

EL NOU MARC LEGAL DE L'ESTRANGERIA A ESPANYA.

Jornada d'estudi organitzada per la Càtedra d'Immigració, Drets i Ciutadania de la UdG i el Grup de Recerca sobre Migracions i Mercat de Treball.

Facultat de Dret, 12 de desembre de 2003.

Tercera Ponència.

“Las reformas en materia penal”

Dra. Elisa García España.

Resumen.

Introducción

En la jurisdicción penal, los inmigrantes aparecen tanto en el papel de autores de los hechos delictivos como de víctimas. Con relación al primer aspecto, una investigaciónⁱ indica que la tasa de delincuencia de los extranjeros residentes legales es bastante baja, e incluso inferior a la de los autóctonos. Sin embargo, el grupo de foráneos transeúntes o inmigrantes en situación irregular, sin vínculos sólidos con la sociedad española, presenta una tasa ligeramente superior a la de los nacionales. Un 19,2% de la población reclusa en España es extranjeraⁱⁱ y como dato relevante hay que destacar que aproximadamente el 6,5% de las condenas dictadas por las audiencias provinciales y los juzgados de lo penal recaen sobre extranjeros.

En cuanto a las cifras de victimación se conoce solamente la de los extranjeros en su condición de turistasⁱⁱⁱ. Si estos datos son indicativos para extranjeros en total, la población extranjera sufre más delitos que la autóctona.

En esta intervención vamos a resumir las reformas penales que afectan a los extranjeros; y a cuestionarnos si existe relación entre los fenómenos

inmigración y delincuencia; y, por tanto, si la reacción penal prevista es eficaz, esto es, es capaz de reducir la delincuencia de extranjeros tal y como se propone.

Recientes reformas penales

Durante este año se ha llevado a cabo un número considerable de reformas penales que afectan tanto al ámbito material como al procesal y penitenciario. Estas reformas legislativas han sido:

1.- Procesales

- Juicios rápidos
- L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECr en materia de prisión provisional

2.- Penitenciarias

- L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

3.- Penales

- L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e *integración social* de los extranjeros (expulsión, pérdida de autorización para residir, ...)
- Código penal (L.O. 15,2003, sobre reforma del Código penal de 1995. BOE de 27 de noviembre de 2003)

Este conjunto de reformas penales, sustentadas sobre datos no oficiales, no publicados ni conocidos, ha precedido la última reforma de la Ley de Extranjería.

Este cúmulo de reformas penales y de extranjería, y el hecho de que en la Ley 11/2003 además de reformas penales se incluyan reformas supuestamente dirigidas a la integración social de los extranjeros, no son casualidades. Son circunstancias que dejan ver con claridad el estereotipo y los prejuicios que sobre los extranjeros rondan el imaginario social: que el aumento de la delincuencia está causado por los extranjeros.

Contenido de la reforma penal material en relación a los extranjeros

Principalmente han recaído sobre dos tipos de conductas (mutilación genital del 149.2 y tráfico ilegal de inmigrantes del 318bis del Código penal) y la consecuencia penal por excelencia prevista para los extranjeros que es la expulsión como sustitutivo penal (artículo 89 del Código penal).

Destacamos la reforma acaecida en el artículo 89 del C.P. pues es la que consideramos relevante de cara a explicar después la situación de riesgo delictivo en la que caen los extranjeros. La reforma ha consistido fundamentalmente en convertir a esta figura en una medida sustitutiva *obligatoria* para los extranjeros que se encuentren en la situación descrita en el mismo. Antes de esta reforma la

sustitución de la pena de prisión por la expulsión era una decisión discrecional del juez.

El motivo que le lleva al legislador a adoptar esta decisión se enmarca en el fracaso experimentado por el “Plan de excarcelación de extranjeros” y que abordaremos más adelante. Por el momento me limito a criticar el hecho de que esa obligatoriedad puede hacer que este precepto sea inconstitucional, por vulnerar el principio de igualdad con respecto a los españoles que cometiendo el mismo tipo de delitos deben cumplir la condena de prisión.

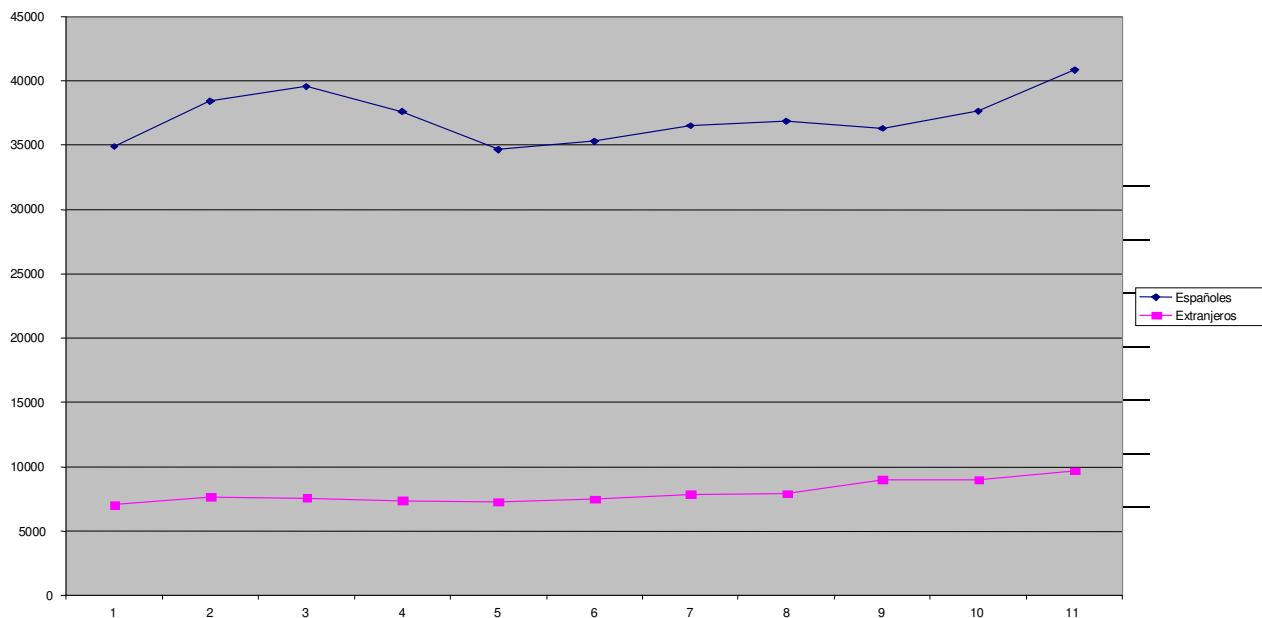
Otras modificaciones realizadas en la redacción de este precepto son también objeto de crítica. Así, por ejemplo, se vulnera el principio de proporcionalidad al prohibir la entrada en España a todo expulsado durante un periodo de 10 años para todos los casos. La redacción anterior establecía un intervalo de 3 a 10 años de prohibición de entrada, lo que permitía a los jueces ponderar la medida de prohibición en función a la gravedad del hecho delictivo cometido).

Tasa delictiva de los extranjeros

Todas estas medidas parecen estar sustentada en la idea de que la inmigración y la delincuencia tienen una relación directa y lineal. Lo cierto en esa posible relación es que a mayor número y concentración de personas el número de delitos en términos absolutos aumenta. Sin embargo, lo realmente importante es si en términos relativos se mantiene esa relación.

Para conocer el volumen de delincuencia suelen utilizarse datos oficiales de delincuencia, que más que la delincuencia real lo que nos muestra es la actividad policial y judicial. A falta de datos procedentes de fuentes más válidas y fiables como encuestas de victimación o informes de autodenuncia, intentaremos interpretar los datos policiales a partir de distintos correctores. El primero de ellos consiste en desglosar las detenciones penales de extranjeros de sus detenciones por estancia irregular en el país (infracción administrativa); el segundo consiste en atender a la heterogeneidad del colectivo de extranjeros, diferenciando entre población residente (en situación legal o irregular) y población flotante (que no producen inseguridad ciudadana pues cometen delitos fronterizos); y, el último, la composición estructural del colectivo de extranjeros, que no hace a ese colectivo comparable con la población nacional (más envejecida).

La aplicación de esos correctores nos aproxima a la tasa de delincuencia de la población española y extranjera expuesta en la siguiente tabla:



Aunque la tasa de delincuencia de los extranjeros es superior a la de los españoles, hay que destacar que desde 1997 se ha venido produciendo un descenso de la delincuencia en ambas poblaciones, siendo mayor la reducción producida entre la población extranjera.

Por tanto, aunque en términos absolutos el número de detenidos extranjeros ha aumentado, en términos relativos ha descendido en el tramo temporal de 5 años expuesto en la tabla.

No obstante, la explicación del mayor número de detenciones entre la población extranjera podemos encontrarla en la exclusión social que padece este colectivo y en la mayor atención que los agentes del control social prestan al mismo.

Extranjeros en prisión

La población extranjera en prisión ha aumentado escasamente un 3%, algo menos que el crecimiento experimentado por la población extranjera residente en nuestro país los últimos años.

La gráfica que se expone a continuación desmiente el hecho de que la población carcelaria ha aumentado por el incremento de población extranjera.

Esto es, la población penitenciaria ha aumentado con independencia de los internos extranjeros.

El ligero aumento de extranjeros en prisión puede explicarse además a partir de:

1. El aumento de la población extranjera en el país
2. Las condenas de larga duración a la población flotante
3. El mayor uso de la prisión preventiva (43,9% de extranjeros en prisión estaban en situación preventiva en el 2003)
4. El escaso acceso al sistema de progresión de grados (aunque legalmente no se establece ninguna diferencia de trato para los extranjeros, la situación de irregularidad a la que les condena la Ley de Extranjería al ser condenados a

una pena de prisión superior a un año, obstaculiza la posibilidad de obtener la libertad condicional, por ejemplo).

5. La poca aplicación de las medidas específicas de excarcelación. Aunque la política penal y penitenciaria ha girado en torno a la expulsión del extranjero delincuente desde 1993 (Plan de excarcelación), la realidad es que la frecuencia de su aplicación es escasa, como se observa en la siguiente tabla:

MEDIDAS DE EXCARCELACIÓN	EXTRANJEROS
Expulsión con autorización judicial de preventivos (art. 57.7 L.E. 8/2000)	101
Expulsión como sustitutivo de pena inferior a seis años de prisión (art. 89 C.P.)	284
Expulsión que sustituye el último cuarto de la pena en condenas superiores a seis años (art. 89 C.P.)	7
Cumplimiento de pena en el país de origen	42
Libertad condicional en el país de origen (art. 197 Reglamento Penitenciario)	432
TOTAL	866

Los motivos de la escasa aplicación de estas medidas son:

- la negativa de los extranjeros a cumplir la condena en sus países de origen
- la imposibilidad legal de aplicar la expulsión en delitos de tráfico de drogas transnacionales o de tráfico ilegal de personas
- la dificultad para identificar a los extranjeros indocumentados
- la no colaboración, a veces, de algunas embajadas
- los numerosos trámites administrativos en la ejecución de esas medidas
- la insuficiente coordinación entre las instituciones implicadas
- etc

Sin embargo, el legislador penal ha ignorado estas circunstancias y ha pretendido arreglar la situación obligando a los jueces a aplicar siempre la expulsión como sustitutivo penal. Ante la imposibilidad de agilizar las expulsiones, se ha procedido a la reforma el **artículo 89 del Código penal** produciendo simplemente un efecto electoralista.

Recopilación y consecuencias criminológicas

- Todo extranjero condenado a más de un año de prisión está incurso en una causa de expulsión que extingue cualquier permiso para residir en el país

- Eso supone que todo extranjero condenado a más de un año de prisión cae irremediabilmente en una situación de irregularidad administrativa
- Esta irregularidad obstaculiza el acceso al sistema de progresión de grados
- La finalidad teórica de provocar la irregularidad administrativa a los condenados a penas de prisión es posibilitar la adopción de medidas de excarcelación, que solo puede ejecutarse sobre extranjeros irregulares.
- En la práctica estas medidas, a pesar de estar legalmente previstas, se aplican con poca frecuencia por diversos motivos (6,44% de la media de extranjeros en prisión en el año 2002)
- La inaplicación de esas medidas ha llevado al legislador, incorrectamente desde mi punto de vista, a modificar el artículo 89 del Código penal
- Consecuencias de todo ello:
 - 1.- Cumplimiento íntegro de pena para los extranjeros no excarcelados fuera de España
 - 2.- Cuando cumplen condena salen en libertad en España (si no se les ha expulsado durante el tiempo de cumplimiento de la pena de prisión difícilmente se le podrá expulsar al salir de prisión) sin posibilidades de conseguir un permiso de residencia y/o trabajo por tener antecedentes penales, los cuales tardan en cancelarse de 3 a 5 años.
 - 3.- El extranjero se encuentra en una situación de riesgo delictivo: la irregularidad administrativa, a lo que hay que sumarle el hecho de haber experimentado los efectos negativos de la prisión sin que hayan sido compensados por los efectos favorables de los beneficios penitenciarios.

ⁱ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, E.: *Inmigración y delincuencia en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ⁱⁱ Cfr. Memoria Anual del Ministerio del Interior, 1999. Los datos reflejan la situación de la población reclusa, incluyendo los preventivos, a 31 de diciembre de 1999.

ⁱⁱⁱ Cfr. STANGELAND, P. y DURÁN DURÁN, M.A.: *El blanco más fácil. La delincuencia en zonas turísticas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.