



EXTRANJEROS EN PRISIÓN. EL PAPEL DE LA EXPULSIÓN

FOREIGNERS IN PRISON. THE ROLE OF DEPORTATION

Cristina Almeida Herrero*

Miryam Carretero Trigo

Abogadas

RESUMEN

En nuestro país, la persona extranjera se enfrenta a lo largo del proceso penal y penitenciario con una legislación claramente marcada por la política migratoria y el uso que esta hace de la expulsión. Durante el proceso penal el juez puede renunciar al “ius puniendi” archivando el proceso penal a cambio de la expulsión o determinar en sentencia la sustitución total o parcial de la pena impuesta por expulsión. Cuando la persona extranjera entra en prisión suelen encontrarse con una mayor incertidumbre sobre su situación en relación a los presos nacionales, prevaleciendo su situación de extranjero frente a la de preso. Una vez finalizada la condena, el preso extranjero ha de volver a enfrentarse a la posibilidad de ser expulsado conforme a la normativa de extranjería.

Palabras clave: extranjero, prisión, expulsión y sistema penal.

ABSTRACT

Foreign people in our country have to face a legislation strongly influenced by migration policy and the use it makes of expulsion when dealing with criminal procedures and prison processes. During the criminal procedure, the judge may renounce to his “ius puniendi” by closing the criminal procedure in exchange for the expulsion. He may also settle in the judgement the total or partial substitution of the penalty imposed by deportation. When

* Miembro del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)], en cuyo marco se ha elaborado este artículo.

foreigners are in prison usually have to face a great uncertainty about their situation relating national prisoners as their condition of foreigners will prevail over the one of prisoners. Once the sentence is served, the foreigner will have to face again the possibility of being expelled according to laws relating to migration.

Keywords: foreigner, prison, deportation, criminal system.

1. Introducción

El documento que se presenta a continuación ofrece una visión de la realidad jurídica a la que se enfrenta la persona extranjera en el proceso penal y penitenciario. Cuando hablamos de extranjeros en prisión, fácilmente llegamos a la idea errónea que vincula inmigración y delincuencia como dos procesos sociales que van de la mano. Este vínculo se ha visto reforzado por las distintas reformas legislativas que potencian la utilización del Derecho penal como instrumento de regulación de la inmigración, hasta el punto de que se ha acuñado un término que refleja con exactitud esa equiparación entre inmigración y delincuencia: crimigración (García, 2018).

En la actualidad, la población extranjera en nuestras prisiones ha descendido. En enero de 2019, el porcentaje de extranjeros en las prisiones españolas era del 28%, muy por debajo del porcentaje alcanzado en 2009 que rondaba el 35.6%¹.

Los motivos de dicha disminución son varios y van más allá de la expulsión de la persona extranjera como pena sustitutiva de la prisión. Una primera idea tiene que ver con población migrante general en territorio español, que ha descendido en los últimos años y esto se traduce en una menor población extranjera también en las prisiones. Igualmente, a este menor porcentaje de personas migrantes en España debemos añadir un mayor nivel de arraigo. Más del 70% de las personas extracomunitarias disponen de una autorización de larga duración, obtenida después de más de 5 años de residencia legal en el país, lo que les permite eludir la prisión preventiva. Una segunda explicación tiene que ver con las reformas penales que han reducido el tiempo de condena de prisión para los delitos contra la salud pública y han potenciado el establecimiento de medidas alternativas a la prisión para determinados delitos (Boza, 2016).

Desde que un extranjero entra en la rueda de la justicia se ha de enfrentar a obstáculos que en el caso de los españoles no se dan. En la citada reforma del código penal se eliminan las faltas convirtiéndose en su mayoría en delitos leves. Esto tiene una consecuencia para el extranjero que marcará su situación legal en España. El hecho de ser condenado por un delito leve conlleva la tenencia de antecedentes penales, y este hecho impide la obtención de la autorización de residencia y dificulta la renovación de la misma - art 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y

¹ Página web de Instituciones penitenciarias: <http://www.institucionpenitenciaria.es/> (acceso: 11 de abril de 2019).

su integración social, en adelante LOEX -. No obstante, a través de la Sentencia Rendón, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea insta a los Estados a la concesión de autorizaciones de residencia, pese a la tenencia de antecedentes penales, en el supuesto de los padres de niños ciudadanos de la UE (Sentencia el Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2016, asunto C165/14). Esta decisión de facilitar la autorización a los progenitores de menores ciudadanos de la UE ha sido ratificada por el Tribunal Supremo en Sentencia núm.15/2017 de 10 de enero de 2017.

Otra dificultad con la que puede encontrarse el extranjero en proceso penal es el desconocimiento del proceso judicial y del idioma castellano. En muy pocas ocasiones se está haciendo efectivo el derecho contenido en el artículo 123.1d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa. Deberán ser traducidos, en todo caso, las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia.

Esto supone que con frecuencia el extranjero no comprenda cómo ha sido el proceso de defensa o los motivos por los que, finalmente, ha sido condenado.

2. Proceso penal: Primeros encuentros con la expulsión

En el proceso penal, antes de ser condenado, el extranjero puede encontrarse con la primera posibilidad de ser expulsado a su país de origen, archivándose el proceso penal de forma provisional hasta la prescripción del delito (artículo 57.7 de la LOEx):

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

Esta figura supone una renuncia del *ius puniendi* frente al Derecho Administrativo.

La segunda posibilidad de ser expulsado al país de origen viene establecida en el artículo 89 del Condigo Penal, que contempla la sustitución de la pena de prisión por expulsión. Una de las novedades en la última reforma del Código Penal (LO 1/2015) es el establecimiento del límite mínimo de un año para que la pena pueda ser sustituida. Además, en penas comprendidas entre 1 y 5 años de prisión, el juez o tribunal sentenciador pueden sustituir la pena totalmente. Igualmente, pueden solicitar la ejecución de una parte de la pena no superior a los 2/3 de su extensión y sustituir el resto por expulsión. En todo caso,

se sustituirá cuando acceda al tercer grado o en el momento que se le conceda la libertad condicional.

En penas de más de 5 años, el juez puede decretar el cumplimiento de una parte de la condena o la sustitución cuando acceda al tercer grado o libertad condicional, como en el caso anterior. En este último supuesto se ha otorgado una amplia discrecionalidad al juzgado o tribunal que puede conllevar, si se cumple gran parte de la pena, a una acumulación de condenas (Sentencias 145/2006, de 8 de junio y 110/2009, de 11 de mayo). Ante este hecho, autores como Boza (2016) resaltan la ausencia de un periodo mínimo de estancia en prisión. No obstante, tomando como referencia las 2/3 partes contempladas para las condenas de 1 a 5 años, cuando hay una suspensión parcial en penas superiores a 5 años, quizás, hubiera sido necesario establecer un periodo máximo de cumplimiento de la pena de prisión. De esta manera, se evitaría que pudiera darse acumulación de ambas penas (prisión y expulsión) y un cumplimiento desproporcionado de la condena.

Siguiendo con las posibilidades de sustitución de pena de prisión por expulsión, otra de las novedades de la reforma establecida por la Ley 1/2015 repercute negativamente en la población extranjera. El nuevo texto del artículo 89 habla de la expulsión del “ciudadano extranjero” frente al “no residente legalmente en territorio español” que se establecía en dicho artículo antes de la reforma. Esto supone que en estos momentos se estén ejecutando sustituciones de penas por expulsión a personas residentes legales en territorio español, a ciudadanos comunitarios o familiares de comunitarios.

Es cierto que el propio articulado, en el apartado 89.5, viene a recoger la jurisprudencia que hasta ese momento se había dictado, estableciendo que “no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”. Esto supone un establecimiento de un límite en la sustitución de la pena por expulsión a través del arraigo, entendido este como arraigo en todas sus dimensiones (social, laboral y económico) o desarraigo con el país de origen (lazos culturales, sociales, familiares).

En relación con los ciudadanos comunitarios, se tiene en cuenta la normativa comunitaria - Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros -. Esta normativa, en sus artículos 27 y 28, establece que un ciudadano comunitario no puede ser expulsado salvo que constituya una amenaza real, actual y grave contra el orden público. Sin embargo, el texto no hace referencia a los familiares de ciudadanos comunitarios ni a los residentes comunitarios que han alcanzado el estatuto permanente, que deberían gozar de una protección reforzada conforme a la Directiva anteriormente citada.

En el caso de los ciudadanos extracomunitarios que tienen una autorización de larga duración, el artículo 89 tampoco se pronuncia claramente sobre cómo actuar ante la sustitución de la pena por expulsión. No obstante, este grupo goza de la protección ante la

expulsión que le da la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración: El artículo 12 establece que: “Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública”.

Es importante tener en cuenta que la sentencia penal que establece la sustitución de la pena por expulsión no es inamovible, tal y como se manifiesta en la Circular de Fiscalía General del Estado 7/2015: “Las modificaciones relevantes que haya experimentado el reo en sentido favorable a su integración en nuestro país habrán de ser tomadas en consideración en el momento en que se vaya a materializar la expulsión”. En el caso de los extranjeros comunitarios, esta posibilidad está contemplada con anterioridad en el artículo 33 de la Directiva 2004/38/CE que establece que:

Cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión.

En este sentido, es de gran relevancia la recogida y acreditación de las nuevas circunstancias acaecidas ante el tribunal sentenciador, a fin de que modifique dicha sentencia estableciendo el cumplimiento íntegro de la pena en prisión.

3. La estancia en prisión y la posibilidad de cumplimiento en el país de origen

Una vez en prisión, la estancia está marcada por la expulsión: la contenida en sentencia, en el caso de tener condenas sustituidas por expulsión conforme a lo establecido en el artículo 89 del vigente Código Penal, o la expulsión administrativa que se impondrá como consecuencia de haber cometido delito - artículo 57.2 LOEx:

Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Esto ha supuesto directrices como la reciente Instrucción de Instituciones Penitenciarias 3/2019, que establece que:

formará parte del protocolo social la información acerca de la tenencia o no de órdenes de expulsión así como que en el plazo de los 5 días siguientes a su entrada en prisión el Director del Establecimiento se dirigirá a la Comisaría de Policía y pondrá en conocimiento el ingreso del interno extranjero procedente de libertad y solicitará su

número de identificación de extranjero así como información acerca de si consta incoación de expediente de expulsión, y en su caso, el estado de tramitación en que se halle esta.

Dicha instrucción marca tres “líneas” de posible tratamiento penitenciario a seguir, en función de las posibilidades de reincorporación social. A saber: (1) extranjeros con posibilidades de reinserción social en España, se procederá como en el caso de cualquier español; (2) extranjeros sin vinculación social o arraigo o con obstáculos legales que impidan su establecimiento futuro en España, se establecerá desde el primer momento un itinerario con el objeto de valorar las medidas repatriativas disponibles en cada momento de la condena; (3) en el caso de extranjeros que, a pesar de no tener ningún arraigo en España, no pueden ser expulsados, se procederá como cualquier nacional.

Estos itinerarios suponen opciones diferentes para cada situación de extranjería, prevaleciendo la condición de extranjero frente a la condición de preso. Por tanto, cabe decir que estamos hablando de presos de primer o segundo nivel con respecto a algunas figuras del tratamiento penitenciario (permisos de salida, disfrute del tercer grado o libertad condicional en el territorio español), dependiendo de la valoración de un futuro arraigo.

Otra característica del cumplimiento de prisión del extranjero es la inseguridad jurídica a la que se enfrenta. Este horizonte incierto se da en la medida en que la persona vive una situación en la que puede tener causas sustituidas en parte o totalmente por expulsión, junto con otras no sustituidas. La instrucción 3/2019 establece que las causas sustituidas totalmente no formaran parte de la hoja de cálculo - hoja informativa que se entrega a los presos a fin de que tengan el conocimiento de sus fechas de cumplimiento -, aunque incluye en su totalidad las penas sustituidas parcialmente. Esto puede suponer una confusión en varios sentidos. Por un lado, al contemplar las penas sustituidas parcialmente desde la totalidad, los periodos que establece la hoja de cálculo para el acceso a distintas figuras del tratamiento (permisos, terceros grados y libertades condicionales) pueden verse seriamente modificados en relación al tiempo real de cumplimiento de prisión. Por otro lado, al no aparecer las penas sustituidas totalmente, o al no reflejar la parte de cumplimiento efectivo en prisión en las sustituciones parciales, cabe la posibilidad de que el preso extranjero no tenga claro su futuro una vez finalizada la condena de prisión. Por ello sería deseable que la información que contiene las hojas de cálculo contemplen esta información.

Todo esto se acrecienta en la medida en que las sentencias no son inamovibles y esto permite que los juzgados o tribunales puedan modificarla en el transcurso de la condena, sustituyendo penas de prisión por expulsión o dejando la expulsión sin efecto, a petición del propio preso o por consulta de la dirección del centro penitenciario. Esto supone la necesidad de una reflexión sobre qué instrumentos serían adecuados para que el preso extranjero tenga en todo momento información de su situación real de cumplimiento de prisión y de su futuro de expulsión.

La tercera posibilidad de cumplimiento de la pena por parte del extranjero en su país de origen destaca por el papel activo del preso. En ese sentido, la persona puede solicitar la

libertad condicional en su país de origen o residencia, establecida en el artículo 197 del reglamento penitenciario:

En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.

Así mismo, puede acogerse a la posibilidad de solicitar el cumplimiento de la pena en su país de origen con forme a la aplicación de los convenios bilaterales, Convenio de Estrasburgo (13 de marzo de 1986), o en el caso de los ciudadanos comunitarios, la aplicación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea - por la que se transpone la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea - La aplicación de estos convenios supone trámites burocráticos y complejos y lentos, que impiden que el cumplimiento de estas normas sea una opción real para el preso.

4. La expulsión tras el cumplimiento de la pena

Finalmente, una cuarta opción de expulsión al país de origen es la establecida desde la Ley de Extranjería en el artículo 57.2 de la LOEx: “Será causa de expulsión el haber cometido un delito en España cuya pena sea superior a un año”. Esta expulsión se ejecuta una vez finalizada la condena de prisión y contempla la obligatoriedad de informar sobre la fecha de excarcelación desde el centro penitenciario a las autoridades policiales, con tres meses de antelación (artículo 26 del Reglamento Penitenciario):

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

Esto deja fuera de todo lugar la opción de solicitar la autorización judicial para volver a privar de libertad al ex recluso en un Centro de Internamiento para Extranjeros, alegando tiempo de preparación de la expulsión.

5. Conclusiones

Socialmente hemos establecido una vinculación entre extranjero y delincuencia que ha supuesto un endurecimiento de la normativa en base a este imaginario. El contacto con el sistema penal en el caso de la persona extranjera tiene una doble consecuencia: a nivel penal y a nivel administrativo, generando claras diferencias entre españoles y extranjeros. La sombra de la expulsión acompaña al extranjero a lo largo de proceso penal y penitenciario: (1) En el proceso penal la expulsión se establece como una respuesta punitiva que puede acompañar o incluso sustituir a la pena de prisión; (2) En el proceso penitenciario la expulsión se instrumentaliza como un elemento del tratamiento; (3) Una vez finalizada la condena, todo extranjero debe hacer frente a la expulsión administrativa por el hecho de quedar en situación irregular.

6. Propuestas

A la luz de lo expuesto, la expulsión, como herramienta que define los distintos itinerarios en prisión, debe ser entendida como un instrumento de reinserción y resocialización y no tanto de repatriación. Para ello, es necesario poner en marcha distintas acciones que:

Favorezcan el conocimiento por parte del preso extranjero de las causas penales en las que se ha decretado la sustitución total o parcial de su pena de prisión por expulsión.

Permitan reestablecer y/o consolidar los vínculos con las familias en el país de origen, favoreciendo la entrega de tarjetas telefónicas a las personas que carezcan de recursos y/o las comunicaciones por videoconferencias, tal y como establece la Instrucción de Instituciones Penitenciarias 3/2019.

Fomenten el apoyo psicológico a fin de minimizar las consecuencias de la expulsión, que suele verse acompañada de sentimiento de fracaso, vergüenza, miedo, etc.

Generen redes de acogida y apoyo con organizaciones que puedan ayudar en su reinserción social en los países de origen

Garanticen las posibilidades de llegar al lugar de residencia facilitando una cantidad de dinero que permita desplazarse desde el punto de llegada al país

Favorezcan la capitalización de la posible prestación por desempleo para que aquellas personas extranjeras que han trabajado en prisión puedan disponer del monto de esta prestación en su país de origen.

BIBLIOGRAFÍA

Boza, D. (2016): *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP.*, Madrid, Editorial Aranzadi.

Fernández, R. (2017): *La historia de una sinrazón prevista en el art.89 del Código Penal. El artículo 89 y sus reformas. Pequeño análisis de las modificaciones*, Madrid, Editorial Jurídica Sepin.

García España, E. (2018): *Enfoque criminológico de las migraciones*, Madrid, Editorial Síntesis.

- (2017): “Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de expulsión”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-15.pdf> (acceso: 16 de septiembre de 2019).

Magariño, J.A. (2016): “La expulsión de ciudadanos extranjeros sometidos a procedimientos penales antes de su finalización. Presupuestos y efectos en el proceso”, en *Diario La Ley*, 8799, Sección Doctrina, 8 de julio de 2016, Ref. D-275.

Martínez Escamilla, M. (2015): *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Proyecto I+D+i Iusmigrante Disponible en: <http://eprints.sim.ucm.es/34492/1/FINAL.%20DIC%202015%20LIBRO%20CGPJ.pdf> (acceso: 29 de septiembre de 2019).

Monclus, M. (2002): *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Tesis doctoral, Barcelona, Universidad de Barcelona, Disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/97667/1/MONCLUS_MAS%C3%93_TESIS.pdf (acceso: 14 de octubre de 2019).

Nistal, J. (2018): *La condición de extranjero en el sistema penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Recio, M. (2015): “Claves de la reforma de la expulsión en el Código Penal”, en *Diario la Ley* N° 8602.

Sánchez, J. (2015): *La LO 1/2015 de reforma del Código Penal en materia de expulsión sustitutiva de la pena. Art 89 CP*, Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/S%C3%A1nchez%20M_elgar.pdf?idFile=de060945-091e-4c6f-ab82-295ae3deb061 (acceso: 17 de octubre de 2016).

Varela, B. (2013): *La intervención con personas extranjeras privadas de libertad: las expulsiones*, Jornadas estatales de los Servicios de Orientación Jurídica Penitenciaria, San Sebastián 14-16 de noviembre.

Wagman, D. (2002): “Estadística, delitos e inmigrantes”, *Derechos para todos*, 9 (Julio-agosto).