001, interpuesto por el Parlamento de Navarra, contra varios diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

⁷⁸ Art. que no encuentra su cobertura legal en el Art. 90 Código Penal

⁷⁹ La Instrucción de Instituciones Penitenciarias 18/2005 establece que una vez autorizada por el Juez de Vigilancia la posibilidad de cumplir en su país de residencia el periodo de libertad condicional, se remitirá de forma inmediata copia de la resolución a la Comisaría Provincial de policía solicitando, si el

Juez así lo establece, que se dispongan las medidas necesarias tendentes a asegurar la salida efectiva del territorio nacional del preso. Teniendo conocimiento la Comisaría de Policía de la excarcelación de un extranjero irregular es previsible la incoación de la orden de expulsión conforme al Art. 57.2 de la Ley de Extranjería.

CUMPLIMIENTO EN EL PAÍS DE ORIGEN

El Convenio de Estrasburgo sobre el traslado de personas condenadas, así como los Convenios bilaterales, permiten que, en determinadas condiciones, las personas condenadas a una pena privativa de libertad en un país distinto del suyo, sean trasladadas a su país de origen para cumplir en él la condena.

Para tener derecho a ese traslado se han de reunir las siguientes condiciones:

- Ser considerado como nacional de aquel país, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes en el mismo.
- Que la condena sea firme.
- Que aún queden seis meses como mínimo de cumplimiento de la condena, aunque este período podrá ser más corto en circunstancias excepcionales.
- Que la infracción por la que se le ha juzgado constituya infracción penal en el país en el que se solicite el cumplimiento.

Y para poder proceder al traslado es necesario, además, el consentimiento:

- De la persona en cuestión o, en su caso, su representante legal.
- Del Estado en que ha sido condenado.
- Del Estado al que se solicita efectuar dicho traslado.

El cumplimiento de la condena se efectuará con arreglo a lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos que se apliquen en el país a donde vaya a ser trasladado. La condena máxima que tendrá que cumplir después de efectuarse el traslado equivaldrá a lo que reste de la condena impuesta, una vez deducida cualquier remisión de pena obtenida en España hasta el día del traslado.

Si la condena impuesta fuera de mayor duración o de índole distinta a la que podría imponerse en su país por el mismo delito, dicha condena se adaptará a la más similar que pudiera imponerse conforme a aquella legislación, sin que pudiera ser más larga ni más severa que la condena de origen.

El traslado no impedirá beneficiarse de cualquier indulto, amnistía o conmutación de condena que pueda concederle tanto el Estado de condena como el Estado de cumplimiento. Asimismo, si apareciese nueva información que fuese suficiente para proceder a la revisión de la sentencia dictada por España, serán las autoridades españolas las únicas competentes para decidir acerca del posible recurso de revisión.

Si la condena impuesta dejase de tener carácter ejecutivo, las autoridades del país de cumpli-

miento, tan pronto como tengan noticia de ello, eximirán del cumplimiento de la misma. Y de modo similar, si la condena dejase de tener carácter ejecutivo en el país de cumplimiento, ya no se podrá exigir el cumplimiento de la condena de origen impuesta en España en el caso de que regresase.

La aplicación de estos Convenios o Tratados encuentra muchas dificultades en la práctica por lo que la duración de su tramitación no suele ser inferior a un año. Esta espera genera una gran ansiedad a la persona presa, que pone grandes esperanzas en su traslado, dado que, en muchas ocasiones, no conoce el estado de su tramitación.

Los países suscritos al Convenio 112 (Estrasburgo) de Consejo de Europa, a 17 de julio de 1985, son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suiza, Suecia, Turquía. Asimismo, los países no miembros del Convenio de Estrasburgo son Bahamas, Canadá, Croacia, Trinidad Tobago y Estados Unidos.

Los países con los que España ha firmado Convenios o Tratados bilaterales de traslado de personas condenadas son: Argentina, Bolivia, El Salvador, México, Paraguay, Perú, Venezuela, Colombia, Brasil, Nicaragua, Panamá, Hungría, Rusia, Tailandia, Marruecos y Egipto.

El cumplimiento de la condena en los países de origen parece una medida acorde al fin de la pena, dado que lo que se pretende es el cumplimiento de la pena en un entorno más familiar, que en un futuro será donde se tenga que reinsertar en libertad.

SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DEL EXTRANJERO EN PRISIÓN:

Documentación

Respecto a la documentación, se considera que un recluso está documentado cuando tenemos constancia de su procedencia a través de documento acreditativo (pasaporte, cédula de inscripción, etc). Sin embargo, un recluso estará identificado cuando conozcamos su procedencia aunque no tengamos constancia de la misma a través de documento.

La Instrucción de Instituciones Penitenciarias 18/2005 establece que todo preso extranjero debe tener documentación otorgada por su país de origen. En el supuesto de estar indocumentado, se

reclamará la misma a la autoridad judicial si ésta se encuentra en los autos; en caso contrario, se inician los trámites con el Consulado correspondiente. En nuestra opinión es un derecho del preso el poner en conocimiento de las autoridades diplomáticas⁸⁰ su ingreso en prisión, luego habría que solicitar la autorización del extranjero para iniciar dichos trámites.

El hecho de poseer documentación es de suma importancia para los presos; de ésta depende el que puedan acceder a la libertad condicional en su país de origen, la sustitución de la pena por expulsión, e incluso, en algunas ocasiones, se condiciona su salida de permiso a la tenencia de la misma.

Algunas de las razones que a nuestro juicio explican la falta de documentación de los presos podrían ser: que algunos inmigrantes eligen dejar su documentación en su país de origen ante la creencia errónea de que al carecer de ella no podrán ser expulsados; por otro lado, en muchas ocasiones la documentación que portan consigo los extranjeros en el momento de la detención se pierde tras ser retenida por las Fuerzas de Seguridad del Estado o por los Juzgados; y, por último, cabe señalar la tardanza de las oficinas consulares y embajadas para identificar a sus nacionales, retrasándose algunos de estos Organismos más de un año o no llegando a contestar nunca.

Según las procedencias, observamos que los extranjeros cuyo acceso a España se logra por vía aérea principalmente, presentan un mayor porcentaje de documentación, pues precisan estar perfectamente documentados al pasar por el control policial de los aeropuertos, anulándose así una de las causas principales de indocumentación explicadas anteriormente. Frente a éstos, los extranjeros que hacen su entrada mayoritariamente por otras vías, como, por ejemplo, los magrebíes y los subsaharianos, se encuentran indocumentados en mayor medida. Esto se explica no sólo por la vía de acceso al territorio español, sino, también, porque las autoridades de estos países suelen poner más dificultades para su identificación y documentación, llegando frecuentemente a producirse su indocumentación⁸¹.

⁸⁰ Art. 15.5 RP: "Los internos extranjeros tienen derecho a que se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión. A tal fin, en el momento del ingreso, incluido el voluntario a que se refiere el artículo siguiente, se les informará de forma comprensible, a ser posible en su propio idioma, de este derecho, recabando por escrito su autorización para proceder, en su caso, a tal comunicación".

⁸¹ Estudio realizado por Cáritas Diocesana de Salamanca, www.caritasalamanca.org

Asimismo, como hemos indicado, la retención de documentación por parte de las Fuerzas de Seguridad o por los órganos judiciales es habitual, lo que ocasiona con frecuencia que la documentación identificativa de los extranjeros no llegue a los Centros penitenciarios, y que se extravíe en muchos casos.

Es muy importante tener constancia de si el extranjero posee documentación o no, dado que de ello dependerá, que las distintas posibilidades de cumplimiento de la pena impuesta, puedan llevarse a cabo. De otra manera, el preso extranjero una vez aprobada su excarcelación por concesión de libertad condicional del Art. 97 RP, por sustitución del resto de la pena por expulsión, etc, puede verse afectado por una gran demora en la realización de los trámites para la obtención de la documentación.

Situación administrativa

Los presos extranjeros residentes legalmente en territorio español encuentran, en virtud del Art. 31.4 LOEX⁸², serias dificultades para poder renovar su documentación, por la tenencia de antecedentes penales. Sin embargo, pese a que en el citado artículo, como ya vimos, se prevé la posibilidad, valorando cada supuesto, de renovar la documentación cuando se haya extinguido la pena o hayan sido indultados, o se encuentren en situación de remisión condicional de la pena (excluyendo por tanto a los que se encuentran cumpliendo condena), en la práctica se prima la expulsión administrativa establecida en el Art. 57.2 frente a las circunstancias excepcionales que puede tener el extranjero.

Por lo que refiere a los presos preventivos, al tratarse de individuos no condenados, y por tanto, sin antecedentes penales, sujetos al principio de presunción de inocencia, no debería haber restricción alguna a la renovación de sus autorizaciones de residencia. Sin embargo, en la práctica, nos encontramos con que las autoridades competentes para la tramitación de dichas renovaciones no acuden a prisión para realizar la toma de huellas en el caso de que existiera una resolución favorable de renovación previa a su entrada en prisión, y si ellos solicitan un permiso extraordinario para realizar dicho trámite, el mismo es denegado. Asimismo la información que tiene el preso extranjero es muy escasa en este sentido, dejando en no

⁸² Art. 31.4: op cit

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, tratamientos y reinsertadores que afectan a todos los internos, con independencia de su nacionalidad y por otra parte la legislación de extranjería impi-

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".

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 aconsejaren 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 determinaran 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).

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 transcendencia 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 inserción 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 inserción 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, tratamentales y reinsertados 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 inserción, 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 un 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

• IV. Circunstancias especiales en el disfrute de los permisos: salida al extranjero

I. MOTIVOS MÁS FRECUENTES PARA DENEGAR LOS PERMISOS

Los motivos más frecuentes para la denegación de permisos son: la ausencia de arraigo en nuestro país, tener un expediente de expulsión abierto, el riesgo de quebrantamiento o el riesgo fuga al país de origen. Vamos a ir analizando cada una de estos motivos.

1. Ausencia de arraigo en nuestro país

La Sección V de la Audiencia Provincial de Madrid, ante la ausencia de arraigo en nuestro país, viene exigiendo un análisis pormenorizado y personalizado de cada caso, sin que quepan respuestas genéricas y estereotipadas.

a) *No se puede hablar de falta de arraigo de quien tiene familia o relaciones afectivas importantes que le vinculen a nuestro país.*

Reproducimos varios autos que analizan el arraigo de los extranjeros presos a través de los vínculos afectivos que tienen:

El Auto 67/04, de 14 de enero de 2004, JVP N°2, Exp. 917/02, nos recuerda: *“No obstante, aunque es extranjero tiene a su esposa en España donde trabaja y reside legalmente, y donde lo razonable es pensar que quiere ganarse la vida con más facilidad que en su país de origen que en estos años atraviesa por dificultades... El riesgo de fuga siempre presente, es más bajo cuando se cuenta con el arraigo familiar del penado...”*

En el mismo sentido el Auto 47/99 de 19 de enero de 1999, JVP N°2, EXP. 586/97. alega que *“...el penado demuestra su relación sentimental y proyecto de matrimonio con una española. En tales condiciones quebrantar el permiso en nada le beneficia pues pasaría a una situación de rebeldía y sería fácil su expulsión del territorio nacional tan pronto se le detuviera y la posibilidad de fuga a su país de origen es pequeña pues consta precisamente la voluntad del interno de residir en España aunque no le resulte fácil conseguirlo. En estas condiciones debe concederse el permiso por tiempo de cuatro días, condicionado a que sea recogido*

do a la salida de prisión por su novia con la que proyecta casarse.”

El Auto 377/06, de 1 de febrero, Exp. 95/05 del JVP N°3 de Madrid, considera *“el criterio seguido por el juez “a quo” es acertado y que el recurso debe ser rechazado, no solo porque el penado reúne los requisitos mínimos legalmente exigidos, enumerados en el razonamiento anterior, sino porque, además, el riesgo de incumplimiento no es elevado, en atención a al importante fracción de condena ya cumplida (superior a la mitad), su positiva evolución y las circunstancias de su arraigo en España (su pareja reside igualmente en España y es satisfactoria la acogida-tutela).*

La condición de extranjero no debe ser obstáculo para la concesión de permisos de salida cuando existen otros datos de los que lógicamente cabe deducir que el interno no quebrantaría su condena y que se comportará adecuadamente durante los días de permanencia fuera del centro penitenciario y la preparación de la vida en libertad debe ser progresiva, y para ello los permisos no deben reservarse únicamente a los últimos momentos de la condena, cuando se puede acceder a beneficios mayores, como el tercer grado o la libertad condicional.

b) *Cuando se carezca de esta vinculación familiar o afectiva en nuestro país, se puede suplir con el aval de una ONG*

Citamos algunos autos:

Así el AUTO 381/01, 27 de febrero de 2001, JVP n°2, Exp. 1229/99 recoge: *“Las razones aludidas por la Junta de Tratamiento para la denegación de los permiso de salida solicitado ... se limitan a la carencia de arraigo social o vínculos familiares e nuestro país y la lejanía de las fechas de cumplimiento de su condena.*

Tratándose de una interna extranjera, esa falta de arraigo –inevitable ante su situación– no puede constituir un obstáculo insalvable para el disfrute de los permiso de salida, puesto que en tal caso se prescindiría totalmente para los internos extranjeros de uno de los mejores instrumentos para conseguir la rehabilitación social de los penados, dificultando así para ellos una de los principales objetivos de las penas privativas de libertad. Por ello, la ausencia de vínculos familiares o profesionales en España debe ser suplida en estos casos por la asistencia prestada por la organizaciones existentes de ayuda a los presos, como la ofrecida en este caso por la ONG ACOPE. ...”

El Auto 1331/04, 17 de mayo de 2004, JVP n°2, Exp. 1105/01 por su parte añade: *“...La penada hace bastante más de un año que cumplió la cuarta parte de su condena. La conducta es muy buena con plurales recompensas. Es extranjera y sin arraigo en España y ello supone un mayor riesgo de fuga, pero si no se asumiese nunca ese incremento de riesgo la conclusión lógica sería que los penados extranjeros cumplirían sus condenas sin disfrutar jamás de permisos (y rara vez alcanzarían el tercer grado salvo a efectos de expulsión). Ese no es el espíritu de nuestra Constitución (Autos 13 y 14) ni el de la L.O.G.P. Por ello lo lógico es decidir caso por caso si ese incremento de riesgo es tolerable. En el presente caso lo es por dos razones: porque la penada cuenta con la acogida y aval de una institución prestigiosa, bajo cuya tutela el número de quebrantamientos es pequeño; y porque la interna trabaja asalariadamente en prisión y desde ella ayuda a su familia que vive en un país más pobre (sin olvidar en este punto lo que significa la actual fortaleza del Euro frente a otras monedas). En consecuencia se estimará el recurso y se concederá a la interna un permiso de cinco días bajo el aval de la institución que la acoge, con obligación de comparecer ante el Tribunal durante el mismo.”*

Muy interesante es el Auto 834/04, 26 de marzo de 2004, JVP n°3, Exp. 940/02: *“El penado ha cumplido ya más de dos tercios de su condena, con lo que los fines de la pena pueden en muy buena medida considerarse cumplidos. Denegar el permiso por su sola condición de extranjero sin arraigo, en estas circunstancias y cuando el penado cuenta con el apoyo de una prestigiosa institución pasaría de ser un acto de prudencia, en cuanto que es cierto el mayor riesgo de quebrantamiento de quien sólo está unido a nuestro país por el doloroso vínculo de la condena, a ser un acto de discriminación por la sola cualidad de extranjería, en cuanto que el trato diferente a realidades diferentes ya se ha producido, aún con exceso, pues, de ser español, hace años que vendría disfrutando de permisos. Se estimará el recurso y se concederá permiso durante cinco días condicionado a que mantenga el apoyo de la institución que lo acoge.”*

2. Existencia de expediente administrativo de expulsión

Este es otro de los motivos que más se alegan para denegar un permiso. Frente a esto la

Sección V de la Audiencia Provincial de Madrid viene reiterando que tener un expediente administrativo de expulsión no es, por sí sólo, motivo de denegación.

Así el Auto 228/99 19.2.99 JVP N°2 EXP. 1283/97 recoge: *“El interno cumplió las 3/4 partes de la condena en octubre de 1.998 y obtendrá la libertad definitiva en agosto de este año y su conducta penitenciaria es buena y participativa. El único motivo para denegarle el permiso es que está incurso en causa de expulsión y no desea volver a su país, por lo que se considera elevado el riesgo de quebrantamiento. Sin embargo, el cumplimiento de la totalidad de la condena está muy cercano y ello atenúa dicho riesgo por el interés que pueda tener el recurrente en volver a regularizar su situación en España. En cualquier caso es una circunstancia que por sí sola es insuficiente para denegar el permiso, en la fase de cumplimiento en que se encuentra el interno, por la necesidad de que ya en este momento comience a prepararse para la vida en libertad y por ello se le concede en extensión de 5 días.”*

3. El riesgo de quebrantamiento o riesgo de fuga

a) *El riesgo puede ser reducido*

La Audiencia Provincial entiende que el riesgo puede ser reducido bajo determinadas condiciones y cautelas y finalmente puede ser asumido, por ser un riesgo aceptado legalmente para cumplir con el mandato constitucional de la reinserción de todos los penados, sin excepción de los ciudadanos extranjeros.

Este riesgo se puede reducir limitando los días de permiso, poniendo como condición la recogida y entrega del familiar o ONG que lo avale, exigiendo una fracción mayor de pena cumplida, requiriendo la presentación diaria en la comisaría durante el permiso, etc.

Un ejemplo de ello es el Auto 674/99, 19.5.99, EXP 72/98 *“...Por tanto lo que procede es lo contrario, esto es, conceder el permiso pero condicionándolo de suerte que el riesgo de quebrantamiento sea aceptablemente bajo, para lo que se limitara en el tiempo –tres días– y se exigirá que sea el preso recogido a la salida de prisión por alguna de las personas que menciona en su solicitud de permiso...”*

b) El riesgo es más asumible cuando el fin retributivo y de prevención especial están en buena medida cumplidos

La Audiencia Provincial Sección V viene entendiendo que cuando se cumple una mayor fracción de la pena, no sólo se reduce el riesgo de quebrantamiento por estar más cerca la fecha de la libertad sino que a su vez este riesgo es más asumible al estar en buena medida el fin retributivo y de prevención especial en cierta medida cumplidos.

En este sentido cito solo dos autos de los muchos que se han dictado en este sentido, el Auto 470/04, 24 de febrero de 2004, JVP nº2, Exp. 705/03 dice textualmente: "Pese a que el Tribunal sostiene que los extranjeros pueden disfrutar de permisos, es lo cierto que no puede ignorar el superior riesgo de fuga, no sólo como hipótesis o en abstracto, sino materializado de hecho en la superior frecuencia de quebrantamientos. Ello debe procurarse evitarse si no denegando, si retrasando los permisos, de suerte que **la fracción de pena por cumplir sea menor, con lo que disminuya el riesgo de huir ante la mayor cercanía de la libertad, y, de otro lado, se puedan tener por cumplidos, en buena parte al menos, los fines de la pena. No es el caso cuando han transcurrido tres años y dos meses de un total de nueve años, y por ello se desestimará el recurso.**"

Auto 304/07, de 25 de enero, Exp. 301/06 del JVP nº 3 de Madrid: "...El penado, ciudadano polaco..., cumplirá dentro de unos días dos tercios de la condena. Con ello debe pensarse, en principio, que la **eficacia preventiva de la pena se ha alcanzado en muy buena medida.** El riesgo de reiteración de delitos no parece grave en un delincuente sin antecedentes y que ha cumplido esa fracción de la pena; y el riesgo de fuga viene mitigado por la fracción de la pena ya cumplida..."

c) El riesgo de fuga pierde dramatismo con a previsión legal del art. 89 del Código Penal, que prevé la expulsión del ciudadano extranjero

La mera hipótesis de quebrantamiento no es causa suficiente para denegar los permisos, ya que esto llevaría a una situación de paralización total. Son muchos los autos⁸⁴ que **reducen el**

dramatismo del quebrantamiento ante la previsión de expulsión que recoge el art. 89 del Código Penal. Cito brevemente el Auto 2620/03, dictado el 4 de noviembre de 2003⁸⁵: "...La penada ha cumplido casi cuatro años de prisión y observa muy buena conducta con abundantísimas recompensas. Ello significa que puede ser clasificada en tercer grado en muy poco tiempo y expulsada de España conforme a lo prevenido en el artículo 89 del Código Penal. El riesgo de quebrantamiento es menor ante la esperanza de una salida a su situación y el hecho mismo del quebrantamiento, nunca deseable, pierde dramatismo ante la vocación de expulsión que late en la última reforma del Código Penal. Se estimará recurso y se concederá permiso durante cuatro días, condicionado a la acogida por la penada de la Asociación que la avala..."

En la misma línea el Auto 1854/00, del 20 de diciembre de 2000⁸⁶, "...Ciertamente los penados extranjeros tienen menos motivos para permanecer en España que los nacionales pero han de tenerse en cuenta todos los datos que se poseen y, si siempre el quebrantamiento es una ilegalidad indeseable y por lo común un delito, y revela, en parte, un fracaso del tratamiento penitenciario, la mera hipótesis del mismo no es causa suficiente para denegar los permisos aún tratándose de súbditos extranjeros. Téngase en cuenta que si el Código Penal permite (artículo 89) la sustitución de penas inferiores a seis años impuestas a extranjeros por su expulsión temporal del territorio, no puede convertirse en una tragedia jurídica un quebrantamiento, aún supuesto que se produzca, cuando son bastante menos de seis años el resto de la pena que queda por cumplir..."

También el Auto 2634/03 del 4 de noviembre de 2003⁸⁷: "...De otra parte ese límite punitivo de seis años permitiría su expulsión de territorio nacional como sanción sustitutivo de la prisión conforme a la vigente redacción del art.89 del Código Penal lo cual supone dos cosas: la primera que el riesgo de fuga mengua ante la expectativa razonable de una libertad cercana, libertad real y no la del huido; la segunda que el hipotéti-

co incumplimiento parcial de los fines de la pena en caso de eventual quebrantamiento, pierde gran parte de su dramatismo..."

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

En este sentido cito sólo alguno de los Autos más interesantes dictados por la Audiencia Provincial de Madrid:

AUTOS 333/00 10.3.00, JVP Nº1, EXP 5/9: "...Como se parte del dato del desarraigo, y como estadísticamente se ha demostrado la realidad de un mayor porcentaje de quebrantamientos por parte de los extranjeros, se entra en una espiral que no está enlazada casualmente de un modo claro pero que no por ello deja de repetirse con persistencia tal que no puede responder a la casualidad. Y es que los permisos se retrasan o no se dan, su inexistencia se esgrime como razón importante para denegar el progreso a tercer grado, con ello la libertad condicional no se alcanza y, en definitiva, la dimensión real de la pena puede llegar a ser superior en estos casos que en los casos de condenados con arraigo en España. No hay discriminación por el hecho de ser extranjero; es razonable valorar como mas grave el riesgo de quebrantamiento de quien no tiene nada o tiene poco que le retenga en España (familia, profesión, amigos), es razonable denegar los permisos, es razonable enlazar de alguna forma el tercer grado de tratamiento que conlleva la semilibertad del régimen abierto con alguna previa preparación para la misma, es forzoso denegar la libertad condicional de quien no está clasificado en tercer grado. Por tanto donde hay una causa razonable para un tratamiento diferenciado –vgr. en cuanto a la concesión de permisos– no puede hablarse de discriminación, ni de quiebra del principio de igualdad, pero los resultados últimos (y los previos a éstos) son de desigualdad. En definitiva, de seguir el criterio razonable hasta sus últimas consecuencias la igualdad nominal de penas impuestas a personas con arraigo y sin arraigo en España por el mismo delito se traduciría en que ni la duración real ni el grado de penosidad de cumplimiento de tales penas serían iguales. Y este resultado podrá ser lógico, como lógica consecuencia de actuaciones razonables previas, pero es injusto o al menos no es deseable y lo indeseable (e incluso lo injus-

to) sólo se hace justo –se justifica– por la necesidad, o lo que es lo mismo, el incremento real de daño o sufrimiento no puede basarse exclusivamente en conjeturas o en estadísticas, ni en genéricos incrementos de riesgo, sino que ha de justificarse caso por caso.(...). Debe pues concederse el permiso e intentar sustituir el círculo vicioso que lleva al resultado antedicho por el círculo virtuoso contrario –permisos, tercer grado, libertad condicional–, y para reducir más aún el siempre existente peligro de quebrantamiento se establecen las siguientes cautelas:

- En cuanto a la duración de este primer permiso: tres días
- En cuanto al apoyo de la Asociación Horizontes Abiertos: el preso será recogido a la salida de prisión por un miembro de dicha asociación o mandatario de la misma.
- La Junta de Tratamiento podrá acordar además que durante el permiso el preso se presenta a la Autoridad Policial."

Auto 1293/01, 4 de julio de 2001, JVP nº3, Exp.114/99: "...Su problema es la falta de arraigo en España. Y, si se inician los permisos, puede quebrantarlos lo cual es injusto, pero si no se inician es casi imposible que el penado obtenga el tercer grado y la libertad condicional con lo cual cumplirá la totalidad de la pena en régimen cerrado ordinario sin el alivio mínimo de salidas ocasionales y esto es más injusto todavía pues en definitiva ello le ocurre por ser extranjero y carecer de apoyo. De las dos injusticias la segunda es más grave pues por la vía de lo impecablemente razonable llega a una consecuencia reprobable: como es extranjero su arraigo es menor o no existe; como el arraigo es menor o no existe no hay permisos; como no hay permisos, no puede calibrarse su conducta en libertad y no hay tercer grado; y como no hay tercer grado no hay libertad condicional y, en resumen, por ser extranjero, ha de apurar la pena hasta las heces, lo que no ocurriría de ser español. Es también más grave la injusticia porque se comete impunemente desde los poderes del Estado incluido el Judicial. Si el preso quebranta, él comete la injusticia y si es capturado pagará por ello. Si el preso no goza la oportunidad de progresar en el cumplimiento de la pena, la negativa de esa oportunidad se hace desde los poderes de un Estado social y democrático de Derecho pero nadie sufrirá por ello reproche institucional alguno. Y, en fin, el quebrantamiento de los permisos existe pero no es frecuente, ni siquiera entre los extranjeros, mientras que la

Exp.550/01 Auto 2621/03, 4 de noviembre de 2003, JVP nº1, Exp. 691/02, Auto 1869/04, 25 de junio de 2004, JVP nº3, Exp. 832/03

⁸⁵ Del JVP nº2, Exp. 165/03

⁸⁶ Del JVP nº3, Exp. 186/00.

⁸⁷ Del JVP nº3, Exp. 619/02

⁸⁴ Así: Auto 2422/03, 15 de octubre de 2003, JVP nº3, Exp. 899/01, Auto 2533/03, 23 de octubre de 2003, JVP nº3,

dinámica viciosa que se inicia con la denegación de los permisos y culmina en el cumplimiento íntegro y sin paliativos de la condena es más frecuente. Así pues ante el riesgo de dos injusticias, si el riesgo menor es de la injusticia menor, individual y sancionable y el riesgo mayor es de la injusticia mayor, institucional e impune, sólo la comodidad, el miedo o una idea mal entendida de seguridad pueden impulsar a optar por el segundo mientras el Derecho, concretado en la L.O.G.P. que incluye los permisos en el régimen ordinario de vida de los presos, invita a asumir el primero. Puede haber excepciones cuando el riesgo de mal uso sea singularmente elevado, o cuando las condiciones del preso permitan pensar en la probable comisión de nuevos delitos con lesión de muy preciados bienes jurídicos de terceros. Pero en este caso, que se estudia cuando el penado puede alcanzar la libertad condicional en un año y ha cumplido más de seis en prisión por un delito de peligro, ha de concluirse que el riesgo de mal uso es aceptable. Se concederá el permiso en la extensión de cuatro días, y, ya que el problema es de desarraigo, con la condición de que el penado sea recogido a la salida de prisión por alguna de los integrantes de las distintas asociaciones u organizaciones de ayuda o apoyo a presos y marginados.”

Auto 834/04: “Puede haber riesgo de fuga, pero siempre lo hay, y no tiene en este caso excesivo sentido, habida cuenta de lo avanzado de la condena. De otra parte, la alternativa no sería otra que el cumplimiento de la pena día a día o de fecha a fecha en régimen ordinario (o cerrado) y sin permiso alguno, y ese no es el espíritu (ni la letra) de la Ley penitenciaria.”

Auto 321/04, 26 de octubre de 2004, JVP nº2, Exp. 377/02: “...El riesgo de fuga sólo puede venir por la vía de la ocultación, cosa no fácil en cuanto que el interno cuanta principalmente con un apoyo conocido y localizado, y ese riesgo, en todo caso, no puede llevar a evitarlo mediante la denegación de todos los permisos a todos los extranjeros en situación irregular haciendo pagar a los más la eventualidad de quebrantamiento de los menos. Ciertamente, el extranjero que quebranta perjudica gravemente a los demás internos extranjeros, pero ese perjuicio debe ser controlado por la prudencia de la Administración y los Jueces para no ser desproporcionado. Se concederá permiso por tiempo de cuatro días condicionado a que el interno sea recogido por la persona que lo acoge.”

e) Índice de Riesgo máximo según la Tabla de Variables de Riesgo

Instituciones Penitenciarias maneja la TVR, **Tabla de Variables de Riesgos**, en la que la **condición de extranjero es considera como indicador máximo de riesgo de quebrantamiento**, esta suerte de determinismo debe ser combatida con el análisis individualizado de cada situación⁸⁸.

Auto 1250/99 del 22.10.99 JVP Nº1 EXP 1370/98: recoge que “...el dato del 100 por 100 del riesgo de dicho mal uso es significativo, pero su propia rotundidad introduce una suerte de nuevo determinismo conforme al cual el interno solo podría hacer mal uso del permiso, lo que lo torna poco fiable como ocurre con todo vaticinio dogmático...”

En la referida **Tabla de Variable de Riesgo** también aparece como indicador de riesgo el **no haber disfrutado de permisos con anterioridad**, situación en la que se encuentran muchos extranjeros.

⁸⁸ Auto 149/99 4.2.99 JVP Nº 3 EXP.1743/95. La Junta de tratamiento acuerda por unanimidad denegar el permiso y no sólo eso sino que adjunta una tabla con puntuación baremada de riesgo en que éste alcanza el calificativo de máximo y la puntuación del cien por cien. En verdad es arriesgado oponerse a ésta suerte de nuevo determinismo y lo cierto es que el preso tiene en su contra factores tales 1a extranjería, la drogodependencia y la reincidencia. Pero han de hacerse algunas consideraciones: Es extranjero pero vive en España y está unido sentimentalmente a otra residente en nuestro país. Es posible que sea drogodependiente pero carece de sanciones por tenencia o consumo de drogas en prisión pese a que ambos hechos constituyen infracciones disciplinarias y por el contrario tiene notas meritorias y el único análisis que obra en autos realizado en el propio centro de Valdemoro dió negativo al consumo de opiáceos, benodiacepinas y cocaína.

Además de ello una puntuación de riesgo al cien por cien pierde fiabilidad cuando se produce en fecha 95.3.97 si tras ese pronóstico el propio juez que ahora ha confirmado la denegación del permiso concedió tres más con fechas 10-7-97; 30-12-97 y 23-9-98, sin que alcancen a comprenderse las razones de la denegación en los autos intermedios de Junio y Julio de 1.998. Si tras tres permisos el pronóstico resultó incumplido, es posible que ahora se cumpla pero no será por su especial valor científico sino porque siempre existen imponderables en las actuaciones de seres humanos. Iniciada, sin problemas aparentes, la línea de disfrute de permisos, lo razonable es persistir en ella tanto no cambie las razones para ponerla fin, ese cambio no puede venir de causas preexistentes a la concesión del primero de los permisos. Debe pues estimarse el recurso y concederse el permiso por tiempo de cinco días condicionado a que no consta el mal uso de los anteriormente concedidos como parece haber ocurrido, aunque el Tribunal no tiene constancia absoluta de ello y sin perjuicio de que por la Junta de Tratamiento puede acordarse la presentación del interno ante la Autoridad policial del lugar del permiso durante todos o algunos de los días de duración del mismo.

En el Auto 477/00 del 6.4.2000 del JVP nº 1, Exp. 887/99 deja en entredicho esta variable: “...Esta valoración, que sitúa el riesgo (siempre existente) en su cuota máxima, se fundamenta en estos tres datos: la condición de extranjero, la ausencia de permisos y la deficiencia convivencial. Ni por si solos, ni en conjunto, estos datos tienen la solidez necesaria para impedir que el interno comience la preparación para la vida en libertad. Así, sobre el primero de ellos este Tribunal ya se ha expresado recientemente al rechazar la conculcación del principio de igualdad. Por lo que respecta al segundo, el rechazo es inmediato, pues difícilmente la concesión del primer permiso puede ir precedida del disfrute de uno anterior. Y por último, la llamada deficiencia convivencial se asienta, al parecer, en el hecho de que la compañera del interno, B.L.J.R, se encuentra internada en el Centro penitenciario Madrid-1. Pero esta incuestionable circunstancia no apoya el pronóstico de mal uso del permiso, y, a los fines que interesan ahora, puede ser compensada con la acogida del interno en la Asociación Fraternal Cristiana de Ayuda a Presos durante el disfrute del permiso”.

Auto 1431/04, 26 de mayo de 2004, JVP nº 3, Exp. 765/03: “El penado es extranjero y ha cumplido dos años de condena de un total de cuatro años y seis meses, por delito contra la salud pública. Aunque es, como se ha dicho, extranjero, cuenta en España con el apoyo de personas que le avallan. Su conducta en prisión es buena, trabaja, se esfuerza, y recibe recompensas por su comportamiento. Tiene el problema de no haber disfrutado de permisos, por lo que no puede valorarse su conducta fuera de prisión. Posiblemente la ausencia de permisos nace en buena parte de su condición de extranjero, y por ello puede dar lugar a un círculo vicioso que es preciso romper, sobre todo cuando la pena no es especialmente grave, la conducta es buena y el interno cuenta con avales...”

II. CIRCUNSTANCIAS QUE SE HAN DE VALORAR A LA HORA DE ESTUDIAR UN PERMISO

Hay que valorar cada caso y tener en cuenta: la forma de actuar del penado en la ejecución del delito (último eslabón de la cadena de un delito de tráfico o por el contrario persona con capacidad de decisión dentro de la organización), posibilidad de reincidencia durante los permisos, situación económica y familiar, realidad económica y política del

país de origen, deseo de volver a su país o si por el contrario renuncia a la sustitución por expulsión, obtención de dinero en prisión que manda a su país, condición de ciudadano europeo, cumplir condena por un delito que se rige por el principio de Justicia Universal, etc.

1. Circunstancias en las que participó en el delito, medios económicos para eludir la condena y posibilidades de reincidencia

Muchos de los extranjeros condenados en España están cumpliendo condena por delitos contra la salud pública, si bien la mayoría son **meros correos o mulas** que han venido a nuestro país por problemas económicos y carecen de información o contacto con la red de narcotráfico que les trajo a nuestro país. Esto es tenido en cuenta en muchos autos de la Audiencia de Madrid, así Auto 381/01, de 27 de febrero de 2001, del JVP nº2, Exp. 1229/99: “...teniendo además en cuenta la intervención de la interna en el delito contra la salud pública que cometió –**mera transportista de droga**– y la dificultades que tendría para sustraerse al cumplimiento de la pena que cumple, por la aparente **carencia de medios para trasladarse a su país de origen**,...”

Auto 1854/00 de 20 de diciembre de 2000, del JVP nº3, en el Exp. 186/00: “...ha de decirse que el delito cometido es grave pero la forma de actuación del penado es la propia del último o uno de los **últimos eslabones en la cadena de la droga**, el que entra en contacto directo con ella a presencia de terceros; es decir no es un narcotraficante con capacidad de organización sino un instrumento (consciente) en manos de otros con poca probabilidad de tornar a ser utilizado. Tenía ya residencia en España, cuenta con el apoyo de una asociación, su trabajo y estudios en prisión son los propios de quien intenta ganarse más tarde la vida honradamente, puede alcanzar el tercer grado en breve si responde con buena conducta a sucesivos permisos y, aunque es duro decirlo, y por desgracia, **le retienen en España, pese a la pena impuesta, la pobreza y la violencia que reinan en su tierra de origen**.”

Auto 68/06, de 12 de enero, Exp. 237/01 del JVP nº 3 de Madrid: “**El penado ha cumplido más de la mitad de la condena. Aunque es extranjero, lleva residiendo en España más de 12 años, y su país de origen (Liberia) pese a algún último avance, es extremadamente pobre y conculso. El interno cuenta con apoyo familiar o**

amistoso (no es fácil describirlo) fuera de prisión, y ello unido a la fracción de la pena cumplida disminuye razonablemente el riesgo de fuga. Al tiempo la acogida por una familia honrada conlleva un cierto compromiso de no delinquir, por lo que tampoco cree el Tribunal que haya riesgo de reiteración de delito, además de que los delitos contra la salud pública no son especialmente frecuentes durante los permisos.

Auto 2998/05, 23 septiembre de 2005, JVP nº2, Exp. 379/02: “...**En el Centro trabaja y puede conseguir un destino remunerado y su país de origen se encuentra en una grave crisis de pobreza y violencia de la que pugna dolorosamente por salir.** Estos factores limitan hasta un punto razonable el riesgo de fuga, por lo que pese a su condición de extranjera debe iniciarse la concesión de permisos. El presente será de cuatro días y durante el mismo deberá obligadamente presentarse ante el Tribunal, y también deberá hacerlo, si la Junta de Tratamiento así lo indica, ante la Autoridad Policial⁸⁹...”.

El Auto 2634/03, 4 de noviembre de 2003, JVP nº3, Exp. 619/02, hace una relación de variables a tener en cuenta: “El penado ha sido condenado a nueve años de prisión por delito contra la salud pública, de los que ha cumplido casi cuatro. En circunstancias ordinarias esa fracción de la pena sería insuficiente para poder dar por cumplidos en una parte sustancial los fines de la misma, cuestión esta que ha de sopesarse seriamente, ante el riesgo de quebrantamiento.

En efecto de una lado, es lógico que el riesgo de quebrantamiento sea más elevado, por lo común, en los extranjeros que en los españoles, aun cuando también hay que ponderar la mayor o menor facilidad de huida, la dificultad de hallar acogida o refugio en terceros países, el menor o mayor atractivo de regreso al propio según la situación económica, social y política del mismo etc.,

2. El deseo del ciudadano extranjero de quedarse en nuestro país o de volver debe ser explicado y fundamentado en cada supuesto

Muchos penados piden la aplicación del art. 89 del Código Penal para sustituir la pena por la

⁸⁹ En el mismo sentido el Auto 2108/04, de 9 de julio de 2004, JVP nº1, Exp. 323

expulsión ya que es su deseo volver cuanto antes a su país, esto no tiene porque ser valorado como un mayor riesgo de quebrantamiento, cuando la persona carecer de medios económicos para volver a su país. En sentido contrario, hay quienes desean permanecer en nuestro país y se han opuesto a la sustitución por expulsión o han recurrido el decreto de expulsión, lo que debe ser interpretado como el propósito de no huir y de regularizar su situación. Así los autos que se recogen a continuación:

Auto 604/07, de 9 de febrero, Exp. 214/06 del JVP nº 2 de Madrid: “La penada hace más de 22 meses que cumplió la cuarta parte de la pena, la conducta es buena. **Ha renunciado a cumplir la pena en su país** pues desea quedarse en España, lo que tal vez no le sea fácil, pero es revelador del propósito de no huir.”

Auto 23/04, 7 de enero de 2004, JVP nº1, Exp. 550/03: “El penado, extranjero, no residente legalmente, ha cumplido dos años de prisión de un total de cinco años. **Puede ser expulsado de España en muy breve tiempo, conforme a los criterios que viene siguiendo esta Audiencia Provincial, y así como el quebrantamiento no regulariza su situación sino que le convierte en objeto de busca y captura hasta la prescripción de la pena, la expulsión supone una situación regular que meramente le impide regresar a España durante el plazo de la misma. De aquí se desprende una disminución del riesgo de fuga, que también nace del destino remunerado en prisión y del aval de una prestigiosa Institución que acoge al penado durante los permisos....”.**

3. Posibilidad de fuga exitosa, teniendo en cuenta el alto grado de cooperación jurídica internacional en la persecución de los delitos graves

Cito alguno de los numerosos autos que recogen esta reflexión.

Auto 147/05, 18 de enero de 2005, JVP nº 1, Exp. 566/03: “El interno...., aunque es extranjero **el riesgo de fuga queda paliado por las siguientes razones:** su nacionalidad es la norteamericana, país nada tolerante con los delitos de tráfico de drogas, y su arraigo principal está en **Ámsterdam**, esto es, en un estado perteneciente a la Unión Europea, con lo que la posibilidad de fuga exitosa sin ser capturado y extraditado es baja y lo más probable es que el fugado fuera detenido tras un

molesto y agobiante periodo de ocultación. Cuenta además con el apoyo de una asociación sumamente prestigiosa. En estas circunstancias, denegar el permiso por la sola cualidad de extranjería llevaría a consecuencias inaceptables en cuanto a la diferencia real de cumplimiento de las penas. Se estimará el recurso y se concederá permiso durante cuatro días, con la obligación del interno de presentarse durante el mismo ante este Tribunal.”

Auto 1274/07, de 14 marzo, Exp. 209/01 del JVP nº 3 de Madrid: **El penado ha cumplido más de la mitad de su condena de tres años de prisión. Como rumano es desde 1-1-107 ciudadano de la Unión Europea y ello facilita su fuga, pero también su captura por un delito que se rige pro el principio de Justicia Mundial.”**

Auto 304/07, de 25 de enero, Exp. 301/06 del JVP nº 3 de Madrid: “Riesgo de fuga. Se disminuye por su condición de miembro de la UE y por la creciente **cooperación internacional.** El penado, de nacionalidad polaca, esto es de un país miembro de la Unión Europea, cumplirá dentro de unos días dos tercios de la condena. Con ello debe pensarse, en principio, que la eficacia preventiva de la pena se ha alcanzado en muy buena medida. El riesgo de reiteración de delitos no parece grave en un delincuente sin antecedentes y que ha cumplido esa fracción de la pena; y el riesgo de fuga viene mitigado por la fracción de la pena ya cumplida y la condición de ciudadano de la Unión Europea, donde la cooperación en materia penal es cada vez más intensa.”

Auto 506/07, de 5 de febrero. Exp. 626/06 del JVP nº 2 de Madrid: “El penado cumple los requisitos mínimos legales para la concesión de permisos. Aunque es extranjero tiene vínculos sentimentales con España y cuenta con el aval de una institución prestigiosa. Tiene 50 años de edad y el delito por el que ha sido condenado se persigue conforme al principio de **justicia universal** por lo que la huida le convertiría en un proscrito en el mundo entero, incluido su propio país, durante 15 años hasta la prescripción de la pena, decisión pues esta de la huida poco razonable a la edad del interno”.

4. Modificación del reproche penal de su conducta-Indulto en trámites

Hay que tener en cuenta a la hora de valorar los permisos si el reproche penal ha cambiado o si de ser de nuevo juzgado la pena sería menor.

Auto 2634/03, 4 de noviembre de 2003, JVP nº 3, Exp. 619/02: “...Ahora bien, la conducta del penado, (transporte de 536 gramos de cocaína pura), tipificada en su momento conforme al art.368 y 369.30 del Código Penal y sancionada con nueve años de prisión, ahora sería sancionada no conforme al tipo agravado de tráfico de drogas que configuran esos dos artículos sino conforme al tipo básico previsto en el primero de ellos cuyo límite mínimo positivo no comienza en 9 años de prisión sino en tres. Conscientes de ello tanto el Ministerio Fiscal como el Tribunal sentenciador han informado favorablemente un indulto parcial que reduzca la pena impuesta en dos años (informe del Fiscal) o en tres años (informe del Tribunal).

En estas circunstancias en que el **reproche jurídico abstracto de la conducta ha visto reducido muy severamente** su límite mínimo y el reproche concreto se plasmarla, en juicio hipotético y actual, en una pena de seis años de prisión, la referencia al cumplimiento de los fines de la pena no puede venir referida exclusivamente a la dimensión de la pena impuesta, en cuanto que la justificación de la pena –su necesidad– también ha de considerar el reproche ético jurídico y social vigente, de suerte que si hoy la pena necesaria es inferior no pueden tenerse por incumplidos su fines en un momento dado con la misma intensidad con que lo serían si esa necesidad de reproche hubiera permanecido constante.

En el presente caso, respecto del ideal de justicia que ha de considerarse plasmado en las propuestas de indulto del Tribunal, el penado está muy próximo –a cuatro meses– al cumplimiento de dos tercios de la pena, momento en que podría alcanzar la libertad condicional. De otra parte ese límite punitivo de seis años permitiría su expulsión de territorio nacional como sanción sustitutivo de la prisión conforme a la vigente redacción del art. 89 del Código Penal lo cual supone dos cosas: la primera que el riesgo de fuga mengua ante la expectativa razonable de una libertad cercana, libertad real y no la del huido; la segunda que el hipotético incumplimiento parcial de los fines de la pena en caso de eventual quebrantamiento, pierde gran parte de su dramatismo.

Si a todo ello se añade que, aunque extranjero, el penado tiene a su familia actualmente en España donde su esposa reside legalmente, se está en el caso de estimar el recurso y conceder los permisos correspondientes en extensión no de nueve días, sino de siete que se concretarán

en dos permisos de tres y cuatro días de duración condicionados ambos a la recogida por su esposa y el segundo, además, al buen uso del primero⁹⁰.

III. LOS PERMISOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS DEBEN RESOLVERSE TENIENDO EN CUENTA LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO PENITENCIARIO

Esta afirmación es tan obvia que parecería absurdo tenerla que recordar, sino fuera porque la realidad nos recuerda que es demasiado frecuente comprobar que los presos extranjeros cumplen las condenas sin permisos, sin terceros grados y sin libertad condicional. En este sentido la Audiencia Provincial ha dictado numerosos autos recordando que los principios que inspiran el sistema penitenciario son también de aplicación para los ciudadanos extranjeros que cumplen condenas.

Auto 1221/97 de 1.12.97 JVP N° 2, EXP 808/96: *“El interno ha cumplido las tres cuartas partes de la condena. Su conducta es buena incluso, quizá, de no ser extranjero, se hubiera considerado la progresión de grado y la libertad condicional. La función retributiva de la pena, el fin de prevención especial deben reputarse en buena medida cumplidos. Debe ponerse el acento en el siempre presente objetivo de la reinserción que en cuanto, en buena parte, equivalente a vivir razonablemente en libertad, pasa inexorablemente por la preparación para esa vida en libertad, preparación en la que los permisos penitenciarios son pieza maestra....”*

Auto 472/00 5.4.00 JVP N° 1, EXP 398/99: *“La revisión de las actuaciones conduce a estimar el*

recurso, porque no existe un dato que pueda alzarse como objeción sólida al comienzo de la preparación de la vida en libertad mediante la concesión de un permiso de salida ordinario.

El interno ha cumplido la cuarta parte de la pena y su conducta penitenciaria es buena, pues así debe afirmarse cuando no constan sanciones en el expediente y ha recibido varias notas meritorias. Por otro lado, la lejanía del cumplimiento de la pena es relativa, pues el de las tres cuartas partes esta calculado para el año 2.003. Por último, la condición de extranjero sin familia ni arraigo en España no puede invocarse sin riesgo de vulnerar el principio de igualdad, máxime cuando consta que el interno mantiene una relación sentimental con S.B., de nacionalidad española, cuya hermana C. ha contactado en los Servicios Sociales Penitenciarios.”

IV. CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS: DISFRUTAR EL PERMISO EN EL EXTRANJERO

Existen interesantes autos que autorizan a viajar al extranjero en determinadas circunstancias y bajo algunas condiciones. Cito dos en sentidos opuestos que ilustran la línea que marca el Tribunal.

Auto 283/02, 1 de febrero de 2002, JVP n° 2, Exp. 49/00 *“La penada disfruta del régimen abierto. Puede pasar permisos fuera de prisión en España. El Tribunal ha concedido, en ocasiones, permisos a españoles para salir brevemente a otros países de la Unión Europea o a ciudadanos de estos últimos países presos en España. Pero no tiene sentido que invite a una súbdita de Mozambique a desplazarse a su país de origen, pues el riesgo de fuga es muy superior y la posibilidad de reacción del Derecho español, casi nula, lo que no ocurría en los anteriores casos, de suerte que el eventual quebrantamiento sin respuesta queda al arbitrio exclusivo de la penada, se desestimará el recurso”.*

Auto 472/02, 19 de febrero de 2002, JVP n° 2, Exp. 1228/00 *“El recurrente ya ha disfrutado de varios permisos de salida en el extranjero. El primero de ellos de carácter extraordinario de siete días de duración para visitar en Escocia a su madre que estaba gravemente enferma, y el segundo, ordinario, también en Escocia y con la misma duración, tras el fallecimiento de aquélla; en los dos casos el interno estaba clasificado en segundo grado. Con posterioridad, y tras ser pro-*

gresado a tercer grado, el interno ha disfrutado de otros permisos también en el extranjero (en Escocia y en París, donde reside su novia), dos de ellos al menos antes de la denegación del que ahora se contempla, y tras ellos se ha reintegrado al centro. A la vista de ello, no existen razones para denegar la concesión del que es objeto del presente recurso, pues hasta la fecha el interno ha cumplido las condiciones impuestas administrativa o judicialmente.

Y efectivamente no se ve vulnerado el principio de territorialidad en el cumplimiento de la condena, pues el mismo Reglamento Penitenciario prevé en el art. 197 la posibilidad de que el ciudadano extranjero pueda cumplir la libertad condicional, última fase de cumplimiento de la condena y con sometimiento a la jurisdicción penitenciaria competente, en su país de residencia donde ha de cumplir las medidas de control impuestas....”

CLASIFICACIÓN Y LIBERTAD CONDICIONAL DE INTERNOS EXTRANJEROS

No se nos escapa la dificultad que vienen teniendo los internos extranjeros para la obtención de figuras penitenciarias que, por un lado suavizan la intensidad del cumplimiento de su pena privativa de libertad, y por otro, dada la posibilidad de salir al exterior de la prisión, son vistas por una parte de la sociedad y por algunos jueces como una posibilidad para que eludan el cumplimiento efectivo de sus condenas.

En este sentido, respecto a la aplicación de la progresividad del sistema de individualización científica en que se fundamenta la clasificación de los penados extranjeros internados en los centros penitenciarios, son varios los criterios que la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid ha venido valorando para la determinación de que grado de tratamiento es el más adecuado y dentro de estos cual de sus modalidades se ajusta más a la situación concreta y personal de cada interno.

Son muchos los autos dictados sobre la aplicación de régimen flexible que se contempla en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario (RP), sobre la aplicación del tercer grado restringido regulado en el artículo 82.1 del RP, sobre la aplicación del tercer grado pleno regulado en el artículo 84 RP, sobre la posibilidad de clasificación en tercer grado a efectos de la expulsión contemplada en el artículo 89.1 del Código Penal, y sobre la libertad condicional, fundamentalmente en lo que

se refiere a la modalidad del artículo 197 del RP, y a la posibilidad de que la expulsión sea una regla de conducta que se imponga como condición al libertado condicional.

Para exponer cuales son los criterios de valoración que viene utilizando la Sección 5ª, utilizaremos el siguiente esquema:

– CLASIFICACIÓN:

- Art. 100.2 Reglamento Penitenciario (Régimen flexible que en este caso se centrará en la aplicación del segundo grado con determinados aspectos del tercero).
- Art. 82.1 Reglamento Penitenciario (Tercer grado restringido)
- Art. 84 Reglamento Penitenciario (Tercer grado pleno)
- Art. 89 Código Penal (Tercer grado a efectos de expulsión)

– LIBERTAD CONDICIONAL:

- Artículo 197 Reglamento Penitenciario (libertad condicional para extranjeros sin residencia legal en España o españoles con residencia legal en el extranjero)
- Imposición de la expulsión (Artículo 96.3.2ª Código Penal) como regla de conducta a la que se condiciona la libertad condicional (Art. 90.2 Código Penal).

CLASIFICACIÓN

Artículo 100.2 RP. Régimen flexible de segundo grado con determinados aspectos del tercero

La falta de vinculación familiar y arraigo en España en ocasiones ha sido tenida en cuenta para no conceder el tercer grado y pese a la existencia de factores positivos otorgar un régimen flexible de segundo grado con salidas de fin de semana propias del tercer grado:

“En el caso de autos el penado ha sido condenado por la comisión del delito contra la salud pública a la pena de 9 años de prisión de la que cumplirá las 3/4 partes el 27 de julio de 2007 y la totalidad el 25 de octubre de 2008, en la actualidad viene disfrutando de permisos de salida después

⁹⁰ El penado ha sido condenado a nueve años de prisión por delito contra la salud pública, de los que ha cumplido casi cuatro. En circunstancias ordinarias esa fracción de la pena sería insuficiente para poder dar por cumplidos en una parte sustancial los fines de la misma, cuestión esta que ha de sopesarse seriamente, ante el riesgo de quebrantamiento.

En efecto de una lado, es lógico que el riesgo de quebrantamiento sea más elevado, por lo común, en los extranjeros que en los españoles, aun cuando también hay que ponderar la mayor o menor facilidad de huida, la dificultad de hallar acogida o refugio en terceros países, el menor o mayor atractivo de regreso al propio según la situación económica, social y política del mismo etc., y de otro lado ese quebrantamiento siendo indeseable lo es más cuando supone la imposibilidad de que la pena cumpla sus fines de prevención y retribución.

de que éstos le fueran suspendidos por haber perdido el apoyo que le brinda la Asociación Horizontes Abiertos por consumo abusivo de alcohol, mantiene buena conducta carcelaria con participación en actividades de tratamiento y cuenta con hábitos laborales. Frente a estos factores positivos nos encontramos que el interno carece de vinculación familiar en este país así como arraigo social y profesional, padece un problema de alcoholismo, si bien en la actualidad asiste a sesiones de Alcohólicos Anónimos, aunque aún es pronto para poder valorar los resultados del tratamiento, por ello se ha emitido un pronóstico de reincidencia medio, por ello, se estima ajustado a su situación personal el mantenimiento del recurrente en el segundo grado penitenciario si bien se le concede, al amparo de lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento Penitenciario, determinados beneficios propios del tercer grado penitenciario como son la concesión de las salidas los fines de semana y 48 días de permiso. Por ello procede estimar en parte el recurso formulado por el interno, al entender este Tribunal que este sistema es el adecuado dada las características tanto personales como materiales que concurren en el presente caso, debiendo someterse el interno a las pruebas para la detección de consumo de alcohol que se estimen pertinentes por el Centro Penitenciario.”

Auto 974/2006, de 8 de marzo, del JVP nº 2 de Madrid. Exp. 373/2002.

“El penado ha cumplido algo más de la mitad de su condena y observa buena conducta. Ha disfrutado de permisos sin que conste su mal uso. Todo ello le hace acreedor a una cierta progresión. Pero esa progresión no puede ser a tercer grado en régimen abierto porque carece de arraigo en España y de medios conocidos de vida lo que le vuelve especialmente vulnerable a ofertas al margen de la ley. Lo prudente es la progresión a esa suerte de grado intermedio que permite el artículo 100 del reglamento penitenciario permaneciendo el penado en segundo grado con las siguientes ventajas del tercer grado: podrá disfrutar hasta de cuarenta y ocho días de permiso al año, y podrá salir dos fines de semana alternos cada mes. La Junta de Tratamiento podrá restituir estas salidas de fin semana por otros días de salida si así lo aconseja el tratamiento, o para fines concretos cuales legalizar la situación del penado en España, obtención del permiso de residencia y trabajo etc.”

Auto 787/02, 4 de abril 2002, JVP nº 3, Exp. 627/01

En otras ocasiones, pese al buen pronóstico con variables favorables, arraigo y vinculación en España, ha sido **la ausencia de una oferta clara de trabajo** la que ha determinado la aplicación prudente del régimen del artículo 100.2 RP y no del tercer grado:

“El penado es delincuente primario; ha ingresado en prisión dos veces pero por la misma causa, la primera vez en septiembre de 2003 y la segunda en enero de este año, tras más de dos años en libertad provisional. Durante ese tiempo en libertad no delinquiró y aún siendo extranjero fue autorizado por el Tribunal a desplazarse a su país, de donde regresó para cumplir voluntariamente su condena. Ha trabajado en España si bien ahora no tiene una oferta de trabajo clara, por la reestructuración de la empresa en la que prestaba servicios. Cuenta con apoyo social y sentimental fuera del Centro y su conducta en prisión ha sido buena. En este caso tal vez sea prudente no acordar la clasificación en tercer grado, siendo así que es la inicial, pero ha de ponerse que estamos ante un candidato a alcanzarla en breve tiempo, dados los factores favorables a la reinserción que concurren en él. Por ello es preciso valorar su capacidad de vivir en libertad mientras cumple su condena y, como quiera que no ha disfrutado de permisos, la forma más adecuada de hacerla es establecer una forma mixta de clasificación al amparo del Art. 100.2 del Reglamento penitenciario. Así lo hará el Tribunal, y, con estimación parcial del recurso, acordará que se mantenga la clasificación del penado en segundo grado pero con las variantes propias del tercero (Art. 87 del Reglamento) de salir durante todos los fines de semana por tiempo no inferior a 48 horas, y durante los días festivos.”

Auto 4427/06, de 31 de octubre, JVP nº 3 de Madrid. Exp. 333/2006

No en pocas ocasiones, la Sección 5ª ha denunciado **el círculo vicioso que se produce cuando a un interno no se le concede permisos por ser extranjero, y posteriormente no se le progresa a tercer grado por no haber disfrutado de permisos**, resolviendo dicho dilema aplicando un segundo grado con permisos de fin de semana propios del tercer grado:

“El penado es extranjero y ha cumplido dos años de condena de un total de cuatro años y seis meses, por delito contra la salud pública. Aunque es, como se ha dicho, extranjero, cuenta en España con el apoyo de personas que le avalan. Su conducta en prisión es buena, trabaja, se esfuerza, y recibe recompensas por su comporta-

miento. Tiene el problema de no haber disfrutado de permisos, por lo que no puede valorarse su conducta fuera de prisión. Posiblemente la ausencia de permisos nace en buena parte de su condición de extranjero, y por ello puede dar lugar a un círculo vicioso que es preciso romper, sobre todo cuando la pena no es especialmente grave, la conducta es buena y el interno cuenta con avales. A juicio del Tribunal, ello pasa en este caso por la aplicación del artículo 100 del Reglamento Penitenciario, en cuanto que el penado es delincuente primario y se adapta a las normas de prisión, pero se desconoce cuál será su resistencia a los estímulos criminógenos que hace ocho meses se consideraba que faltaba. Esos ocho meses son importantes en una condena de esta duración que, casi cumplida en su mitad, no puede considerarse en fase inicial. Por tanto, se acuerda el mantenimiento del penado en segundo grado de tratamiento pero con la variante propia del tercero de salir los fines de semana de tarde del viernes a mañana del lunes (o en la dimensión similar que acuerda la Junta de Tratamiento si lo precisaran los desplazamientos del penado), siempre que mantenga la acogida con la que contaba.”

Auto 1431/04, 26 de mayo de 2004, JVP nº 3, Exp. 765/03

Un aspecto del círculo vicioso referido, se concreta en el **riesgo de fuga** del extranjero que la Sección 5ª entiende que se mitiga por el **principio de justicia universal en la persecución de determinados delitos**, optando por el artículo 100.2 RP y no por el tercer grado pleno como medida de prudencia a la esperar de consolidar dicha situación.

“El penado ha cumplido más de cuatro años de prisión de un total de 9 años y 6 meses por delito contra la salud pública y contrabando. Si fuera español puede tener casi por cierto que hubiera disfrutado de permiso. No lo es, sino venezolano con residencia en Miami (EE.UU.). El riesgo de fuga es sin embargo limitado pues es persona conocida y, dado los convenios internacionales firmados por España con Estados Unidos y Venezuela (y otros muchos países) y el carácter del delito sometido al principio de justicia mundial del tráfico de drogas, las posibilidades de evitar la pena son prácticamente inexistentes. En tales condiciones nos encontramos muchas veces ante un círculo vicioso: El preso no puede buscar un apoyo o un trabajo fuera porque carece de permisos, sin un apoyo y trabajo no se puede, con garantías, progresar al interno al tercer grado, en fin los permisos no se conceden porque hay riesgo de fuga.

En estos casos el tribunal ha optado en alguna ocasión y opta en esta por romper el círculo vicioso que solo puede desembocar en que los internos cumplan íntegramente sus condenas sin beneficio ni suavización alguna y lo hace y lo hará esta vez al amparo del artículo 100 del Reglamento Penitenciario. Se trata de mantener al penado en segundo grado pero con salidas durante los fines de semana propias del tercero con el acogimiento de la Asociación Horizontes Abiertos, a fin de que pueda ir buscando contactos o contratos como profesional que es de la música.

Esta fórmula puede considerarse sin excesiva dificultad que integra el tratamiento específico del penado pues, en lo general, los permisos, aunque formando parte del régimen penitenciario conforme a la ley, tienen el fin de preparar para la vida en libertad respetando la ley penal que es el objetivo último del tratamiento, la diferencia entre salida de fin de semana y permiso es, en su realidad práctica, mínima y en sus objetivos (art. 86) convergente, las salidas se integran en el tratamiento, como los permisos, tal como revela el singular protagonismo en su concesión de la Junta de Tratamiento (Art. 86, 87, 160 a 162 del Reglamento); y en lo particular este tipo de salida de fin de semana es el que más se acomoda al contacto con el mundo no carcelario de un preso extranjero y profesional de la música por ser los días en que más oferta puede haber para su trabajo.”

Auto 1011/2000 de 18 de julio de 2000, JVP nº2, Exp.1445/98

Ante el buen uso de los permisos de determinados presos extranjeros, y dado que no se concreta una evolución netamente favorable, **el Tribunal ha optado por el régimen flexible del artículo 100.2 RP concediéndole permisos propios del tercer grado, incluídos los de fines de semana, como factor estimulante.**

“El penado ha disfrutado de numerosos permisos sin que conste su mal uso y contando con el apoyo de amigos y familiares. Su conducta en prisión no es mala pero en evolución no acaba de ser positiva en razón de la falta de arraigo de actitudes prosociales y su superficial asunción del delito. De otra parte, fuera del hecho de la condena que le sitúa legalmente en España, carece de permiso de residencia en la misma. No son elementos que preconicen la progresión a un grado que lleva consigo un régimen de semilibertad, para lo que habrá que esperar al menos a que la condena cumpla más eficazmente sus finalidades preventivas. Sin embargo el buen uso de los permisos debe ser estimulado así como el

esfuerzo por trabajar en prisión. Al efecto y conforme al artículo 100 del Reglamento Penitenciario se acordará el mantenimiento del penado en 2º grado de clasificación pero con las variantes propias del tercero de ampliar hasta 48 los días de permiso que puede disfrutar el penado al año y de la salida del Centro durante fines de semana alternos.”

Auto 3721/04, 10 de diciembre de 2004, JVP nº 2, Exp. 722/01

Artículo 82.1 Reglamento Penitenciario (Tercer Grado Restringido)

La restricción de la aplicación del tercer grado, ha sido utilizada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sus resoluciones en ocasiones para mejorar la situación de un preso al que por diversos factores la Administración Penitenciaria no creía oportuno un mayor margen de semilibertad, y en otras para frenar los riesgos que un régimen de semilibertad pleno pudiera provocar dados los factores de riesgo del interno.

Es el caso de **Extranjeros sin arraigo, siendo este su único factor de inadaptación que no depende de su empeño en mejorar:**

“La penada ha disfrutado de varios permisos sin incidencias. Su conducta en prisión es muy buena con plurales notas meritorias y esfuerzo por superarse en su capacidad laboral y en su cultura. Todos los datos que se aportan primariedad delictiva, conducta, hábitos laborales, etc., son considerados como factores de adaptación. Sólo su cualidad de extranjera sin vinculación familiar en España se considera factor de inadaptación. En estas circunstancias está claro que todo aquello que depende de la penada –respuesta positiva al tratamiento, buena conducta global– que es lo que exige para la progresión el art. 65 de la LOGP, se cumple; y lo que no se cumple puede no cumplirse nunca, y es lo más probable, porque no depende de ella. Pero hay que tener en cuenta que la condición de extranjero no está reñida con el tercer grado, y que cabe incluso que el extranjero sea expulsado de España una vez progresado a dicho grado, con lo que su situación quedaría regularizada dentro de la Ley. Por ello en este caso debe acordarse la progresión a tercer grado si bien por el momento en régimen abierto restringido (Art. 82 del Reglamento) con salidas todos los fines de semana y los festivos (Art. 87), régimen que podrá ser el abierto pleno en cualquier momento en que así lo acuerde la Junta de Tratamiento sin necesi-

dad de nueva resolución judicial, si las circunstancias de la penada lo aconsejan.”

Auto 88/07, de 12 de enero, JVP nº 2 de Madrid. Exp. 64/2006

Y también de **extranjeros que no han disfrutado de permisos, pero que cuentan con factores positivos como porción de la condena cumplida, arraigo familiar en España...;**

“El interno ha cumplido más de la mitad de su condena. Su conducta es buena pues trabaja en prisión y carece de sanciones. Cuenta con cierto arraigo familiar en la persona de su esposa y su cuñada que residen en Barcelona, y su conducta –transporte de 482 g de cocaína– si bien desde el uno de octubre vuelve a ser un tipo agravado del delito de tráfico de drogas conforme al art. 369 del Código Penal según redacción por L.O. 15/03, pudo, durante varios años, conforme a la atinada jurisprudencia del Tribunal Supremo, calificarse según el tipo básico de la misma. Los factores de adaptación según el informe del Centro son muy numerosos y hablan del presente o tienen carácter permanente (primariedad delictiva, personalidad equilibrada, proceso de socialización normalizado, hábitos laborales, participación en actividades, capacidad de comprensión y desarrollo intelectual buenos, adaptación a las normas) mientras que los factores de inadaptación se refieren esencialmente al pasado (desarraigo y avidez superior a sus medios legítimos) excepto la carencia de permiso de residencia (innecesario, por ahora, por razones obvias). Frente a ella, la ausencia de permisos no puede ser un obstáculo insalvable, no sólo porque no es algo exigido por la ley, aunque sea conveniente, sino para eludir el cruel círculo vicioso que dificulta los permisos de los extranjeros y al tiempo hace depender la progresión al tercer grado de la preexistencia de permisos. Se estimará el recurso, y careciendo el penado de un puesto de trabajo externo, se acordará la progresión a tercer grado en régimen abierto restringido con salidas los fines de semana de viernes a lunes y los festivos, conforme a los artículos 82 y 87 del Reglamento Penitenciario.”

Auto 3642/04, 2 de diciembre de 2004, JVP nº 3, Exp. 822/02

Artículo 84 Reglamento Penitenciario (Tercer Grado Pleno)

Para aplicar el régimen de semilibertad pleno a internos con factores positivos consolidados y

cuyo único factor de inadaptación sería su condición de extranjero ha tenido en cuenta el **arraigo familiar en España:**

“La penada ha cumplido más de la tercera parte de la condena y antes de un año cumplirá la mitad de la misma. Su conducta en prisión es muy buena, con plurales recompensas e informes sumamente favorables. Se enumeran en su favor en el informe de la Junta de Tratamiento varios factores de adaptación y ninguno de inadaptación. Aunque es extranjera sus hijos, su pareja sentimental y otros familiares residen en España y le ayudan. Por la forma de comisión del delito y su historial previo (delincuente primaria) y posterior (conducta especialmente buena) todo apunta a que el delito cometido será el primero y último de su vida (como tantas veces sucede con los correos de la droga). En consecuencia de todo esto, la pena habrá de cumplirla, pero es suficiente a todos los efectos –retributivo, preventivo especial, incluso preventivo general– con la fracción ya cumplida en régimen ordinario, sin que se produzca ningún efecto negativo por la progresión al tercer grado y al régimen abierto. Se estimará el recurso y se acordará la progresión a tercer grado de la penada, inicialmente en régimen abierto restringido con salidas los festivos y los fines de semana (todos ellos) de viernes a lunes, que pasará a ser régimen abierto pleno si la penada demuestra que dispone de un medio de vida honrado en libertad.”

Auto 694/2006, de 21 de febrero, JVP nº 3 de Madrid. Exp. 592/2005.

En otras ocasiones, **ante factores muy positivos y manifestaciones del interno de querer cumplir la pena en su país, ha concedido el tercer grado delegando en la Administración Penitenciaria la fijación de las condiciones de control** necesarias para eliminar los riesgos que pudieran existir:

“En el caso de autos nos encontramos que el interno recurrente que ha sido condenado por la comisión del delito contra la salud pública a la pena de 9 años de prisión, ha cumplido ya más de la cuarta parte de la pena impuesta, cumpliendo las 3/4 partes el 18 de abril de 2008 y la totalidad el 18 de julio de 2010, es delincuente primario y mantiene una muy buena conducta penitenciaria, con participación activa en actividades de tratamiento así como laborales, por otro lado está disfrutando de un régimen continuado de permisos de salida, sin que conste incidencia negativa alguna al respecto, al cumplir con cuantos requisitos se le han impuesto al efecto lo que permite su preparación para la vida en libertad, asimismo, el interno

ha manifestado por escrito su deseo de cumplir la pena en su país de origen (Méjico) como consta en autos, factores positivos todos ellos que determina ese incremento de la confianza al que antes aludíamos y que debe traducirse en la concesión al interno de la progresión al tercer grado penitenciario, siempre que cumpla todas las condiciones que al efecto puedan ser señaladas por las Administración Penitenciaria y por el propio Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por lo que procede estimar el recurso formulado”.

Auto 3808/2006, de 15 de Septiembre, JVP nº 2 de Madrid. Exp. 10/06.

Artículo 89 Código Penal (Tercer Grado a Efectos de Expulsión)

Un asunto que ha generado polémica interpretativa desde el primer momento en que se modificó el artículo 89 de Código Penal es si el legislador había introducido una modalidad de tercer grado para extranjeros sin residencia legal que hubieran de ser o quisieran ser expulsados.

La Sección 5ª ha venido siendo muy crítica con esta posibilidad dictando autos en los que ante un interno extranjero con arraigo en España y factores positivos en nuestro país, pero con posibilidades de volver a ligarse a las mafias del narcotráfico en el suyo, opta por la denegación de la clasificación en tercer grado a los mencionados efectos de expulsión:

“El penado tiene en su historial dos delitos de quebrantamiento de condena, y dos delitos contra la salud pública, cometido el segundo cuando estaba en situación de libertad condicional. No ha disfrutado de permisos. Solicita el tercer grado a efectos de aplicación del art. 89 del Código Penal y expulsión del territorio nacional. Es lo cierto que desde el momento en que, con discutible criterio, se vincula la expulsión a la clasificación cabe preguntarse si hay una variante de la clasificación del tercer grado, que lo es sólo a efectos de expulsión, lo que no dejaría de ser una suerte de política penitenciaria con vagos tonos jurídicos; o bien, si estamos ante un supuesto común de clasificación en el que, eso sí, puede tenerse en cuenta la mayor o menor facilidad de reinserción en España o fuera de ella. En el presente caso el penado cuenta entre los más importantes factores de reinserción con el apoyo de una familia arraigada en España. En tal sentido la clasificación en tercer grado podría tener sentido para permanecer aquí,

no para marcharse. Lo que no cabe es que, ante la dificultad objetiva de obtener el tercer grado y permanecer en España, que nace de la ausencia de permisos, la reincidencia y el quebrantamiento, se busque una suerte de salida fácil por la vía de una clasificación en tercer grado que se insinúa como teleológicamente orientada a la expulsión. Y es que no constan razones para pensar en el buen uso de la libertad fuera de España, dados los antiguos lazos del penado con organizaciones de narcotráfico, ello por no hablar del innegable riesgo de quebrantamiento de la medida de expulsión, dados los antecedentes el penado y su situación de arraigo familiar en España, si finalmente es expulsado; y de lo incierto de la propia expulsión, condicionada por la ley a la previa instancia del Ministerio Fiscal (lo que significa que no cabe clasificar en tercer grado “para” expulsar, sin correr el riesgo de que la clasificación quede y la expulsión no llegue). Se desestimará el recurso.”

Auto 1795/05, 10 de junio de 2005, JVP nº 1 de León, Exp. 703/01

En otras ocasiones **ante la ausencia de arraigo y la incongruencia de la concesión de tercer grado en España, ha optado por la concesión de un tercer grado restringido**, remitiendo testimonio del auto de concesión al Tribunal Sentenciador para que acuerde lo que estime oportuno sobre la sustitución de lo que resta de pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional prevista en el artículo 89 del Código Penal:

“La L.O.G.P. establece en sus artículos 65 y 72 un sistema de progresividad en el cumplimiento de la condena en cuanto que no debe permanecer en un grado inferior si se está en condiciones de alcanzar el superior, lo cual por otra parte nunca será fruto del automatismo o del paso del tiempo sino de una evolución positiva en el tratamiento individualizado conforme a criterios científicos que se manifestará en una buena conducta global. En el presente caso esa buena conducta global es patente según los informes del Centro que se refieren expresamente a la buena conducta penitenciaria y reflejan un número muy elevado de notas meritorias y otras recompensas en razón de esa buena conducta y de su esfuerzo por mantener en prisión los hábitos laborales. A ello han de unirse dos datos: la primariedad delictiva y el hecho de haber cumplido ya una fracción de la pena superior a la mitad de la impuesta: cuatro años y siete meses, lo que supone que la pena ha cumplido en muy buena medida su eficacia preventiva, sobre todo si se tiene en cuenta que entre 2001 y el 1 de octubre de 2004 la pena

impuesta por esta conducta no hubiera sido muy superior a la ya cumplida, pues el transporte de algo más de 500 gramos de cocaína pura se hubiera sancionado conforme al tipo básico del delito de tráfico de drogas. Los factores de desadaptación que se relacionan en el informe del Centro son la falta de arraigo de la penada en España y lo que llama “propuesta de expulsión del territorio español”. Supuesto que esto último sea una orden de expulsión o bien una petición de expulsión de la penada no es algo que afecte a la progresión a tercer grado y si acaso puede tener relevancia en orden a valorar el riesgo de ocultación de la penada en caso de disfrutar de un régimen de semilibertad que es mayor si teme ser expulsada y no lo desea, que si ella misma pide la expulsión. En el presente caso consta que la interna ha solicitado la expulsión e incluso expresamente el tercer grado a efectos de expulsión con cita del art. 89 del Código Penal. Con ello resulta lo siguiente:

A) El tercer grado es merecido pues la progresión es la respuesta adecuada a la evolución de la interna.

B) El riesgo de ocultación es mínimo pues desea ser expulsada y además, teniendo en cuenta que la penada carece de arraigo y trabajo fuera de prisión, lo razonable es acordar la progresión a tercer grado en régimen abierto restringido conforme al artículo 82 del Reglamento Penitenciario.

C) Que la falta de arraigo en España carece de significado negativo desde el momento en que a la progresión a tercer grado seguirá la expulsión. Del presente auto debe remitirse de inmediato testimonio a la Sección III de esta Audiencia a fin de que se resuelva sobre la expulsión solicitada.”

Auto 3918/04, 22 de diciembre de 2004, JVP nº 1, Exp. 411/04

“La evolución del penado es enormemente positiva y se manifiesta en una buena conducta global. Pues, en efecto, dentro de prisión ha acumulado (sólo hasta mayo de 2.004) más de 16 recompensas, y, fuera de ella, ha disfrutado de seis permisos haciendo de todos ellos buen uso. Se esfuerza además por progresar laboral y culturalmente. Cumple pues los requisitos que exigen los artículos 65 y 72 de la L.O.G.P. para acordar la progresión de grado. Sin embargo carece de arraigo en España y de permiso de trabajo en ella, por lo que lo razonable es acordar la progresión en tercer grado en régimen abierto restringido, conforme a lo prevenido en el artículo 82 del reglamento penitenciario, lo que no es obstáculo para solicitar del Tribunal sentenciador (Sección 6a de la Audiencia Provincial de Madrid) la sustitución del resto de la pena a cumplir por la

expulsión del territorio nacional, como afirma el penado que se propone hacer, y como, a la vista de su especial buena conducta —el número de recompensas es el más elevado que recuerda este Tribunal— ya sugirió este Tribunal en sus autos de 5 y 27 de Febrero de 2.004.”

Auto 3646/04, 2 de diciembre de 2004, JVP nº 1, Exp. 1059/02

Otro de los criterios en los que la Sección 5ª ha sido inflexible es en la **exigencia del consentimiento del extranjero** para que se pueda aplicar el tercer grado a efectos de la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión:

“El penado es delincuente primario. Del estudio de los factores de adaptación e inadaptación convenientes se desprende que sería una persona en condiciones de progresar tercer grado si deseara irse a su país de origen, pues es delincuente primario, con hábitos laborales, adaptación normativa y proceso de socialización normalizado en su medio, y lo que tiene en contra es la falta de arraigo, de permiso de residencia en España y la suma precariedad laboral y económica. Pero precisamente, lo que no quiere el penado es ser expulsado y tampoco puede este Tribunal sino, si acaso, el Tribunal sentenciador, expulsarle cuando haya cumplido tres cuartas partes de la condena en aplicación del art. 89 del Código Penal, sin que sea posible contra la voluntad del penado la aplicación retroactiva de dicha norma en su actual redacción, que permite la expulsión caso de alcanzar el tercer grado. Así las cosas, la progresión de grado sería para estar en semilibertad en España, y al respecto, es evidente que el proceso de socialización en España es apenas incipiente, que el penado cuenta con apoyos precarios y que carece de un medio honrado de vida fuera de prisión. No puede estimarse el recurso.

Auto 536/04, 2 de marzo de 2004, JVP nº 3, xp. 343/02

“El recurso planteado por el interno se resume en la incoherencia que supone el solicitar la progresión a tercer grado, y, concedida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, se le otorgue bajo la condición de ser expulsado a su país de origen. La L.O.G.P. y el Reglamento Penitenciario prevén que un recluso pueda acabar de cumplir la pena impuesta, por la comisión de un delito en España, en su país de origen, pero supeditando tal circunstancia a unos tramites administrativos, en donde es imprescindible que el interesado, lo solicite o no, sea oído al respecto. También el C. Penal prevé una situación semejante con limitación a unos plazos de cumplimiento. Pero lo que no está previsto es que

“exoficio” se condicione la concesión de un tercer grado a la expulsión del territorio nacional. Como informa el Ministerio Fiscal en el expediente (folio 183) lo correcto, y con lo que está de acuerdo la Sala, es decretar la nulidad del Auto impugnado, por no estar dictado con arreglo a normas jurídicas contempladas en el ordenamiento, y con menosprecio de lo establecido en el art. 197 del Reglamento Penitenciario, que exige la previa conformidad, documentada, del interno, que en el caso de autos consta justamente lo contrario, ya que el interno desea instalarse en territorio nacional, donde, al parecer, ha establecido vínculos familiares.

En consecuencia procede declarar la nulidad del Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, en fecha 5 de Mayo de 2000, en el presente expediente, para que se proceda por dicho órgano judicial a dictar otro ajustado a derecho.”

Auto 1508/2000, 31 de octubre de 2000, JVP nº 3, Exp. 1743/95

LIBERTAD CONDICIONAL

Artículo 197 Reglamento penitenciario (libertad condicional para extranjeros sin residencia legal en España o españoles con residencial legal en el extranjero)

La literalidad del artículo 197 del RP parece excluir de esta modalidad de libertad condicional a los extranjeros que no carecen de residencia legal, como pudiera ser el caso de los ciudadanos **comunitarios** o los asimilados a estos, sin embargo la Sección 5ª niega dicha interpretación poniendo de manifiesto la incongruencia de la misma si tenemos en cuenta que en el marco del Consejo de Europa esta firmado el Convenio de Traslado de Persona Condenadas que no fija una fase concreta para dicho traslado, pudiendo darse en la fase de libertad condicional.

“El auto impugnado funda la denegación de la libertad condicional anticipada al cumplimiento de las 2/3 partes, para llevarla a efecto en el país de origen del recurrente, en que al ser súbdito de país perteneciente a la U.E., no lo es de aplicación el art. 197.1 del Reglamento Penitenciario. Independientemente de que el recurrente reúne todos los requisitos para acceder a tal beneficio, en nuestro país, y así se hace constar en el informe favorable de la Junta de Tratamiento y en la falta de oposición a tal concesión, por parte del Ministerio Fiscal, la Sala entiende que el impedimento de ser

miembro de país de la U.E., no debe imposibilitar la concesión de tal beneficio para disfrutarlo en su país, pues el Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por España (11/3/85) y Reino Unido (30/4/85), al no distinguir entre las fases de cumplimiento de las penas, otorga la posibilidad de su aplicación al caso concreto, siempre que se cumplan sus requisitos, establecidos en los arts. 2 y 3 del citado Convenio.”

Auto nº 1146/06, 17 de Marzo de 2006, JVP nº 2 de Burgos. Exp. 157/2005.

Imposición de la expulsión (artículo 96.3.2º Código Penal) como regla de conducta a la que se condiciona la libertad condicional (art. 90.2 Código Penal)

Frente al posicionamiento de algunos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que han intentado o han aplicado la **expulsión del territorio nacional** prevista en el artículo 96.3.2º, **como regla de conducta a la hora de conceder la libertad condicional**, lo que en la práctica opera como una expulsión impuesta, la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, interpreta que dicha regla de conducta solo puede establecerse **como una opción** al preso:

“Posiblemente utiliza el auto impugnado incorrectamente la expresión de acordar la libertad condicional, bajo la condición de que el penado sea expulsado del territorio nacional. En puridad, aunque la Ley permite imponer reglas de conducta y medidas de seguridad durante la libertad condicional (Art. 90.2 del Código Penal) y entre ellas estaría la expulsión del territorio nacional (Art. 96 -3 de dicha Ley) esta posibilidad ha de interpretarse restrictivamente, con certeza las incongruencia en las que incurre las leyes son debidas a modificaciones apresuradas y parciales, pues una medida de seguridad de esa naturaleza no tiene sentido durante una fase de cumplimiento de la pena cual es la libertad condicional (pues ésta se basa en la ausencia de peligrosidad y aquélla en su presencia, conforme a los arts. 90.1 c) y 95.1-20 del Código Penal respectivamente), y, de otra parte, el propio Código sólo se refiere a la eventual inobservancia de las reglas de conducta (y no de las medidas de seguridad) en el artículo 93.1. Pero es que en el presente caso no hay, pese a la dicción literal del auto, tal imposición. De lo que se trata es de si el penado va a cumplir el período de libertad condicional dentro o fuera de España, y el propio penado, consciente de que es más fácil su

reinserción plena en Colombia, escoge cumplir la fase de libertad condicional en su país.

No es, por tanto, una imposición sino una opción, y no por la vía de una muy discutible medida de seguridad como condición adicional, sino por la vía autorizada por el artículo 197 del Reglamento penitenciario que exige la conformidad documentada del interno y que se tomen las cautelas para que esa libertad se disfrute en el país fijado. La conformidad documentada consta, y el auto adopta las cautelas. Y no hay confrontación entre esta norma reglamentaria y el artículo 89 del Código Penal, que permite la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España y condenados a penas privativas de libertad de seis o más años cuando alcanzan el tercer grado (lo que puede ocurrir en cualquier momento, pues incluso el llamado “período de seguridad” que contempla el artículo 36 del Código Penal es susceptible de ser alzado antes de cumplirse la mitad de la condena) o cumplen las tres cuartas partes de la condena (lo que es independiente de la clasificación y puede producirse respecto de penados clasificados incluso en primer grado). Son pues realidades muy distintas, (en las que, además, la expulsión sustituye parcialmente al cumplimiento de la pena), a la libertad condicional en el extranjero en que dicha pena sigue cumpliéndose, pero fuera de España. No hay, por tanto, ilegalidad en el Reglamento por oposición al Código Penal. Y lo más que puede hablarse es de una desafortunada expresión del auto que no altera la esencia de lo resuelto. En cuanto a la anticipación a los dos tercios de la libertad condicional, es una posibilidad prevista en la ley (Art. 91.1) siempre que, además de cumplirse los requisitos de clasificación en tercer grado, buena conducta e informe favorable de reinserción del penado, haya éste desarrollado continuamente actividades culturales, laborales u ocupacionales y ello conlleva un juicio de valor a partir de datos fácticos; sin que conste que el juicio del Juez de Vigilancia sobre esos datos sea erróneo, pues en el expediente obra el informe de dichas actividades emitido por la Junta de Tratamiento el 23.11.05 y más pormenorizadamente el del Educador, de 29.9.05, que se refiere a una actitud de respeto y colaboración, a la participación en numerosas actividades y en las tareas programadas de la escuela y el Taller ocupacional, a los cursos de lavandería y panadería y a los destinos de limpieza y panadería. No se advierte error en valorar todo esto como suficiente, a los efectos del artículo 91.1 del Código Penal. En consecuencia debe desestimarse el recurso del Ministerio Fiscal.”

Auto nº 1079/2006, de 14 de marzo de 2006, JVP nº 2 de Burgos. Exp. 192/2005, en el mismo sentido Auto nº 3668/2006,8 de septiembre de 2006, JVP nº 2 de Madrid. Exp. 1079/2005

En otras ocasiones, la expulsión del territorio nacional prevista en el artículo 96.3.2º, como regla de conducta a la hora de conceder la libertad condicional, **ha negado la posibilidad de que entre esas medidas pueda estar la expulsión del territorio nacional ya que se trata de una medida de seguridad que solo puede fundamentarse en la peligrosidad de la persona a la que se aplica por lo que no es compatible con una figura que requiere un pronóstico favorable como es la libertad condicional.**

“Constituye el objeto de este recurso únicamente, la condición que el Juez de Vigilancia ha impuesto a la libertad condicional del interno, a saber: la expulsión del territorio nacional. Condición ésta cuyo cumplimiento determinará la efectividad del beneficio. El recurso de apelación debe ser estimado. Las resoluciones que se impugnan han invocado la remisión que hace el art. 90.2 al art. 96.3 del Código Penal como la norma que en efecto, literalmente ampara el recurso a la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, prevista como medida de seguridad no privativa de libertad que se puede imponer con arreglo al Código (art. 96.3.2º del Código Penal). Pero, como también afirma el Juez de Vigilancia, a pesar del envío que el art. 90.2 del Código Penal hace al art. 96, no puede interpretarse que, sea voluntad de la Ley la imposición de medidas de seguridad al liberado condicional, sino, sólo, la de condiciones o la observancia de algunos deberes o reglas de conducta a que podrá someterse el cumplimiento en libertad de la última parte de su condena. En efecto, el art. 6.1 del Código Penal establece que “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”. Y el art. 95.1.2º, también del Código penal, que “las medidas de seguridad que aplicarán el Juez o Tribunal en los supuestos previstos –los casos del art. 20 números 1, 2 y 3 del Código penal como eximentes completas o incompletas–, requieren que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. De tal forma que no resulta compatible la imposición de una medida de seguridad, cuyo presupuesto es la

peligrosidad criminal del sujeto y que requiere por tanto un pronóstico que establezca la probabilidad de comisión de nuevos delitos en el futuro, con la concesión de la libertad condicional, uno de cuyos requisitos fundamentales, como lo dispone el art. 90.1 c) del Código penal, es que exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Por tanto, no cabe sostener, pese a la remisión en bloque que se hace al art. 96.3 del Código, que haya querido la Ley autorizar la imposición de medidas de seguridad al liberado condicional, sino sólo –como así lo indica el Juez de Vigilancia– reglas de conducta o ciertas condiciones. Es decir, ha de concluirse que la Ley, prescindiendo económicamente de una enumeración exhaustiva de las mismas al regular la libertad condicional, ha remitido al intérprete a otros preceptos en los que ya se contiene la relación de las reglas, obligaciones o condiciones, que, idénticas en su contenido, pueden ser consideradas funcionalmente como penas (art. 33 y ss. del Código penal); penas accesorias (art. 57 del Código penal); obligaciones o deberes unidos a la suspensión de la ejecución de la pena (art. 83 del Código penal) o medidas cautelares (arts. 544 bis y ter de la L.E.Crm.) En consecuencia, debe realizarse una interpretación no literal de esa remisión, sino restrictiva entendiéndose que sólo podrán ser añadidas a la concesión de la libertad condicional las medidas de seguridad relacionadas en el art. 96.3 del Código penal, en tanto puedan ser consideradas sustancialmente condiciones o reglas de conducta que sirven a los fines propios de esta institución. En un sistema progresivo, como lo es el de la ejecución de las penas privativas de libertad del Derecho español, la libertad condicional es, como período intermedio entre la prisión y la definitiva libertad, el último grado de la ejecución (art. 72.1 L.O.G.P.) y va, en especial, orientado, desde el mandato del art. 25.2 de la Constitución, a la reeducación y a la reinserción social. Implica la mayor adecuación individual de la pena al caso concreto y a la persona del autor y corresponde esencialmente al fin de la prevención especial. Pues, antes de que pueda ser concedida, debe existir en cada caso un juicio de pronóstico individualizado y favorable de la reincorporación del penado a la sociedad. La expulsión del territorio nacional carece de sentido propio, vinculada a la libertad condicional. De acordarse en este momento, cuando la ejecución de la pena de prisión ha llegado a su fase última, equivaldría a una renuncia a la recuperación y reintegración en la sociedad de quien ha dado sig-

nos suficientes, con su comportamiento, esfuerzo y evolución penitenciaria, de reunir las condiciones y la disposición para ello, como en este caso sucede en el criterio de esta Sala, pero ya antes también, de la Junta de Tratamiento, del Ministerio Fiscal y del Juez de Vigilancia.

Auto 284/05. 19 de Septiembre de 2005. JVP nº 2. Exp. 545/03

“El artículo 90 del Código Penal contempla la posibilidad de que alcancen la libertad condicional los sentenciados que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, que hayan observado buena conducta penitenciaria y que exista respecto de ellos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes, y el artículo 91 del mismo texto legal establece que, excepcionalmente, cumplidas las circunstancias primera y tercera antes señaladas, el juez de Vigilancia puede conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales y ocupacionales. Mantiene esta Sala que la libertad condicional supone la última fase del tratamiento penitenciario y que debe concederse a todos aquellos internos que, reuniendo los requisitos legales, lo merezcan por su conducta y por estar en condiciones de desarrollar autónomamente su vida fuera del establecimiento penitenciario. En este caso, el juez “a quo” no cuestiona la trayectoria de la interna, sino que, basa precisamente, la concesión de la libertad condicional en su evolución. Sin embargo, aplica la medida de según dice, no como medida de seguridad, sino como del beneficio, y en interpretación de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dado que al haber delinquido y no ser legal su residencia antes de la comisión del delito, no podría obtener nunca su regularización. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad sobre la aplicación de la expulsión como condición de la libertad condicional (vid. p. ej. Auto nº 2843/2005, de 19 de septiembre) y ha declarado que no cabe entender que el legislador haya querido autorizar la imposición de medidas de seguridad, cuyo presupuesto es la peligrosidad criminal del sujeto, al liberado condicional, sino tan sólo reglas de conducta o determinadas condiciones encaminadas a lograr una más rápida y completa integración social del

condenado. De este modo, carece de sentido propio, salvo en supuestos muy excepcionales, la expulsión del territorio nacional vinculada a la libertad condicional, pues equivaldría a una renuncia a la recuperación y reintegración en la sociedad de quien ha demostrado con su comportamiento, esfuerzo y evolución penitenciaria que reúne las condiciones y está preparado para gozar del beneficio. En definitiva, con la expulsión el Juez de Vigilancia Penitenciaria no está aplicando una medida favorecedora del proceso resocializador de la interna, sino que está sancionando extemporáneamente una irregular situación administrativa y efectuando una aplicación prematura de la legislación de extranjería, pues es indudable que, en su momento, las autoridades gubernativas revisarán las circunstancias de la estancia en España de la condenada y resolverán en consecuencia.

Auto 3219/05. 17 de Octubre de 2005. JVP nº 2. Exp. 1233/03. en el mismo sentido Auto 3466/05, 4 de noviembre de 2005, JVP nº 2, Exp. 16/02, 3318/05, 24 de octubre de 2004, JVP nº, Exp. 380/05, Auto 3054/05, 27 de septiembre de 2005, JVP nº 2, Exp. 871/01, Auto 3081/04, 14 de octubre de 2004, JVP nº 2, Exp. 619/03

“El recurrente apela contra las resoluciones del Juez de Vigilancia que han impuesto a la libertad condicional anticipada la condición de la expulsión del territorio nacional. El recurso de apelación debe ser estimado. En efecto, es criterio de la Sala que la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, contemplada como medida de seguridad en el art. 96.3.2º del Código penal, no debe ser acordada como regla de conducta que acompañe a la libertad condicional, bajo la sola cobertura que significa la genérica remisión del art. 90.2 del Código penal, al regular la libertad condicional, al art. 96.3 del Código penal, que enumera las medidas de seguridad no privativas de libertad. Como ya hemos sostenido en una resolución anterior, no puede concluirse que cualquier medida de seguridad del art. 96.3, previstas con fundamento en la peligrosidad criminal, es decir en que, del hecho y de las circunstancias personales del sujeto, pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele las probabilidades de comisión de nuevos delitos (arts. 6 y 95 del Código penal), sea susceptible, sin más de considerarse y adoptarse a la vez como una de las condiciones o reglas que deban observarse durante el período de la libertad condicional, cuya concesión –al contrario depende ineludiblemente de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (Art. 90.1 c) del Código penal). Por

lo cual, la medida de la expulsión no aparece congruente con la prognosis que calcula que el penado en cuestión, con probabilidad, se reintegrará a la sociedad una vez concluido el último período de su condena y extinguida, en libertad condicional, su responsabilidad penal. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España no aparece contemplada en el Código penal como una pena. Figura, únicamente, como una medida de seguridad, en el Art. 96.3, y como una peculiar forma de sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad –o de parte de ella– en el Art. 88 del Código penal (L.O. 11/03), considerada siempre y sólo como competencia del Juez o Tribunal sentenciador y que, como drástico recurso que es de la política criminal del Estado en materia de inmigración ilegal, requiere determinadas exigencias antes de adoptarse, para garantizar así la salvaguarda de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados. Así lo afirma la reciente sentencia de 8 de julio de 2.004 (STS 901/04), recogiendo la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, así como la del Tribunal Constitucional exigiendo “siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que puedan entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión como la libertad de residencia y desplazamiento...”. En el ámbito, del actual Art. 88 del Código penal, a juicio de la Sala Segunda, la exigencia de la audiencia previa al extranjero, antes de que su expulsión pueda ser acordada, debe seguir sosteniéndose a pesar de que el precepto no la establezca expresamente. Y es así por ser “preciso una relectura del precepto en clave constitucional... por la existencia de derechos relevantes que puedan ser sacrificados o anulados con tal decisión de expulsión”... debiendo estimarse que tal medida, si se solicitase por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, tiene carácter sorpresivo, suponiendo “de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de derechos fundamentales como el de defensa...” y que, al denunciarse en el recurso la desproporción de la medida, “tampoco le falta razón al recurrente porque... fue condenado a tres años de prisión y ya ha cumplido prácticamente, casi la mitad de la pena, con lo que la medida de expulsión en este caso, no será sustitutoria de la pena sino acumulativa de ésta... Finalmente se denuncia el arraigo del penado en España, donde reside desde hace diecisiete años, tiene constituida familia, existiendo dos hijos menores nacidos en España que tiene bajo su patria potestad. No nos corresponde indagar sobre la veracidad y acreditación de tales afirmaciones, sólo

verificar que la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del Art. 88 que, como ya hemos dicho, es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia... En tales casos...procede estimar no ajustada a Derecho la decisión de expulsión”. Los anteriores argumentos deben considerarse aplicables, con mayor motivo, a la expulsión decretada junto a la libertad condicional. Es así porque en tal caso, a diferencia de la sustitución que ha de decidirse antes de que se inicie la ejecución de la pena (Art. 89 del Código penal) y a diferencia del acceso “al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, a instancia del Ministerio Fiscal” (art. 89, párrafo segundo, del Código penal), se trata de la concesión de un beneficio alcanzado por el penado, una vez extinguidas las tres cuartas partes de la condena impuesta (o circunstancias excepcionales equiparadas a éstos, Arts. 91 y 92 del Código penal), encontrándose en tercer grado de tratamiento penitenciario, habiendo observado buena conducta y existiendo respecto de él un concreto juicio de pronóstico: un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Es decir que la libertad condicional sólo puede obtenerse si el fin de reeducación y reinserción social que por mandato constitucional tiene asignada la ejecución de pena, se ha alcanzado, en el particular caso de un sentenciado, hasta el punto de concretarse en la afirmación de que éste retornará a la sociedad probablemente sin conflictos con la Ley penal. Con independencia administrativas a que la entrada o la permanencia de las consecuencias jurídico-irregularidad o la ilegalidad de la en España de un extranjero deba dar lugar según la Ley, no pueden éstas constituir un corolario de la libertad condicional, ni aparecer vinculadas a ella de ninguna forma aceptable en derecho. Así pues, por las razones expuestas, se concederá al sentenciado el beneficio de la libertad condicional que quedará sujeto a las condiciones que pidiera el Ministerio Fiscal en su Informe de 20 de mayo de 2.005 y que deben considerarse convenientes: valoración y, en su caso, seguimiento del tratamiento de drogodependencia en el CAD correspondiente; custodia institucional y obligación de residir en el domicilio designado en el presente expediente; petición de autorización al Juzgado nº 2 de Vigilancia Penitenciaria para cualquier desplazamiento fuera de la localidad en la que fija su residencia y seguimiento por los Servicios Sociales Penitenciarios correspondientes.”

Auto 295/05. 21 de Septiembre de 2005.
JVP nº 2. Exp. 499/05

INSTRUCCIÓN 18/2005 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR SOBRE LAS NORMAS GENERALES A SEGUIR EN MATERIA DE PRESOS EXTRANJEROS

I 18/2005 TGP

Asunto: ACTUALIZACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN 14/2001

Área de Aplicación: RÉGIMEN/TRATAMIENTO

Descriptor: Normas generales sobre internos extranjeros.

Desde la aprobación de la Instrucción 14/2001, de fecha 14 de diciembre, se han producido numerosas modificaciones en la normativa sobre Extranjería. Así, las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre, han venido a modificar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ya lo había sido por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Del mismo modo, por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, se ha aprobado el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 que viene a sustituir al Reglamento de ejecución de la citada Ley, aprobado por Real Decreto 864/2001 de 20 de julio y, por tanto, actualmente derogado. De no menor importancia son las modificaciones introducidas por la citada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en el Código penal, concretamente las referidas a los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89, donde se regula la sustitución de penas por expulsión del territorio nacional. Por último, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 1 de julio de 2005, adoptó el Acuerdo de aprobar las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales por parte de los internos extranjeros.

Estos cambios normativos y la experiencia acumulada desde entonces hacen imprescindible una revisión de la Instrucción 14/2001, de 14 de diciembre, con el fin de adaptarla a los preceptos de las citadas normas y extender su contenido en materia de información y otras intervenciones con internos extranjeros.

1. Ingreso de libertad y traslado de centro de un interno extranjero

1.1. Ingreso de libertad

a) Información

En el momento de ingresar en un Establecimiento Penitenciario un extranjero procedente de libertad, será informado:

Primero: Del derecho que tiene a que se ponga en conocimiento de sus Representantes Diplomáticos su ingreso en prisión, conforme al artículo 15.5. del Reglamento Penitenciario.

A tal fin se facilitará al interno dentro de las 48 horas siguientes a su ingreso, el documento comprendido en Anexo I, donde se contiene el ejercicio del citado derecho, dado por escrito, para efectuar por el Director, a la mayor brevedad, tal comunicación a las Autoridades.

Diplomáticas. Esta comunicación se efectuará, en todo caso, cuando se trate de miembros del personal diplomático.

Segundo: Se facilitará también al interno extranjero, en el plazo máximo de 5 días desde su ingreso, hoja informativa comprendida en Anexo II, en donde se desarrolla de forma breve el derecho que le asiste, en virtud del artículo 52.2 del vigente Reglamento Penitenciario, a ser informado sobre las diferentes posibilidades que tiene de solicitar la aplicación de tratados internacionales o medidas que afecten a su situación procesal y penitenciaria, así como dirección y teléfono de su representación diplomática, para lo cual existirán en los Centros Penitenciarios listado de direcciones y teléfonos de todas las Representaciones Diplomáticas acreditadas en España.

Teniendo en cuenta el artículo 20 del Reglamento penitenciario, corresponderá al Educador prestar la citada información.

Los documentos que se adjuntan en los Anexo I y Anexo II, están redactados en varios idiomas con el fin de facilitar su comprensión al interno extranjero.

b) Datos personales y sociales

Admitido en el Establecimiento un recluso extranjero se procederá, conforme al artículo 18 del Reglamento penitenciario, a efectuar los diferentes trámites de identificación.

Una vez efectuados éstos, el Trabajador Social que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 20 del Reglamento penitenciario, integrará en el protocolo social del interno los datos referidos a los siguientes apartados:

- Vinculación familiar en España.
- Tiempo de permanencia en España.
- Situación en España irregular o regular, especificando, en este último caso, si se trata de: estancia, residencia temporal, residencia permanente.
- Expediente de expulsión.

c) Documentación

Todo recluso extranjero debe poseer documentación, otorgada por su país de origen o residencia, que le identifique. En el SIP deberá reflejarse el nº de pasaporte o documento que acredite su identidad y nacionalidad.

En aquellos supuestos en que el recluso extranjero se halle indocumentado, la Oficina de Régimen solicitará a la autoridad judicial de quien dependa la documentación acreditativa de su identidad. Si después de realizadas las gestiones oportunas se tiene constancia de que el interno carece de documentación, se comunicará al Coordinador de Trabajo Social, quien iniciará los trámites a través del correspondiente Consulado.

La Oficina de Régimen solicitará a la Comisaría Provincial de Policía el Número de Identidad de Extranjeros (NIE), a cuya finalidad facilitará el nombre y la nacionalidad que el propio interno dice tener, las huellas decodactilares y la fotografía. Recibido el NIE, se incluirá en el expediente y en el SIP. Anexo III.

d) Comunicación gubernativa

Dentro de los cinco días siguientes a su ingreso, el Director del Establecimiento Penitenciario dará traslado a la Comisaría Provincial de Policía, de los datos personales de los extranjeros que hubieren ingresado en prisión procedentes de libertad, a efectos de lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería, en especial en cuanto a la incoación de expediente de expulsión

por parte de dicha autoridad, una vez analizadas las circunstancias que concurren en cada caso. Se llevará a cabo la misma comunicación cuando un preventivo extranjero pase a la situación de penado. Anexo IV (preventivos) o Anexo V (penados).

De igual forma, se comunicará en el mismo acto en que se recibiese el mandamiento de libertad, la excarcelación de un interno extranjero que se hallase en prisión preventiva, a la Comisaría Provincial de Policía a los efectos oportunos. Anexo VI.

1.2. Traslado de centro de un interno extranjero

Todo interno extranjero que sea trasladado a otro Establecimiento Penitenciario, tendrá derecho a comunicar su nuevo ingreso a las Autoridades Diplomáticas de su país de origen, en los términos referidos en el artículo 41.3 del Reglamento penitenciario.

Cuando se produzca el traslado de un interno extranjero a un Establecimiento de otra provincia con carácter definitivo, bien por razones regimentales, para cumplir condena u otra causa, por el Director del Establecimiento de origen se comunicará a la Comisaría Provincial de Policía. Anexo VII.

Del mismo modo el Director del Establecimiento de destino, comunicará su ingreso a la

Comisaría Provincial de Policía. Anexo VIII.

El traslado del interno a otro Establecimiento Penitenciario no interrumpirá los trámites iniciados para la obtención de su documentación, cuyo resultado final será transmitido por el Establecimiento de origen al Establecimiento donde se halle el interno.

1.3. Expediente penitenciario del interno extranjero

Conforme a lo establecido en el artículo 151.4 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los expedientes personales de los extranjeros condenados se hará constar si a los mismos les ha sido incoado expediente de expulsión, así como, en su caso, el estado de tramitación en que se halle. Así mismo, se anotará este dato en el SIP.

A esos efectos, la Oficina de Régimen solicitará información a la Comisaría Provincial de Policía en el momento del ingreso y, de nuevo, en el momento de recibirse testimonio de sentencia y condena firme en los ya citados Anexo IV o Anexo V.

2. Expulsión de internos extranjeros a sus países de origen o de residencia

2.1. Actuaciones relativas a internos extranjeros a quienes se ha decretado expulsión

1º Preventivos extranjeros con expulsión autorizada por el Juez a cuya disposición se encuentra (Art. 57.7 LO 4/2000)

- 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.

2º Penados extranjeros a quienes se ha sustituido la pena inferior a seis años por expulsión (Art. 89.1 del Código penal)

Se llevarán a cabo las actuaciones previstas en el apartado anterior.

En materia de clasificación, teniendo en cuenta los artículos 64.2 de la LOGP y 103 del RP, así como la Disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los supuestos de condenados a penas inferiores a seis años a quienes se les haya sustituido la pena por expulsión, se procederá de la siguiente forma:

Transcurrido un mes desde la recepción del testimonio de sentencia sin haberse llevado a efecto la expulsión acordada, la Oficina de Régimen comunicará dicha circunstancia al Juez o Tribunal Sentenciador.

La Junta de Tratamiento elevará propuesta de clasificación del penado en la última sesión que celebre dentro del plazo de dos meses desde la recepción del testimonio de sentencia, en el caso de que no se haya ejecutado su expulsión. Si después de elevada dicha propuesta se llevara a efecto la expulsión se comunicará de modo inmediato,

vía fax, al Área de Tratamiento. Del mismo modo se comunicará, en su caso, la resolución del Juez o Tribunal Sentenciador que acuerde el cumplimiento de la pena originariamente impuesta al no poder llevarse a efecto la expulsión.

3º Penados extranjeros a quienes se ha sustituido la pena igual o superior a seis años por expulsión al acceder al tercer grado o al cumplimiento de las tres cuartas partes (Art. 89.1 del Código penal).

- Cuando en la Sentencia se acuerde la expulsión al acceder el penado al tercer grado, la Junta de Tratamiento tendrá en cuenta esta previsión para, en caso de que proceda, elevar propuesta de progresión a esos efectos.

- Una vez firme la clasificación en tercer grado, la Oficina de Régimen comunicará dicho extremo a la Comisaría Provincial de Policía y al Juez o Tribunal Sentenciador. Del mismo modo notificará con tres meses de antelación la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena.

2.2. Actuaciones relativas a penados extranjeros a quienes en sentencia no se ha sustituido la pena o parte de la misma por expulsión

Remisión de informes al tribunal sentenciador: Examinados en el testimonio de sentencia los motivos de la no sustitución de la pena por expulsión, se seguirán las siguientes actuaciones:

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 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. Téngase en cuenta a estos efectos que, en principio, tendrían residencia legal los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como sus familiares –cónyuge, descendientes menores de veintiún años y ascendientes que vivan a sus expensas– y los familiares de ciudadanos españoles. Todos estos extranjeros constituyen el ámbito de aplicación del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, dictado conforme al Derecho comunitario en materia de extranjería.

El control de los plazos señalados corresponderá a la Oficina de Régimen, que informará con antelación suficiente al Jurista y al Trabajador Social que corresponda, a fin de que lleven a cabo las actuaciones anteriormente descritas.

2.3. Expulsión administrativa al cumplimiento de la condena (artículo 57.2 de la Ley 4/2000)

Conforme al artículo 151.4 del Reglamento de la Ley 4/2000 y del 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. Anexo IX.

3. Clasificación de penados sujetos a procedimiento o resolución de extradición

La prisión preventiva por un procedimiento de extradición no tiene “strictu sensu” la misma naturaleza jurídica que la prisión provisional establecida en el procedimiento penal, tal como establece la doctrina del Tribunal Constitucional –Sentencias 5/1998, de 12 de enero, y 72/2000, de 13 de marzo–: a los expedientes de extradición no le son aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre la prisión provisional prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, hasta tanto pueda hacerse efectiva la extradición acordada por la Audiencia

Nacional, el interno puede cumplir las causas penadas por Tribunales españoles de conformidad con el sistema de grados establecido en el artículo 72.1 de la LOGP, y las Juntas de Tratamiento procederán a proponer la clasificación que corresponda.

Con independencia de ello, deberán adoptarse todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la resolución de extradición y evitar cualquier situación o salida que pudiera poner en riesgo la misma. Lógicamente, para cualquier eventual salida o permiso del interno deberá solicitarse autorización previa al órgano judicial que tiene decretada la prisión provisional en la causa de extradición.

4. Procedimientos de traslado y salida en libertad condicional de extranjeros a sus países de origen o de residencia

Supuestos:

1º Traslado de personas extranjeras condenadas a sus países de origen, para continuar cumpliendo su condena por el Convenio de Estrasburgo y otros Convenios Bilaterales

El cumplimiento de condena en el propio país, conforme al Convenio de Estrasburgo –Consejo de Europa, 1983– y a otros Convenios en esta materia, tiene como fin principal favorecer la reinserción social, sin olvidar el efecto humanizador en la ejecución.

Procedimiento:

a) Tramitación: La Oficina de Régimen remitirá a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, la solicitud del interno, Anexo X, adjuntando los documentos que se relacionan a continuación para dos posibles supuestos:

1ª Cuando, después del examen por el Jurista de las circunstancias del interno, se compruebe que no reúne los requisitos para el traslado de personas condenadas, concretamente por tener una o varias responsabilidades preventivas o porque el tiempo de condena que le resta por cumplir es inferior a seis meses, se remitirá escrito haciendo constar dicha circunstancia junto con la solicitud.

2ª Cuando el interno reúna los requisitos señalados, junto a la solicitud se remitirán los siguientes documentos:

* Copia compulsada por el Director del Testimonio o Testimonios de Sentencia.

* Auto(s) de firmeza de la Sentencia (s), si consta en el Centro.

* Liquidación judicial de la condena (s).

* Certificado sobre el tiempo que le falta para cumplir su condena(s), que en ningún caso será inferior a seis meses.

* Informe penal y penitenciario, haciendo constar la siguiente información: responsabilidades pendientes (incluyendo procedimiento o resolución de extradición) y situación de las mismas, en su caso. Fecha probable de cumplimiento de condena, con aplicación de beneficios penitenciarios en vigor, de las 2/3 partes, 3/4 partes y definitiva. Si se encuentra clasificado y, en este caso, grado de clasificación y fecha de la última clasificación. Cuando exista expediente de libertad condicional en tramitación, información sobre la fecha de su elevación al Juzgado de Vigilancia y situación del mismo. De la misma manera, se notificará, en el momento de producirse, cualquier modificación de la situación del interno que pueda tener influencia en la tramitación del expediente de traslado de personas condenadas.

Así mismo, la Oficina de Régimen remitirá copia de la solicitud del interno (Anexo X) al Área de Intervención de Colectivos Especiales de la Subdirección General de Gestión

Penitenciaria:

b) Concesión: Si el Consejo de Ministros acuerda la autorización del traslado, la Subdirección General de Cooperación Jurídica lo comunicará al Establecimiento Penitenciario. Una vez anotado en su expediente personal se realizará comunicación a la Dirección General de la Policía (INTERPOL) para fijar fecha y entrega.

2º Cumplimiento de la libertad condicional en su país de residencia, artículos 90 y siguientes de la Ley Orgánica 10/95 del Código Penal y artículo 197 del Reglamento Penitenciario

Procedimiento:

a) Tramitación: Próximo el cumplimiento de las 3/4 partes o en su caso de las 2/3 partes de la condena, conforme a los artículos 192 y siguientes del Reglamento Penitenciario, se elevará el expediente de libertad condicional del interno extranjero al

Juez de Vigilancia, que incluirá la petición expresa del interno. Anexo XI.

Con el fin de garantizar que el interno, una vez autorizado a cumplir la libertad condicional en su país de residencia, salga del territorio nacional, se solicitará del Juez de Vigilancia en el expediente de libertad condicional que autorice las medidas de control necesarias para garantizar la salida efectiva y que imponga, como regla de conducta, no regresar a España, antes de la fecha prevista de licenciamiento definitivo, sin la previa autorización de dicho órgano judicial.

b) Concesión: Una vez autorizada por el Juez de Vigilancia la posibilidad de cumplir en su país de residencia el periodo de libertad condicional, se remitirá de forma inmediata, copia de la resolución a la Comisaría Provincial de Policía, solicitando, si el Juez así lo establece, que se dispongan las medidas necesarias tendentes a asegurar la salida efectiva del territorio nacional del interno.

5. Autorización para el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional

En aplicación de la Disposición adicional primera.4 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, el Consejo de Ministros adoptó el pasado 1 de julio 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.

La Instrucción Segunda de dicho Acuerdo establece: Cuando la condena de un penado extranjero no haya sido sustituida por la sanción de expulsión por el Juez o Tribunal sentenciador, la Subdelegación del Gobierno, o Delegación del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, siempre que el penado reúna una de las siguientes condiciones:

5.1. Encontrarse en la situación de residencia o en la de estancia por estudios, en el momento de producirse la condena, teniendo en cuenta la posibilidad que establece el artículo 31.4 de la Ley

Orgánica 4/2000. -Situación de residencia: Conforme al art. 30 bis de la LO 4/2000, son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. Los residentes podrán encontrarse en situación de residencia temporal o residencia permanente. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta lo señalado en el apartado 2.1 respecto a los nacionales comunitarios, sus familiares y los familiares de ciudadanos españoles (Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero).

La condición de residente se acreditará, de modo preferente, a través del correspondiente visado o de la tarjeta de identidad de extranjero, vigente en el momento de la condena y teniendo en cuenta que la autorización inicial de residencia temporal tiene la duración de un año y la renovación una vigencia de dos años. Dicha renovación ha de solicitarse personalmente ante el órgano competente para su tramitación, durante los sesenta días previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. En el supuesto de que la Administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud, se entenderá que la resolución es favorable. (Arts. 35 y 37 del Reglamento de la LO 4/2000). Otros medios de acreditación pueden ser el Testimonio de Sentencia, cuando se declare en el mismo la condición de residente legal del penado, o certificación de la autoridad competente sobre la situación del penado extranjero.

Estancia por estudios: La situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia y la duración de la autorización será igual a la del curso para el que esté matriculado...La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial. (art. 33 LO 4/2000).

Los extranjeros que se encuentren en España en situación de estancia por estudios o investigación de duración superior a seis meses, deberán solicitar y obtener la tarjeta de estudiante para acreditar su condición. (Art. 106 del citado Reglamento).

5.2. Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Instituciones penitenciarias de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por Real Decreto 2393/2004, para la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

La documentación acreditativa de encontrarse

en alguno de dichos supuestos, que a continuación se describen de forma resumida, habrá de ser aportada por el interno, salvo aquella de la que se tenga constancia en el Centro penitenciario.

Artículo 45. 2. Supuestos de arraigo:

a) Por arraigo laboral, los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.

b) Los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa.

c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Art. 45.3. Protección internacional:

Los extranjeros a quienes el Ministerio del Interior haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado por el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia temporal en los casos a los que se refieren los artículos 31.4 y 34.1 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

Art. 45.4. Supuestos por razones humanitarias:

a) Los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el artículo 22.4ª, del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos.

b) A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que

requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida.

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

Art. 45.5. Los extranjeros que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurran razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

5.3. Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Instituciones penitenciarias de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del art. 72 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, para la obtención de una autorización de residencia permanente.

Se aportará la documentación que acredite la residencia legal previa en España durante cinco años (tarjeta de identidad de extranjero) o, en su caso, que el extranjero se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el art. 72.3.

5.4. Los extranjeros a quienes se hubiera autorizado a trabajar al amparo del art. 66.5 del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, actualmente derogado, podrán volver a ser autorizados a trabajar siempre y cuando subsistan las condiciones que motivaron en aquel momento la concesión de validez como permiso o autorización de trabajo a otro tipo de documentación. En aplicación de lo establecido en el apartado 2 de la Instrucción Segunda del citado Acuerdo del Consejo de Ministros, el Director del Establecimiento dará traslado de su resolución, o del Auto del Juez de Vigilancia, a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente, a los efectos de la instrucción del expediente de concesión de validez de autorización de trabajo, y a la Dirección General de Inmigración.

Por último, la Junta de Tratamiento, antes de proceder al estudio y posible propuesta de clasificación o progresión a tercer grado de un penado extranjero con el objeto de desarrollar una actividad laboral en el exterior, deberá valorar si el interno reúne una de las condiciones anteriormente descritas.

6. Intervención educativa con internos extranjeros

Existen razones empíricas y normativas para prestar una especial atención a la intervención educativa con internos extranjeros, cuyo número ha experimentado un incremento constante en los últimos años.

La Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979, no hace referencia alguna a los "internos extranjeros", es decir, no tiene en cuenta la condición de extranjero para anudar a la misma consecuencias específicas en materia de régimen y tratamiento penitenciarios, que deben regirse por el principio general de igualdad y no discriminación, conforme al artículo 3 de la citada Ley y, expresamente, en el artículo 118.2 del Reglamento penitenciario. En consecuencia, los internos extranjeros pueden acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales, a los programas de intervención educativa que se llevan a cabo en los Centros penitenciarios; sin embargo, sus carencias en conocimientos y en habilidades cognitivas y sociales pueden ser más acusadas y 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.

El Reglamento penitenciario de 1996, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Europa, prevé actuaciones específicas con los reclusos extranjeros en materia de información de derechos y especificidades en el cumplimiento de sus condenas, aprendizaje del idioma castellano y lengua cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma, comunicación con representantes diplomáticos, libertad condicional y educación, proclamando el carácter prioritario que ha de tener la formación básica de los internos extranjeros (art. 123.1).

Teniendo en cuenta los factores empíricos y los criterios normativos señalados, se considera necesario intensificar la intervención educativa con los internos extranjeros en una doble dirección:

a) Programas educativos generales:

El objetivo será procurar que los internos extranjeros participen en los programas educativos generales que se desarrollen en cada Centro, siguiendo los itinerarios educativos de alfabetización, educación primaria, formación profesional y enseñanzas superiores.

b) Programas específicos:

Con el fin de contribuir al desarrollo personal de los internos extranjeros, así como a su integración en una sociedad democrática, tolerante y pacífica, se considera necesario que en todos los Centros penitenciarios se desarrollen los siguientes programas específicos:

- Programa de idioma y educación primaria.
- Programa de formación multicultural.
- Programa de educación en valores y habilidades cognitivas.

La ejecución de estos programas, si bien puede tener un carácter flexible y abierto, ha de conformarse a las directrices contenidas en el Plan Marco de Intervención Educativa con Internos Extranjeros de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que ha sido remitido a los Centros en el pasado mes de agosto. En dicho Plan se proponen objetivos, actividades y técnicas desde la consideración de los siguientes principios rectores:

- Los reclusos extranjeros han de tener las mismas oportunidades de acceso a los programas de tratamiento que se desarrollan en el Centro penitenciario.
- El conocimiento de la lengua y del acervo histórico y cultural de la sociedad de acogida constituye un instrumento básico para facilitar la comunicación y la integración social.
- En orden a una convivencia pacífica y tolerante, adquieren una especial relevancia el conocimiento y respeto a las distintas culturas, en tanto en cuanto sus manifestaciones no sean contrarias a los valores constitucionales y derechos humanos sobre los que todos los ciudadanos, incluidos los extranjeros, han de recibir una educación suficiente.

7. Ejecución de condenas impuestas por tribunales penales internacionales o por la corte penal internacional

Normativa vigente:

* Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, de Cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex – Yugoslavia.

* Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Reino de España sobre ejecución de condenas impuestas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 28 de marzo de 2000.

* Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda.

* Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que fue firmado por España el 18 de julio de 1998.

* Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Autoridades competentes:

En todos los casos, en el plano orgánico, la Audiencia Nacional y en el político y administrativo el Ministerio de Justicia, que es también el órgano de consulta con la Corte.

Detención:

Cuando la orden de detención de la Corte se refiera a una persona que se encuentre cumpliendo condena impuesta por Tribunales españoles o por los de un tercer Estado desde el cual hubiere sido trasladada a España para su cumplimiento, la autoridad penitenciaria competente (el Director del Centro) informará con antelación suficiente sobre la fecha de excarcelación al Juez Central de Instrucción y al Ministerio de Justicia, que informará a la Corte sobre la fecha prevista de excarcelación.

Ejecución de penas privativas de libertad:

Las condiciones de reclusión se regirán por la legislación española, con sujeción a la supervisión de la Corte o del Tribunal Penal Internacional, y con las especificidades previstas en las normas citadas, entre las que cabe destacar:

* Las autoridades nacionales españolas están vinculadas por la duración de la condena. Sólo la Corte o el Tribunal sentenciador podrán decidir la reducción de la pena. Cuando el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena, la Corte examinará si esta puede reducirse. A estos efectos, el Director del Centro penitenciario notificará al Ministerio de Justicia (Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional), con tres meses de antelación, la fecha previsible de dicho cumplimiento.

* Cuando, de conformidad con la legislación nacional española aplicable, la persona condenada pueda beneficiarse de una excarcelación anticipada, el Director del Centro penitenciario lo notificará al Ministerio de Justicia para su traslado al Secretario del Tribunal Internacional. La misma comunicación se realizará:

- Cuando falten dos meses para que finalice la ejecución de la condena.

- Si la persona condenada se ha evadido o ha incurrido en quebrantamiento de condena.

- Si la persona condenada ha fallecido.

* El Director del Centro penitenciario comunicará al Juez Central de Vigilancia Penitenciaria el ingreso de la persona condenada en un plazo de veinticuatro horas.

* Las comunicaciones antes señaladas se enviarán también, via fax, al Área de Intervención de Colectivos Especiales.

8. Disposiciones adicionales

PRIMERA.-Notificación de fallecimiento de internos extranjeros

Artículo 280.11 del Reglamento Penitenciario. El Director del Establecimiento Penitenciario dispondrá lo necesario para comunicar inmediatamente al familiar más próximo o a la persona designada por el interno, en los casos de muerte, enfermedad o accidente grave del mismo, y por extensión al Consulado del país de nacionalidad del interno.

SEGUNDA.-Estadísticas

Las hojas comprendidas en el Anexo XII, serán debidamente cumplimentadas por todos los Establecimientos Penitenciarios y remitidas del 1 al 10 de cada mes al Área de Intervención de Colectivos Especiales, Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, con los datos referidos al mes anterior.

TERCERA.-Información

Todas aquellas cuestiones que surjan con ocasión de los procedimientos relacionados con internos extranjeros podrán plantearse al Área de Intervención de Colectivos Especiales de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria.

CUARTA.-Comunicaciones con representaciones diplomáticas

Todas aquellas peticiones de información que los representantes diplomáticos acreditados en nuestro país cursen a los Establecimientos Penitenciarios en relación a internos extranjeros; serán remitidas al Área de Intervención de Colectivos Especiales, Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, para su debida tramitación.

QUINTA.-Expediente personal del interno

Todas las solicitudes y/o notificaciones a las diferentes Autoridades recogidas en la presente circular deberán ser anotadas en el expediente personal del interno.

9. Disposición derogatoria

Queda derogada la Instrucción 14/2001, de 14 de diciembre sobre "Adaptación de las Normas Generales sobre internos extranjeros a la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/200, de 22 de diciembre".

10. Disposición final

La presente Instrucción entrará en vigor al día siguiente de su recepción en los Centros penitenciarios. De la misma se dará lectura en la primera sesión del Consejo de Dirección y de la Junta de Tratamiento, procediendo a su difusión en los términos establecidos en el art. 280.2.14ª. del Reglamento penitenciario.

Madrid, 21 de diciembre de 2005

LA DIRECTORA GENERAL
DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

Fdo. Mercedes Gallizo Llamas

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, APROBADAS POR ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 1 DE JULIO DE 2005

El artículo 25.2 de la Constitución Española establece el derecho, de los condenados a penas de prisión que estuvieren cumpliendo las mismas, a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, lo que el artículo 13.1 de nuestra Norma Fundamental garantiza igualmente a los extranjeros en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, expresamente determina, en su artículo 36.1, la obligatoriedad por parte de los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen ejercer en España cualquier actividad lucrativa laboral o profesional, por cuanta propia o ajena, de obtener la correspondiente autorización administrativa para trabajar.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, regula el trabajo de los internos en los Centros Penitenciarios en sus artículos 26 a 35, considerándolo "como un derecho y un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento" (artículo 26, párrafo 1º). En este sentido, todo trabajo directamente productivo que realicen los internos, dentro o fuera de los establecimientos, será remunerado y se desarrollará en las condiciones de seguridad e higiene establecida en la legislación vigente (artículo 27). Por otra parte, la citada Ley establece que "las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión" (artículo 72. apartados 1 y 4).

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los

Trabajadores, considera relación laboral de carácter especial la de los penados en las Instituciones Penitenciarias (artículo 2.1 apartado c), estableciendo en su Disposición final quinta que el Gobierno dictará las disposiciones que sean precisas para el desarrollo de esta Ley.

El Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, regula la relación laboral especial penitenciaria de los internos que realizan actividades laborales en talleres penitenciarios y su protección de Seguridad Social. En este sentido, entiende por relación laboral especial penitenciaria la establecida entre el organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente, de un lado y , de otro internos trabajadores, como consecuencia del desarrollo por estos últimos de actividades de producción por cuenta ajena.

Por lo que se refiere a los internos extranjeros, el artículo 5.1ª) del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, recoge, entre los derechos laborales de los internos trabajadores, el de no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de nacionalidad.

De acuerdo con este principio, y con las normas constitucionales y legales citadas, los internos extranjeros pueden ser objeto de relación laboral especial penitenciaria en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios en igualdad de condiciones que los internos españoles, incluyendo los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, pudiendo asimismo los penados extranjeros acceder al trabajo productivo en igualdad de condiciones que los penados españoles, debiendo tenerse en cuenta, no obstante, que la Ley Orgánica 4/2000, como antes se ha dicho, expresamente determina, en su artículo 36.1 la obligatoriedad, por parte de los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen ejercer en España cual-

quier actividad lucrativa laboral o profesional, por cuanta propia o ajena, de obtener la correspondiente autorización administrativa para trabajar.

La Disposición adicional primera del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, establece que, cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministro podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de trabajo. Las instrucciones establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión de dichas autorizaciones de trabajo.

Por todo lo anterior, a propuesta de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe favorable del Secretario de Estado de Seguridad, se dictan las siguientes Instrucciones:

PRIMERA:

1. Toda resolución de la Autoridad judicial que ordene el ingreso en prisión de un interno extranjero tendrá validez de autorización de trabajo, a los efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, para el desarrollo de actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios, gestionados por el Organismo Autónomo de Trabajo y Formación para el Empleo.

2. Dicha resolución será comunicada por la Dirección del Centro Penitenciario a la Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que dicho Centro se encuentre ubicado, o a la Delegación del gobierno en el caso de Comunidades Autónomas uniprovinciales, y a la Dirección General de Inmigración de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

3. La validez de dicha resolución judicial como autorización de trabajo se prolongará hasta la finalización de las actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios.

4. Todo ello no obstará a la consideración como causa de expulsión, previa a la tramitación del correspondiente expediente, de toda condena, a un extranjero, por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo cancelación de los antecedentes penales o concurrencia de las circunstancias del artículo 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000.

SEGUNDA:

1. Cuando la condena de un penado extranjero no haya sido sustituida por la sanción de expulsión por el Juez o Tribunal sentenciador, la Subdelegación del Gobierno, o Delegación del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, siempre 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, teniendo en cuenta la posibilidad que establece el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000.

– Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por el Real Decreto 2393/2004, para la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

– Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del artículo 72 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por el Real Decreto 2393/2004, para la obtención de una autorización de residencia permanente.

– Cuando no concorra ninguna de las condiciones antes enumeradas, deberá tenerse en cuenta, especialmente, las posible aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en relación con la sanción de expulsión, y la comunicación interorgánica de infracciones prevista en el artículo 151.3,4 5 del Reglamento de dicha Ley Orgánica, así como en los artículos 26 y 197 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 196/1996.

2. La Dirección General de Instituciones Penitenciarias dará traslado de su resolución o del Auto del Juez de Vigilancia, a la Delegación o Subdelegación de gobierno competente, a los efectos de la instrucción del expediente de conce-

sión de validez de autorización de trabajo y la Dirección General de Inmigración.

3. Dicha concesión de validez de autorización de trabajo tendrá plenos efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, no otorgará por sí misma, en ningún caso, la condición de residente extranjero y tendrá una duración, máxima de seis meses y hasta la fecha de cumplimiento de la condena, pudiendo solicitarse por el interesado su renovación sucesiva a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente.

4. Todo ello no obstará a la consideración como causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, de toda condena, a un extranjero, por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año, salvo cancela-

ción de los antecedentes penales o concurrencia de las circunstancias del artículo 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000

TERCERA

No obstante lo dispuesto en las Instrucciones anteriores, los extranjeros a quienes se hubiera autorizado a trabajar al amparo del artículo 66.5 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, actualmente derogado, podrán volver a ser autorizados a trabajar siempre y cuando subsistan las condiciones que motivaron en aquel momento la concesión de validez como permiso o autorización de trabajo a otro tipo de documentación.

INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 1985 DEL CONVENIO DE 21 DE MARZO DE 1983 SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS (NUMERO 112 DEL CONSEJO DE EUROPA), HECHO EN ESTRASBURGO. (BOE núm. 138/1985, de 10 de junio de 1985)

Instrumento de Ratificación de 18 de febrero de 1985 del Convenio de 21 de Marzo de 1983 (número 112 del Consejo de Europa), sobre Traslado de Personas Condenadas

JUAN CARLOS I REY DE ESPAÑA

Por cuanto el día 10 de junio de 1983, el plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Estrasburgo el Convenio Europeo sobre Traslado de Personas Condenadas, hecho en Estrasburgo el día 21 de marzo de 1983.

Vistos y examinados los veinticinco artículos de dicho Convenio, Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución, Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observa

puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, mando expedir este Instrumento de Ratificación firmado por mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores, con las siguientes declaraciones:

Al artículo 3.3:

España indica que excluye la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 9.1b en sus relaciones con las otras partes.

Al artículo 3.4:

En lo que concierne al presente Convenio, España considerará como nacionales las personas que gocen de esta calidad en virtud de las normas del Título I del Libro I del Código Civil Español.

Al artículo 16.7:

A los efectos del artículo 16.7, España exige que se le notifique cualquier tránsito de un condenado en vuelo sobre su territorio.

Al artículo 17.3:

España requiere que las demandas de traslado y los documentos que las fundamentan sean acompañados de una traducción en lengua Española.

Dado en Madrid a 18 de febrero de 1985.

Juan Carlos R.
El Ministro de Asuntos Exteriores,
FERNANDO MORÁN LÓPEZ

CONVENIO SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS

Los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás Estados signatarios del presente Convenio,

Considerando que el fin del Consejo de Europa es realizar una unión más íntima entre sus miembros;

Queriendo desarrollar más la cooperación internacional en materia penal;

Considerando que dicha cooperación debe servir a los intereses de una buena administración de justicia y favorecer la reinserción social de las personas condenadas;

Considerando que estos objetivos exigen que los extranjeros privados de su libertad como consecuencia de una infracción penal tengan la posibilidad de cumplir su condena en su medio social de origen;

Considerando que el mejor medio para ello es trasladarlos a sus propios países,

Convienen en lo siguiente:

Artículo 1. Definiciones

A los efectos del presente Convenio, la expresión:

a) «Condena» designará cualquier pena o medida privativa de libertad dictada por un Juez, con una duración limitada o indeterminada, por razón de una infracción penal;

b) «Sentencia» designará una resolución judicial en la que se pronuncie una sentencia;

c) «Estado de condena» designará el Estado donde se ha condenado a la persona que puede ser trasladada o que lo haya sido ya;

d) «Estado de cumplimiento» designará el Estado al cual el condenado pueda ser trasladado o lo haya sido ya, con el fin de cumplir su condena.

Artículo 2. Principios Generales

1. Las Partes se obligan, en las condiciones previstas por el presente Convenio, a prestarse mutuamente la más amplia colaboración posible en materia de traslado de personas condenadas.

2. Una persona condenada de una Parte podrá con arreglo a lo dispuesto en el presente Convenio, ser trasladada a otra Parte para cumplir la condena que se le haya impuesto. A tal fin, podrá expresar, bien al Estado de Condena bien al Estado de Cumplimiento, su deseo de que se le traslade en virtud del presente Convenio.

3. El traslado podrá solicitarse bien por el Estado de Condena bien por el Estado de Cumplimiento.

Artículo 3. Condiciones de la transferencia

1. Un traslado podrá llevarse a cabo con arreglo al presente Convenio solamente en las condiciones siguientes:

a) El condenado deberá ser nacional del Estado de Cumplimiento;

b) La sentencia deberá ser firme;

c) La duración de la condena que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses al día de la recepción de la petición o indeterminada;

d) El condenado, o su representante, cuando por razón de su edad o de su estado físico-mental uno de los dos Estados así lo estimare necesario, deberá consentir el traslado;

e) Los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena deberán constituir una infracción penal con arreglo a la ley del Estado de Cumplimiento o la constituirían si se cometieran en su territorio; y

f) El Estado de Condena y el Estado de Cumplimiento deberán estar de acuerdo en ese traslado.

2. En casos excepcionales, las Partes podrán convenir en un traslado, aunque la

duración de la condena que el delincuente tenga aún que cumplir sea inferior a la prevista en el párrafo 1, c).

3. Cualquier Estado, en el momento de la firma o depósito de su Instrumento de Ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá indicar, mediante una declaración dirigida al secretario general del Consejo de Europa, que tiene la intención de excluir la aplicación de uno de los procedimientos previstos en el artículo 9, 1, a) y b), en sus relaciones con las otras Partes.

4. Cualquier Estado, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, podrá en cualquier momento definir, en lo que a él respecta, el término «nacional» a los efectos del presente Convenio.

Artículo 4. Obligación de facilitar informaciones

1. Cualquier condenado a quien pueda aplicarse el presente Convenio deberá estar informado por el Estado de Condena del tenor del presente Convenio.

2. Si el condenado hubiere expresado al Estado de Condena su deseo de ser trasladado en virtud del presente Convenio, dicho Estado deberá informar de ello al Estado de Cumplimiento, con la mayor diligencia posible después de que la sentencia sea firme.

3. Las informaciones comprenderán:

a) El nombre, la fecha y el lugar de nacimiento del condenado;

b) En su caso, la dirección en el Estado de Cumplimiento;

c) Una exposición de los hechos que hayan originado la condena;

d) La naturaleza, la duración y la fecha de comienzo de la condena;

4. Si el condenado hubiere expresado al Estado de Cumplimiento su deseo de ser trasladado en virtud del presente Convenio, el Estado de Condena comunicará a dicho Estado, a petición suya, las informaciones a que se refiere el párrafo 3 que antecede.

5. Deberá informarse por escrito al condenado de cualquier gestión emprendida por el Estado de Condena o el Estado de Cumplimiento en aplicación de los párrafos precedentes, así como de cualquier decisión tomada por uno de los dos Estados con respecto a una petición de traslado.

Artículo 5. Peticiones y respuestas

1. Las peticiones de traslado y las respuestas se formularán por escrito.

2. Dichas demandas se dirigirán por el Ministerio de Justicia del Estado requirente al Ministerio de Justicia del Estado requerido. Las respuestas se comunicarán por las mismas vías.

3. Cualquier Parte, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, podrá indicar que utilizará otras vías de comunicación.

4. El Estado requerido informará al Estado requirente, con la mayor diligencia posible, de su decisión de aceptar o denegar el traslado solicitado.

Artículo 6. Documentación justificativa

1. El Estado de Cumplimiento, a petición del Estado de Condena, facilitará a este último:

a) Un documento o una declaración que indique que el condenado es nacional de dicho Estado;

b) Una copia de las disposiciones legales del Estado de Cumplimiento de las cuales resulte que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena en el Estado de Condena constituyen una infracción penal con arreglo al derecho del Estado de Cumplimiento o la constituirían si se cometiera en su territorio;

c) Una declaración en la que figura la información prevista en el artículo 9.2.

2. Si se solicitare un traslado, el Estado de Condena deberá facilitar al Estado de Cumplimiento los documentos que a continuación se expresan, a menos que uno u otro de los Estados haya indicado ya que no está de acuerdo con el traslado:

a) Una copia certificada conforme de la sentencia y de las disposiciones legales aplicadas;

b) La indicación de la duración de la condena ya cumplida, incluida la información referente a cualquier detención preventiva, remisión de pena u otra circunstancia relativa al cumplimiento de la condena;

c) Una declaración en la que conste el consentimiento para el traslado a que se refiere el artículo 3, 1, d); y

d) Cuando proceda, cualquier informe médico o social acerca del condenado, cualquier información sobre su tratamiento en el Estado de Condena y cualquier recomendación para la continuación de su tratamiento en el Estado de su cumplimiento.

3. El Estado de Condena y el Estado de Cumplimiento podrán, uno y otro, solicitar que se le facilite cualquiera de los documentos o declaraciones a que se refieren los párrafos 1 y 2 que anteceden antes de solicitar un traslado o tomar la decisión de aceptar o denegar el traslado.

Artículo 7. Consentimiento y verificación

1. El Estado de Condena hará de forma que la persona que deba prestar su consentimiento para el traslado en virtud del artículo 3, 1, d), lo haga voluntariamente y siendo plenamente consciente de las consecuencias jurídicas que de ello se deriven. El procedimiento que se siga a este respecto se regirá por la ley del Estado de Condena.

2. El Estado de Condena deberá dar al Estado de Cumplimiento la posibilidad de verificar, por intermedio de un Cónsul o de otro funcionario designado de acuerdo con el Estado de Cumplimiento, que el consentimiento se ha dado en las condiciones previstas en el párrafo anterior.

Artículo 8. Consecuencias del traslado para el Estado de Condena

1. El hecho de que las autoridades del Estado de Cumplimiento tomen a su cargo al condenado tendrá como efecto suspender el cumplimiento de la condena en el Estado de Condena.

2. El Estado de Condena no podrá hacer que se cumpla la condena cuando el Estado de Cumplimiento considere el cumplimiento de la condena como terminado.

Artículo 9. Consecuencias del traslado para el Estado de Cumplimiento

1. Las autoridades competentes del Estado de Cumplimiento deberán:

a) Bien hacer que prosiga el cumplimiento de la pena inmediatamente o sobre la base de una resolución judicial o administrativa, en las condiciones enunciadas en el artículo 10;

b) O bien convertir la condena, mediante un procedimiento judicial o administrativo, en una decisión de dicho Estado, que sustituya así la sanción impuesta en el Estado de Condena por una sanción prevista por la legislación del Estado de

Cumplimiento para la misma infracción, en las condiciones enunciadas en el artículo 11.

2. El Estado de Cumplimiento, si así le solicita, deberá indicar al Estado de Condena, antes del traslado de la persona condenada, cuál de dichos procedimientos aplicará.

3. El cumplimiento de la condena se regirá por la ley del Estado de Cumplimiento y este Estado será el único competente para tomar todas las decisiones convenientes.

4. Cualquier Estado cuyo derecho interno impida hacer uso de uno de los procedimientos a que se refiere el párrafo 1 para aplicar las medidas de que han sido objeto en otra Parte personas a quienes, habida cuenta de su estado mental, se ha declarado penalmente irresponsables de una infracción, y que está dispuesto a tomar a su cargo a dichas personas con el fin de proseguir el tratamiento de las mismas, podrá indicar, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa los procedimientos que aplicará en esos casos.

Artículo 10. Prosecución del cumplimiento

1. En el caso de prosecución del cumplimiento, el Estado de Cumplimiento quedará vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción tal como resulten de la condena.

2. Sin embargo, si la naturaleza o la duración de dicha sanción fueren incompatibles con la legislación del Estado de Cumplimiento o si la legislación de dicho Estado lo exigiere, el Estado de Cumplimiento podrá adaptar, mediante resolución judicial o administrativa, dicha sanción a la pena o medida prevista por su propia ley para las infracciones de igual naturaleza. Dicha pena o medida corresponderá en la medida de lo posible, en cuanto a su naturaleza, a la impuesta por la condena que haya de cumplir. No podrá agravar por su naturaleza o por su duración la sanción impuesta en el Estado de Condena ni exceder del máximo previsto por la ley del Estado de Cumplimiento.

Artículo 11. Conversión de la condena

1. En el caso de conversión de la condena se aplicará el procedimiento previsto por la legislación del Estado de Cumplimiento. Al realizar la conversión la autoridad competente:

a) Quedará vinculada por la constatación de los hechos en la medida en que los mismos figuren

explícita o implícitamente en la sentencia dictada en el Estado de Condena;

b) No podrá convertir una sanción privativa de libertad en una sanción pecuniaria;

c) Deducirá íntegramente el período de privación de libertad cumplido por el condenado; y

d) No agravará la situación penal del condenado y no quedará vinculada por la sanción mínima eventualmente prevista por la legislación del Estado de Cumplimiento para la o las infracciones cometidas.

2. Cuando el procedimiento de conversión tenga lugar después del traslado de la persona condenada, el Estado de Cumplimiento mantendrá detenida a dicha persona o tomará otras medidas con el fin de garantizar su presencia en el Estado de Cumplimiento hasta la terminación de dicho procedimiento.

Artículo 12. Indulto, amnistía, conmutación

Cada parte podrá conceder el indulto, la amnistía o la conmutación de la pena de conformidad con su constitución o sus demás normas jurídicas.

Artículo 13. Revisión de la sentencia

Solamente el Estado de Condena tendrá el derecho a decidir acerca de cualquier recurso de revisión presentado contra la sentencia.

Artículo 14. Cesación del cumplimiento

El Estado de Cumplimiento deberá poner fin al cumplimiento de la condena en cuanto le haya informado el Estado de Condena de cualquier decisión o medida que tenga como efecto quitar a la condena su carácter ejecutorio.

Artículo 15. Información acerca de la condena

El Estado de Cumplimiento facilitará información al Estado de Condena acerca del cumplimiento de la condena:

a) Cuando considere terminado el cumplimiento de la condena;

b) Si el condenado se evadiere antes de que termine el cumplimiento de la sentencia; o

c) Si el Estado de Condena le solicitare un informe especial.

Artículo 16. Tránsito

1. Una parte deberá, de conformidad con su legislación, acceder a una petición de tránsito de un condenado por su territorio, si dicha petición se formulase por otra Parte que hubiese convenido con otra Parte o con un tercer Estado el traslado del condenado a, o desde, su territorio.

2. Una parte podrá negarse a conceder el tránsito:

a) Si el condenado fuese uno de sus nacionales, o

b) Si la infracción que hubiera dado lugar a la condena no constituyere una infracción con arreglo a su legislación.

3. Las peticiones de tránsito y las respuestas se comunicarán por las vías mencionadas en las disposiciones del artículo 5,2 y 3.

4. Una Parte podrá acceder a una petición de tránsito de un condenado por su territorio, formulada por un tercer Estado, si éste hubiere convenido con otra Parte el traslado a, o desde, su territorio.

5. La Parte a la cual se solicite el tránsito podrá mantener detenido al condenado durante el período estrictamente necesario para el tránsito por su territorio.

6. La Parte a la cual se solicite conceda el tránsito podrá ser invitada a que garantice que el condenado no será perseguido ni detenido, sin perjuicio de la aplicación del párrafo precedente, ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad individual en el territorio del Estado de tránsito, por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado de Condena.

7. No será necesaria ninguna petición de tránsito si se utilizare el transporte aéreo volando sobre el territorio de una Parte y no se previere aterrizaje alguno. Sin embargo, cada Estado podrá exigir mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa en el momento de la firma o del depósito de su Instrumento de Ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que se le notifique cualquier tránsito sobre su territorio.

Artículo 17. Lenguas y gastos

1. Las informaciones previstas en el artículo 4, párrafos 2 a 4, se facilitarán en la lengua de la Parte a la cual se dirijan o en una de las lenguas oficiales del Consejo de Europa.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 que figura a continuación, no será necesaria ninguna traducción de las peticiones de traslado o de los documentos justificativos.

3. Cualquier Estado podrá exigir en el momento de la firma o del depósito de su Instrumento de Ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa que las peticiones de traslado y los documentos justificativos vayan acompañadas de una traducción a su propia lengua o a una de las lenguas oficiales del Consejo de Europa o a una de dichas lenguas que él indique. Podrá declarar en esa ocasión que está dispuesto a aceptar traducciones en cualquiera otra lengua además de la lengua oficial o de las lenguas oficiales del Consejo de Europa.

4. Salvo la excepción prevista en el artículo 6, 2, a), los documentos remitidos en aplicación del presente Convenio no necesitarán certificación alguna.

5. Los gastos ocasionados al aplicarse el presente Convenio correrán a cargo del Estado de Cumplimiento, con excepción de los gastos originados exclusivamente en el territorio del Estado de Condena.

Artículo 18. Firma y entrada en vigor

1. El presente Convenio quedará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa y de los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración. Se someterá a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

2. El presente Convenio entrará en vigor el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que tres Estados miembros del Consejo de Europa hayan manifestado que consienten en quedar vinculados por el Convenio, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1.

3. Para cualquier Estado signatario que manifieste ulteriormente que consiente en quedar vinculado por el Convenio, éste entrará en vigor el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha del depósito del Instrumento de Ratificación, aceptación o aprobación.

Artículo 19. Adhesión de los Estados no miembros

1. Después de la entrada en vigor del presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de

Europa, después de haber consultado con los Estados Contratantes, podrá invitar a cualquier Estado no miembro del Consejo y no mencionado en el artículo 18, 1, a que se adhiera al presente Convenio, mediante una decisión tomada por la mayoría prevista en el artículo 20, d), del Estatuto del Consejo de Europa y con la unanimidad de los representantes de los Estados Contratantes con derecho a formar parte del Comité.

2. Para cualquier Estado adherido, el Convenio entrará en vigor el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha del depósito del instrumento de adhesión en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

Artículo 20. Aplicación territorial

1. Cualquier Estado podrá, en el momento de la firma o del depósito de su Instrumento de Ratificación, aceptación o adhesión, designar el o los territorios a los cuales se aplicará el presente Convenio.

2. Cualquier Estado, en cualquier otro momento posterior y mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa podrá ampliar la aplicación del presente Convenio a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Convenio entrará en vigor, con respecto a dicho territorio, el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la declaración por el Secretario General.

3. Cualquier declaración efectuada en virtud de los dos párrafos precedentes podrá retirarse, en lo que respecta a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante una notificación dirigida al Secretario General. La retirada tendrá efecto el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Artículo 21. Aplicación en el tiempo

El presente Convenio podrá aplicarse al cumplimiento de condenas dictadas, ya sean antes o después de su entrada en vigor.

Artículo 22. Relaciones con otros Convenios y Acuerdos

1. El presente Convenio no afectará a los derechos y obligaciones derivados de los tratados de

extradición y otros tratados de cooperación internacional en materia penal que prevean el traslado de detenidos a los efectos de careo o de testimonio.

2. Cuando dos o más Partes hayan concluido ya o concluyeren un acuerdo o un tratado sobre el traslado de condenados o cuando hayan establecido o establecieron de otra forma sus relaciones en ese dominio, tendrán la facultad de aplicar dicho acuerdo, tratado o arreglo en lugar del presente Convenio.

3. El presente Convenio no afectará al derecho de los Estados que sean Parte del Convenio Europeo relativo al valor internacional de sentencias penales a concluir entre ellas acuerdos bilaterales o multilaterales, relativos a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, para completar sus disposiciones o para facilitar la aplicación de los principios en el que él se inspira.

4. Si una petición de traslado entrare dentro del campo de aplicación del presente Convenio y del Convenio Europeo relativo al Valor Internacional de las Sentencias Penales, o de otro acuerdo o tratado sobre el traslado de condenados, el Estado requirente, cuando formule la petición correspondiente, deberá precisar en virtud de qué instrumento se formula la petición.

Artículo 23. Solución amistosa

El Comité Europeo para los Problemas Penales estará informado de la aplicación del presente Convenio y facilitará, en caso de necesidad, la solución amistosa de cualquier dificultad en la aplicación.

Artículo 24. Denuncia

1. Cualquier Parte podrá, en cualquier momento, denunciar el presente Convenio dirigiendo una notificación al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La denuncia tendrá efecto el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

3. Sin embargo, el presente Convenio continuará aplicándose al cumplimiento de las condenas de personas trasladadas, con arreglo a dicho Convenio, antes de que tenga efecto la denuncia.

Artículo 25. Notificaciones

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo de Europa, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio, así como a cualquier Estado que se haya adherido al mismo:

- a) Cualquier firma.
- b) El depósito de cualquier Instrumento de Ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Convenio, conforme a sus artículos 18,2 y 3; 19,2 y 20,2 y 3.
- d) Cualquier otro documento, declaración, notificación o comunicación referente al presente Convenio.

En fe de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados al respecto, firman el presente Convenio.

Hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, en Francés y en Inglés, los dos textos igualmente fehacientes, en un ejemplar único que se depositará en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa remitirá una copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados no miembros del Consejo de Europa, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio y a cualquier Estado invitado a adherirse al mismo.

El presente Convenio entrará en vigor de forma general y para España el 1 de julio de 1985, de conformidad con lo establecido en el artículo 18,2, del mismo.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 28 de mayo de 1985. El Secretario General técnico, FERNANDO PERPIÑA PEYRA.

ESTADOS PARTE;

Entrada en Vigor:

- Estados Unidos 11 marzo de 1985 (R) 1 de julio 1985
- España 11 marzo 1985 (R) 1 julio 1985
- Francia (1) 11 febrero 1985 (Aprobación) 1 de julio de 1985
- Suecia (2)... 9 enero 1985 (R) 1 de julio 1985;

DECLARACIONES Y RESERVAS

1. FRANCIA

Declaraciones;

Francia interpreta el párrafo 3 del artículo 9 y el párrafo 1 del artículo 10 en el sentido de que el Estado de cumplimiento es el único competente para tomar las decisiones de suspensión y de reducción de la pena respecto al condenado detenido para determinar todas las otras modalidades de ejecución de la pena sin que sea discutida, en su principio, la naturaleza jurídica y la duración de la sanción pronunciada por la jurisdicción del Estado de condena;

Conforme al artículo 3, párrafo 3 del Convenio, Francia desea excluir la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 9 párrafo 11 apartado b) en las relaciones con las otras partes.

Reserva;

Francia formula una reserva al artículo 23 sobre competencia de un Comité de Expertos, el Comité Director para los Problemas Criminales para conocer del arreglo amistoso de las dificultades de aplicación del Convenio

2. SUECIA

Artículo 3, párrafo 4;

El Gobierno sueco ha declarado que en lo que atañe a los fines del Convenio, el término «súbdito» comprenderá igualmente a los extranjeros domiciliados en el Estado de cumplimiento;

Artículo 5, párrafo 3;

El Gobierno sueco ha indicado que las demandas y otras comunicaciones deberán ser enviadas por el Ministerio de Asuntos Extranjeros s recibidas por éste.

Artículo 9 párrafo 4;

El Gobierno sueco ha declarado que en lo que atañe a la; conversión de la condena sólo podrá ser aplicada en los casos a los cuales se hace referencia en dicho párrafo.

Artículo 17, párrafo 3;

El Gobierno sueco ha declarado que las demandas e informaciones que le serán transmitidas deberán –si no están redactadas en danés, inglés, noruego o en sueco– ser traducidas al sueco o al inglés;

El presente Convenio entrará en vigor de forma general y para España el 1 de julio de 1985, de conformidad con lo establecido en el artículo 8, 2, del mismo.

Lo que se hace público para conocimiento general;

Madrid. 28 de mayo de 1985

El Secretario general técnico.; Fernando Perpiñá-Robert Peyra

CONVENIO SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS, HECHO EN ESTRASBURGO EL 21 DE MARZO DE 1983 (PUBLICADO EN EL «BOLETÍN OFICIAL - DEL ESTADO» DE 10 DE JUNIO DE 1985), REFORMULACIÓN DE LA DECLARACIÓN POR PARTE DE ESPAÑA AL ARTÍCULO 3, 3 DEL CONVENIO. (BOE núm. 65/1995, de 17 de marzo de 1995)

CONVENIO sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de junio de 1985), reformulación de la Declaración por parte de España al artículo 3,3 del Convenio.

En relación con el artículo 3, 3 del Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, España ha notificado al Secretario general del Consejo de Europa, la siguiente reformulación de la declaración efectuada al ratificar el Convenio: «España indica que excluye la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 9, 11), cuando sea Estado de cumplimiento».

La presente reformulación surte efecto a partir del 21 de octubre de 1994.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 7 de marzo de 1995

El secretario general técnico del Ministerio de Justicia, Antonio Bellver Manrique.

Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, firmado en Estrasburgo el 21-3-83 en vigor para España el 1-7-85 (BOE 10-6-85) (Última actualización: Febrero de 2008)

Países que han firmado el convenio de Traslado de Personas Condenadas:

| PAÍS | Firma | Ratificación | Adhesión | Consentimiento | Entrada en vigor |
|----------------------|------------|--------------|----------|----------------|------------------|
| Albania | 19/05/1998 | | | | 01/08/2000 |
| Alemania | 21/03/1983 | | | | 01/02/1992 |
| Andorra | 04/11/1999 | | | | 01/11/2000 |
| Armenia | | 1/05/2001 | | | 01/09/2001 |
| Australia | | 05/09/2002 | | | 01/01/2003 |
| Austria | 21/03/1983 | | | | 01/01/1987 |
| Azerbaiján | 25/01/2001 | | | | 01/05/2001 |
| Bahamas | 12/11/1991 | | | | 01/03/1992 |
| Bélgica | 21/03/1983 | | | | 01/12/1990 |
| Bolivia | | 02/03/2004 | | | 01/06/2004 |
| Bosnia y Herzegovina | 30/04/2004 | | | | 01/08/2005 |
| Bulgaria | 30/09/1993 | | | | 01/10/1994 |
| Canadá | 21/03/1983 | | | | 01/09/1985 |
| Chile | | | | 30/07/1998 | 01/08/1998 |
| Chipre | 27/02/1984 | | | | 01/08/1986 |
| Corea | | | | 20/07/2005 | 01/11/2005 |
| Costa Rica | | | | 14/04/1998 | 01/08/1998 |
| Croacia | | | | 25/01/1995 | 01/05/1995 |
| Dinamarca (1) | 21/03/1983 | | | | 01/05/1987 |
| Ecuador | | | | 12/07/2005 | 01/11/2005 |
| Eslovaquia (2) | 13/02/1992 | | | | 01/01/1993 |
| Eslovenia | 14/05/1993 | | | | 01/01/1994 |
| España | 10/06/1983 | | | | 01/07/1985 |
| EEUU | 21/03/1983 | | | | 01/07/1985 |
| Estonia | 04/11/1993 | | | | 01/08/1997 |
| Finlandia | | | | 29/01/1987 | 01/05/1987 |
| Francia | 27/04/1983 | | | | 01/07/1985 |
| Georgia | 21/10/1997 | | | 01/02/1998 | |
| Grecia | 21/03/1983 | | | | 01/04/1988 |
| Hungría | 19/11/1991 | | | | 01/11/1993 |
| Irlanda | 20/08/1986 | | | | 01/11/1995 |
| Islandia | 19/09/1989 | | | | 01/12/1993 |
| Israel | | | | 24/09/1997 | 01/01/1998 |
| Italia | 20/03/1984 | | | | 01/10/1989 |
| Japón | | | | 17/02/2003 | 01/06/2003 |

| PAÍS | Firma | Ratificación | Adhesión | Consentimiento | Entrada en vigor |
|-------------------|------------|--------------|------------|----------------|------------------|
| Letonia | 30/10/1996 | | | | 01/09/1997 |
| Liechtenstein | 03/05/1983 | | | | 01/05/1998 |
| Lituania | 25/01/1995 | | | | 01/09/1996 |
| Luxemburgo | 21/03/1983 | | | | 01/02/1988 |
| Macedonia | 28/07/1999 | | | | 01/11/1999 |
| Malta | 04/11/1988 | | | | 01/07/1991 |
| Mauritania | | | | 18/06/2004 | 01/10/2004 |
| Méjico | | 13/07/2007 | | | 01/11/2007 |
| Moldavia | 06/05/1997 | | | 01/09/2004 | |
| Montenegro | | | | 11/04/2002 | 06/06/2006 |
| Noruega (3) | 08/03/1985 | | | | 01/04/1993 |
| Países Bajos (4) | 21/03/1983 | | | | 01/01/1988 |
| Panamá | | | | 05/07/1999 | 01/11/1999 |
| Polonia | 22/11/1993 | | | | 01/03/1995 |
| Portugal | 21/03/1983 | | | | 01/10/1993 |
| Reino Unido (5) | 25/08/1983 | | | | 01/08/1985 |
| Rep. Checa (2) | 13/02/1992 | | | | 01/01/1993 |
| Rumania | 30/06/1995 | | | | 01/12/1996 |
| Rusia | 07/04/2005 | | | | |
| San Marino | 17/03/2004 | | | | 01/10/2004 |
| Serbia | | | | 11/04/2002 | 01/08/2002 |
| Suecia | 21/03/1983 | | | | 01/07/1985 |
| Suiza | 21/03/1983 | | | | 01/05/1988 |
| Tonga | | | | 03/07/2000 | 01/11/2000 |
| Trinidad y Tobago | | | | 22/03/1994 | 01/07/1994 |
| Turquía | 19/06/1985 | | | | 01/01/1988 |
| Ucrania | | | | 28/09/1995 | 01/01/1996 |
| Venezuela | | | 11/06/2003 | | 01/10/2003 |

NOTAS:

(1) Incluidas Islas Feroe y Groelandia.

(2) Efectuado por Checoslovaquia.

(3) Incluido Islas Bouvet, Isla de Pedro I y Territorio de la Reina Maud.

(4) Extensión de 28-2-96 a Antillas Holandesas y Aruba.

(5) Reino Unido: 19-8-86 extensión Isla de Man, 21-1-80 extensión a Anguilla, territorio Británico del Océano Indico, Islas Caimán, Islas Malvinas, Gibraltar, Montserrat, Pitcairn, Islas Ducie y Oeno, Santa Elena, dependencias de Santa Elena y Bases Militares de Akrotiri t Dhekelia en la Isla de Chipre, 23-10-87 extensión a Hong-Kong y 2-9-98 extensión a Islas Vírgenes Británicas.

Para saber si hay nuevas firmas, se puede consultar la página web del Consejo de Europa, que actualizan con frecuencia: Convention on the Transfer of Sentenced Persons CETS No.: 112.

El Convenio Europeo sobre la "validez internacional de las sentencias penales", fue firmado en La Haya el 28-5-70. Entró en vigor para España el 3-12-94 (BOE 30-3-96).

OTROS CONVENIOS BILATERALES FIRMADOS POR ESPAÑA (ÚLTIMA MODIFICACIÓN MARZO 2008)

Argentina: Entrada en vigor 30-6-92 (BOE 27-5-92)

Brasil: Entrada en vigor 22-4-98 (BOE 8-4-98)

Colombia: Entrada en vigor 10-4-98 (BOE 7-5-98)

Cuba: Entrada en vigor 16-6-00 (BOE 7-11-98)

Egipto: Entrada en vigor 1-8-95 (BOE 26-6-95)

El Salvador: Entrada en vigor 30-6-96 (BOE 8-6-96)

Marruecos: En vigor desde 30-5-97 (BOE 18-6-97)

México: En vigor desde 17-5-89 (BOE 15-5-89)

Nicaragua: En vigor desde 15-5-97 (BOE 12-6-97)

Paraguay: En vigor desde 12-9-95 (BOE 3-11-95)

Perú: En vigor desde 19-5-87 (BOE 5-8-87)

República Dominicana: En vigor desde 15-9-2003 (BOE nº 254 de 23-10-03 y corrección BOE 26-12-03)

Tailandia: En vigor desde 1-12-87 (BOE 10-12-87)

Yemen: En vigor desde 1-03-08 (BOE 07-02-08)