



## DERECHO PENITENCIARIO Y EXTRANJERÍA.

Sesión 3ª - 15 de diciembre de 2005

(Extracto del Tema desarrollado por D. Luis Fernández Arevalo en el Título de Postgrado E-Learning sobre “Migraciones Internacionales y Extranjería”)

**Por Luis Fernández Arévalo,  
Fiscal de la Audiencia de Sevilla**

El fenómeno de la extranjería viene ofreciendo una importancia creciente para el sistema penitenciario, muy particularmente en el caso español, donde asistimos a un crecimiento exponencial de la población reclusa extranjera, especialmente en el último decenio, por lo que no es de extrañar que, a diferencia de la LOGP, en que prácticamente no existen preceptos específicos para el recluso extranjero, el RP de 1996 haya destinado numerosas disposiciones para afrontar la problemática generada por un sector de la población reclusa de creciente importancia cuantitativa y cualitativa. En cuanto a la evolución cuantitativa de la población reclusa extranjera, anteriormente hemos facilitado registros estadísticos suficientemente ilustrativos, estándose próximos a alcanzar una tasa del 25% de la población general.

El derecho penitenciario es aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la regulación de la relación jurídica penitenciaria y el modo de cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Hoy se acepta por un importante sector de la doctrina la existencia del Derecho Penitenciario como una disciplina autónoma, en la medida en que cuenta con una materia propia y específica (constituida por la relación jurídica penitenciaria, la actividad penitenciaria y el sistema de cumplimiento de penas y medidas de seguridad privativas de libertad), con una normativa propia y específica (la Ley Orgánica General Penitenciaria -en lo sucesivo LOGP-, Reglamento Penitenciario -en adelante RP- y normativa que los desarrollan), y órganos jurisdiccionales propios y específicos (los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria).

En cuanto a la materia, se denomina relación jurídica penitenciaria a aquella relación derivada del internamiento, que vincula al recluso -con independencia de su condición procesal de detenido, preso, penado o internado sujeto a medida de seguridad- con la Administración Penitenciaria a la que se confía su retención y custodia; de dicha relación, que no tiene naturaleza procesal, sino administrativa, nacen un haz de derechos y deberes, respecto del interno, y un haz de deberes y poderes, para la Administración. Dicha relación ha sido encuadrada por doctrina y Tribunal Constitucional entre las denominadas relaciones de especial sujeción, que son aquellas en las que la Administración ostenta unos poderes más intensos que los que ejerce sobre el común de los ciudadanos. Tal y como gráficamente señala el vigente RP, el interno ingresa en una comunidad que le vincula de forma especialmente intensa. En este sentido, el interno extranjero se encuentra amparado por el principio de conservación de derechos fundamentales, disfruta en su plenitud de los derechos de todos los reclusos -arts. 3 LOGP y 4 RP, y concordantes- y está sujeto a los mismos deberes que los restantes internos -arts 4 LOGP y 5 RP, y concordantes.

En cuanto a la actividad penitenciaria, es aquella actividad netamente administrativa, protagonizada por los servicios administrativos de prisiones (que en nuestra normativa reciben la denominación de *instituciones penitenciarias*), y que tiene como finalidades primordiales la retención y custodia de los reclusos - independientemente de su condición procesal, como detenidos, presos, penados o sentenciados sujetos a medida de seguridad-, así como la reeducación y reinserción social de penados y sentenciados sujetos a medidas de seguridad privativas de libertad.

La actividad penitenciaria está sometida en el derecho español a los siguientes principios constitucionales, inspiradores de todo nuestro sistema penitenciario: a) principio de legalidad, conforme al que la actividad de la Administración Penitenciaria debe ajustarse a los mandatos de las leyes, sin desviación de los mismos (arts. 25 y 103 CE); b) principio de conservación de derechos fundamentales, conforme al cual el recluso conserva todos los derechos fundamentales no afectados por el sentido de la pena, el fallo condenatorio, o la ley penitenciaria (art. 25.2 CE); c) principio de resocialización (art. 25.2 CE), conforme al que la finalidad primordial de la actividad penitenciaria debe venir presidida por la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados y sentenciados sujetos a medidas de seguridad de internamiento; y d) principio de control judicial

(art. 117.4, 106.1 CE, en relación con 79 LOGP), en cuya virtud la actividad penitenciaria está integralmente sometida a la revisión judicial en cuanto a su sometimiento a la legalidad vigente.

Seguidamente procedemos a examinar las especialidades del *status* del recluso extranjero, y de la actividad penitenciaria respecto del mismo, especialidades que han de estar presididas por los principios aludidos. Dichas peculiaridades están inspiradas básicamente en los siguientes aspectos: en primer lugar, superar las barreras idiomáticas, garantizando la información del recluso extranjero en relación con sus derechos y deberes, facilitándole el acceso al conocimiento de la lengua española, y asegurando su derecho a la defensa en el marco del procedimiento disciplinario, previendo la asistencia de intérprete para que pueda conocer los cargos que se le dirigen, y facilitarle la expresión de sus alegatos de descargo; en segundo lugar, facilitando sus contactos con sus representantes diplomáticos y consulares, y con sus familiares y amigos, así como el acceso a la cultura; y en tercer lugar, por la intención de promover su repatriación, asegurándole el conocimiento de los instrumentos de repatriación previstos por la legislación penal y penitenciaria española, y facilitando en su caso a las instituciones competentes los mecanismos necesarios para facilitar las medidas repatriativas.

**3.1. ESPECIALIDADES DE INFORMACIÓN DEL INTERNO EXTRANJERO AL TIEMPO DEL INGRESO.-** El art. 52 RP tiene por epígrafe “información”. Con carácter general establece en su apartado 1 que *“los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre sus derechos y deberes, el régimen del Establecimiento, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas y recursos. Con este fin, se les entregará un ejemplar de la cartilla o folleto informativo general y de las normas de régimen interior del Centro penitenciario de que se trate, que el Centro Directivo de la Administración Penitenciaria correspondiente editará necesariamente en castellano y en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario”*. Pues bien, nada más y nada menos que los cuatro siguientes apartados se dedican a la información especial de los reclusos extranjeros.

*“2. A los internos extranjeros se les informará, además, de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes. Igualmente, se les facilitará la*

*dirección y el número de teléfono de la representación diplomática acreditada en España del país correspondiente.*

*3. A estos efectos, el mencionado Centro Directivo procurará editar folletos de referencia en aquellos idiomas de grupos significativos de internos extranjeros en los Establecimientos españoles. A los extranjeros que desconozcan los idiomas en que se encuentre editado el folleto se les hará una traducción oral de su contenido por los funcionarios o internos que conozcan la lengua del interesado y, si fuese necesario, se recabará la colaboración de los servicios consulares del Estado a que aquél pertenezca.*

*4. En todo caso, a aquellos internos españoles o extranjeros que no puedan entender la información proporcionada por escrito, les será facilitada la misma por otro medio adecuado.*

*5. En el departamento de ingresos y en la Biblioteca de cada Establecimiento habrá, a disposición de los internos, varios ejemplares de la LOGP y RP de las normas de régimen interior del Centro. La Administración procurará proporcionar a los internos extranjeros textos de la LOGP y de su Reglamento de desarrollo en la lengua propia de su país de origen, a cuyo fin recabará la colaboración de las autoridades diplomáticas correspondientes”.*

### **3.2.- DERECHO A COMUNICAR EL INGRESO A LAS AUTORIDADES CONSULARES.-**

*Conforme al art. 15.2 RP, 5. “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”. Como sucede en la legislación procesal con motivo de su detención, el derecho se ejercita por el interno, sin que pueda hacerse la comunicación por los Mandos penitenciarios por su propia iniciativa.*

### **3.3.- COLABORACIÓN EN LA RESOCIALIZACIÓN DE RECLUSOS EXTRANJEROS DE**

**INSTITUCIONES Y ASOCIACIONES.-** Señala el art. 62.4 RP que *“la Administración Penitenciaria fomentará, especialmente, la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso, a través de las Autoridades consulares correspondientes”.*

**3.4.- COMUNICACIONES Y VISITAS.-** Los reclusos, nacionales o extranjeros, tienen ante todo el derecho a mantener sus comunicaciones en su propia lengua, ya que como señala el art. 51.1 LOGP *“los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.”*

Además, las necesidades especiales de los internos extranjeros deben ser específicamente contempladas en la organización de comunicaciones y visitas, ya que establece el art. 42.7 RP que *“las comunicaciones y visitas se organizarán de forma que satisfagan las necesidades especiales de los reclusos extranjeros, a los que se aplicarán, en igualdad de condiciones con los nacionales, las reglas generales establecidas en este artículo”*.

El art. 49.3 y .4 se refiere a los contactos con sus representantes diplomáticos y consulares, que tendrán lugar en locales adecuados, conforme a reglas generales en cuanto a número y requisitos, previa autorización del Director, señalando que *“3. los internos extranjeros podrán comunicar, en locales apropiados, con los representantes diplomáticos o consulares de su país, o con las personas que las respectivas Embajadas o Consulados indiquen, previa autorización del Director del Establecimiento, y con aplicación en todo caso de las normas generales establecidas sobre número de comunicaciones y requisitos de las mismas en el art. 41.*

*4. A los súbditos de países que no tengan representante diplomático o consular, así como a los refugiados y a los apátridas, les serán concedidas comunicaciones en las mismas condiciones con el representante del Estado que se haya hecho cargo de sus intereses o con la Autoridad nacional o internacional que tenga por misión protegerlos, o con las personas en quienes aquéllos deleguen”*.

**3.5.- ACCESO A LA FORMACIÓN Y APRENDIZAJE DE LA LENGUA ESPAÑOLA, ASÍ COMO DISPONIBILIDAD EN LO POSIBLE DE MATERIAL BIBLIOGRÁFICO EN SU PROPIA LENGUA.-** Al primer aspecto se refiere el art. 118.2 RP, conforme al cual *“los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales. Con este fin, la Administración Penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario”*.

Al segundo aspecto se refiere el art. 127.3 RP, que señala que *“en función del número de internos extranjeros existente en el Centro penitenciario, la biblioteca podrá disponer de publicaciones editadas en los idiomas extranjeros más usuales. A tal fin, se solicitará la cooperación de los servicios consulares correspondientes y de las organizaciones privadas apropiadas”*.

**3.6.- ASISTENCIA DE INTÉRPRETE PARA ASEGURAR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.-** A tal fin establece el art. 242.2.j) RP que en el pliego de cargos se hará constar la *“posibilidad de asistirse de un funcionario o interno como intérprete si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano”*.

**3.7.- ACTIVACION DE MECANISMOS DE REPATRIACIÓN.-** Igualmente, el RP ha establecido una serie de disposiciones en cuanto a la activación de mecanismos de repatriación, en gran medida obsoletos, ya que se dictan en el entendimiento de que la expulsión puede ser decidida judicialmente no en sentencia, sino tras darse inicio a la ejecución de la sentencia, cuando el nuevo modelo legal del art. 89 CP introducido por la reforma de la LO 11/2003 exige decisión en sentencia.

**3.7.1.- Comunicación al Ministerio Fiscal de las fechas de cumplimiento a fin de activar mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena.** Conforme al art. 27 RE, *“también se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad”*. Precepto situado en la lógica de la legalidad anterior, sin sentido en el nuevo modelo de expulsión decidida judicialmente en sentencia, introducido por la reforma de la LO 11/2003.

El art. 27 RP se complementa con lo establecido en el art. 197.2 RP, que dispone que *“con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el art. 89 CP, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas”*. Ya anteriormente examinado, y obsoleto por las razones ya explicadas, en el modelo introducido por la reforma de la LO 11/2003..

**3.7.2.- Penados extranjeros sometidos a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena:** inicialmente aparecen contempladas las medidas a adoptar en el art. 26 RP vigente. Según el art. 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 art. 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”*.

El precepto así redactado constituía un auténtico brindis al sol, pues en el expediente penitenciario no constaban anotadas las decisiones repatriativas que pueda adoptar la Autoridad gubernativa, y así, no se capta en qué manera podría el Director conocer cuándo debía -y cuándo no- comunicar la fecha prevista de excarcelación. En la práctica este precepto queda sin contenido por una previsión contenida en el RLOE, concretamente en su art. 136.5, conforme al cual *“los directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a la autoridad gubernativa, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en procedimiento por delito, a los efectos de que, en su caso, se proceda a la expulsión, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000. A estos efectos, en los expedientes personales de los extranjeros condenados, se hará constar si a los mismos les ha sido incoado expediente de expulsión, y su estado de la tramitación”*.

Este precepto, aparte de señalar la necesidad de que en el expediente se anote la incoación de los expedientes de expulsión y su estado de tramitación, se coordina por completo a la LOE, cuyo art. 57.2 ha previsto -tras la expulsión/sanción (art. 57.1 LOE)- la expulsión/consecuencia accesoria del delito, señalando que *“asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”*. Obsérvese que es la pena prevista al delito, y no la concretamente impuesta, la que determina la causa de expulsión; debe sin embargo criticarse el automatismo del precepto, que debería dejar abierta la posibilidad de la regularización de penados extranjeros respecto de los que conste un pronóstico favorable de vida en libertad respetuosa de la ley penal, formulado por la Junta de

Tratamiento al amparo del art. 67 LOGP, ya que en estos casos la causa de expulsión carecería de fundamento.

**3.8.- CONSIDERACION ESPECIAL DE LOS PERMISOS DE SALIDA A RECLUSOS ORDINARIOS DE SALIDA A EXTRANJEROS.**- Aunque en principio la regulación vigente no ha previsto especialidades para los permisos de ciudadanos extranjeros, y las recomendaciones internacionales inciden en que se posibilite su acceso sin discriminaciones, no puede dejar de reconocerse que al amparo de lo dispuesto en el art. 156.2 RP, que establece como motivos denegatorios de los permisos jurídicamente relevantes la probabilidad de comisión de nuevos delitos, de no reincorporación, y de repercusión perjudicial sobre el propio penado desde la perspectiva de su proceso de recuperación social, aun cuando la extranjería en sí mismo no puede considerarse como causa de denegación de permisos, sí lo permitirá en los casos tales como inexistencia de vínculos sociales, familiares, ni institucionales, así como en los casos de vinculación a grupos de crimen organizado; en el primer caso pueden concluirse razonablemente probabilidades de no reincorporación muy superiores a las abstractas que son propias y comunes de cualquier permiso autorizable, y en el segundo caso por las mismas razones, y por existir probabilidades de comisión de nuevos delitos. Las probabilidades de no reincorporación suelen aceptarse como razonables en los supuestos de extradición pendiente.

Fuera de estos casos, la existencia de acogida social, familiar o institucional, en su caso, pueden permitir entender conjuradas las probabilidades de no reincorporación, en atención a la fase de cumplimiento y demás circunstancias concurrentes en cada caso.

**3.9.- TERCER GRADO Y PENADO EXTRANJERO.**- Aunque el acceso al tercer grado del penado extranjero no presenta especialidades normativas en la regulación penitenciaria, el nuevo sistema implantado por LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, han representado una alteración muy importante del sistema de ejecución de penados penal en lo que a penados extranjeros no residentes legalmente en España se refiere. ¿En qué medida afecta la combinación de ambas leyes al caso de penados extranjeros?

El párrafo primero del art. 36.2 CP establece -tras la reforma introducida por LO 7/2003- que *“cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.”* Sin entrar a discutir en este trabajo problemas candentes penitenciarios tan relevantes como el problema de la irretroactividad de esta ley y su alcance, o si afecta a penas de prisión plurales en cuanto exceden de 5 años, sí parece claro que el precepto ha supuesto en cierta medida la aniquilación parcial del sistema de individualización científica en lo que a penas de prisión que exceden de 5 años se refiere, mediante la implantación del llamado en otros sistemas *“periodo de seguridad”*. Ciertamente es que el párrafo segundo del art. 36.2 CP posibilita la reimplantación del sistema de individualización científica por decisión del JVP atendido constatar un pronóstico individualizado y favorable de reinserción, ya que señala que *“el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.”* El sistema se ve complementado en los casos de fijación de un máximo de cumplimiento efectivo de pena, conforme a lo dispuesto en el art. 76 CP, por una regla complementaria, en el art. 78 CP, a cuyo texto nos remitimos. La aplicación de esta norma supone de por sí un efecto inmediato en el caso de los penados extranjeros: de entrada, en el caso de penas que excedan de seis años, en la medida en que no cabe la expulsión judicial sustitutiva íntegra, la posibilidad de acceso al tercer grado, que juntamente con el cumplimiento de las  $\frac{3}{4}$  partes será determinante de la expulsión sustitutiva, vendrá vedada salvo que el JVP acuerde la reimplantación del sistema general de cumplimiento, atendida la constatación de un pronóstico favorable de reinserción social. Sin embargo, ha de convenirse en que mal puede constatar dicho pronóstico, cuando la decisión no conlleva propiamente el acceso a un régimen abierto, sino a la materialización de una expulsión judicial ya acordada en sentencia, ex art. 89.2 CP. Por ello, para los casos de penas de prisión a partir de seis años, cuando el tribunal sentenciador ha acordado en sentencia la expulsión, entendemos que el alzamiento por el JVP del periodo de seguridad previsto en el párrafo segundo

del art. 36.2 CP, antes del cumplimiento de la mitad de la pena, suscita muy serias dudas de aplicación real.

No vemos tampoco inconvenientes legales, pero sí reales, en los casos en los que el Juez o Tribunal, atendida la naturaleza del delito, acordó excepcionalmente no la expulsión, sino el cumplimiento material de la pena en Centro Penitenciario ubicado en territorio español -párrafos primero y segundo del art. 89.1 CP. En la medida en que el régimen abierto no excluye que la pena se continúe cumpliendo en el Centro Penitenciario, el tercer grado es teóricamente posible, aunque parece quedar *a limine* excluída la aplicación del modelo excepcional del art. 86.4 RP, en la modalidad extraordinaria en la que la pena no se cumple físicamente en un centro penitenciario. Fuera de este caso, sin embargo, las posibilidades reales de acceso son mínimas, ya que posteriormente procederá la materialización de la expulsión, *ex art. 57.8 LOE*, al menos en los casos de los delitos comprendidos en ese precepto legal, lo que determina que los riesgos de quebrantamiento de condena sean racionalmente elevados.

Los problemas de acceso al tercer grado desaparecen en los casos de imposibilidad de materialización de la expulsión judicial sustitutiva. En estos casos, el párrafo cuarto del art. 89.1 CP señalaba 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.”* No existen como se ve imperativos legales determinantes literalmente de cumplimiento en centro penitenciario español; queda así abierto en consecuencia el régimen general de cumplimiento de la pena, y la imposibilidad de materialización de la expulsión permite razonablemente pronosticar que el penado ha de permanecer en España tras su cumplimiento: los riesgos de fuga asociados al intento de eludir una expulsión se conjuran, y las posibilidades de acceso al régimen abierto se van abriendo dentro del sistema general de ejecución de las penas, máxime cuando conforme al art. 66.5 RLOE *“cuando circunstancias especiales lo aconsejen, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones podrá conceder validez de permiso de trabajo a aquellos documentos oficiales o privados que reúnan las condiciones que se determinen”*. La resolución administrativa o judicial de clasificación en tercer grado puede constituir uno de esos documentos oficiales que justifiquen la concesión de validez de permiso de trabajo.

