

LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LAS PRISIONES ESPAÑOLAS:
LEGALIDAD Y REALIDAD

Dra. Dña. Cristina Rodríguez Yagüe

Universidad de Castilla – La Mancha

Revista General de Derecho Penal, nº 2, 2004

<http://www.cienciaspenales.net>

LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LAS PRISIONES ESPAÑOLAS: LEGALIDAD Y REALIDAD

Dr.^a. D.^a. Cristina Rodríguez Yagüe
Profesora asociada de Derecho Penal
Universidad Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN¹.

De ser casi una anécdota en nuestras prisiones, los reclusos extranjeros han pasado a convertirse en un 28% de nuestra población penitenciaria². Se ha acabado pues la uniformidad en los centros penitenciarios.

Lo cierto es que en los últimos años el número de extranjeros en nuestras prisiones no ha parado de aumentar, de la misma manera que el número de internos en los establecimientos penitenciarios, alcanzándose nuevamente en 2004 una nueva cota histórica, cerca de 60.000³.

Desde diversos ámbitos se han establecido vinculaciones directas entre este aumento de la criminalidad y la extranjería y, más concretamente, entre criminalidad y situación de estancia irregular, desoyendo la concurrencia de otros argumentos como la existencia de un mayor control formal sobre este colectivo, una mayor utilización de la prisión preventiva sobre los extranjeros que sobre los nacionales, el relativamente alto porcentaje de criminalidad proveniente de ciudadanos europeos pertenecientes a países de la Unión o la inexistencia de estudios científicos criminológicos que asocien ineludiblemente la variable extranjería como causa de criminalidad⁴.

¹ Este artículo ha sido publicado en la *Revista General de Derecho penal* nº 2, 2004.

² Hay que tener en cuenta que su presencia efectiva dentro de los establecimientos es aún mayor dado que no suelen disfrutar de los mecanismos que suponen una excarcelación temporal como los permisos, tercer grado o libertad condicional.

³ En datos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de agosto de 2004, el total de internos en los establecimientos penitenciarios españoles era de 59.249. De ellos, 16.626 eran extranjeros –15.368 hombres y 1258 mujeres–. Las nacionalidades más presentes en nuestros centros penitenciarios son, en esa misma fecha, Marruecos, con 4353 internos, Colombia, con 1459, Argelia con 1121 y Rumanía, con 804.

⁴ Un interesante análisis criminológico de la delincuencia de los extranjeros es el realizado por GARCÍA ESPAÑA: *Inmigración y delincuencia en España: Un análisis criminológico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2001. De manera resumida, GARCÍA ESPAÑA: «La delincuencia de inmigrantes en España». Laurenzo Copello (coord.): *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Está claro que aspectos como la conversión de España de un país de emigrantes en un país receptor y beneficiario de la inmigración –de una emigración económica y, por tanto, no “libre”–, la internacionalización de las relaciones entre los países, la globalización entendida no como un proceso meramente económico sino también de movimiento de flujos de personas, así como la creación de grandes diferencias económicas entre los países –y dentro de éstos– que origina grandes focos de marginalidad, deben repercutir también cualitativa y cuantitativamente en la criminalidad y, en consecuencia, en la uniformidad de los establecimientos penitenciarios, tanto en el número de internos como en su heterogeneidad⁵.

La marginación a la que se ven abocados muchos de los extranjeros, prácticamente la totalidad en el caso de los irregulares, deja a su vez inoperantes los mecanismos de inhibición ante la comisión de hechos delictivos puesto que no tienen nada que perder frente a la tentación de los productos de una sociedad de consumo que no está a su alcance y ante la inexistencia de otros frenos provenientes de su integración como son la familia o el trabajo⁶.

En el momento en el que nuestra LOGP vio la luz la situación penitenciaria era bien distinta y el número de internos extranjeros era una cuestión incidental, al igual que ocurrió con la aprobación del Reglamento de 1981, por lo que las referencias a este colectivo no son muy numerosas a lo largo del articulado de ambos textos. El panorama

⁵ Se hace preciso diferenciar, en todo caso, la criminalidad de extranjeros procedente de la delincuencia ocasional y de los extranjeros afincados en nuestro país –relacionada con la comisión de hechos delictivos de la misma naturaleza que los realizados por nacionales y cuya conflictividad penitenciaria no difiere sustancialmente de la que presentan estos últimos– de la delincuencia proveniente de la criminalidad organizada y de la procedente de la inmigración irregular. Estas categorías, que se relacionan bien con la comisión de pequeños delitos o de subsistencia, bien con tramas organizadas de explotación de personas, secuestros y extorsión, tráfico de personas, drogas o de armas, lavado de dinero, falsificación de documentos y tráfico de vehículos sustraídos –y, algunas de ellas, con el terrorismo–, presentan una problemática específica dentro de los establecimientos penitenciarios. Y, más en concreto, los extranjeros residentes irregularmente que, por su condición de doble marginalidad, cumplen sus penas en condiciones de mayor dureza y aislamiento. Vid. a este respecto de manera más desarrollada las clasificaciones apuntadas por MAPELLI CAFFARENA: «Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera», *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, III-2001, págs. 38 y ss; y HERRERO HERRERO: *Criminología (Parte general y Especial)*, 2ª edición, Madrid, 2001, págs. 765 y ss.

⁶ TERRADILLOS BASOCO: «Marginalidad social, inmigración, criminalización» en *El derecho penal ante la globalización*. Zúñiga Rodríguez, Méndez Rodríguez y Diego Díaz Santos (coords), Colex, Madrid, 2002, págs. 148 y 149. Ello explica que el % de extranjeros imputados por la comisión de hechos delictivos en relación con la población extranjera –un 3,5%– sea tres veces superior a la de los ciudadanos españoles. Ello conduce a este autor a afirmar el fracaso de nuestras normas políticas de integración lo que, si no se remedia a corto plazo, supondrá el incremento imparable de la delincuencia entre la inmigración marginada.

ya empezaba a ser distinto quince años después, cuando se aprueba el nuevo Reglamento penitenciario, que ya en su propia Exposición de Motivos hace referencia al profundo cambio experimentado por la realidad penitenciaria en los últimos años para fundamentar la necesidad de un nuevo texto legal: “La sociedad española ha sufrido una importantísima transformación en los últimos quince años, transformación de la que no ha quedado exenta la realidad penitenciaria. La situación actual es muy distinta de la existente en 1981, no sólo por el notable incremento de la población reclusa –que ha exigido un importante esfuerzo para dotar a la Administración de nuevas infraestructuras y para adaptar los modelos de gestión de los centros–, sino también por las variaciones sustanciales producidas en su composición (mayor presencia de mujeres y de reclusos extranjeros (...))”⁷.

Si bien, como se estudiará más adelante, la legislación penitenciaria no establece ninguna distinción entre nacionales y extranjeros y, mucho menos, entre los que están en una situación de regularidad y los que no, existe una profunda brecha entre aquella y la práctica penitenciaria donde, directa o indirectamente, esa condición de extranjería va a suponer un cumplimiento cuantitativa y cualitativamente de la pena de mayor dureza que el que le corresponde a un nacional.

Y es que los problemas de este colectivo cada vez más representativo, a la par que heterogéneo, dentro de los establecimientos son de diversa índole. La inexistencia de suficientes puestos de trabajo, la falta de comunicaciones, el desarraigo, las dificultades de idioma y la carencia de apoyo económico redundan en la situación de indefensión, aislamiento y desestructuración que presentan buena parte de los internos extranjeros en nuestras prisiones. Más aún cuando ese desarraigo les va a impedir –o cuando menos, dificultar en gran medida– el disfrute de los mecanismos que posibilitan un contacto con la sociedad como son los permisos penitenciarios, el tercer grado o el acceso a la libertad condicional.

A lo largo de este trabajo se pretende realizar un esbozo de la legislación penitenciaria en lo que se refiere a la población reclusa extranjera y, en particular, a la práctica penitenciaria, a los medios y a los recursos con los que cuenta este colectivo en fricción constante con las actuales políticas de extranjería.

⁷ Añadiendo además otras circunstancias que también pueden predicarse de un sector de la delincuencia a la que nos vamos a referir: «(...) por la variación del perfil sociológico de los mismos como consecuencia del predominio de la criminalidad urbana y suburbana y de la irrupción del fenómeno de la delincuencia organizada, que general grupos minoritarios de reclusos con un alto potencial de desestabilización de la seguridad y el buen orden de los establecimientos penitenciarios».

II. LOS EXTRANJEROS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL.

1. El principio de igualdad y los derechos de los internos extranjeros en la normativa penitenciaria española.

El artículo 13 de la Constitución española establece que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. El TC ha interpretado de manera expansiva el efecto de la Constitución respecto a los derechos fundamentales de los extranjeros, afirmando que el artículo 13 no concluye que los extranjeros disfrutarán de los derechos y libertades que se garanticen en los Tratados y las Leyes sino que el disfrute de esos derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución puede ser modulado en cuanto a su contenido en función de lo establecido en los Tratados internacionales y en la ley española⁸. En su jurisprudencia, el TC establece una distinción entre diversas categorías de derechos fundamentales, señalando que existen derechos que corresponden de igual manera a extranjeros y nacionales, que son aquellos que derivan de la garantía de la dignidad humana –el derecho a la vida, integridad física y moral, libertad ideológica y religiosa y tutela efectiva; otros que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros –los recogidos en el art. 23 CE– y, por último, otros que corresponderán o no según lo dispuesto en las leyes y tratados⁹. Según esta interpretación, derechos como el de libertad personal, educación, reunión y asociación y sindicación serán derechos de configuración legal y, por tanto, susceptibles de modulación. pertenecer

Es mediante la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –en su redacción dada por la L.O. 8/2000– por la que se regula el contenido de estos derechos y libertades. Según esta ley, tienen consideración de extranjeros aquellos que carezcan de la nacionalidad española (art. 1). No debemos olvidar, en todo caso que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea estarán cubiertos por el régimen comunitario, siéndoles aplicable la L.O. 4/2000 únicamente en los aspectos que les sean más favorables.

⁸ STC 90/1985, de 30 de septiembre.

⁹ STC 107/1984, de 23 de noviembre.

La Ley de Extranjería va a modular el disfrute de algunos de los derechos y libertades en función de la situación de regularidad o irregularidad de los extranjeros¹⁰. Así lo hace con los derechos a la asistencia sanitaria, a la educación y al trabajo, como abordaremos posteriormente.

Pero frente a esta restricción en los derechos de los extranjeros, la LOGP no establece diferenciación alguna en cuanto a la ejecución de las penas de prisión. Todo lo contrario, el artículo 3 de la Ley consagra el principio de igualdad, afirmando que “la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza”¹¹. Por lo tanto, la actividad penitenciaria –cuyos fines engloban la reinserción y reeducación de los penados, la retención y custodia de detenidos, presos y penados y la labor asistencial y de ayuda de internos y liberados (art. 1 LOGP)–, debe realizarse garantizando la vigencia del principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, no pudiéndose establecer diferenciación alguna ni siquiera en aquellos derechos que, como el trabajo, la asistencia sanitaria o la educación, son modulados por la Ley de Extranjería en función de la situación de regularidad o irregularidad del extranjero¹².

Pero la obligación de garantizar un trato igualitario entre la población reclusa nacional y la extranjera no deriva únicamente del artículo 3 de la LOGP sino que se deduce directamente del mandato constitucional contenido en el artículo 25.2 de la CE y de la relación de especial sujeción existente entre la Administración penitenciaria y el interno.

¹⁰ Serán considerados como regulares los sujetos en situación de estancia o con residencia temporal o permanente (art. 29 de la Ley).

¹¹ Dispone igualmente el artículo 4 del Reglamento Penitenciario que: “1. La actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (...)”.

¹² Siguiendo lo preceptuado en este punto por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas de 1955 cuando afirma, en su punto sexto, que: “6. Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera. 2) Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso”.

En primer lugar, la Carta Magna no atribuye fines distintos al de la consecución de la reinserción social de los penados a penas privativas de libertad en función de si se trata de nacionales o de extranjeros. Las penas impuestas a unos y a otros deben tender de la misma manera al logro de la reinserción de todos ellos. La Administración penitenciaria queda obligada de esta manera a ofrecer, en igualdad de condiciones, los medios tendentes a la consecución de tales fines tanto a los internos nacionales como a los extranjeros. Y aunque el artículo 25.2 CE no se configure como un derecho fundamental del interno sino como un principio ordenador de la ejecución penal –ya sea interpretado en una vertiente amplia que aboga de manera confiada por los postulados resocializadores o bien de manera restrictiva identificándolo con la consecución de la humanización de las penas privativas de libertad–, se trata de una máxima no susceptible de modulación alguna en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, lo cual legitima el acceso teórico, en igualdad de condiciones, de los extranjeros a todos aquellos instrumentos que la ley penitenciaria recoge en su articulado para conseguir tal finalidad.

En segundo lugar, el principio de igualdad opera como uno de los límites fundamentales a la propia actividad de la Administración penitenciaria que, en esa relación de especial sujeción sostenida con el interno –y entendida no como una zona de no derecho sino como una relación de la que dimanen tanto derechos como deberes para la Administración penitenciaria respecto a sus “tutelados”- emerge como garante de los derechos del interno contenidos en la Constitución y en la legislación penitenciaria y, entre ellos, del principio de igualdad tanto en materia de régimen como de tratamiento.

Por tanto, ni del mandato del artículo 25.2 de la CE ni de la legislación penitenciaria puede deducirse la existencia de fines distintos de la pena de prisión a los señalados para los nacionales en los penados extranjeros.

Ahora bien, una política penitenciaria así orientada choca frontalmente con las actuales políticas gubernamentales de inmigración, algunas de las cuales extienden sus ramificaciones hasta el punto de introducir figuras como la sustitución de la pena por la expulsión de extranjeros en el Código penal español.

Y es que frente a esta concepción positiva de reinserción de las penas de prisión de los extranjeros, la Ley de Extranjería emana una política de eliminación de los extranjeros que hayan cometido algún delito a través de la articulación de diferentes medidas que impiden su reinserción laboral y social. En esta dirección, el artículo 31 requiere que para autorizar la residencia temporal de un extranjero éste acredite que

carece de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en nuestro país¹³. Sólo en los casos de renovación de estos permisos se valorará su conveniencia, en función de las circunstancias, cuando se trate de un extranjero que haya sido condenado por la comisión de un delito y que ya haya cumplido la condena, haya sido indultado o se encuentre en una situación de remisión condicional de la pena (artículo 31).

Igualmente se configura como causa de expulsión del territorio español la comisión, dentro o fuera de nuestro país, de un hecho delictivo doloso penado con una pena privativa de libertad superior a un año, salvo si los antecedentes penales han sido cancelados (art. 57.1 de la Ley) o si el extranjero tiene un permiso de residencia permanente¹⁴.

Pocas expectativas permite la Ley de extranjería al extranjero que, una vez cometido un hecho delictivo, pretende (re)insertarse laboral y socialmente en España, a no ser que ya tuviese el permiso de residencia permanente. Se ven abocados de esta manera o a la expulsión del territorio español o a la perpetuación de su situación de irregularidad. Sólo una vez cancelados sus antecedentes penales, y habiendo permanecido en España durante todo ese tiempo en condición irregular, queda la posibilidad de que puedan acceder a un permiso de residencia temporal, vía ordinaria o vía de la regularización permanente una vez que acrediten su estancia en territorio español por un tiempo mínimo de cinco años (artículo 31)¹⁵.

2. Análisis de la realidad y la práctica en los derechos de los internos extranjeros en los establecimientos penitenciarios.

A) Información.

¹³ Circunstancia prevista por la Ley de Extranjería de 1985 que, si bien desapareció con la entrada en vigor de la L.O. 4/2000, es nuevamente introducida por la reforma operada con la LO 8/2000.

¹⁴ Al igual que la previsión anterior, la Ley de Extranjería de 1985 contemplaba la posibilidad de la expulsión de los extranjeros condenados por sentencia firme por delitos menos graves, causa que desaparece con la L.O. 4/2000 y que nuevamente es reintroducida pocos meses después por la L.O. 8/2000. Vid. a este respecto las críticas formuladas a la legislación del 85 por TORRECILLA COLLADA: «Problemática planteada por la Ley de extranjería», *Vigilancia penitenciaria, VI Reunión de Jueces de Vigilancia penitenciaria*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 257 y ss. También SÁNCHEZ YLLERA: «Extranjeros en prisión: doble condena», *Jueces para la Democracia*, 1990, que ya reclamaba entonces una reforma de la Ley de Extranjería de 1985 en esta materia para posibilitar que las penas privativas de libertad de los extranjeros cumplieran los fines de reinserción e impedir que supusieran una doble condena –privativa de libertad y de beneficios penitenciarios– para estos internos; pág. 70.

¹⁵ Tiempo que se reduce a tres años si existe una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado del trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o españoles (art. 41.2 d) del Reglamento de Extranjería).

La Administración penitenciaria está obligada a proporcionar al interno que ingresa en un centro penitenciario información sobre el régimen de éste, sobre sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios que existen para la formulación de peticiones, quejas y recursos¹⁶.

Para la comunicación de esta información general, el establecimiento deberá contar con ejemplares informativos en los idiomas más usuales, debiendo utilizar, en todo caso, cualquier otro medio (ayuda de funcionarios o internos que conozcan el idioma, solicitud de ayuda a través de los servicios consulares, intérprete, etc) para facilitar la comprensión de esta información por aquellos internos con problemas por el idioma. Junto a ello, la legislación penitenciaria recoge una serie de especificidades en cuanto al contenido del derecho a la información de los internos extranjeros.

En el momento del ingreso en un establecimiento penitenciario, se informará a los extranjeros de forma comprensible, si es posible, en su propio idioma, de su derecho a que esta situación se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes (art. 15.5 RP). Concretamente, la Instrucción 14/2001 relativa a las normas generales sobre internos extranjeros fija en el plazo de las 48 horas siguientes al ingreso el tiempo en el que se comunicará tal derecho al interno¹⁷. Esta comunicación con las Autoridades Diplomáticas se convierte en obligatoria cuando el interno que ingresa en el establecimiento penitenciario pertenece al personal diplomático¹⁸.

Una segunda dimensión del derecho a la información que asiste a los internos extranjeros es la referida al conocimiento de aquellas medidas que pueden variar

¹⁶ Así viene garantizado por el artículo 49 de la LOGP. Vid. también artículo 21 del RP.

¹⁷ Para lo cual se facilitará al interno el Anexo II comprendido en la Circular 14/2001 en el que se informa de tal derecho y se solicita su consentimiento para que el Director del Establecimiento comunique su ingreso en prisión a las autoridades diplomáticas y consulares de su país. Este anexo viene redactado en seis idiomas: español, inglés, alemán, francés, portugués e italiano. Se echa de menos que la Circular no recoja esta información en árabe, ya que no todos los internos del norte de África tienen conocimientos suficientes del francés que les posibilite entender la información contenida en tal documento.

¹⁸ Así el artículo 36 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 que establece: “b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado, cuando un nacional del Estado sea puesto en prisión preventiva. c) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que se halle en prisión preventiva, o en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir a favor del nacional, cuando éste se oponga expresamente a ello”. Por su parte el artículo 42 afirma que “Cuando se arreste o detenga preventivamente a un miembro del personal consular, o se le instruya un procedimiento penal, el Estado receptor estará obligado a comunicarlo sin demora al Jefe de la oficina consular”. Por último, y tal y como se establece en la Instrucción 14/2001, disposición adicional segunda y en el artículo 37 del Convenio de Viena, el Director del establecimiento penitenciario deberá informar sin retraso a la oficina consular en caso de defunción de un nacional.

sustancialmente el contenido material del cumplimiento de su pena privativa de libertad. Nos referimos concretamente a medidas como la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión, la solicitud de la expulsión una cumplidas las tres cuartas partes de la condena -cuando ésta sea superior a seis años de privación de libertad-, la posibilidad de cumplimiento de la pena en el país de origen o el cumplimiento en él de la libertad condicional.

En el plazo máximo de cinco días desde su ingreso¹⁹, el centro deberá facilitar a los internos extranjeros información sobre la posibilidad de solicitar la aplicación de los tratados o convenios internacionales suscritos por España en materia de traslado a otros países de personas condenadas y sobre la sustitución de las penas impuestas o a imponer, en el caso de los preventivos, por la expulsión del territorio nacional. Junto a ello, el artículo 52 del Reglamento señala que se facilitará al interno la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática en España del país correspondiente²⁰.

Uno de los mayores problemas con los que cuenta un gran número de internos extranjeros es el desconocimiento del idioma español, lo que agrava su situación real de desinformación e indefensión²¹. Para tratar de suplir este problema, el Reglamento penitenciario señala la necesidad de que exista en los establecimientos folletos con la

¹⁹ Plazo establecido por la Instrucción 14/2001, en su punto 1.1.a).

²⁰ En el mismo sentido la Circular 24/96, de 16 de diciembre, sobre comunicaciones dispone que a los internos extranjeros se les proporcionará la dirección y el número de teléfono de su representación diplomática en España con el fin de comunicar el ingreso de manera inmediata a la familia y al abogado. Esta información será facilitada por los profesionales que, en cada establecimiento, establezca el Director del centro, determinándose igualmente la forma en la que dicho funcionario deje constancia de la prestación de la información al interno extranjero, según dispone la Instrucción 14/2001, punto 1.1.a). La importancia de este derecho queda reflejada en la Recomendación R (84) 12 del Consejo de Europa relativa a los reclusos extranjeros donde se señala que éstos deben ser informados sin demora de su derecho a establecer contacto con las autoridades consulares de su país, de las posibilidades de ayuda que podrían conceder dichas autoridades y de todas las medidas que vayan a tomar las autoridades competentes respecto a ellos. Si un interno solicita la asistencia de la autoridad diplomática o consular, ésta debe ser informada lo antes posible (punto 14).

²¹ Así lo demuestra que en la Recomendación del Consejo de Europa R (84) 12 relativa a los reclusos extranjeros, se incluya el derecho a la información dentro del epígrafe referido a las medidas tendentes a reducir los obstáculos lingüísticos. En concreto, se establece que: “8. Los reclusos extranjeros deberían ser informados lo antes posible después de su admisión en un establecimiento penitenciario, en una lengua que entiendan, sobre los principales aspectos del régimen de la institución, sobre las facilidades que tienen en materia de formación y de estudios y, en su caso, sobre la posibilidad de solicitar la asistencia de un intérprete. Dichas informaciones deberían facilitársele por escrito o, de no ser posible, oralmente. 9. Un recluso extranjero que no domine la lengua del país en el cual es encarcelado debería ser informado, mediante traducción o interpretación, de su condena, de las eventuales vías de recursos que existan y de toda decisión judicial que se adopte mientras se halle recluso”. Indefensión producida por el desconocimiento del idioma que, durante la tramitación de un procedimiento disciplinario contra el interno, trata de ser subsanada por el Reglamento penitenciario a través de su artículo 242 j) que posibilita la asistencia al interno extranjero de un funcionario u otro interno que le sirvan a modo de intérprete.

referida información traducida a los idiomas correspondientes a las nacionalidades con mayor presencia dentro de los centros²². En el caso de que el interno no entienda ninguna de las lenguas en las cuales se encuentra traducido el folleto, se realizará una traducción de la información en él contenida bien por parte de los funcionarios o bien por algún otro interno que conozca la lengua del interesado²³.

La importancia que la transmisión de esta información tiene para la Administración penitenciaria –llegándose incluso a establecer la posibilidad de acudir a los servicios consulares del Estado al que el interno pertenece en el caso de imposibilidad de traducción del contenido del folleto– choca con la realidad, que demuestra el grado de desconocimiento de multitud de internos extranjeros respecto a las cuestiones que pueden afectar al cumplimiento de su pena privativa de libertad. Esta falta de información, junto con los problemas de idioma que muchos internos de origen extranjero presentan, es denunciada en diversas instancias²⁴. Ese desconocimiento del

²² Un ejemplo de la información básica para internos extranjeros a su ingreso en un centro penitenciario español es la establecida por el Anexo II de la Instrucción 14/2001 relativa a las normas generales sobre internos extranjeros: “1. Ha ingresado usted en un Establecimiento Penitenciario dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior. 2. A su ingreso, se le facilitará el teléfono y dirección de su representación diplomática, a fin de que si usted lo desea, pueda ponerse en comunicación con su Embajada o Consulado. Asimismo, puede solicitar la visita de los representantes diplomáticos y consulares de su país, ministros de su religión y de miembros de organizaciones no gubernamentales que se ocupan de los problemas de los extranjeros como Cruz Roja, Cáritas Diocesana, etc; 3. Si usted está encartado en un procedimiento penal por delito castigado con penas de prisión de hasta seis años, ha de saber que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 89.1 del Código Penal, puede solicitar al Tribunal competente, cuando sea condenado, que le sea sustituida la pena impuesta, si es inferior a seis años, por la expulsión del país. Si la condena fuese igual o superior a seis años, puede solicitar igualmente al Tribunal que le haya juzgado la expulsión del país, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena impuesta, según queda establecido en el citado artículo 89.1 del Código penal. 4. Tras haber sido condenado, al amparo del Convenio de Estrasburgo de 1983 así como de otros Convenios Bilaterales firmados entre España y otros países, puede solicitar el cumplimiento de la pena en su país de origen, si éste tiene suscrito alguno de estos Convenios. Solicite información a los Funcionarios del Centro. 5. También puede solicitar el cumplimiento del resto de la pena en su país de origen, una vez extinguida las tres cuartas partes de su condena y siempre que reúna los demás requisitos establecidos en el artículo 90 del Código penal. 6. Recuerde que para acceder a estos derechos deberá tener su documentación en regla (Pasaporte de su país de origen y NIE expedido por la Policía española). 7. En todos los centros Penitenciarios españoles hay material audiovisual para aprendizaje del idioma castellano. Solicítelo a los profesores del Centro, si desea utilizarlo. 8. No dude en dirigirse al Jurista del Centro, si desea información sobre su situación y derechos”. Este Anexo viene traducido a los seis idiomas antes referidos, no habiendo previsto, como ya señalamos, la necesidad de una traducción al árabe.

²³ En cualquier caso, tanto en el departamento de ingresos como en la biblioteca del establecimiento deben existir ejemplares de la LOGP, del RP, y de las normas del régimen interior del centro. Además, el punto 5 del mencionado art. 52 del RP señala que la Administración tratará de proporcionar a los internos extranjeros el texto de la LOGP y de su RP en su lengua propia. Para ello, deberá recabar la colaboración de las autoridades diplomáticas correspondientes.

²⁴ El informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco: *Situación de las cárceles en el País Vasco*, Vitoria-Gasteiz, 1996, recogía ya los problemas planteados por las asociaciones que trabajan prioritariamente con los internos de origen extranjero –como Bilbo Etxezabal, Cáritas (PAEX-Programa

idioma que, como acertadamente pone de manifiesto SÁNCHEZ YLLERA, produce una seria disminución de la efectividad de las garantías procesales del extranjero ya en el mismo momento del proceso penal –debidas a la dificultad de comunicar con el abogado y con el Juez o Tribunal juzgador– sigue al interno a lo largo de toda la ejecución de la condena²⁵.

Junto a ello, el derecho a la información se extiende también al conocimiento de la situación actual procesal y penitenciaria en la que se encuentra, tal y como establece el art. 4.2 k) del RP.

B) Destino a los centros penitenciarios: criterios de separación.

Si atendemos a los criterios que recoge la LOGP, concretamente en su artículo 16, para establecer la separación de los internos dentro de un establecimiento, observamos que en ningún momento se alude a la nacionalidad de los internos, debiéndose realizar atendiendo al sexo, la emotividad, la edad, los antecedentes, el estado físico y mental y, además, en cuanto a los penados, las exigencias del tratamiento. Por lo tanto, y en aplicación del principio de no discriminación recogido en el artículo 3 de la LOGP, la separación de los internos extranjeros debe ajustarse a las normas generales recogidas en la Ley, esto es, hombres de mujeres –salvo que se les incluya en un departamento mixto–, detenidos y presos de condenados, primarios de reincidentes, jóvenes de los adultos; los que presenten enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas del resto y los detenidos y presos por delitos dolosos de los que lo estén por delitos imprudentes.

de Apoyo a Extranjeros), Gizabidea, Pastoral Penitenciaria y SOS-racismo– que, entre otros, consisten en la «insuficiente información sobre sus derechos, sus posibilidades de solicitar permisos o visitas, o de recurrir sanciones, sobre sus abogados de oficio...» y los «problemas derivados del desconocimiento del castellano y de que no se tenga en cuenta la realidad lingüística de muchas de estas personas (para la participación en actividades, para la comprensión de materiales escritos...)”, pág. 129. También denunció esta situación la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS a través de la realización de una serie de preguntas a los internos extranjeros –con las cautelas derivadas de una muestra de internos de tan sólo 550 personas y de los problemas de entendimiento que se plantearon en la formulación de las preguntas de la encuesta por desconocimiento del idioma español– donde los resultados de la pregunta sobre si habían sido informados sobre la posibilidad de sustitución de la pena de prisión inferior a seis años por la expulsión sólo contestaron positivamente un 29% –frente a un 63% que negó el haber recibido la información y un 3% que no sabían o no contestaban. El porcentaje era ligeramente superior respecto a la pregunta de si habían sido informados sobre la posibilidad de cumplir la pena en su país de origen. Frente a un 37% de respuestas positivas, un 61% contestó negativamente y un 2% no sabía o no contestó. El *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, Fundamentos, Madrid, 1999, pág. 72.

²⁵ Señala este autor las quejas de los internos extranjeros ante el desconocimiento de quién es su abogado, incluso de si lo tienen o no designado, relativas al momento procesal en el que se encuentran o a cuándo serán juzgados o por la falta de consulta sobre la decisión de recurrir la sentencia una vez recaída ésta. Ob. cit., pág. 65.

Pero la práctica penitenciaria es bien distinta. En primer lugar, lo es respecto a la opción de establecer una política de concentración de la mayor parte de los internos de nacionalidad extranjera en unos pocos establecimientos penitenciarios. Y, en segundo lugar, en tanto que en algunos centros se tiende a mantener separados a los internos extranjeros de los nacionales. Es ésta una opción de política penitenciaria amparada por la cobertura genérica de la legislación penitenciaria pero no prevista explícitamente en ella.

Respecto a la primera cuestión, los establecimientos que albergan un mayor número de reclusos extranjeros son Madrid V-Soto del Real, Topas (Salamanca), La Moraleja (Palencia), Madrid III-Valdemoro y Alama (Pontevedra)²⁶. En algunos casos, como en Topas y en La Moraleja, Instituciones Penitenciarias ha decidido dedicar estos centros a albergar internos de origen extranjero. En otros, como los de Madrid o Almería, existe una mayor población reclusa extranjera al estar estos centros cercanos al lugar de detención²⁷.

Y ya dentro de algunos centros penitenciarios se tiene en cuenta la nacionalidad como criterio para realizar la separación de los internos²⁸.

Esta política penitenciaria en principio no tendría por qué ser incorrecta en tanto su finalidad fuese la de dar solución a las posibles dificultades que, con carácter general, pueda presentar este colectivo. Uno de esos problemas es el aislamiento en el que se encuentran muchos de estos reclusos, potenciado por el desconocimiento del idioma²⁹. En esta línea, la Recomendación R (84) 12 del Consejo de Europa relativa a los reclusos extranjeros destaca como una de las medidas tendentes a reducir el aislamiento y a

²⁶ En datos de agosto del 2004, Madrid V-Soto del Real contaba con 982 internos extranjeros, Topas (Salamanca) con 827, La Moraleja (Palencia) con 1085, Madrid III-Valdemoro con 658 (sólo hombres) y Alama (Pontevedra) con 610. Vid. a este respecto, NAREDO/TORRES/SEGOVIA BERNABÉ: *Cuadernos de formación penitenciaria*. Cuaderno nº 6 «Situaciones especiales. Mujeres drogodependientes, extranjeros/as, enfermos mentales», pág. 23. También SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ quien señalaba respecto a los datos de 2000/2001 que si bien los internos extranjeros se hallan repartidos por los 69 centros penitenciarios dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en 27 de ellos los extranjeros suponen más de un 20% del total de los reclusos, ascendiendo a más de un 50% en los establecimientos de Topas (Salamanca), Ávila, Dueñas (Palencia), Madrid III (Valdemoro), Madrid V (Soto del Real) y Melilla; en «Población reclusa extranjera», *Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal III*. 2001, pág. 61.

²⁷ *Ibidem.*, pág. 24.

²⁸ A modo de ejemplo, el centro penitenciario de Topas (Salamanca), que cuenta con 14 módulos, ha dedicado dos de ellos, el 9º y el 10º a los extranjeros.

²⁹ Desconocimiento del idioma que, como pone de manifiesto SEGOVIA BERNABÉ, junto con los problemas de comunicación con los funcionarios, facilita la aparición de grupos compactos dentro de los establecimientos en los que los internos extranjeros tienden a resguardarse; «Consecuencias de la prisionización». *Cuadernos de Derecho Penitenciario* nº 8, 2001, pág. 16.

facilitar la rehabilitación social el proporcionarle al interno extranjero la posibilidad de comunicarse con otras personas de la misma nacionalidad, lengua, religión o cultura, autorizándoles, por ejemplo, a trabajar, a pasar sus momentos de ocio o a hacer ejercicio juntos³⁰. El matiz está en si en la decisión del destino a un determinado centro penitenciario se cuenta con la voluntad del interno extranjero o es más bien una decisión englobada en una política penitenciaria impuesta desde Instituciones Penitenciarias con carácter y efectos generales.

Esta práctica posibilitaría además la intervención de la Administración penitenciaria en algunas carencias que presentan los internos a través de una atención personal y material más específica. Así por ejemplo en materia de educación, a través de la dotación de un mayor número de profesorado especializado que incidiese en los problemas de aprendizaje del idioma que presentan muchos de estos reclusos, garantizando que las previsiones legales que califican como prioritaria la formación básica impartida a los extranjeros (art.123 del RP) pudieran convertirse en una realidad, lo que, en la actualidad, queda todavía muy lejos. Junto a ello, se facilitaría en esos centros la elaboración de programas específicos que tratasen de compensar las carencias educativas, laborales y personales que afectan a este colectivo. También sería una oportunidad para dotar a estos centros del material audiovisual necesario para el aprendizaje del idioma así como de completar la biblioteca del establecimiento con libros y revistas suficientes en las lenguas de los países con mayores internos extranjeros en España. Igualmente se debería utilizar por parte de Instituciones Penitenciarias este tipo de política para fomentar y reforzar la labor de las ONG's dedicadas a la atención de los internos extranjeros lo que simplificaría el camino de la obtención, por éstos, de permisos de salida e incluso de terceros grados así como para la dotación de talleres productivos en los que estos reclusos pudiesen trabajar³¹. Por

³⁰ También en este sentido se pronunciaron los Jueces de Vigilancia Penitenciaria que, en su VIII reunión, se refirieron a los criterios que debían tenerse en cuenta al destinar a los internos extranjeros a un establecimiento. En concreto, y respecto a los preventivos, señalaron que deberían ser destinados al centro más adecuado con su situación procesal. Y en cuanto a los penados, deberán ir “al establecimiento más adecuado para facilitar, en su caso, su arraigo en España o, al menos, para impedir la separación de otros internos de su misma nacionalidad, cuando así lo deseen voluntariamente”. Vid. los Criterios refundidos de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, aprobados en la VIII Reunión (Madrid, noviembre de 1994), punto II, N); recogidos en ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA/ RODRÍGUEZ RAMÍREZ: *Reglamento penitenciario comentado. Análisis sistemático y recopilación de legislación*. MAD, Sevilla, 1999, pág. 607.

³¹ No olvidemos que la Recomendación R (84) 12 del Consejo de Europa puntos 20 y 24 sobre los reclusos extranjeros señala que deben facilitarse los contactos de los extranjeros con los organismos

último ello facilitaría el respeto por parte de la Administración penitenciaria a la religión y las costumbres de un buen número de internos extranjeros³².

Pero lo que a priori se presenta como una política penitenciaria ventajosa para el tratamiento de las especificidades que plantea un determinado colectivo puede correr el peligro de tornarse en una –voluntaria o involuntaria– oculta forma de segregación que dificulte aún más las ya dudosas posibilidades de arraigo de este tipo de internos. Y es que toda política penitenciaria consistente en la concentración de la mayor parte de los internos extranjeros en unos pocos centros penitenciarios y, dentro de éstos, la separación de aquéllos del resto de internos sólo puede legitimarse si su finalidad es la de mejorar el tratamiento de estos sujetos, o bien por razones de seguridad y buen orden del establecimiento³³. De otra manera, las consecuencias de una política tal de concentración son grandemente desventajosas para estos internos³⁴. Y es que sin

sociales, promoviendo y desarrollando la organización de la asistencia prestada por personal voluntario de ayuda a los extranjeros.

³² En sentido parecido, BERMEJO DE TERREROS se considera partidario de reunir a los recién ingresados con otros internos de su misma nacionalidad, forma y cultura, lo que facilitaría la relación con otras personas de su misma lengua, la mejor adaptación al régimen del establecimiento, la organización de la dieta que se establece por razones religiosas, todo ello, según este autor, por las “especiales costumbres que por razón de su cultura o religión” tiene grupos más o menos numerosos de internos; «El extranjero privado de libertad: paradojas del sistema» (las comillas son nuestras). *I Congreso Europeo de Derecho Penitenciario. X Jornadas Penitenciarias de Andalucía*, Tomo II, Jaén, 2002, pág. 269. No obstante, si la separación se realiza únicamente atendiendo a criterios religiosos, y con vistas a facilitar ciertas obligaciones de la Administración penitenciaria en cuanto a la asistencia religiosa, se corre el riesgo de convertir estos módulos en ghettos donde desaparezca la necesaria y enriquecedora pluralidad existente fuera del establecimiento, dificultándose con ello la integración y la salida de la marginación y de la exclusión social que sufren muchos de estos internos. Por su parte, RÍOS MARTÍN afirma que la concentración y destino de los internos extranjeros a un centro penitenciario sólo puede justificarse por la conveniencia del internamiento junto a personas con la misma nacionalidad, lengua, religión y cultura para facilitar con ello el tratamiento del sujeto, no debiendo en ningún caso primar la comodidad administrativa frente a las razones de humanidad y resocialización. En este sentido, no es aceptable la concentración discriminatoria de los internos extranjeros en prisiones si ésta puede constituir una “situación de guetto”. En *Manual de Ejecución Penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Colex, 2ª edición Madrid, 2001, pág. 351.

³³ Hay que tener en consideración en este sentido que el art. 76 del RP, en su punto 2, señala que la separación interior de la población reclusa, conforme a los criterios recogidos en el art. 16 de la Ley –y que como ya vimos no hacían referencia alguna al criterio de la nacionalidad– se deberá ajustar a las necesidades o exigencias del tratamiento, a los programas de intervención y a las condiciones generales del centro.

³⁴ Como igualmente sostiene MAPELLI CAFFARENA cuando denuncia la desatención que determinados colectivos, como el de extranjeros, mujeres, jóvenes, ancianos o enfermos tiene por parte de la Administración penitenciaria: «A lo sumo se implementan separaciones del resto de la población sin que quede muy claro si se hacen para favorecerles o para reforzar aún más el castigo. Dividir el espacio y la comunicación artificialmente entre las personas que sufren la privación de libertad, será conveniente por razones de orden y seguridad, pero, desde luego, no mejora las condiciones de quienes son segregados, mientras que la separación no deje de ser un fin en sí mismo y se convierta en un instrumento al servicio de los esfuerzos por reducir el efecto desocializador de la prisión»; «Perspectivas actuales de la

posibilidades de contacto con otros reclusos de origen nacional y sin la intervención necesaria de la Administración penitenciaria sobre sus carencias específicas, se consolida la situación de desarraigo, de problemas con el idioma y de exclusión de un colectivo cuyo paso por la prisión constituirá meramente un *impass* de espera a la realización del juicio que tengan pendiente o, en el caso de los condenados, a que se tramite su expulsión tras el cumplimiento de la condena (si no se le ha aplicado ya como sustitutivo de la pena) o bien se le apliquen los Convenios internacionales existentes en materia de cumplimiento de penas en los países de origen. Sin intervención y mientras tanto, la estancia en prisión tendrá una mayor dureza que para el resto de los internos³⁵.

De todas maneras, es necesario señalar que esta política penitenciaria de concentración se encuentra en los últimos meses puesta en tela de juicio al confirmarse que alguna de estas prisiones –básicamente, de Topas– ha sido el caldo de cultivo en el cual han surgido las conexiones para formar células terroristas islámicas que planeaban la comisión de nuevos atentados tras el cometido el 11 de marzo de 2004 en Madrid. Esta circunstancia ha conducido a trasladar también a este ámbito la práctica de dispersión que ya operaba fundamentalmente para los internos terroristas pertenecientes a la banda armada ETA.

Por último, no debemos olvidar tampoco la tendencia a construir grandes macrocárceles –los denominados por el RP “centros polivalentes” para superar la utópica previsión legal de los 350 internos por unidad del art.12.2 de la Ley–, los cuales, como pone de manifiesto MAPELLI CAFFARENA, son los menos indicados no ya sólo para la mayoría de los reclusos sino, en concreto, para los internos extranjeros dado que en estos grandes establecimientos escasean los recursos para las minorías, se despersonalizan las relaciones y se favorecen las mafias carcelarias³⁶. A ello se añade la tendencia a la construcción de estos establecimientos en el ámbito rural, fuera de las

pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera», ob. cit., págs. 31 y 32. También BEJERANO GUERRA quien afirma que, en función de un criterio de reparto que no se puede compartir, se destina a los reclusos extranjeros a los establecimientos situados en las zonas más despobladas donde existe un escaso número de organizaciones que pueden apoyarlos en su proceso de reinserción; Vid. «Extranjeros en prisión»; *Cuadernos de Derecho Penitenciario* nº 8, 2001, pág. 37, nota a pie 15.

³⁵ En cualquier caso, y como iremos analizando en los diferentes epígrafes de este trabajo, la realidad demuestra como esta situación de concentración de la población reclusa extranjera no se utiliza para subvenir sus necesidades sino que, más bien al contrario, se trata de un colectivo con importantes carencias económicas, laborales, afectivas, idiomáticas, educativas,...

³⁶ «Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera», ob. cit., pág. 32.

ciudades, lo que incrementa aún más el desarraigo de los internos que cumplen en ellos su pena de prisión puesto que aumentan considerablemente las trabas para recibir comunicaciones y permisos, implican mayores dificultades para acceder a los servicios generales, y suponen la priorización de las medidas de seguridad sobre las necesidades tratamentales.

En cualquier caso, otro aspecto que no debería desconocerse en la decisión sobre el ingreso en uno u otro establecimiento es la cercanía con el país de origen; esto es, y en la medida de las posibilidades, destinar a los centros de Ceuta y Melilla a los internos de origen magrebí o los establecimientos ubicados cerca de las fronteras con Portugal y Francia a los internos de origen europeo³⁷. Ello facilitaría el otorgamiento de permisos de salida y la recepción de comunicaciones y visitas de familiares y allegados del interno.

C) Religión.

Otro aspecto que afecta a una gran parte de los internos extranjeros es el relativo a la asistencia religiosa ya que un número elevado de reclusos practica la religión musulmana, lo que a efectos regimentales deberá ser respetado por la Administración penitenciaria.

La capital importancia que la garantía del respeto a las creencias y diferencias culturales desempeña en el tratamiento de los reclusos extranjeros queda subrayada por su previsión expresa en la Recomendación nº R (84) 12 del Consejo de Europa, de 21 de junio de 1984. En concreto, en el punto II, relativo al tratamiento en el establecimiento penitenciario, se señala que “Deberían respetarse las prácticas y los preceptos religiosos de los reclusos extranjeros. Dentro de los límites posibles, habría que permitir a los reclusos extranjeros ajustarse a ellos” (punto 11)³⁸.

El artículo 54 de la LOGP, recogiendo el mandato establecido en el artículo 16 de la Carta Magna³⁹ donde se configura el derecho a la libertad religiosa y de culto, lo

³⁷ Como así propone BERMEJO DE TERREROS: «El extranjero privado de libertad: paradojas del sistema», ob. cit., pág. 271.

³⁸ Añadiendo su punto 12 que “Asimismo, habría que prestar atención a los problemas que puedan surgir como consecuencia de las diferencias de cultura”.

³⁹ Concretamente, el artículo 16.1 de la CE establece: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley”.

traslada al ámbito penitenciario obligando a la Administración penitenciaria no sólo a garantizar aquélla sino a facilitar a los internos los medios para su ejercicio⁴⁰.

Es el artículo 230 del RP el encargado de establecer las diferentes dimensiones de la libertad religiosa dentro de los establecimientos penitenciarios⁴¹. Varios son los aspectos que debemos reseñar:

- a) Se garantiza, en primer lugar, el derecho de los internos a dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia. En todo caso, dicha asistencia deberá realizarse con el respeto a los derechos del resto de personas.
- b) Se recoge en cambio, y con las matizaciones que veremos a continuación, como posibilidad –y ya no como derecho– la habilitación de un espacio en el establecimiento penitenciario donde practicar los ritos religiosos.
- c) En tercer lugar, la Administración penitenciaria facilitará que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de sus confesiones. Las limitaciones vendrán determinadas por las disponibilidades presupuestarias, la seguridad, la vida del establecimiento y el respeto a los derechos fundamentales del resto de reclusos.
- d) Completa el contenido de la asistencia religiosa la previsión realizada por la LOGP, en su artículo 51.3, referida al derecho a comunicar con los Sacerdotes o Ministros de la religión correspondiente, cuya presencia haya sido reclamada previamente.

⁴⁰ En esta línea, el artículo 9 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, La Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los internados en, entre otros lugares –como establecimientos hospitalarios, asistenciales y otros análogos del sector público–, los centros penitenciarios. Respecto a la religión católica, vid. el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979, los artículos 1 y 2 de la L.O. 7/1980 de 5 de julio de Libertad Religiosa y, especialmente, la Orden de 24 de noviembre de 1993 del Ministerio de Justicia relativa al Acuerdo sobre la asistencia religiosa católica en los establecimientos penitenciarios. Sobre el contenido de estos Acuerdos, más detenidamente MANTECÓN SANCHO: «La asistencia religiosa en el sistema penitenciario español». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 12, 1996, págs. 247 y ss.

⁴¹ El procedimiento al que deben ajustarse las religiones para poder otorgar atención espiritual a los internos queda establecido en la Instrucción 4/97, de 17 de marzo, sobre asistencia religiosa. Se exige que la Confesión Religiosa esté legalmente inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia. El responsable de la Confesión Religiosa deberá proponer los ministros que ofrezcan la asistencia religiosa dentro del establecimiento, debiendo acreditar éstos su pertenencia a dicha confesión. Una vez verificado que los ministros cumplen las garantías de seguridad exigidas, se procurará que las actividades de culto se desarrollen en un lugar adecuado dentro del establecimiento. En cualquier caso, los actos de culto deberán ser programados con suficiente antelación, informándose sobre ello a la Dirección del Centro.

Por último, el artículo 230 en su punto 4 concluye con una importante matización: la remisión respecto al ejercicio de la asistencia religiosa de los internos a lo establecido en los acuerdos que haya firmado el Estado español con las diferentes confesiones religiosas. Y es que si bien con carácter general, tal y como hemos visto, se garantiza por igual el derecho a la asistencia religiosa con independencia de la religión de que se trate –tal y como debería deducirse de la configuración del Estado español como Estado aconfesional–, es con arreglo a este último aspecto, al contenido de los Acuerdos realizados con las diferentes religiones, donde podemos encontrar notables y sorprendentes diferencias de tratamiento entre unas y otras confesiones.

En este ámbito, la religión católica sigue desempeñando un papel preeminente en cuanto a labores espirituales y asistenciales, respaldado además por el Estado a través del ya mencionado Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los Establecimientos penitenciarios (Orden de 24 de noviembre de 1993), lo que se traduce en un importante apoyo tanto a nivel personal o subjetivo como material. Dicha orden, tras garantizar en su artículo primero el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de las personas internadas en un establecimiento penitenciario⁴² –señalándose que ésta será realizada por sacerdotes, nombrados por el Ordinario del lugar y autorizados formalmente por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias⁴³–, asume que corresponderá a esta última la cobertura económica de dichas prestaciones, tanto en lo relativo al personal como en lo referente a los gastos materiales (art. 5). Se dispone asimismo que los establecimientos penitenciarios deben contar con una capilla para la oración y además, si es posible, con un local apto para la celebración de los actos de culto y con un despacho destinado al resto de las actividades propias de la asistencia religiosa. El mantenimiento de estos locales, las reparaciones y los elementos materiales del culto correrán a cargo de la Administración penitenciaria (art. 7).

⁴² Asistencia que, en cuanto a la religión católica, se concreta en el artículo 2 en la celebración de la Santa Misa los domingos y festividades religiosas –y potestativamente otros días–; visita a los internos y recepción en el despacho por parte del Sacerdote de los internos que lo deseen; instrucción, formación y asesoramiento moral y religioso; celebración de los actos de culto y administración de los sacramentos; realización de otras actividades directamente relacionadas con el desarrollo religioso del interno y colaboración en la humanización de la vida penitenciaria.

⁴³ Si bien es un cuerpo llamado a la extinción y con menor protagonismo que en otras épocas, la Disposición Adicional 1ª señala que se respetarán las situaciones y derechos adquiridos de los sacerdotes actualmente pertenecientes al Cuerpo de Capellanes de Instituciones Penitenciarias –siguen vigentes los artículos 292 y 293 del antiguo RP de 1981, que regulan sus funciones. Salvo esta excepción, el nombramiento de los Sacerdotes encargados de la asistencia religiosa en los establecimientos se hará conforme a lo establecido en el artículo 3.

No ocurre así con el resto de religiones inscritas, las cuales, al faltar una previsión similar a la católica –a excepción de la previsión genérica a la que ya nos hemos referido sobre el ejercicio de las religiones evangélica, israelí y musulmana⁴⁴–, tienen que afrontar los gastos personales y materiales que conlleva el ejercicio de la asistencia de tales religiones. Tampoco existe una previsión específica que obligue a los establecimientos penitenciarios a ceder un local destinado a los actos de culto diferentes al católico, ni mucho menos un despacho para los ministros de estas religiones⁴⁵; ni tan siquiera en aquellos centros donde haya un gran número de sujetos pertenecientes a una religión distinta a la católica, como puede ser la musulmana.

Por otro lado, y ante los últimos acontecimientos, hay que señalar que no debe caerse en el error de identificar automáticamente práctica de la religión musulmana y pertenencia a un grupo terrorista islámico –y utilizar tal argumentación para restringir el ejercicio de aquella–. Ahora bien, al igual que la Administración penitenciaria se encuentra obligada a respetar y garantizar la práctica de la religión musulmana en el centro penitenciario a quien libremente lo desee, también lo está a proteger a quienes no lo quieran⁴⁶.

Otros dos aspectos que pueden estar relacionados con el respeto a la religión y a las diferencias culturales son los referidos a la alimentación y a la indumentaria.

Respecto a la alimentación, el artículo 21.2 de la Ley señala que la Administración penitenciaria deberá tener en consideración, dentro de lo posible, las convicciones filosóficas y religiosas de los internos⁴⁷. Estas previsiones se hacen particularmente importantes en religiones como la musulmana, donde la Administración penitenciaria

⁴⁴ Artículo 9 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre.

⁴⁵ Es ésta una de las quejas comunes que suelen plantear los internos. Vid. por ejemplo, el informe sobre la *Situación de las cárceles en el País Vasco*, de marzo de 1996 donde se denunciaba la falta de locales para la celebración de los cultos religiosos de los internos extranjeros. Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1996, pág. 130.

⁴⁶ Con especial cuidado si se confirman las denuncias de algún sindicato de prisiones (Acaip) sobre la existencia de coacciones por parte de sujetos más extremistas al resto de compañeros de la misma religión para su ejercicio en un sentido más estricto –recientemente, así se ha denunciado que ha ocurrido en el establecimiento de Topas–.

⁴⁷ Este artículo establece: «2. La Administración proporcionará a los internos una alimentación controlada por el Médico, convenientemente preparada y que responda en cantidad y calidad a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas». También art. 226 del RP.

debería tener en cuenta cuestiones como el respeto del mandato de no comer cerdo o la acomodación de los horarios al cumplimiento del mes de Ramadán⁴⁸.

Habría que considerar, en cualquier caso, que la precaria situación económica en la que buena parte de los internos extranjeros se encuentra va a imposibilitar que puedan acceder a los bienes ofertados en el economato, lo que les hace depender, en exclusiva, de la alimentación ofrecida por la Administración penitenciaria⁴⁹.

Con relación a la indumentaria, la Ley garantiza el derecho del interno a vestir sus propias prendas. Las únicas exigencias contempladas será su corrección, que se adapten a las condiciones climatológicas y que estén desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad del interno (art. 20.1).

D) Asistencia sanitaria.

La legislación penitenciaria no establece ningún tipo de distinción en la garantía de la asistencia sanitaria a los reclusos. Por el contrario, el artículo 208 del Reglamento afirma que “a todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población”. De igual modo se garantiza la prestación farmacéutica y las prestaciones complementarias derivadas de esa atención⁵⁰. Por lo tanto, no existe ninguna diferencia entre la asistencia sanitaria que se debe otorgar a un extranjero con residencia legal en España que a uno que se encuentra en situación de irregularidad.

⁴⁸ Sobre este aspecto el Defensor del Pueblo informa del cumplimiento por parte de Instituciones Penitenciarias de este artículo: «Por la información de que se dispone y la ausencia de quejas en esta materia, en los centros penitenciarios se realizan las adaptaciones necesarias para garantizar que la alimentación se ajuste a las convicciones religiosas o personales; asimismo, debe destacarse que la organización regimental de los centros se adapta a las pautas que marca la religión musulmana, en relación con el horario en que pueden consumirse alimentos en determinada época del año». DEFENSOR DEL PUEBLO: *Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos, 1988-1996*, Madrid, 1997, pág. 104.

⁴⁹ Así lo establecen diferentes informes, como el realizado por la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS donde se afirma que en tanto que realizan menos trabajos productivos que los internos nacionales, no suelen tener familia en España y provienen de países con graves problemas económicos, muchos de ellos no pueden “ni tomarse un café”; *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, ob. cit., pág. 436. Concretamente, y respecto a los internos extranjeros del establecimiento de Topas (Salamanca) –cuya población extranjera roza la mitad de los internos– se afirma que «Los presos extranjeros raramente reciben dinero de sus familiares, pues por lo general la situación de penuria económica es lo que les ha llevado a viajar a nuestro país. Al no disponer de dinero no pueden comprar productos alimenticios en el economato que complementen la dieta alimenticia que reciben en la prisión, tampoco pueden comprar productos de limpieza e higiene cuando se les acaba el lote higiénico que la prisión les da una vez al mes. Otros productos tan usuales como el tabaco o el café resultan inalcanzables para ellos», *ibidem.*, pág. 370.

⁵⁰ Como es el caso de la financiación de gafas y prótesis –de boca y de extremidades– en el caso de que el interno carezca de recursos económicos para ello.

La L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en su redacción por L.O. 8/2000, posibilita únicamente a todos los extranjeros, sin distinción de su situación de regularidad o irregularidad, la asistencia sanitaria pública de urgencia ocasionada por la contracción de enfermedades graves o por accidentes, así como la continuidad de dicha atención hasta que se le conceda el alta médica (art. 12). El resto de prestaciones, para aplicarse en régimen de igualdad que a los ciudadanos españoles, requiere que el extranjero se encuentre inscrito en el padrón del municipio en el que resida habitualmente⁵¹.

Nos encontramos, por tanto, con una disposición reglamentaria que otorga la asistencia sanitaria en términos de igualdad a todos los sujetos internos en un establecimiento penitenciario –y con ello también a los extranjeros irregulares– mientras que una Ley Orgánica posterior matiza y restringe el contenido de tal asistencia. Esta situación contradictoria sólo puede ser solucionada acudiendo a la relación de especial sujeción que rige el vínculo entre la Administración penitenciaria y el recluso, en el sentido en que aquélla, en su obligación de garantizar la vida y salud de los internos, tal y como establece el artículo 3 de la LOGP, se encuentra obligada a proporcionar todos los medios posibles para ello.

Este problema no se planteará respecto a la asistencia primaria, que se concederá dentro de los establecimientos penitenciarios, en su enfermería, y con los profesionales

⁵¹ Asistencia que en el caso de menores de dieciocho años y de extranjeras embarazadas en situación de irregularidad se garantiza en las mismas condiciones que a los españoles –respecto a estas últimas, durante el embarazo, parto y postparto. No debemos en cualquier caso pasar por alto la novedad que conlleva la ampliación de la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares que introduce la L.O 4/2000 y que no es modificada en su redacción por la LO 8/2000 y que del artículo 1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad se deduce que los titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria son los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan su residencia en el territorio español, mientras que los extranjeros no residentes en España y los españoles residentes fuera del territorio nacional tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan. Igualmente el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social señala que sólo los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España tienen derecho a beneficiarse de las prestaciones de la Seguridad Social. Esta situación legislativa va a ser reformada completamente por el artículo 12 de la L.O. 4/2000 que equipara el derecho a la asistencia sanitaria de ciudadanos españoles y extranjeros irregulares requiriendo únicamente la situación de empadronamiento y ni esto en los casos de embarazo, urgencia y menores de edad. Y ello es debido a que la asistencia sanitaria es un derecho de la persona, imbricado con el derecho a la vida y a la integridad física que no se puede hacer depender de la regularidad o no del extranjero en España. Vid. CAMBO CABAL (coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Civitas, Madrid, 2001, págs. 111 y 112. Sobre el contenido de la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares, el artículo 14.3 de la L.O. 8/2000 establece que los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, debiéndose entender por tales los servicios sanitarios, educativos y de atención social para personas en situaciones de especial necesidad por su edad u otras circunstancias sociales o personales; tratamiento que en el caso de extranjeros empadronados, se realizará en las mismas condiciones que respecto a los españoles y, respecto a los no empadronados, incluirá también la asistencia en casos de urgencia, minoría de edad y embarazo; *ibidem.*, p. 121.

que la legislación indica que deben conformar el equipo sanitario de atención primaria⁵² (arts. 36 LOGP y 209 RP). Tampoco habrá dificultades en la asistencia especializada que, por su mayor demanda, se realice en el interior de los establecimientos para evitar así la excarcelación de los internos o la que comporte el ingreso o tratamiento del sujeto en un centro hospitalario penitenciario. El problema puede plantearse, en cambio, con la derivación de estos internos –a los que la legislación de extranjería les niega el derecho a este tipo de asistencia si no es de urgencia–, al Sistema Nacional de Salud, que es la vía preferencial por la que el RP de 1996 opta para las prestaciones que comporta la asistencia sanitaria especializada, consistiendo ésta bien en tratamiento ambulatorio o bien internamiento⁵³.

En cualquier caso, y como hemos señalado anteriormente, dichas prestaciones, pese a no estar previstas en la L.O. 8/2000, corren a cargo de la Administración Penitenciaria por su especial vinculación que le convierte en garante de la vida y salud, en todas sus dimensiones, de los reclusos.

E) Educación.

Uno de los elementos más importantes del tratamiento lo constituye la educación. Y en el caso de los internos extranjeros tiene una mayor valor si cabe puesto que en muchas situaciones los problemas de desconocimiento del idioma y de analfabetismo van a dificultar en gran medida la posibilidad de reinserción de estos sujetos ya sea en nuestro país, ya en el país de origen⁵⁴. Ese desconocimiento del idioma y el analfabetismo impiden el acceso en igualdad de condiciones de estos sujetos al resto de

⁵² Que deberá contar con un médico general, un diplomado en enfermería y un auxiliar de enfermería, además de la visita periódica de un psiquiatra y un médico estomatólogo u odontólogo y, en su caso, de un ginecólogo y un pediatra. La responsabilidad de estos profesionales en la atención sanitaria primaria se concreta en la prestación de la asistencia médica requerida en el nivel de atención primaria o medicina general, en la asunción de las funciones de equipo básico de atención en salud mental y en servir como filtro para otros niveles de asistencia especializada, incluida la vía de urgencia. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA y RODRÍGUEZ RAMÍREZ: ob. cit., pág. 343.

⁵³ Siendo posible, incluso, aunque no es lo habitual, que la asistencia primaria sea también dispensada por medios ajenos a la Administración Penitenciaria por ésta concertados. En este sentido, el RP establece en su Exposición de Motivos la necesidad de la adaptación de la asistencia sanitaria de la Administración penitenciaria a la aparición de nuevas patologías con particular incidencia en la población reclusa (como la drogadicción, el sida,...) así como a la universalización de la prestación sanitaria, adecuándose a la normativa que regula este sector, la Ley General de Sanidad de 1986 –y R.D. 63/1995 de 20 de enero de 1995, de ordenación y prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

⁵⁴ De ahí que el Consejo de Europa, en su recomendación 84, se refiere en su medida quinta a que “los reclusos extranjeros deberían tener las mismas posibilidades de acceso a la educación y a la formación que los reclusos nacionales” y en la sexta: “para que los reclusos extranjeros puedan tener acceso a la enseñanza destinada a mejorar sus cualificaciones generales y profesionales, habría que prever medidas para que tuvieran facilidades especiales a tal fin”.

instrumentos del tratamiento⁵⁵. Pero ello no es solamente un obstáculo a largo plazo en la consecución de esa reinserción, sino que a corto y medio plazo supone un obstáculo insalvable en la vida cotidiana dentro del establecimiento, ya que dificulta al interno su comunicación con el resto de reclusos y con los funcionarios, lo que puede repercutir en distintos ámbitos como en el de su acceso a la defensa, a la realización de quejas y recursos, así como en la participación en los expedientes disciplinarios⁵⁶.

Legalmente no se desoye el importante problema que supone el desconocimiento del idioma por parte de muchos internos extranjeros, sino que, por el contrario, se establece que la Administración penitenciaria procurará facilitar a estos internos los medios adecuados con el fin de que aprendan el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde esté ubicado el centro penitenciario (art. 118 RP).

En igualdad de condiciones, por tanto, los extranjeros podrán acceder a las diferentes enseñanzas a las que se refiere la normativa, tanto a la de carácter obligatorio, como al resto de enseñanzas regladas y no regladas, formación profesional y ocupacional y demás actividades socioculturales y deportivas que se oferten en el Centro penitenciario. Respecto a la enseñanza obligatoria, dispone además el Reglamento en su artículo 123 que la formación básica que se imparta a los analfabetos y a los extranjeros tendrá un carácter prioritario.

Junto a ello se prevé igualmente que en las bibliotecas de los centros, en función del número de internos extranjeros, se disponga de publicaciones editadas en los idiomas extranjeros más usuales.

Queremos llamar de nuevo la atención en el hecho de que, derivado de esa relación de especial sujeción que obliga a la Administración penitenciaria a respetar una serie de derechos así como a dotar de los medios necesarios para su consecución, la normativa penitenciaria parte estrictamente del principio de igualdad entre nacionales y no nacionales y garantiza el acceso de estos últimos, en términos de igualdad, a la educación⁵⁷. Y ello por encima de la regulación establecida en la Ley de Extranjería 4/2000, que, en su redacción por parte de la L.O. 8/2000, niega el derecho a la

⁵⁵ Aproximadamente un 70% los internos no tiene como idioma originario el español. SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ: *Curso de Extranjería II*, impartido en el Instituto de Estudios Superiores, CEU, en abril de 2002, pág. 8.

⁵⁶ BERMEJO DE TERREROS: «El extranjero privado de libertad: paradojas del sistema», ob. cit., pág. 268.

⁵⁷ Expresamente lo recoge el artículo 118.2 del Reglamento cuando afirma que “los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales”.

educación básica y obligatoria a los extranjeros, mayores de edad, que no residan regularmente en nuestro país. Son únicamente los extranjeros residentes los que tendrán derecho tanto a la educación obligatoria como a la no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles, pudiendo además obtener las titulaciones correspondientes y acceder al sistema público de becas y ayudas⁵⁸. Nuevamente, la Ley Penitenciaria concede unos derechos a los internos extranjeros que la propia Ley de Extranjería les deniega.

Pero la realidad vuelve a ser bien diferente a los términos contemplados en la legislación. Muchos de los extranjeros es la primera vez que se encuentran en prisión por lo que desconocen el funcionamiento de la legislación y del centro penitenciario lo que, unido al desconocimiento del idioma, acrecienta enormemente la sensación de indefensión y aislamiento⁵⁹. La falta de medios materiales y personales dentro de los establecimientos vuelve a afectar en mayor grado a los colectivos menos favorecidos, siendo uno de ellos, los extranjeros. No hay suficientes plazas para cubrir la demanda de cursos, particularmente de enseñanza del idioma español, incluso en los centros penitenciarios donde se concentra un mayor número de internos extranjeros y en los cuales esa intervención de la Administración penitenciaria de carácter prioritario en cuanto a la educación debería ser aún mayor⁶⁰.

F) Trabajo.

El trabajo es una de las herramientas fundamentales que facilitan en gran medida la posible reinserción del interno en la sociedad, posibilitándole su futura inserción en el

⁵⁸ Sólo los menores de dieciocho años, aunque estén en condición de irregularidad, tendrán derecho a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. Frente a ello, la L.O. 4/2000, con anterioridad a la reforma, sí otorgaba este derecho a la educación a los mayores de edad aunque sean irregulares.

⁵⁹ Así lo pone de manifiesto la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS en su *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, ob. cit., pág. 436. También el Informe extraordinario del Defensor del Pueblo Vasco al Parlamento Vasco, señalando los problemas derivados del desconocimiento del castellano (en la participación en actividades, en la comprensión de materiales escritos, etc), la carencia de clases de árabe o la ausencia de libros y periódicos en sus idiomas; en *Situación de las cárceles en el País Vasco*, ob. cit., págs. 129 y 130.

⁶⁰ Un ejemplo de ellos es el centro de Topas (Salamanca) donde en 1999, con una población reclusa de 1007, la mitad de ellos extranjeros, contaba con cinco profesores, con lo que se tuvo que realizar una selección de 300 internos que pudiesen acceder a ese “derecho” a la educación, con el descontento consiguiente del resto de internos interesados. En todo caso, y como denuncia la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS “la falta de profesores en relación al número de reclusos extranjeros limita mucho el acceso de éstos a las clases de español, y aquellos que van a las clases tienen muy pocas horas a la semana. En muchos casos, debido a su escaso nivel cultural, no saben leer ni escribir en su propia lengua, lo que dificulta aún más el aprendizaje de un segundo idioma». Ob. cit., págs. 369 y 370.

mercado laboral. De ahí su importancia como elemento esencial del tratamiento penitenciario. La trascendencia es mayor si cabe en el caso de los internos extranjeros, puesto que buena parte de ellos han llegado a España buscando una ocupación laboral inexistente en sus lugares de procedencia, teniendo además que hacer frente a importantes cargas familiares en los países de origen.

Es mediante el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la seguridad social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. Este Real Decreto, que regula la relación laboral de los internos que desarrollen actividades laborales retribuidas de producción por cuenta ajena en los talleres productivos de los centros –siendo el empleador el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias (u organismo autónomo equivalente)–, parte del principio de no discriminación cuando configura, como uno de los derechos laborales básicos de los internos, el no ser discriminados para el empleo o una vez empleados por razones de nacionalidad, sexo, estado civil, edad –dentro de los límites marcados por la legislación laboral penitenciaria– raza, condición social, ideas religiosas o políticas e idioma. Más concretamente, no se establece en ningún momento distinción alguna en el acceso a los puestos de trabajo en talleres productivos entre los extranjeros con residencia legal y los que se encuentran en situación de irregularidad, circunstancia ésta que queda a las puertas del establecimiento penitenciario puesto que se entiende que todos los que se encuentran cumpliendo pena privativa de libertad gozan de la misma situación de estancia “legal” –si bien, en muchos casos, “forzosa”–.

Así, a la hora de la adjudicación de los puestos de trabajo y en función de la previa lista de puestos vacantes de los talleres productivos, la Junta de Tratamiento de cada centro penitenciario deberá atender exclusivamente a los criterios recogidos en el artículo 3: internos en cuyo programa individualizado de tratamiento se contemple la realización de una actividad laboral; internos penados sobre preventivos; aptitud laboral del interno en relación con las características del puesto de trabajo; conducta penitenciaria, tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario; existencia de cargas familiares y, en el caso de sujetos trasladados entre centros penitenciarios, la prioridad a la hora de acceder a puestos vacantes de los sujetos que ya hayan desempeñado un puesto de trabajo en un centro penitenciario por un tiempo superior a un año.

El artículo 1.3 del mencionado Real Decreto excluye de su ámbito de aplicación a los internos en régimen abierto cuyo sistema de contratación ordinaria con empresarios se regulará por la legislación laboral común. Igualmente ocurre en el caso de los liberados condicionales y de los exreclusos.

Dado que el régimen laboral de este grupo de sujetos pasa a ser el común, se nos plantea el problema de que, en buena parte de los supuestos, o bien el sujeto carece de permiso de trabajo que le posibilite la realización de cualquier actividad laboral en el exterior, o bien ha vencido su plazo de duración durante el tiempo que el sujeto ha cumplido su condena en prisión. La Ley de Extranjería y su Reglamento nada dicen al respecto desaprovechando la ocasión de regular el supuesto concreto de los internos extranjeros que necesitan un puesto de trabajo para poder progresar de grado pero que, por su situación de irregularidad, no se ajustan a los permisos de trabajo a los que se refiere la normativa de extranjería. El artículo 36 de la Ley de Extranjería condiciona la realización de una actividad laboral por los extranjeros mayores de dieciséis años a la obtención, además del permiso de residencia o autorización de estancia, de una autorización administrativa para trabajar. Ante el silencio de Ley y Reglamento de Extranjería sobre estos supuestos, es a través del artículo 66 del Reglamento de Extranjería, que autoriza a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones a conceder validez de permiso de trabajo, en condiciones especiales, a aquellos documentos oficiales o privados que reúnan las condiciones que se determinen, la vía utilizada para otorgar validez a efectos de obtención de una autorización de trabajo a las resoluciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias o de la Autoridad judicial que decidan la progresión a un tercer grado del interno extranjero⁶¹. Esta autorización sólo tiene validez en tanto dure la condena del extranjero, ya sea cumplida en un tercer grado de clasificación, ya durante la libertad condicional o cuarto grado. Su validez cesará en el momento en el que termine la condena del interno.

Con esta finalidad, existen las denominadas Autorizaciones de trabajo especiales para extranjeros penados que posibilitan a los penados de segundo y tercer grado –y liberados condicionales– la realización de una actividad laboral fuera del

⁶¹ SÁNCHEZ-ORTIZ: *Curso de Extranjería II*, ob. Cit. pág. 18. Señala este autor que de los 416 internos extranjeros clasificados en tercer grado a finales de noviembre del 2001 eran 113 los que desempeñaban algún tipo de trabajo en el exterior.

establecimiento. Para poder disfrutar de ellas deberán ante todo presentar una oferta de trabajo de un empresario⁶².

Conviven por lo tanto, y ante la posibilidad de realizar un trabajo en el exterior con el que poder progresar a un tercer grado o incluso disfrutar de la libertad condicional en nuestro país, el permiso de trabajo para aquellos extranjeros que dispongan de él y la Autorización de trabajo especial para extranjeros penados para quienes carezcan del mencionado permiso y los que se encuentren en situación de irregularidad.

La base legal que posibilita el trabajo de los internos extranjeros, con independencia de su situación de regularidad en España, existe. Ahora bien, eso no significa que estos sujetos no tengan grandes problemas a la hora de encontrar un puesto de trabajo. Debemos diferenciar igualmente, en este punto, entre el desempeño de una actividad laboral en un taller productivo dentro del establecimiento, esto es, para sujetos clasificados en un segundo grado, del acceso a los puestos de trabajo en el exterior, reservados para internos clasificados en un tercer grado o liberados condicionales que, como acabamos de ver, están sometidos al régimen laboral común.

El primer grupo adolece del gran problema con el que se encuentran la mayoría de los internos dentro del establecimiento: la falta de puestos de trabajo suficientes en los talleres productivos es una constante que también repercute en el colectivo de los internos extranjeros⁶³, si bien, en muchos casos debido a sus circunstancias concretas, acceden en mayor medida que los nacionales. Esto se debe a que, por norma general, se trata de internos que han venido a España a trabajar para ganar dinero, que necesitan el dinero para sostener a la familia que se quedó en los países de origen y que además no suelen presentar otro tipo de problemáticas específicas como por ejemplo la adicción a las drogas.

⁶² La documentación que deberán presentar a la Dirección general de Trabajo y Migraciones, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales será un certificado del Centro penitenciario donde se acrediten los plazos de condena del sujeto, Auto Judicial o Resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias donde se señale el grado de cumplimiento del sujeto (segundo o tercer grado), la oferta de empleo, acreditación de la capacitación del sujeto para desempeñar el puesto de trabajo, en el supuesto de que se trate de un trabajo cualificado, DNI del empresario, CIF y TC1 y TC2 de la empresa y certificación de que la empresa se encuentra al corriente de pagos y, algún documento acreditativo del interno: permiso de residencia si lo tuvo –aunque lo suelen tener retenido–, documento emitido por el Ministerio del Interior o por Instituciones Penitenciarias en su defecto.

⁶³ Así queda denunciado en el Informe del Defensor del Pueblo Vasco: *Situación de las Cárceles en el País Vasco*, ob. cit., pág. 129 o en el *Informe sobre la situación de las prisiones en España* de la Asociación Pro Derechos Humanos, ob. cit., pág. 436.

Pero el problema de la falta de trabajo se agrava en el caso de los internos que quieren desempeñar una actividad laboral fuera del establecimiento. A la falta de interés por parte de los empresarios de contratar presos –pese a los incentivos fiscales existentes–, y más aún si se trata de extranjeros, hay que unir que es el propio interno el que debe encontrarse el puesto de trabajo. Y no debemos olvidar que buena parte de estos penados carecen de permisos de salida en los cuales tratar de establecer este tipo de contactos. Es labor de lo servicios sociales y concretamente de los trabajadores sociales del establecimiento el asesoramiento y ayuda de los internos en este ámbito. Aunque nuevamente en la práctica se hace imprescindible la labor de ONG´s que, a través de bolsas de trabajo, pongan en contacto a empresarios interesados en contratar a estos colectivos y a los internos en espera de un puesto de trabajo para poder acceder a una progresión de grado.

A la falta de trabajo se añaden los problemas de arraigo de buena parte de estos internos, muchos de ellos sometidos a un proceso de expulsión, con lo que la posibilidad de elusión de la condena durante su cumplimiento en un tercer grado o una libertad condicional dificulta en la práctica su acceso real a un puesto de trabajo en el exterior⁶⁴.

G) Comunicaciones.

La legislación penitenciaria española lejos de establecer distinciones entre las comunicaciones a las que tienen derecho los internos españoles y las correspondientes a los extranjeros trata de atender a la específica problemática que este sector de la población reclusa plantea en esta materia.

La referencia a los internos extranjeros realizada por la normativa sobre comunicaciones se concreta en dos aspectos: la organización, en igualdad de condiciones, de las comunicaciones por un lado y las visitas y las comunicaciones con los representantes diplomáticos y consulares, por otro.

El RP garantiza la igualdad en la concesión de las comunicaciones tanto a nacionales como a extranjeros, debiéndose, en todo caso, tener en cuenta a la hora de su

⁶⁴ No olvidemos que para acceder a un tercer grado y por tanto a la libertad condicional –que exige aquella progresión como paso previo– se requiere normalmente un trabajo en el exterior para la obtención de un régimen abierto ordinario.

organización las especiales necesidades de estos últimos⁶⁵. En esta dirección, la Recomendación nº 6 del punto II –referido al Tratamiento en el establecimiento penitenciario– del Consejo de Europa sobre el Tratamiento de los reclusos extranjeros de 21 de junio de 1984 señala que “Las visitas y otros contactos con el mundo exterior deberían organizarse de tal forma que satisfagan las necesidades especiales de los reclusos extranjeros”. Importante también es la previsión recogida en la Instrucción 24/96, de 16 de diciembre, sobre comunicaciones, donde se señala la posibilidad de que el Consejo de Dirección pueda ampliar el número de comunicaciones semanales o la duración de las mismas a los internos cuyos familiares residen fuera de España.

Por otro lado, el Reglamento prevé en su artículo 49.3 la comunicación de los internos extranjeros con sus representantes diplomáticos o consulares o bien con las personas designadas a tal efecto por las Embajadas o Consulados respectivos. Estas comunicaciones se realizarán en un local apropiado, previa autorización del Director y con el respeto a las normas generales en materia de número y requisito de las comunicaciones⁶⁶.

En cuanto a los internos provenientes de países sin representante diplomático o consular y respecto a los refugiados y apátridas el Reglamento determina que estas comunicaciones se realicen bien con el representante del Estado que se haya hecho cargo de sus intereses, bien con la autoridad nacional o internacional cuya misión sea la de protegerlos o con las personas en que ellos deleguen.

Por lo demás, la normativa aplicable respecto a tipos de comunicaciones, realización, intervención o suspensión será la recogida con carácter general en el artículo 51 de la LOGP y los correspondientes del RP⁶⁷.

⁶⁵ En concreto, el artículo 41.7 señala: “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”.

⁶⁶ La importancia de las comunicaciones con las autoridades diplomáticas o consulares es vital puesto que para muchos internos va a ser el único referente de su país de origen con el que establecer comunicación y al que plantearle los problemas provocados por su estancia en prisión. Por ello, la Recomendación del Consejo de Europa en materia de reclusos extranjeros –R (84) 12– esboza cuál debe ser la tarea de estas autoridades diplomáticas o consulares respecto a los internos que han solicitado contacto con ellas y que comprende la visita a éstos de forma regular, prestar ayuda con objeto de facilitar su rehabilitación social, contribuyendo a posibilitar las relaciones familiares a través de visitas y contactos con el interno, proveer de libros y otras lecturas a los internos extranjeros así como editar folletos informativos donde se recoja toda la información que necesita el interno sobre la ayuda que le puede prestar su oficina diplomática o consulado así como las posibilidades de repatriación con acuerdo a las disposiciones internacionales (puntos 15 a 18).

⁶⁷ En concreto, este artículo 51.1 de la LOGP señala: “Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes

En consecuencia, legalmente y puesto que tampoco se hace ninguna distinción en el ejercicio del derecho a las comunicaciones entre internos nacionales y extranjeros, estos últimos tienen acceso en igualdad de condiciones a las comunicaciones orales – incluyendo las íntimas, familiares y las de convivencia–, las escritas y las telefónicas.

Pero la realidad es bien distinta. Es éste uno de los puntos donde la brecha entre la legislación y la realidad es más profunda y lo que ocasiona un tremendo agravamiento de la situación de buena parte de los internos extranjeros en las prisiones españolas. Los problemas que se plantean en la práctica son los siguientes⁶⁸:

El primer problema deviene de la situación personal en la que se encuentran muchos de los internos de origen extranjero. Una amplia mayoría, procedentes de países con una grave situación económica, ha venido a España con la intención de conseguir un trabajo y ayudar con ello a la familia que han dejado en el país de origen, con lo cual cuentan con muy pocas personas –muchos de ellos con ninguna– que vayan a visitarlos a los establecimientos cuando son ingresados por la comisión de algún hecho delictivo. Esta situación de desarraigo y de soledad es denunciada a menudo ya que en muchos casos las visitas son totalmente inexistentes.

Además, en la medida en que la práctica habitual es la denegación de permisos de salida a los internos extranjeros al tener en consideración la circunstancia de la extranjería como un factor de riesgo de quebrantamiento del permiso –unido a la inexistencia de comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia⁶⁹–, se agrava aún más si cabe esa situación de deshumanización del cumplimiento de las penas privativas de libertad de este colectivo.

No ayuda tampoco en este punto la localización de los establecimientos penitenciarios⁷⁰. De hecho a menudo se opta por reunir en unos pocos establecimientos

acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”.

⁶⁸ Vid. sobre la problemática específica que plantean las comunicaciones de los internos extranjeros las denuncias formuladas en diversos informes como el *Informe sobre la situación de las prisiones en España* (1999), ob. cit. pág. 136; o sobre *Situación de las cárceles en el País Vasco; informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco*, ob. cit., pág. 130.

⁶⁹ No olvidemos, previstas por la ley para compensar la situación de aquellos internos que no puedan disfrutar de los permisos de salida (art. 53 LOGP y 45 RP).

⁷⁰ Por más que se traten de tomar medidas para paliar sus inconvenientes como la recogida en la Instrucción 24/96, de 16 de diciembre, sobre comunicaciones, en la que se señala que en los centros que se encuentren fuera de las ciudades los Directores iniciarán gestiones con los Ayuntamientos o empresas adjudicatarias para garantizar la frecuencia de los medios de transporte.

a un gran número de extranjeros al tratarse de centros de gran capacidad cuyas plazas difícilmente se pueden copar con internos nacionales procedentes de las regiones en las que están ubicados. Al adoptar una decisión tal, se asume que gran parte de los presos extranjeros allí internados no van a recibir visitas. A lo que hay que añadir la problemática que plantea, como ya señalamos anteriormente, la opción de establecer los centros penitenciarios fuera del núcleo urbano, a menudo en un punto intermedio entre dos ciudades, situación que crea dificultades a los familiares de los internos –y no sólo extranjeros– que quieran realizar cualquier tipo de comunicación o visita con éstos⁷¹.

Otro problema que se puede plantear es el referido a la acreditación de la vinculación con la persona con la que se va a comunicar, lo que puede constituir un problema añadido para muchos internos extranjeros cuyas amistades son con sujetos que se encuentran igualmente en una situación de irregularidad o simplemente unidos con ellos a través de una relación de “conocidos”. Ello lleva a SÁNCHEZ YLLERA a exigir la flexibilización de los criterios que se exigen para la autorización de las comunicaciones respecto a los internos extranjeros con el fin de que no sean condenados al aislamiento perpetuo⁷².

La falta de recursos se traduce igualmente en la dificultad de llevar a cabo otros tipos de comunicaciones con la familia y allegados. Es el caso, en primer lugar, de las comunicaciones escritas. Aunque a priori no existan limitaciones a este tipo de comunicaciones más allá de las recogidas con carácter general en cuanto a la posibilidad de intervención, la práctica demuestra las dificultades con la que muchos internos extranjeros se encuentran en la comunicación escrita con sus familiares. La falta de dinero ocasiona la imposibilidad de comprar sellos o papel de cartas. También existen problemas en la recepción de cartas y paquetes, ya que la penuria en la que muchos de los familiares viven en los países de origen impide el envío de aquéllos y de dinero⁷³. Ello hace de vital importancia en este punto la actuación mediadora de las ONG’s.

⁷¹ Todo ello a menudo deja en papel mojado la bienintencionada previsión del artículo 42.4 del RP cuando señala que se tendrán en cuenta, en la organización de las visitas, las dificultades en los desplazamientos de las familias.

⁷² Y no sólo lo es respecto a las comunicaciones orales normales sino también en relación a las íntimas o vis a vis, dado que en la mayor parte de los casos, los internos extranjeros no disfrutaban de los permisos de salida. «Extranjeros en prisión: doble condena». Ob.cit., pág. 69.

⁷³ A lo que se une también la inadecuación del sistema de entrega de paquetes, sin el resguardo de entrega, lo que impide demostrar las pérdidas, como denuncia el Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco sobre la *Situación de las cárceles en el País Vasco*; ob. cit., pág. 130.

Para paliar la dificultad de llevar a cabo comunicaciones orales debido a la lejanía de la familia, el Reglamento prevé la realización de comunicaciones telefónicas⁷⁴. Pero el problema económico persiste en tanto estas llamadas, como máximo de cinco a la semana –y no superiores a cinco minutos de duración–, corren a cargo del interno, a no ser que tengan por objeto notificar a la familia y al abogado el ingreso en un centro penitenciario o su traslado a otro diferente. Y no son pocas las ocasiones en las que los internos de origen extranjero carecen de medios para comprar las necesarias tarjetas telefónicas que le sirvan de llave para la obtención real de tal derecho⁷⁵.

Las relaciones con el exterior se configuran por la legislación como un derecho⁷⁶. El papel que las comunicaciones del interno con el entorno que le rodea son de vital importancia no ya sólo en su proceso de reinserción, en tanto que tratan de mantener un contacto “normalizado” del sujeto con el exterior preparándole para su futura salida, sino ya desde las mínimas exigencias de un trato humanizado que compense, al menos, las carencias y el desarraigo que toda privación de libertad comporta.

Si unimos la falta de comunicaciones –no ya sólo de visitas sino también de las escritas y las telefónicas–, con las graves dificultades para recibir permisos de salida y de acceder al tercer grado podemos empezar a valorar la mayor deshumanización de la prisión a la que se ven sometidos en la práctica y particularmente los reclusos extranjeros. Se suma así la imposibilidad de muchos internos extranjeros de mantener contactos regularizados con sus familiares y allegados al desarraigo producido por el ingreso en un establecimiento penitenciario de un país que no es el suyo, lo que unido en muchos casos al desconocimiento del idioma multiplica ese desarraigo y la sensación de aislamiento y soledad de este colectivo.

De ahí la importancia de nuevo de potenciar el trabajo que las distintas ONG’s dedicadas a la ayuda de reclusos extranjeros pueden realizar en labores de apoyo económico y de mediación entre los internos y sus familias⁷⁷.

⁷⁴ En desarrollo del art. 51.4 de la LOGP, vid. art. 47 del RP.

⁷⁵ Así se denuncia, en concreto respecto a los internos extranjeros del Centro Penitenciario de Topas (Salamanca), en el *Informe sobre la situación de las prisiones en España* realizado por la Asociación Pro Derechos Humanos, ob. cit., pág. 370.

⁷⁶ En el artículo 4.2 d) del RP.

⁷⁷ El propio RP hace mención concreta al colectivo de los extranjeros en su regulación sobre la participación y colaboración de las Organizaciones No Gubernamentales afirmando que es labor de la Administración Penitenciaria el fomentar especialmente la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación

H) Permisos de salida.

Quizá sea éste el ámbito donde más claramente se acusa una grave disociación entre la legislación penitenciaria y la praxis es en la concesión de permisos de salida a internos extranjeros.

Y es que la LOGP, siempre garante del principio de no discriminación consagrado en su artículo tercero, no establece impedimento alguno para el acceso a los permisos ordinarios a los condenados extranjeros. Los requisitos establecidos en el artículo 47.2 de la Ley son que el condenado esté clasificado en segundo o tercer grado, que haya extinguido una cuarta parte de la condena y que no observe mala conducta. Tampoco el RP, al enumerar en su artículo 156 las variables que provocarían un informe negativo por parte del Equipo técnico, menciona en ningún momento la condición de extranjero como factor de posible quebrantamiento del permiso. En concreto, se refiere el mencionado artículo a la peculiar trayectoria delictiva, a la personalidad anómala del interno o a la existencia de variables cualitativas desfavorables cuando por ellas resulte probable que el sujeto quebrante la condena, que aproveche el permiso para cometer nuevos hechos delictivos o que su concesión sea desaconsejable porque produzca una repercusión negativa en el interno en la preparación de éste para su vida en libertad o bien en su programa individualizado de tratamiento⁷⁸.

Pero, por otro lado, la realidad demuestra que la variable de la extranjería es una de las que con mayor frecuencia es utilizada para la denegación de los permisos de salida a los extranjeros. Diferentes organismos han denunciado esta práctica de la Administración penitenciaria –en cuanto a los permisos ordinarios inferiores a dos días– y de los Jueces de Vigilancia –en los permisos ordinarios superiores a dos días. Así el Defensor del Pueblo ha puesto de manifiesto las dificultades de los internos extranjeros

de las entidades sociales del país de origen del recluso, a través de las Autoridades consulares correspondientes (art. 62.4).

⁷⁸ En este sentido el punto 7 de la Recomendación R (84) 12 del Consejo de Europa relativa a los reclusos extranjeros señala la necesidad de la concesión de los permisos de salida a los extranjeros en las mismas condiciones que a los nacionales: “Por lo general, deberían aplicarse a los reclusos extranjeros los mismos criterios que a los nacionales en lo relativo a la concesión de permisos penitenciarios y de otros permisos de salida. La evaluación del riesgo de que un recluso pueda abandonar el país y sustraerse a la pena debería realizarse siempre considerando cada caso individual”.

para acceder a los permisos de salida⁷⁹, situación que más recientemente ha calificado de constante la Asociación Pro Derechos Humanos⁸⁰.

A partir de 1995, mediante la Instrucción 1/1995 de 10 de enero, esta práctica va a ser amparada e incluso reforzada por la inclusión del factor extranjería como una de las variables de riesgo en la concesión de los permisos⁸¹. Esta Instrucción recoge el resultado de un trabajo estadístico y sociológico realizado por la Secretaría de Estado y la Universidad Complutense con el objeto de averiguar mediante estudios empíricos cuáles eran las variables que en mayor medida influían en el no reingreso del interno tras el disfrute de un permiso de salida o bien en la comisión de un delito durante éste, con el fin de disminuir, con ello, los ya bajos índices de fracaso de los permisos⁸².

La Instrucción 22/1996, de 16 de diciembre, vigente en la actualidad, mantiene la Tablas de Variables del Riesgo y de Concurrencia de Circunstancias peculiares introducidas por la Instrucción 1/1995⁸³. Dentro de la primera tabla se enumeran las diez variables que se estiman de mayor riesgo para el incumplimiento del permiso de

⁷⁹ En su informe sobre *Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos 1988-1996*, ob. cit., pág. 175.

⁸⁰ En su *Informe sobre la situación de las prisiones en España*. Ob. cit., pág. 436. Vid. también *Situación de las cárceles en el país Vasco. Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco*, ob. cit., pág. 129.

⁸¹ Ya la Circular de 4 de octubre de 1978 requería que el interno extranjero tuviera una vinculación familiar arraigada o el compromiso de las autoridades consulares de hacerse cargo de su recogida y devolución para poder acceder a los permisos o bien, excepcionalmente, si el Director tenía la certeza de que el interno extranjero no iba a quebrantar el permiso de salida. En esta dirección, ya denunciaba SÁNCHEZ YLLERA en su Comunicación para la V Reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en Madrid en octubre de 1990 que la masificación de los centros penitenciarios llevaba en la práctica a la adopción de criterios “estándar” para la autorización o denegación de permisos, siendo uno de éstos la condición de extranjero, por no ofrecer a las Juntas de Régimen y Administración garantías de hacer buen uso de ellos debido a la falta de arraigo familiar. Se encuentra publicada en *Jueces para la Democracia*, nº 10, 1990, pág. 69. Vid. igualmente el estudio realizado por REJAS RODRÍGUEZ: «Los permisos de salida (análisis de las causas de no presentación)» en REP nº 244, 1991, págs 78 y ss, donde se concluye como una de las causas de no retorno tras un permiso de salida que el sujeto sea extranjero sin residencia en España. Y respecto a la elaboración de estas tablas y a su aplicación: NÚÑEZ: «Los permisos de salida». *Psicología Penitenciaria I*. Clemente y Núñez (coords). Colección Retos Jurídicos en las Ciencias Sociales, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1997, págs. 396 y ss.

⁸² La elaboración de este proyecto, iniciado en 1993, vino seguramente motivada, como pone de manifiesto MARTÍNEZ ESCAMILLA, por la alarma social provocada tras la comisión de determinados hechos delictivos por parte de presos que disfrutaban de permisos de salida. Un detallado análisis sobre las causas más frecuentemente argumentadas para la denegación de los permisos de salida y, más concretamente, sobre la tabla de variables de riesgo y la tabla de concurrencia de circunstancias peculiares en *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*. Colección Estudios jurídicos. Edisofer, Madrid, 2002, págs. 55 y ss.

⁸³ Su finalidad no es otra que la de armonización y adecuación de la Instrucción 1/1995 al Reglamento penitenciario del 96.

salida, siendo, la primera de ellas la extranjería⁸⁴. A ésta le siguen la drogodependencia, la profesionalidad delictiva, la reincidencia, la existencia de anteriores quebrantamientos, la clasificación según el artículo 10, la ausencia de permisos, la deficiencia convivencial, la lejanía del lugar donde se va a disfrutar el permiso y la existencia de presiones internas. Estas variables a su vez contempla diferentes situaciones de riesgo, cada una de las cuales debe ser valorada por una puntuación entre 0 (ausencia de riesgo), 1, 2 ó 3 –esta última puntuación contemplada solamente para la extranjería y el quebrantamiento–. Posteriormente, estas puntuaciones son evaluadas por un programa informático del cual resultará la ecuación del riesgo que implica la concesión del permiso de salida a un interno que presente alguna o varias de estas variables.

Hay que destacar además que dentro de la variable extranjería no todas las posibles situaciones son evaluadas de la misma manera. Se puntuará con un 0, o lo que es lo mismo, no existirá riesgo alguno, cuando el sujeto tenga la nacionalidad española, sea no nacional casado con un nacional y con tres años de convivencia en territorio nacional de forma normalizada en situación de libertad o, por último, si es un no nacional asentado en territorio nacional con permiso de trabajo y residencia durante un periodo de cinco años.

Se concederá un punto de riesgo a los extranjeros comunitarios que tengan una buena vinculación y apoyo institucional. Dos puntos merecen los no nacionales que durante el permiso presentan una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelen durante el mismo. Y la mayor puntuación, esto es, el mayor riesgo dentro de esta variable de extranjería, la presentan los internos que no tengan ninguna vinculación con el territorio, sin tutela acreditada y sin solvencia económica. A este colectivo se le asignará un tres en la valoración del riesgo.

Llama poderosamente la atención la importancia que la Tabla de Variables de Riesgo concede a la extranjería por encima del resto de circunstancias. Por ejemplo, la valoración negativa, a la que se asigna 2 puntos, de los no nacionales que presenten una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelen durante el disfrute del permiso. Se ponen así trabas de manera sorprendente a los extranjeros que acrediten que durante su permiso van a ser tutelados por alguna organización y, con

⁸⁴ Según establece la mencionada Instrucción, variables todas ellas al amparo de lo establecido en el ya citado artículo 156.1 del RP.

ello, al importante trabajo que diversas ONG's y asociaciones están desempeñando en este campo⁸⁵. Y la condición de extranjero sin vinculación en el territorio español, sin tutela acreditada y sin solvencia solamente es equiparada en riesgo con haber aprovechado un permiso para cometer un nuevo delito.

No debemos olvidar que otras de las variables incluidas en la mencionada Tabla de la Instrucción 22/96 juegan también en contra de este colectivo, ya que van en numerosas ocasiones aparejadas a su condición de extranjeros. Nos referimos a las criticadas circunstancias de ausencia de permisos, la lejanía y la deficiencia convivencial⁸⁶. La primera de ellas penaliza al sujeto al que todavía no se le ha concedido ningún permiso, circunstancia que paradójicamente va a tenerse en cuenta para no concedérsele ninguno en el futuro. La lejanía del lugar de disfrute del permiso, entendiendo por tal cuando aquél se encuentre a una distancia superior a 400 kilómetros del centro penitenciario de cumplimiento, será una constante que juega en contra de la concesión de permisos a los internos extranjeros puesto que se vincula además con la escasez de medios económicos, falta de lugar donde disfrutar el permiso, etc⁸⁷. En la deficiencia convivencial recibe una valoración negativa la ausencia de elementos familiares significativos con lo que la inexistencia de familia del interno extranjero va a tornarse en un factor negativo doble: primero porque va a repercutir en su aislamiento dentro del establecimiento ante la carencia de todo tipo de comunicaciones y, en segundo lugar, porque será otro de los elementos que se consideren para que se le deniegue sistemáticamente el disfrute de los permisos de salida.

⁸⁵ Supera en gravedad esta circunstancia a la clasificación bajo el artículo 10, a la ausencia de permisos, a la deficiencia convivencial, a la lejanía, reincidencia, profesionalidad y existencia de presiones internas y equiparándose al riesgo por quebrantamiento, si consta evasión del sujeto bajo custodia o, en la drogadicción, si el sujeto ha fracasado reiteradamente en los intentos de rehabilitación o si no ha intentado rehabilitarse en ningún momento de su dependencia ni existen períodos significativos de no consumo.

⁸⁶ Variables éstas que han sido criticadas en tanto que son circunstancias que no dependen de la voluntad del interno pero que van a ser tenidas en cuenta de manera negativa en la valoración de la concesión de un permiso de salida. Así RACIONERO CARMONA: *Derecho penitenciario y privación de libertad*, Dykinson, Madrid, 1999, Pág. 212 y MARTÍNEZ ESCAMILLA, ob. cit., págs. 69 y 70.

⁸⁷ Y ello sin olvidar que junto a la objetividad del criterio de la lejanía del país de origen se encuentra muchas veces la decisión de la Administración penitenciaria de concentrar a los internos extranjeros en determinados centros penitenciarios, alejándolos de su lugar de residencia habitual, lo que repercutirá negativamente no sólo a efectos de las comunicaciones, como ya vimos, sino también en la concesión de permisos. Resulta no menos que contradictorio que la Administración penitenciaria destine a los internos a centros penitenciarios lejanos a su lugar de residencia y luego tenga en cuenta esta circunstancia para la denegación de permisos. Además queda el problema de determinar cuál es el lugar de disfrute en el caso de extranjeros en una situación de irregularidad, es decir, si éste lo sería el país de origen o el lugar en España donde solían residir de manera irregular.

Dejando a un lado las críticas que pueden formularse respecto a la inclusión de determinadas circunstancias dentro de esta Tabla de Variables de Riesgo, entre ellas la de extranjería⁸⁸, el aspecto más grave consiste en que lo que no deja de ser un instrumento en manos del Equipo Técnico para evaluar posibles situaciones de riesgo cuyos resultados deben ser puestos en relación con toda la información personal del interno -en aras a la garantía del tan manido principio de individualización científica-, se ha convertido en un mecanismo de denegación, casi automática, de los permisos de salida por la presencia de esa variable de extranjería.

Las razones de ello son múltiples. A la llamativa falta de recursos humanos y materiales hay que añadir en muchos casos el miedo a la responsabilidad que supone la concesión de un permiso más aún si pensamos que su decisión, lejos de estar arropada por la Administración penitenciaria, contrasta con una política penitenciaria condicionada más por la alarma social que producen los supuestos de fracaso de permisos de salida, debidamente amplificadas por los medios de comunicación, y que contraponen los fines de seguridad por encima del tratamiento. Como señala MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, se echa de menos una política por parte de la Administración penitenciaria que se dirija no sólo a detectar los posibles riesgos de fracaso de los permisos de salida sino a contrarrestarlos y a sacar el máximo partido posible a este instrumento de los permisos como mecanismo fundamental en la búsqueda de la reinserción⁸⁹.

En cualquier caso, los resultados obtenidos una vez aplicados los criterios contenidos en la Tabla de Variables de Riesgo deben ser evaluados de manera individualizada junto con toda la información obtenida del interno y la denegación, que en ningún caso debe basarse en la mera constatación de un % elevado de riesgo en función de los criterios anteriormente relatados, debe quedar detalladamente fundamentada⁹⁰. Asimismo se deduce de la misma Instrucción cuando afirma que las

⁸⁸ En esta línea RACIONERO CARMONA califica de discriminatoria la variable referida a la extranjería: «Como hemos visto, ni la LOGP ni el RP contemplan esta circunstancia del penado como un desvalor o como una causa de denegación de permisos. Y de aplicarse a sangre y fuego, como de hecho se aplica, muy pocos extranjeros podrían salir de permiso», ob., cit., pág. 212.

⁸⁹ Ob. cit., pág. 73.

⁹⁰ También SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ señala que «Los Equipos Técnicos deben armonizar la variable de riesgo que se evidencia en los internos extranjeros con el sistema de individualización científica que marca la LOGP para la ejecución de la pena, evitando por lo tanto la emisión de informes desfavorables de manera sistemática»; «Población reclusa extranjera», ob. cit., pág. 67. Afirma igualmente este autor que si bien la mayoría de los informes de los Equipos Técnicos sobre la oportunidad de la concesión de permisos de salida a internos extranjeros es negativa, se aplican los mismos criterios

mencionadas tablas –que no dejan de ser “instrumentos, susceptibles siempre de mejora”– no excluyen ni anulan la labor personal de los profesionales, emanando de ellos la decisión y su responsabilidad, por lo que las citadas tablas tienen la labor de ofrecer líneas de motivación que ayuden a la fundamentación de sus decisiones⁹¹.

Una política de concesión y denegación de permisos exclusivamente fundamentada en la Tabla de Variables de Riesgo, sin un contraste del porcentaje de riesgo obtenido con las circunstancias individuales del interno, supone, como en la práctica ocurre, la denegación automática del disfrute de permisos a los sujetos por su situación de extranjeros pues no olvidemos que, a esta condición, se unían otras variables que juegan en su contra y que también están incluidas en la mencionada tabla.

En cualquier caso, esta política de denegación sistemática de permisos a extranjeros por su condición de tal ha sido contestada, vía resolución de recursos, por diferentes Audiencias provinciales⁹². En particular, la Audiencia provincial de Madrid que, en su relativamente cuantiosa jurisprudencia sobre permisos, ha matizado el valor de la

que a los nacionales, siendo las variables más valoradas en esos razonamientos denegatorios la probabilidad de no reincorporación debida a la ausencia de acogida sociofamiliar o institucional, y el estar sometido el sujeto a un procedimiento de expulsión y, en segundo lugar, la probabilidad de comisión de nuevos delitos, puesto que la marginalidad a la que se ven abocados por la falta de recursos produce irremediamente la transformación del delito en la forma de obtenerlos. En *Curso de Extranjería II*, ob. cit., pág. 15. Por otro lado, MARTÍNEZ ESCAMILLA subraya la ilegalidad e inconstitucionalidad (contrarios al artículo 13 CE) de los acuerdos denegatorios que esgrimen como única causa de no concesión de un permiso la extranjería. Como bien afirma esta autora, la Tabla de Variables de Riesgo contenida en la Instrucción 22/96 debe servir para obtener los supuestos que, por un mayor porcentaje, requieren un estudio más pormenorizado pero que, en ningún caso, ese alto tanto por cien debe motivar por sí sólo la denegación de un permiso, lo que, por otro lado, constituye una práctica habitual; ob. cit., págs. 71 y 72.

⁹¹ Por ello, la Instrucción 22/96 enumera, como métodos de estudio a tener en cuenta en la evaluación de la concesión de un permiso ordinario: el análisis documental del historial penal y penitenciario del interno –encaminado a la identificación y valoración de factores o variables significativos de cara al uso responsable del permiso–, entrevistas con el interno, con el fin de obtener un conocimiento próximo de su actual situación actitudinal, así como sobre las razones para la solicitud del permiso y posibles efectos de su disfrute y, por último, un estudio social del medio familiar y del entorno en el que está previsto el disfrute del permiso, dado que las variables situacionales tienen una clara influencia sobre el comportamiento del interno en libertad. Este estudio, con aplicación de las Tablas de Variables de Riesgo y de Concurrencia de Circunstancias Peculiares, se realizará de forma completa en todos los casos de permiso inicial o si desde el último se ha producido alguna incidencia significativa. Si no, siempre que se contemple la concesión de un nuevo permiso, este estudio deberá ser de nuevo revisado. Una vez analizada toda esta documentación disponible, el Equipo técnico deberá acordar en su reunión un informe favorable o desfavorable de concesión del permiso.

⁹² Señala SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ a este respecto que los internos extranjeros que finalmente disfrutaron de permiso lo hacen mayoritariamente a través de una resolución judicial, puesto que en la mayoría de los casos los informes de los Equipos Técnicos son negativos. Señala igualmente que de los 180 internos extranjeros clasificados en segundo grado que en el año 2001 no se reincorporaron tras un permiso, a 113 se los habían concedido en contra del criterio de la Administración penitenciaria. *Curso de Extranjería II*, ob. cit., págs. 15 y 16.

extranjería como circunstancia de riesgo⁹³. Denuncia la Audiencia en primer lugar la espiral a la que se ven sometidos los internos extranjeros en tanto que por su mayor desarraigo no se les conceden –o bien se retrasa su concesión– los permisos de salida, hecho que posteriormente produce la denegación del progreso en tercer grado, lo cual, a su vez, repercutirá en la no concesión de la libertad condicional. Esta situación, que si bien no puede calificarse de discriminatoria –en tanto que es razonable denegar un permiso por la existencia de un mayor riesgo de quebrantamiento ante el desarraigo de un sujeto– sí que es sumamente injusta, pues de seguir ese criterio de la razonabilidad 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”. Por último, concluye que “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”⁹⁴. Como criterios que pueden valorarse de manera positiva a la hora de la concesión de un permiso, pese a la concurrencia de desarraigo y a la situación de irregularidad del interno, la Audiencia de Madrid ha señalado que el sujeto esté trabajando en prisión⁹⁵, que mantenga una relación sentimental con una interna⁹⁶ o con un residente en nuestro país⁹⁷, la existencia de

⁹³ Contendida en los diferentes números de la revista *Cuadernos de Derecho penitenciario* editada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Incluso relativiza los supuestos en los que el resultado que emana de la Tabla de Variables es de un 100% de riesgo de mal uso del permiso, calificando tales afirmaciones de “suerte de nuevo determinismo conforme al cual el interno sólo podría hacer mal uso del permiso” lo que torna en poco fiable dicho resultado “como ocurre con todo vaticinio dogmático”. Auto 1250/99, de 22 de octubre. En cualquier caso, también ha matizado el peligro de un quebrantamiento, afirmando que la mera hipótesis del mismo no es causa suficiente para la denegación de permisos, a lo que añade: “téngase en cuenta que si el Código penal permite (art. 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”. Auto 1854/2000, de 20 de diciembre.

⁹⁴ Auto 333/2000, de 10 de marzo.

⁹⁵ Auto 333/2000, de 10 de marzo y Auto 1854/2000, de 20 de diciembre.

⁹⁶ Auto 333/2000, de 10 de marzo.

⁹⁷ Auto 149/1999, de 4 de febrero, que concede un permiso a un extranjero con una puntuación en la tabla de riesgo de cien por cien –por concurrencia de circunstancias como extranjería, drogodependencia y reincidencia–. Razona el Auto que el extranjero vive en España y está ligado sentimentalmente a una residente en España, carece de sanciones por tenencia o consumo de drogas en prisión y que, una vez obtenida la citada puntuación, en fecha de 5-3-97, le fueron concedidos otros dos permisos de salida. Vid. también Auto 47/99, de 19 de enero; Auto 674/99, de 19 de mayo; Auto 9/99, de 13 de enero y Auto 501/99, de 22 de abril.

apoyo de alguna ONG que se haga cargo del interno durante el disfrute del permiso⁹⁸, el cumplimiento de buena parte de la condena⁹⁹, la buena conducta¹⁰⁰ o si el sujeto vive habitualmente –aún en condición de irregularidad– en nuestro país¹⁰¹. Como medidas de control suele contemplar una duración reducida del permiso (de tres o cuatro días), la posibilidad de que el interno, durante el disfrute del permiso, se presente ante la Autoridad policial¹⁰² y que el preso sea recogido a la salida de la prisión por un miembro de la asociación que se vaya a hacer cargo de él¹⁰³ o por la persona con la que mantiene una relación personal¹⁰⁴.

Y es que la importancia de los permisos de salida es indiscutible. Se trata de una figura irrenunciable dentro del sistema penitenciario, que extiende su alcance en dos ámbitos complementarios entre sí. En primer lugar, los permisos constituyen un elemento fundamental en la consecución de la reinserción social de los internos y ello en la medida en que suponen un contacto con el medio social al que los internos van a retornar una vez cumplida la pena de prisión y estimulan los vínculos sociales, familiares e incluso laborales del interno. A este respecto puede plantearse que estos fines no son los directamente buscados para los extranjeros al no ser España el medio de acogida, puesto que buena parte de ellos están sometidos a un procedimiento de expulsión una vez cumplan la condena¹⁰⁵. Pero no es éste un argumento válido para la

⁹⁸ Auto 758/96, de 4 de abril, Auto 9/99, de 13 de enero; Auto 501/99, de 22 de abril; Auto 333/2000, de 10 de marzo del 2000; Auto 1854/2000, de 20 de diciembre y Auto 381/2001, de 27 de febrero donde se afirma la necesidad de suplir la falta de arraigo de los internos extranjeros por la asistencia prestada por las organizaciones existentes de ayuda a los presos puesto que esa falta de arraigo no puede constituir un obstáculo insalvable para el disfrute de los permisos ya que, si no, se prescindiría en estos casos de uno de los mejores instrumentos para conseguir la rehabilitación social de los penados.

⁹⁹ Auto 1221/97, de 1 de diciembre. Señala la Audiencia en este caso que el riesgo de fuga por temor a la expulsión se compensa porque si el sujeto hace mal uso del permiso dicha expulsión puede producirse de manera inmediata dada su situación penitenciaria (cumplidas las ¾ partes); Auto 47/99, de 19 de enero; También el Auto 228/99, de 19 de febrero que señala igualmente que la causa de expulsión por sí sola no puede ser motivo de denegación; Auto 1250/99, de 22 de octubre y Auto 333/2000, de 10 de marzo.

¹⁰⁰ Auto 1250/99, de 22 de octubre y el Auto 1854/2000, de 20 de diciembre.

¹⁰¹ Auto 1250/99, de 22 de octubre y el Auto 1854/2000, de 20 de diciembre.

¹⁰² Auto 9/99, de 13 de enero; Auto 333/2000, de 10 de marzo y Auto 1854/2000, de 20 de diciembre.

¹⁰³ Es el caso del Auto 9/99, de 13 de enero y del Auto 333/2000, de 10 de marzo.

¹⁰⁴ Por ejemplo, Auto 47/99, de 19 de enero.

¹⁰⁵ En esta dirección, BERMEJO DE TERREROS señala como uno de los factores a considerar en la concesión de los permisos de salida la existencia de un entorno de acogida divergente, lo que provoca la escasa virtualidad del permiso para la preparación de la vida en libertad; «El extranjero privado de libertad: paradojas del sistema». Ob. cit., pág. 270. También MORENO CARRASCO advierte que en estos casos deberá analizarse la virtualidad del disfrute del permiso de salida bajo la tutela de una

denegación sistemática de los permisos a los extranjeros. En primer lugar, porque no todos los internos extranjeros están en situación de irregularidad (jugando a su favor esta variable puesto que los que cuenten con permiso de residencia tendrán mayores posibilidades de disfrute). En segundo lugar, porque no todos los sujetos en situación de irregularidad tienen desarraigo social ni familiar ni, incluso, laboral, aspecto éste que deberá ser tenido en cuenta a la hora de la concesión del permiso. Y, en tercer lugar, porque no hay que perder de referencia que ni el artículo 25.2 CE ni la LOGP a lo largo de todo su articulado establecen fines diferentes al cumplimiento de la pena de prisión de los internos extranjeros con lo que también éstos deberán beneficiarse de esos aspectos positivos de los permisos en cuando mecanismo que incentiva la buena conducta, la responsabilidad, los vínculos personales, etc. Pero junto a ello, los permisos tienen otra finalidad no menos importante: paliar las consecuencias negativas del internamiento en prisión. Y esté el sujeto de manera regular o irregular en nuestro país, tenga o no abierto un expediente de expulsión, no tiene sentido que las condiciones de cumplimiento de estos internos sean especialmente más duras que las del resto¹⁰⁶.

Ahora bien, como también pone de manifiesto el TC, los permisos de salida constituyen una vía fácil de elusión de la custodia con lo que su concesión no puede ser automática sino que, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos recogidos en la ley, debe acreditarse que no concurren otras circunstancias que aconsejen su denegación de acuerdo con los fines de la pena recogidos en el artículo 25.2 CE¹⁰⁷.

No vamos a negar aquí que a la condición de extranjero de un interno pueden ir aparejados algunos riesgos de quebrantamiento del permiso. La falta de arraigo del sujeto –lo que conlleva falta de lugar donde disfrutar el permiso o de familiares o allegados que se hagan cargo del interno–, la inexistencia de documentación o la escasez de medios económicos son criterios que en un momento dado pueden suponer un incremento del riesgo que debe ser valorado de manera negativa en la concesión del

organización en tanto que «suelen suponer, en cualquier caso, un entorno provisional e irreal respecto a las expectativas del interno en libertad». «Relaciones con el exterior. Comunicaciones y visitas. Recepción de paquetes y encargos. Permisos de salida»; *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal V*, Madrid, 1998, pág. 352.

¹⁰⁶ Ambas finalidades quedan puestas de manifiesto en la jurisprudencia del TC. Por ejemplo, en la sentencia 112/96, de 24 de junio: “Los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reduce las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de la responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse e indica cuál es la evolución del penado”.

¹⁰⁷ Así STC 112/96, de 24 de junio. Más recientemente STC 137/2000, de 29 de mayo.

permiso de salida. Mas aún cuando, como hemos señalado anteriormente, el cumplimiento de la pena de prisión supone un trámite en espera del procedimiento de expulsión que muchos internos tienen abierto y, ante la representación de esa expulsión inminente se convierta el permiso de salida en el mecanismo idóneo para su elusión¹⁰⁸. Pero junto a la posible presencia de alguna o varias de estas circunstancias, pueden concurrir otras que, incluso en sujetos en condición de irregularidad, aconsejen la concesión de un permiso de salida: arraigo, existencia de familia en España (matrimonio, hijos, padres), desempeño de un trabajo dentro del establecimiento para obtener recursos que enviar a la familia, etc.

En cualquier caso, la Administración penitenciaria, en aras a garantizar el cumplimiento de los artículos 14 y 25.2 CE, debe, en la medida de sus posibilidades, arbitrar los mecanismos necesarios para posibilitar el disfrute de permisos de salida de este colectivo, tratando con ello de romper el círculo de marginalidad al que muchos de estos internos se ven abocados y que se profundiza en los centros penitenciarios. Particular importancia tiene, en este punto, estrechar la colaboración con organismos públicos y privados que posibiliten que estos internos tengan acceso a los permisos. A ello parece referirse el artículo 62 del Reglamento cuando señala que la Administración penitenciaria fomentará especialmente la colaboración con instituciones y asociaciones que se dediquen a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros. De ello se encargan ya en muchos puntos organizaciones –como por ejemplo Horizontes abiertos o Cáritas–. No tiene ningún sentido en cambio que se dificulte la concesión de permisos a extranjeros que acrediten la existencia de una institución que se haga cargo de ellos durante ese permiso de salida, como por otra parte hace la Circular 22/96 en el momento que valora esta circunstancia con 2 puntos de riesgo. Junto a la intervención de estas organizaciones, también pueden buscarse otros mecanismos como el establecimiento de alguna de las medidas de control recogidas por la propia Instrucción¹⁰⁹ o incluso la utilización de técnicas de localización electrónica¹¹⁰.

¹⁰⁸ Conviene recordar que la Ley de Extranjería, en su redacción por la L.O. 8/2000, señala como causa de expulsión la condena a un extranjero por una conducta dolosa constitutiva de delito que lleve aparejada una pena privativa de libertad superior a un año, a no ser que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.1), con lo que se niega así categóricamente cualquier posibilidad de reinserción en España de los extranjeros una vez que hayan cumplido la condena.

¹⁰⁹ Como son la presentación en la Comisaría o puesto de Guardia Civil al inicio y/o finalización del permiso; presentación durante el disfrute en el propio establecimiento o en otro distinto o ante los servicios sociales penitenciarios; el acompañamiento del interno por un familiar directo que se responsabilice de su recogida y reingreso; los contactos telefónicos con el Centro en fechas y horas determinadas; la prohibición motivada de ir a determinados lugares o localidades; la indicación de las

Por último, debemos señalar el peligro que puede suponer la traslación en bloque de los requisitos para la concesión de permisos de salida a las salidas programadas introducidas por el RP de 1996 como una actividad de tratamiento. Si bien el artículo 114 del Reglamento indica que los requisitos necesarios para la concesión de las salidas programadas serán los establecidos para los permisos ordinarios de salida en el artículo 154 del RP, una interpretación extensiva podría intentar trasladar los criterios contenidos en las mencionadas Tablas de variables de riesgo y de concurrencia de circunstancias peculiares como instrumento adecuado para la evaluación de idoneidad en la concesión de estas salidas. Pero no debe olvidarse que estas tablas tienen por objeto denunciar los supuestos más habituales de no regreso en un permiso y no la de evaluar la necesidad de la concesión del permiso como medio de tratamiento. Las salidas, por su parte, están configuradas como una actividad específica de tratamiento en la que, además, los sujetos serán acompañados, bien por personal del Centro, o bien por otras instituciones o por voluntarios, con lo que el peligro de fuga, si bien no desaparece, sí se disipa en buena medida, disipándose totalmente a través de una correcta selección de los sujetos que vayan a disfrutar de tal medida. Por tanto, y tal y como indica el mencionado artículo 154, se debe requerir únicamente que se haya extinguido la cuarta parte de la condena y que el sujeto no observe mala conducta, así como que la Junta de Tratamiento entienda que se trata de una actividad necesaria para el tratamiento penitenciario de esa persona. En cualquier caso no se deberá hacer uso de las mencionadas tablas en la denegación de estas salidas y menos aún para discriminar en la concesión de estas salidas a los internos no nacionales.

I) Clasificaciones: tercer grado.

fechas en las que el permiso debe ser necesariamente disfrutado o en las que, en otro caso, no debe serlo; la obligación de acudir a algún Centro Asistencial o Terapéutico durante el disfrute del permiso; la realización por parte del interno de cualquier tarea o gestión encaminada a facilitar su futura reinserción social y laboral y la posibilidad de ser sometido a una analítica sobre consumo de estupefacientes durante el permiso o al reingreso.

¹¹⁰ SÁNCHEZ YLLERA: ob. cit., pág. 69. Señala MORENO CARRASCO la posibilidad de llegar a un acuerdo voluntario con el interno para la adopción de ciertas cautelas sobre las personas que puedan acudir a nuestro país para disfrutar de un permiso de salida con aquél como puede ser el depósito de sus documentaciones en el Centro penitenciario hasta que finalice el mencionado permiso; ob. cit., pág. 353.

La condición de extranjería también va a repercutir en numerosas ocasiones en el sistema de clasificación de los penados extranjeros, en particular, en su progresión a un tercer grado o régimen abierto¹¹¹.

En la concesión de un tercer grado vuelven a aparecer, si cabe con mayor fuerza, las variables que se estimaban como potencialmente de riesgo para el disfrute de los permisos de salida. Situaciones como el desarraigo de los extranjeros, reforzado en los supuestos de condición de irregularidad, parecen desaconsejar la concesión de un tercer grado a estos internos por el peligro de fuga durante ese período de semi-libertad, más aún en los supuestos en los que están sometidos a un procedimiento de expulsión, lo que como vimos ocurría con un gran número de estos sujetos ante la imposibilidad que plantea la Ley de Extranjería de una integración posterior a una condena penal. Esto lleva a que en la práctica no se suela conceder a los extranjeros el denominado tercer grado ordinario¹¹². Hay que tener en cuenta también que la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, ha endurecido las condiciones para el acceso al tercer grado: así, junto al establecimiento de un período de seguridad, consistente en la exigencia del cumplimiento de la mitad de la pena impuesta en condenas superiores a cinco años para acceder al tercer grado (art. 36 CP), se ha introducido en el art. 72.5 LOGP el requerimiento para acceder a la progresión de grado de que el sujeto haya satisfecho sus responsabilidades civiles derivadas del delito¹¹³ (particularmente exigible ante determinados delitos como los

¹¹¹ Y al que accederán, según establece el artículo 102.4 del Reglamento, los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, están capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

¹¹² Que, situando al sujeto en una situación de semilibertad, posibilita al sujeto la salida durante el día para la realización de actividades en el exterior –con un tiempo mínimo de permanencia en el centro de ocho horas diarias, debiendo pernoctar en él a no ser que se arbitren dispositivos telemáticos u otros mecanismos de control suficiente– así como salidas de fin de semana –desde, como máximo, las cuatro de la tarde del viernes a las ocho de la mañana del lunes, junto a los días festivos del calendario oficial de la localidad. Según datos aportados por SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ, la media de internos extranjeros clasificados en tercer grado, en régimen abierto ordinario y restringido, durante el año 2001 giraba entorno al 9%, pero cuantificando igualmente a los que se clasifica en tercer grado para posibilitar la aplicación del art. 197 del RP, esto es, el cumplimiento de la libertad condicional en sus países de origen o residencia. Además, no hay que olvidar que un buen número de progresiones en tercer grado son concedidas vía recurso a través de resoluciones judiciales. Vid. *Curso de Extranjería II*, ob. cit., pág. 17.

¹¹³ De todas maneras, los casos de insolvencia, establece la Instrucción 2/2004, sobre Modificación sobre las indicaciones de la Instrucción 9/2003, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, serán evaluados la Junta de Tratamiento a la hora de realizar las propuestas de tercer grado, siendo necesario acompañar a la propuesta copia de la resolución judicial de declaración de insolvencia del penado dictada en los correspondientes procesos penales, así como justificar la situación económica actual del interno que le impide afrontar el pago (extracto de la hoja de peculio que refleje la escasez de ingresos, informe de los

patrimoniales o contra el orden socio-económico si han revestido notoria gravedad y han perjudicado a una generalidad de personas)¹¹⁴.

Además, no olvidemos que junto con estas variables, uno de los factores más relevantes a la hora de la concesión del permiso es la posibilidad de realizar un trabajo en el exterior¹¹⁵. Si las ya existentes dificultades laborales se multiplican en el caso de que la persona que busca un trabajo tenga la condición de recluso, los problemas son sustancialmente mayores en el caso de que éste sea a su vez extranjero y es que a las situaciones de rechazo hay que añadir las dificultades legales sobrevenidas por la falta de papeles y de permiso de trabajo. Como ya pusimos de manifiesto con anterioridad, en ningún momento la Ley de Extranjería se refiere a la posibilidad de concesión de un permiso laboral, ya sea con las notas de provisionalidad y excepcionalidad, para que estos internos puedan disfrutar bien de un tercer grado, bien de la libertad condicional, desaprovechándose por tanto con ocasión de la promulgación de esta ley la posibilidad de normalizar la situación de este colectivo durante el cumplimiento de la condena¹¹⁶. Sí que existe la posibilidad de trabajar, aún en los supuestos de estancia irregular, a través de la autorización de trabajo especial para extranjeros penados pero que, en

servicios sociales al respecto...) y el compromiso firmado por el mismo de comenzar a satisfacerla si durante el tercer grado o el disfrute de la libertad condicional desarrolla un trabajo remunerado.

¹¹⁴ Además, y en el caso en el que se haya entendido que el extranjero ha cometido el delito en el seno de una organización criminal –lo que en muchas ocasiones puede producirse puesto que éstas se alimentan a menudo de la actuación de “pequeños” delincuentes habituales–, se requerirá además de la satisfacción de la responsabilidad civil su colaboración activa con las autoridades para impedir bien la producción de otros delitos de la organización, bien para atenuar los efectos del delito o para la obtención de pruebas para impedir la actuación o el desarrollo de estas organizaciones.

¹¹⁵ Si bien ni la Ley ni el Reglamento recogen como condición la realización de un trabajo para la concesión del régimen abierto ordinario, sí es una variable contemplada en el artículo 82 del Reglamento a tener en cuenta para la concesión del régimen abierto restringido, entendiéndose –lo que en muchos casos en la práctica se manifiesta erróneo– que si no se desempeña ninguna actividad fuera no es necesario disfrutar de esas salidas al exterior. Criticando la equiparación de concesión de régimen abierto y posibilidad de realizar un trabajo en el exterior –lo que provoca la imposibilidad de que el interno extranjero tenga acceso a este régimen–, SÁNCHEZ YLLERA, para quien la progresión de grado debe realizarse a partir de la evolución del interno y de la fianza que en él se pueda depositar; en ob, cit., pág. 70.

¹¹⁶ Lo que manifiesta, para GARCÍA ESPAÑA, la discriminación institucional que recae sobre este exogrupo. «Los extranjeros en cárceles españolas», ob. cit., pág. 179. No olvidemos que hay sujetos que no van a poder ser expulsados, bien por falta de documentación, bien porque sus países de origen no los reciben con lo que, entiende esta autora, se debería haber previsto para estos supuestos la posibilidad excepcional de que renovasen u obtuviesen un permiso para trabajar y, con ello, acceder al tercer grado y a la libertad provisional.

ningún caso, se trata de un permiso de trabajo y respecto a las cuales existen los ya mencionados problemas de dificultad de encontrar un trabajo¹¹⁷.

Ello conduce a que, en la práctica, la mayor parte de los internos extranjeros que tengan acceso a una progresión de grado sea a través del sistema recogido en el artículo 82.1 del Reglamento, esto es, mediante un régimen abierto restringido. Esta modalidad está prevista entre otros supuestos –como son la existencia de una peculiar trayectoria delictiva, una personalidad anómala o condiciones personales diversas– para cuando los penados no tengan la posibilidad de desempeñar un trabajo en el exterior. La finalidad de esta modalidad consiste en facilitar que el interno busque un medio de subsistencia para el futuro o bien una asociación o institución de apoyo o acogida para cuando salga en libertad (art. 80.3) y se caracteriza por una mayor restricción de las salidas al exterior y por mayores controles durante éstas, pudiendo, además, no disfrutar de permisos de fin de semana¹¹⁸. Es ésta la vía utilizada para posibilitar una eventual concesión de la libertad condicional a estos internos para su cumplimiento en el país de origen (vía artículo 197.3 RP) y la sustitución de la pena prevista en el artículo 89 del Código penal a través de la expulsión de los sujetos que ya hayan cumplido las tres cuartas partes de una condena de prisión superior a seis años¹¹⁹.

Otra vía que se utiliza con los internos extranjeros consiste en, a través del principio de flexibilidad recogido en el artículo 100 del RP, la realización de un modelo de ejecución individualizado para el interno en el cual se integren aspectos correspondientes a diversos grados. A través de esta medida, se puede establecer la posibilidad de que un sujeto clasificado en segundo grado de tratamiento disfrute de los permisos de fin de semana que le corresponden a un sujeto en tercer grado. Este sistema

¹¹⁷ De los 416 extranjeros que en noviembre del 2001 estaban clasificados en tercer grado, sólo 113 realizaban un trabajo en el exterior. SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ: *Curso de Extranjería II*, ob. cit., pág. 17.

¹¹⁸ RACIONERO CARMONA, ob. cit., pág. 150.

¹¹⁹ En esta dirección HERNANDO GALÁN considera el régimen abierto restringido la modalidad más adecuada a aplicar en el caso de internos extranjeros que carezcan de vinculación familiar y de arraigo social para poder propiciar con ello, su inserción social definitiva en el país de residencia a través del cumplimiento de la libertad condicional en su país. En *Los extranjeros en el derecho penitenciario español*, Colex, Madrid, 1997, pág. 60. Igualmente NISTAL BURÓN, quien afirma que en estos casos se tiene la prevención de no autorizarles al disfrute de las salidas propias de este régimen, teniendo esta clasificación en tercer grado un mero carácter formal de cara al acceso a la libertad condicional para el cumplimiento en sus países de origen o residencia. «La prisión preventiva en los procedimientos de extradición: consecuencias y efectos en el ámbito penitenciario». *Boletín del Ministerio de Justicia* n° 1889, 2001, págs. 1021 y 1022.

de combinación de grados se configura así como un paso intermedio entre el cumplimiento en un segundo grado y la progresión a un tercero¹²⁰.

Hay que huir, en cualquier caso, de una interpretación restrictiva que faculte únicamente la progresión del interno a un tercer grado con el objetivo de posibilitar la concesión de la libertad condicional para que la cumpla en su país de origen, lo que no supondría sino una progresión de grado con el único fin de lograr expulsar de las fronteras al extranjero. Igualmente es nulo el sometimiento de la concesión del tercer grado a la condición de que el sujeto sea expulsado de España¹²¹.

La Administración penitenciaria está obligada a tratar de romper ese círculo vicioso en el que se encuentran atrapados buena parte de los internos de origen extranjero, círculo que les impide disfrutar de permisos de salida, lo que repercute negativamente en su progresión de grado y que a su vez imposibilita el cumplimiento de la libertad condicional una vez cumplidas las tres cuartas partes de su condena. Para ello, una vez más, es de vital importancia el papel que juegan numerosas asociaciones de apoyo a los presos que facilitan el cumplimiento de este tercer grado bajo su tutela en pisos de acogida. Otra vía igualmente interesante es facultar el acceso de estos internos clasificados en tercer grado a las unidades dependientes. También es correcta la vía de posibilitar paulativamente un régimen cada vez más abierto a través de la sucesiva progresión a un régimen ordinario con posibilidad de utilizar algunas de las salidas correspondientes al tercer grado –vía artículo 100 del Reglamento– para que el sujeto pueda ir gradualmente tomando contacto con el exterior y buscando un trabajo en el exterior. Igualmente ocurre respecto a la aplicación del régimen abierto restringido.

¹²⁰ Así, el Auto 772/99, de 3 de junio, que señala la necesidad de romper el círculo vicioso en el que “la inexistencia de garantías impide la concesión de permisos, la inexistencia de permisos impide la progresión de grado y en definitiva el hecho mismo de la extranjería contribuye por sí solo en ambas ocasiones al cumplimiento de la condena en su integridad sin una preparación mínima para la libertad definitiva ni acceso a la condicional”, considerando esta vía no como una meta sino con la intención de obtener objetivos más ambiciosos como un tercer grado, restringido o sin restricción y la libertad condicional, a alcanzar en poco tiempo. También el Auto 1011/2000 de 18 de julio, en el que la Audiencia Provincial de Madrid establece esta modalidad para un interno venezolano con residencia en Miami, posibilitando al sujeto el disfrute de las salidas de fin de semana, determinándose que las salidas de fin de semana son las más idóneas para el contacto con el mundo exterior de un preso extranjero que además es profesional de la música, con lo que esos días son los que más oferta puede tener para su trabajo. En cualquier caso, condiciona la concesión a que el sujeto tenga acogimiento por la asociación Horizontes Abiertos.

¹²¹ Es interesante en este sentido el Auto 1508/2000, de 31 de octubre de la Audiencia Provincial de Madrid que anula la progresión de un tercer grado concedida por el Juzgado de Vigilancia bajo la condición de que el sujeto sea expulsado a su país de origen, supuesto no previsto ni en la regulación administrativa ni en el Código penal y contrario a lo establecido para la libertad condicional en el país de origen recogido en el artículo 197 del RP que exige la conformidad documentada del interno.

Pero ello siempre que ambos mecanismos sean concebidos por parte de la Administración no como una meta sino como el medio para que el interno pueda, en un futuro cercano, acceder a un régimen abierto ordinario y, en su caso, a la libertad condicional sin más limitaciones que las que tendría otro ciudadano en su misma situación.

La aplicación de tales medidas conlleva además la realización de una matización de las variables que deben ser evaluadas en la decisión de una progresión de grado de estos internos. En primer lugar, respecto a la forzosa necesidad de que el interno disponga de un trabajo fuera para poder acceder al régimen abierto ordinario. Para ello se debería posibilitar a través de la asistencia social la gestión de trabajos para estos penados cuyas dificultades para encontrar una actividad laboral fuera del establecimiento son si cabe mayores que las del resto de reclusos. En segundo lugar, debería facilitarse el acceso a este régimen de semi-libertad para que el interno pueda salir del establecimiento a realizar otras actividades como estudios o cursos de formación¹²². En la medida en que el sujeto disponga de cierto arraigo, proveniente bien por el hecho de realizar una actividad laboral en el exterior –lo que a su vez le garantiza la posibilidad de ayudar económicamente a su familia en el país de origen–, bien porque mantiene una relación con españoles o con residentes en España o bien en caso de quedar acreditada la tutela por parte de alguna asociación, las variables de desarraigo y de riesgo de fuga deben relativizarse en los mismos términos a los que nos referimos al hablar de los permisos de salida¹²³.

J) Libertad condicional.

La libertad condicional se regula, con carácter general, en los artículos 90 y siguientes del Código penal. En ellos se establece que para poder acceder a este cuarto grado de clasificación, deberán concurrir en el interno, una vez cumplidas las tres

¹²² En este sentido también SÁNCHEZ YLLERA: ob.cit. pág. 70.

¹²³ Como pone de manifiesto SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ es imprescindible la vinculación del interno con el medio al que va a retornar, vinculación que puede acreditarse por diferentes vías: el haber sido titular de un permiso de residencia, desde el punto de vista familiar, o, en virtud de lo recogido en la Recomendación del Consejo de Europa R (84) 12 punto cuarto, posibilitando la integración del recluso extranjero que desee integrarse en el país en el que ha estado recluso, apreciándose para ello variables como la gravedad del delito cometido, la participación en actividades formativas, la tutela de Instituciones que le acojan en sus permisos de salida y la obtención de una oferta de trabajo. *Curso de Extranjería II*, ob.cit. págs. 16 y 17.

cuartas partes de su condena¹²⁴, una serie de requisitos como son la clasificación del sujeto en tercer grado, que haya observado buena conducta y que exista un pronóstico favorable de reinserción social. También el acceso a la libertad condicional ha sido en cierta medida endurecido por la L.O. 7/2003, de cumplimiento íntegro, que ha modificado los artículos 90 y 91 del Código, en el sentido de exigir como criterio evaluador de la buena conducta y del pronóstico individualizado de reinserción social la satisfacción por el penado de la responsabilidad civil¹²⁵.

De cumplirse estas condiciones, el Juez de Vigilancia decretará la libertad condicional del penado, tiempo de cumplimiento de condena que disfrutará en el territorio español¹²⁶.

Ahora bien, a la hora de conceder a los penados extranjeros la libertad condicional, una vez constatados los requisitos contenidos en el artículo 90, se vuelve a plantear de nuevo el problema del arraigo. Son muchos los extranjeros que no acceden a este cuarto grado de tratamiento por su falta de arraigo en nuestro país. Ya vimos cómo el condicionante de no disfrute de permisos de salida influía en la no progresión a tercer grado y ésta a su vez en la no concesión de la libertad condicional¹²⁷.

Pero el RP estipula otra vía, con diferencias al régimen común de la libertad provisional y distinta a la figura de la expulsión contemplada por el artículo 89, para los internos extranjeros no residentes regularmente en España. De esta manera, el artículo 197.1 recoge la posibilidad del cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia del interno, una vez que éste cumpla los requisitos establecidos con carácter general y tras prestar de forma documentada su consentimiento¹²⁸.

¹²⁴ Este requisito temporal se reduce a las dos terceras partes, como beneficio penitenciario, si el sujeto ha desarrollado de manera continuada actividades laborales, culturales u ocupacionales, o que desaparece en el caso de los penados que hayan cumplido los setenta años (arts. 91 y 92). De este régimen se exceptúan, tras la entrada en vigor de la L.O. 7/2003, los condenados por terrorismo o los que hayan cometido el delito en el seno de una organización criminal.

¹²⁵ Y, junto a ello, en el caso en el que el sujeto haya cometido el delito dentro de una organización criminal, se entenderá que existe pronóstico de reinserción social siempre y cuando el sujeto haya colaborado activamente con las autoridades, en el sentido anteriormente señalado.

¹²⁶ Y durante el cual se le puede someter al sujeto a alguna de las reglas de conducta recogidas en el artículo 105 del Código.

¹²⁷ En el año 2001, sólo un 2% de los penados que disfrutaban de la libertad condicional en nuestro país eran extranjeros –no más allá de 100 personas. SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ: *Curso de Extranjería II*, ob.cit. pág. 19.

¹²⁸ En cuanto a su tramitación, cuando se acerque el cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes o $\frac{2}{3}$ partes del cumplimiento de la condena se elevará el expediente de libertad condicional del interno al Juez de Vigilancia, incluyendo la petición expresa de aquél, solicitando a su vez al Juez de Vigilancia que autorice las medidas de control necesarias para garantizar la salida efectiva. Una vez autorizada la libertad

Esta vía, al contrario que el régimen común, sí que es utilizada en una mayor medida, requiriendo los Jueces de Vigilancia normalmente como condiciones de concesión que se garantice la salida efectiva del interno de España por las Fuerzas de Seguridad y que se le prohíba su vuelta durante el tiempo efectivo de duración de esa libertad condicional¹²⁹.

Pero la concesión de la libertad condicional a través del artículo 197.1 no está exenta de problemas. En primer lugar, porque requiere, al contrario que la sustitución de la última parte de la condena por la expulsión a la que se refiere el artículo 89 de Código, el consentimiento del interno y, como ya hemos señalado anteriormente, muchos de estos penados prefieren terminar de cumplir la condena en España antes de la incierta vuelta a su país de origen o residencia.

Otro problema es la total ausencia del control de estos liberados condicionales que, en la práctica, provoca que esa concesión de la libertad condicional suponga la libertad definitiva ante la imposibilidad de realizar un seguimiento de estos internos¹³⁰. A diferencia de los penados que disfrutaban de la libertad condicional en España, para los que se articulan diferentes mecanismos de control¹³¹, es básicamente imposible llevar a cabo cualquier tipo de vigilancia para los liberados condicionales en sus países de origen o residencia, pese a que está prevista la posibilidad de solicitar de las autoridades competentes la aplicación de medidas de control de la libertad condicional previstas en sus ordenamientos¹³². Sin mecanismos de control, la concesión de la libertad

condicional para su cumplimiento en el país de residencia, se remite con carácter inmediato una copia de la resolución a la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la que, si el Juez lo establece, se solicitará que se dispongan las medidas necesarias para el aseguramiento de la salida efectiva del interno del territorio nacional. Instrucción 14/2001 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, punto III.

¹²⁹ SÁNCHEZ-ORTIZ RODRÍGUEZ: *Curso de Extranjería*, ob. cit., pág. 19. De hecho, durante el año 2001 disfrutaron de la libertad condicional por esta vía 249 internos extranjeros. *Ibidem.*, pág. 20.

¹³⁰ Razón ésta por la que muchos Jueces de Vigilancia penitenciaria son reacios a la aplicación de este mecanismo en tanto la concesión de la libertad definitiva es competencia del Juez o Tribunal sentenciador. Por ello, como establece GÓMEZ ARROYO, a la hora de la concesión o denegación de la libertad condicional del artículo 197.1 el Juez de Vigilancia deberá evaluar la posibilidad o no de establecer un sistema de control y seguimiento a través de variables como la existencia de normas de Derecho internacional, la naturaleza y efectividad de las medidas previstas en la legislación interna, el cumplimiento de ellas por el otro Estado o los efectos reales de una hipotética revocación; «Reflexiones sobre la libertad condicional». *Estudios jurídicos, Cuerpo de Secretarios judiciales*, II-2000, pág. 150.

¹³¹ Son los servicios sociales penitenciarios del Centro penitenciario o de Inserción social más próximo al que el sujeto va a residir los competentes del seguimiento y control de los liberados condicionales, cumpliendo las directrices marcadas por la Junta de Tratamiento (art. 200 RP).

¹³² Y pese a la existencia de diferentes Convenios bilaterales sobre traslado de personas condenadas que prevén la ejecución de la libertad condicional de los internos nacionales o residentes que son expulsados para cumplir la libertad condicional en ellos como el de Cuba, Bolivia, Argentina, Panamá, Paraguay, El Salvador o Guatemala.

condicional por esta vía se convierte en la práctica en un indulto parcial de la pena que le falta por cumplir al interno extranjero o bien en una expulsión consentida encubierta realizada por vía judicial¹³³.

Por último, observamos de nuevo el peligro de caer en la identificación automática de la falta de arraigo con la carencia de permiso de residencia¹³⁴, lo que, si bien en muchos casos puede ocurrir, no es así siempre en términos generales, con lo que esta medida puede ser utilizada como vía de escape al problema de la masificación de los establecimientos convirtiéndose en la vía paralela a la sustitución por la expulsión una vez cumplidas las tres cuartas partes de las condenas superiores a los seis años, eso sí, con la exigencia del consentimiento del interno¹³⁵. De hecho, es práctica generalizada la progresión del penado extranjero a tercer grado a los solos efectos de facilitar su acceso a la libertad condicional en su país de origen o de residencia. Todo ello, desoyendo otras variables que pueden acreditar el arraigo de internos extranjeros que, pese a carecer de permiso de residencia, disponen de una oferta de trabajo, existe alguna institución que los pueda tutelar durante ese período de libertad condicional, tienen conocimiento de idioma, disponen de familia en España, etc, variables todas ellas que deberían analizarse a la hora de la posibilitarle el disfrute de la libertad condicional en nuestro país. La concesión de la libertad condicional en España o en su país de residencia gira en torno a

¹³³ BERMEJO DE TERREROS: «El extranjero privado de libertad: paradojas del sistema», ob. cit., pág. 273.

¹³⁴ En este sentido, señala BERMEJO DE TERREROS que no puede proponerse el cumplimiento de la libertad condicional en nuestro país a los sujetos que no tengan residencia, o que por vía administrativa le pudiera ser negada, o que no pueda obtener permiso de trabajo o que tenga una propuesta de expulsión o resolución en firme. De otro modo, se realizaría un agravio comparativo con aquellos extranjeros, también en condición de irregularidad, que no han cometido ningún hecho delictivo y que pueden ser expulsados en cualquier momento por vía gubernativa; «Sistema de individualización científica y clasificación: Segunda parte. Especial referencia al interno extranjero». *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, V. Madrid, 1998, pág. 407. Exceptúa este autor en cambio a los extranjeros que, aunque tengan grandes dificultades legales para regularizar su situación en España, demuestren arraigo por tener o residir su cónyuge e hijos en nuestro país; «El extranjero privado de libertad: paradojas del sistema», ob. cit., pág. 274.

¹³⁵ Sin olvidar que, en el caso de concurrencia del disfrute de la libertad condicional en nuestro país con una medida de expulsión administrativa, deberá esperarse hasta el licenciamiento definitivo del interno para poder hacer efectiva esta última. En cuanto a su concurrencia con la medida penal del artículo 89 del Código penal, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han establecido que «la posibilidad de que el Tribunal Sentenciador expulse al condenado cuando haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, establecida en el artículo 89 del CP de 1995, debe quedar condicionada a que no exista un pronunciamiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre el cumplimiento de la libertad condicional en España, y también en todo caso a que se haya previsto dicha posibilidad en la sentencia condenatoria» en el art. 30 de las *Conclusiones de la IX Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, celebrada en Madrid los días 11 y 12 de abril de 1996.

la interpretación que se realice respecto al requisito del artículo 90 referido al pronóstico de reinserción social, en función de si se entiende que el sujeto puede integrarse o no en la sociedad española o si sería más positivo para su proceso de reinserción su integración en su país de origen.

La práctica demuestra, en cambio, cómo se impide acceder a la libertad condicional en nuestro país a los penados extranjeros en situación de irregularidad lo que, en caso de que no se lleve a cabo la sustitución de su pena por la expulsión ni el sujeto consienta cumplir la última parte de su condena en su país de origen o residencia, le conduce a un cumplimiento íntegro de la condena y en unas condiciones de mayor dureza que las del resto de internos nacionales, dada su dificultad casi insalvable de acceso a permisos y a la progresión al régimen abierto.

Son tres las salidas que esperan a los penados extranjeros que se encuentren en situación irregular, dada la imposibilidad de que se produzca una regularización de su situación, al no poder obtener permiso de residencia temporal por sus antecedentes penales: o bien se establece la sustitución de su pena por la expulsión –más tras la reforma del art. 89 CP operada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, cuya finalidad es conseguir la automaticidad de la expulsión–, o bien el penado puede acceder al cumplimiento de la libertad condicional siempre que su disfrute sea en su país de origen o de residencia o, por último, un cumplimiento íntegro de su condena más el proceso gubernativo de expulsión posterior.

III. CONCLUSIONES.

Sin posibilidad de acceder a los permisos de salida, al tercer grado y a la libertad condicional en nuestro país –al margen de los problemas de aislamiento e indefensión debidos a la falta de comunicaciones, carencia de recursos económicos y desconocimiento del idioma que presenta buena parte de la población reclusa extranjera–, el cumplimiento de las penas de prisión de los extranjeros se torna en un cumplimiento íntegro en condiciones cualitativa y cuantitativamente más duras que las que corresponden a los penados nacionales. La pena privativa de libertad se convierte así en un duro período de espera, en la mayor parte de los casos, antes de la expulsión o de la vuelta a la situación de irregularidad.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, existe una importante disonancia, a todas luces incoherente, entre la política penitenciaria en materia de reclusos extranjeros

y las políticas sociales ante la inmigración. Y ello nos lleva a replantearnos qué modelo queremos.

Se puede optar, en primer lugar, por un modelo defensista, el seguido por La ley de Extranjería –y que incluso se manifiesta en el CP con figuras como la sustitución de la pena por expulsión– que aboga por imposibilitar que los extranjeros que han cometido hechos delictivos residan legalmente en España.

Ahora bien, la apuesta por esta línea comporta entrar en un debate abierto de los fines de la pena de prisión para los penados extranjeros, pues a todas luces parecen inútiles los fines de reinserción cuando se imposibilita legalmente su acceso a los permisos de residencia, más aún, cuando se potencia la utilización de otros mecanismos para la lucha contra la criminalidad de extranjeros, como por ejemplo la expulsión, en los que está ausente toda finalidad preventivo-especial. Debería entonces llegarse a la conclusión de que, en estos casos, el fin buscado, junto con la prevención general de los delitos, será su retención y custodia en espera de la aplicación de otras medidas como la expulsión o el cumplimiento de la pena en sus países de origen o residencia¹³⁶.

Si apostamos, en cambio, por respetar y mantener el modelo garantista de la LOGP, es necesario articular los medios necesarios para la consecución de manera efectiva del cumplimiento de la pena en igualdad de condiciones que los nacionales. Para ello,

- Habría, en primer lugar, que regularizar la situación de los extranjeros en nuestro país durante el tiempo en el que se encuentren en un establecimiento penitenciario, bien en régimen de prisión provisional bien, sobre todo, mientras dure el cumplimiento de su condena, estableciendo una previsión en la Ley de Extranjería. Y ello para facilitar su acceso, en igualdad de condiciones y sin las trabas que comporta la situación de irregularidad, a los derechos y prestaciones necesarias para su proceso de reinserción social. Una vez que finalizara el cumplimiento de la condena, acabaría, en su caso, en las situaciones de desarraigo esa estancia regularizada y se posibilitaría con ello la ejecución de

¹³⁶ Interesante es la vía intermedia planteada por MAPELLI CAFFARENA que propone, dado que los extranjeros van a ser irremediabilmente expulsados del territorio español con lo que se va a impedir su reinserción, la creación de centros internacionales de cumplimiento de penas de prisión en el marco de convenios bilaterales realizados con los países de donde procede la mayor parte de la población reclusa extranjera –Marruecos, Colombia y Argelia. Estos centros, situados en el país de cumplimiento, serían sufragados por el país de condena y a ellos se destinarían a los nacionales de esos países sin la necesidad de que prestasen su consentimiento. Esta solución, a parte de disminuir los costos procedentes del cumplimiento de penas de los sujetos extranjeros, facilitaría su reinserción en el país de procedencia. En «Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera», ob, cit., págs. 44 y ss.

la expulsión –que no se habría podido producir previamente, ni durante el procedimiento seguido contra el sujeto ni durante el cumplimiento de la pena impuesta.

- Habría que arbitrar, en segundo lugar, los mecanismos necesarios destinados a posibilitar esa reinserción de los penados, sobre todo potenciando la ya importante labor de las ONG's en la tutela de extranjeros penados en el disfrute de permisos de salida, terceros grados y libertades condicionales y como intermediarias entre empresarios y extranjeros, posibilitando el trabajo de éstos y con ello su acceso a un tercer grado o a la libertad condicional así como entre éstos y sus propias familias –especialmente, en materia de comunicaciones–.
- En tercer término, sería necesario, como por otro lado viene haciendo la jurisprudencia en el tema de permisos o del tercer grado, reinterpretar el concepto de arraigo, evitando la identificación automática con la carencia de papeles y evaluando, al tiempo, otras variables como la existencia de una oferta de un trabajo en el exterior de un empresario, el conocimiento del idioma, la tutela por alguna organización, la existencia de relaciones con residentes en España, etc.
- Por último, y una vez interpretada de esta manera la circunstancia del arraigo, se hace necesaria la combinación de diferentes medidas:
 - a) La expulsión, tras el cumplimiento de la pena y ello en aras a garantizar los fines preventivo-generales del Derecho penal –o bien el cumplimiento en sus países de origen o residencia–, de los extranjeros irregulares sin ningún tipo de arraigo en España, que cuando cometieron el hecho delictivo no residían en España –ni regular ni irregularmente– y sin pronóstico favorable de reinserción; Se impediría con ello la permanencia en nuestro país de sujetos criminalizados, vinculados normalmente con delitos de tráfico de drogas y la delincuencia organizada, que cuando cometieron el hecho no vivían en España o no lo hacían de forma normalizada. Incluso podría aplicarse esta posibilidad en el caso de extranjeros regulares reincidentes que han cometido graves hechos delictivos.
 - b) La reinserción, permitiendo el acceso al permiso de residencia temporal con independencia del criterio de los antecedentes penales, de los penados extranjeros sobre los que, una vez cumplida la condena, exista un pronóstico favorable de inserción social y laboral, dándose la circunstancia de arraigo tal y

como aquí ha sido interpretada: oferta de trabajo, familia en nuestro país, estancia continuada antes de la comisión del delito, etc.