



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios

Marta Monclús Masó



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 3.0. Spain License.**

UNIVERSITAT DE BARCELONA
FACULTAT DE DRET
DEPARTAMENT DE DRET PENAL I CIÈNCIES PENALS

PROGRAMA DE DOCTORAT EN DRET
ESPECIALITAT SOCIOLOGIA JURÍDICO-PENAL
Bienio 2000-2002

TESIS DOCTORAL

**“LA GESTIÓN PENAL DE LA INMIGRACIÓN. EL RECURSO AL SISTEMA
PENAL PARA EL CONTROL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS”**

DOCTORANDA: Marta Monclús Masó

CO-DIRECTORES: Iñaki Rivera Beiras y Roberto Bergalli

*Tesi Doctoral realitzada amb el suport del
Departament d'Universitats, Recerca i Societat de la Informació.*

Barcelona, febrero de 2005

AGRAÏMENTS

La realització d'aquesta Tesi Doctoral no hagués estat possible sense el suport del Departament d'Universitats, Recerca i Societat de la Informació, que el gener de l'any 2001 em va concedir una beca predoctoral per a la formació de personal investigador (FI), la qual fou renovada durant tres anys consecutius. Per aquest motiu en primer lloc vull agrair l'ajut prestat per aquesta institució, així com la sempre amable atenció del personal de l'Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR).

L'esmentada institució també m'ha facilitat la realització d'estades de recerca fora de Catalunya mitjançant la concessió de les corresponents borses de viatge. D'aquesta manera he pogut realitzar una part de la recerca a la *Middlesex University* (London) en dues estades consecutives, on vaig ser excel·lentment atesa primer per la Profra. Rosemary Sales i després per el Prof. Roger Matthews. A aquestes dues persones, així com a la resta de col·legues de la Universitat Britànica, vull dedicar un molt cordial agraïment. Així mateix, al Prof. Cornelius Prittitz, de la *Johann Wolfgang Goethe Universitat* (Frankfurt am Main) vull d'agrair l'amable acollida dispensada durant els darrers tres mesos de redacció de la Tesi.

Un reconeixement molt especial dedico als Directors d'aquesta recerca, Iñaki Rivera i Roberto Bergalli, no sols per la tasca realitzada, sinó també pel seu afecte i amiatat de tants anys. A ambdós agraeixo el seu suport, la seva capacitat de diàleg i comprensió i el mèrit de saber establir relacions horitzontals en un àmbit viciat per les jerarquies.

També vull mencionar a les companyes, amigues i amics, docents, estudiants i investigadors de l'Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, del Master *Sistema Penal y Problemas Sociales*, de l'especialitat de Sociologia Jurídicopenal del Doctorat en Dret, així com d'altres àmbits no vinculats a l'acadèmia.

A la meva família, l'Anna, l'Albert, la Pepi, l'Esther, el Marc, l'Iñaki i la família "adoptiva", el seu suport i comprensió durant tot aquest temps, així com l'ajuda en diversos aspectes de la realització d'aquesta recerca. En especial, a la meva germana Esther, agraeixo el seu suport informàtic en la maquetació final de la Tesi i en la confecció dels gràfics que inclou.

A l'Iñaki Anitua, amb qui he compartit els projectes acadèmics i vitals dels últims sis anys, dedico aquest treball.

Marta Monclús Masó
Barcelona, febrer de 2005

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| PARTE INTRODUCTORIA: PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DE LA(S) HIPÓTESIS..... | 11 |
| 1. Planteamiento, delimitación del objeto de estudio y estructura de la Tesis. | 12 |
| 2. Formulación de las hipótesis. | 26 |
| 3. Metodología..... | 28 |
| 4. Estado de la cuestión y fuentes bibliográficas..... | 35 |
| 5. Delimitaciones conceptuales: noción de extranjero, inmigrante; raza, etnia, cultura; racismo; delito. | 40 |
| | |
| PARTE I: DISCURSO CRIMINOLÓGICO SOBRE EL “OTRO”. TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS SOBRE LA CRIMINALIDAD DE LOS EXTRANJEROS O LAS MINORÍAS ÉTNICAS..... | 53 |
| | |
| Capítulo 1: Surgimiento de los primeros discursos eruditos sobre la “raza” y el “delito”..... | 57 |
| 1. Surgimiento de la noción de “raza”, primera antropología física y abolición de la esclavitud. | 57 |
| 2. Primeros discursos sobre el delito y la pena: los penalistas ilustrados. ... | 61 |
| | |
| Capítulo 2: La expansión de la ideología racista (siglo XIX) y sus reflejos en la criminología..... | 65 |
| 1. La teorización “científica” del racismo. ... | 65 |
| 2. La criminología positivista como discurso racista. | 71 |
| 2.1. La teoría lombrosiana de la inferioridad racial de los delincuentes. ... | 71 |
| 2.2. Posteriores desarrollos del positivismo criminológico: la raza como factor criminógeno en las teorías multifactoriales. | 80 |
| | |
| Capítulo 3: Auge de la sociología norteamericana. Inmigración, “raza” y cuestión negra. | 89 |

| | |
|---|-----|
| 1. La cuestión migratoria en Norteamérica, el enfoque de la Escuela de Chicago y el surgimiento de la sociología de las <i>race relations</i> | 90 |
| 2. La cuestión negra y el “dilema americano”. | 95 |
| 3. Las perspectivas sociológicas de la criminalidad en el período de entreguerras. | 99 |
| 3.1. La ecología social de la Escuela de Chicago: teoría del control social y de la desorganización social. | 100 |
| 3.2. La teoría de la asociación diferencial de Edwin Sutherland. | 110 |
| 3.3. La teoría del conflicto cultural de Thorsten Sellin. | 113 |
| 3.4. Los americanos negros y su relación con el sistema penal. Primeras elaboraciones de sociología de la administración de justicia. | 120 |
| 3.5. Las ciencias penales durante el nazismo y el enfoque crítico marxista de Willem Bongér. | 130 |

Capítulo 4: La criminología del *welfare* y las corrientes críticas.140

| | |
|---|-----|
| 1. La criminología funcionalista de la post-guerra y las teorías de las subculturas criminales. | 140 |
| 1.1. Precedentes: la concepción funcionalista del delito de Émile Durkheim y la teoría de la anomia de Robert Merton. | 143 |
| 1.2. Las teorías de las subculturas criminales. | 146 |
| 2. Los años 60: revolución paradigmática en la criminología. El <i>labelling approach</i> , la nueva teoría de la desviación y la criminología crítica. | 151 |

Capítulo 5: El peso del “realismo” en los debates más recientes.158

| | |
|---|-----|
| 1. La cuestión negra irresuelta: persistente discriminación racial y conflictividad urbana. La teoría de la subcultura de la violencia y la noción de “criminalidad negra”. | 159 |
| 2. La contra-reforma: la revolución conservadora de los años ‘80 y el auge de la criminología de derechas -o de la intolerancia-. | 168 |
| 3. El realismo de izquierdas y la polémica con la criminología socio-construccionista. | 174 |

PARTE II: INVESTIGACIÓN EMPÍRICA EN LA CRIMINOLOGÍA ¿MAYOR CRIMINALIDAD DE LOS EXTRANJEROS O DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA PENAL?187

| | |
|--|------------|
| Capítulo 6: Reseña de las principales investigaciones empíricas en EE.UU. y Europa. | 193 |
| 1. Precisiones terminológicas y criterios analíticos utilizados. | 193 |
| 2. Instancia policial. | 202 |
| 3. Instancia judicial. | 213 |
| 4. Instancia penitenciaria. | 222 |
| 5. El debate acerca de la interpretación de las estadísticas. ¿Constituyen un instrumento válido para medir la criminalidad? .. | 228 |
| | |
| Capítulo 7: Las políticas anti-discriminatorias: enfoques individuales vs. enfoques estructurales..... | 240 |
| 1. Políticas y estrategias. Igualdad de tratamiento vs. igualdad de resultado. La experiencia Británica. | 240 |
| 2. La experiencia norteamericana de las penas determinadas y las <i>sentencing guidelines</i> : la ineficacia del individual justice model para combatir la discriminación institucional y estructural. | 247 |
| 3. ¿Racismo o clasismo en la criminología? .. | 260 |
| | |
| Capítulo 8: El extranjero en el sistema penal español. ¿Selectividad del sistema penal? | 265 |
| 1. Algunos presupuestos previos. | 267 |
| 2. Instancia policial... .. | 275 |
| 3. Instancia jurisdiccional..... | 293 |
| 4. Instancia penitenciaria. | 304 |
| 4.1. La sobre-representación carcelaria de los extranjeros.. .. | 304 |
| 4.2. La discriminación de los presos extranjeros en el tratamiento penitenciario... .. | 327 |
| 4.3. ¿Hacia un sistema penal de dos vías?.... .. | 337 |
| 5. Las interpretaciones en España de la relación entre inmigración y sistema penal..... | 338 |
| 5.1. Los datos estadísticos de 2001 y su distorsión por instancias gubernamentales..... | 338 |
| 5.2. Investigaciones desarrolladas desde la academia o centros de investigación. . | 341 |
| 6. Recapitulación. | 348 |

PARTE III: ANALISIS SOCIO-JURÍDICO. LA POLÍTICA MIGRATORIA EN EL ESTADO ESPAÑOL. EN CONCRETO, EL CONTROL REPRESIVO DE LA INMIGRACIÓN. 357

Capítulo 9: Marco europeo: La política migratoria de la Unión Europea..... 360

- 1. Schengen y la cooperación policial en el control de las fronteras. 361
- 2. De la cooperación intergubernamental a la política migratoria comunitaria. 365
- 3. La “constitucionalización” de una política migratoria represiva. 367
- 4. La consolidación de una ciudadanía excluyente... 371

Capítulo 10: Tratamiento jurídico de la inmigración en España. 375

- 1. Marco constitucional: el artículo 13 de la Constitución y la interpretación del Tribunal Constitucional. 375
- 2. Evolución de la legislación migratoria. 382

Capítulo 11: El control represivo de la inmigración I: La política de expulsiones. ... 391

- 1. Medidas de control migratorio: denegación de entrada, devolución y expulsión. 391
 - 1.1. La denegación de entrada. 393
 - 1.2. La devolución. 395
 - 1.3. Algunos datos sobre “repatriaciones”. 398
- 2. Antecedentes históricos de la expulsión en España. 407
- 3. Regulación legal de la expulsión. 410
 - 3.1. Expulsiones previstas en la Ley de Extranjería. 411
 - 3.2. Procedimiento administrativo de expulsión. 415
 - 3.3. Especial referencia a los supuestos de entrecruzamiento del derecho de extranjería y el derecho penal. 419
 - 3.3.1. La configuración de los antecedentes penales como causa de expulsión..... 419
 - 3.3.2. La prevalencia de la orden de expulsión sobre el proceso penal..... 421
 - 3.4. Expulsiones previstas en el Código Penal. 426
 - 3.4.1. La expulsión sustitutiva de la pena de prisión inferior a seis años.... 426
 - 3.4.2. La expulsión sustitutiva del tercer grado o la libertad condicional. .. 432
 - 3.4.3. La expulsión sustitutiva de medidas de seguridad..... 435
- 4. Fundamento y función de la expulsión. 437
- 5. Naturaleza jurídica de la expulsión: la expulsión como una pena sin garantías. 442

| | |
|---|------------|
| Capítulo 12: El control represivo de la inmigración II: Los Centros de Internamiento para extranjeros... | 452 |
| 1. La privación de libertad como instrumento de control migratorio: detención policial e internamiento. | 454 |
| 1.1. Detención policial e internamiento en caso de denegación de entrada. | 454 |
| 1.2. Detención policial e internamiento en caso de devolución. | 457 |
| 1.3. Detención policial e internamiento en caso de expulsión. | 459 |
| 2. Regulación legal del internamiento en los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE). | 460 |
| 2.1. Antecedentes. | 460 |
| 2.2. Regulación legal del internamiento. | 462 |
| 2.3. Estatuto jurídico de los internados y régimen interno de los CIE. | 465 |
| 3. La polémica en torno a su constitucionalidad. | 470 |
| 4. Referencia a la investigación del OSPDH. | 477 |
| | |
| Capítulo 13: La convergencia entre el derecho penal y el derecho de extranjería sancionador. | 487 |
| 1. La aplicación de las políticas migratorias por las instancias del sistema penal. | 488 |
| 2. Un derecho administrativo sancionador especial para los extranjeros. | 492 |
| 3. La expulsión como sanción penal emergente de una política criminal diferenciada para los extranjeros. | 497 |
| | |
| CONCLUSIONES | 503 |
| | |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 527 |
| | |
| Índice de tablas y gráficos. | 560 |

PARTE INTRODUCTORIA:
PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DE LA(S) HIPÓTESIS

1. Planteamiento, delimitación del objeto de estudio y estructura de la Tesis

Este trabajo consiste en un estudio interdisciplinario del control penal del fenómeno migratorio. La aproximación al objeto de estudio se realiza desde las ciencias penales en sentido amplio, esto es, tanto desde la criminología y la sociología criminal, como desde la política criminal, la penología, el derecho penal y la sociología jurídico-penal -o sociología del control penal-.

El objeto de estudio central es el control de la inmigración por parte del sistema penal, entendiendo sistema penal, como conjunto de instituciones, funciones, estrategias y técnicas dirigidas a llevar a cabo el control punitivo. Es decir, se hace aquí referencia a un concepto de sistema penal que incluye tanto su aspecto estático, conformado por el complejo normativo jurídico-penal y constitucional, como su aspecto dinámico, que se constituye cuando esas normas son aplicadas por las instancias del sistema penal (BERGALLI, 1996b:VII-XII).

El hecho de analizar el control penal de la inmigración significa que me centraré en aquellas políticas migratorias que explícitamente se inspiran en objetivos de control punitivo, es decir, que utilizan la sanción como forma de control. Tales políticas migratorias, que forman parte de la política criminal, se distinguen de otro tipo de intervenciones con objetivos explícitos no punitivos, aunque puedan implicar cierto grado de control: un ejemplo sería la obligatoriedad de inscribirse en el padrón municipal para poder acceder a la red sanitaria o educativa¹. No me ocuparé de las intervenciones de tipo asistencial o reguladoras del proceso migratorio, sino que mi objeto de investigación se delimita por la intervención del poder punitivo, ya sea éste de naturaleza penal o administrativa.

En esta Tesis Doctoral pretendo realizar un amplio análisis del funcionamiento del sistema penal en relación con los extranjeros o minorías étnicas, con el objetivo de demostrar que dicho sistema actúa de forma discriminatoria. Con esa finalidad prestaré especial atención a la actividad de las diversas instancias del sistema penal en su aplicación de las leyes –el llamado proceso de criminalización secundaria-, pero también a la producción de las leyes, a sus objetivos, funciones y resultados, tanto intencionales como sobrevenidos, manifiestos o latentes –la llamada criminalización

¹ Su objetivo prioritario consiste en tener información sobre el volumen de población residente en cada uno de los distritos y ciudades, lo cual a su vez es necesario para organizar los servicios públicos en ese territorio. No obstante, tras la última reforma de la Ley de Extranjería se ha reforzado la finalidad de control de la inscripción en el padrón, al obligar a los Ayuntamientos a ceder a la policía los datos de los extranjeros.

primaria-. Y asimismo a los discursos elaborados para explicar la relación de los extranjeros con el sistema penal. En suma, pretendo desarrollar una investigación sobre la actuación del sistema penal, entendido éste en sentido amplio.

No es objeto de este trabajo indagar en la etiología de la criminalidad de los extranjeros o minorías étnicas, aunque sí en los discursos teóricos que han sido elaborados a lo largo de la historia de la Modernidad para explicar dicha criminalidad, ya que tales discursos constituyen a menudo el fundamento teórico de las políticas criminales que se implementan y sirven para entender las prácticas concretas de las instancias de aplicación del sistema penal. En otras palabras, no voy a elaborar explicación alguna sobre la criminalidad de los extranjeros, pero sí me ocuparé en la Parte I de esta Tesis de exponer y analizar los principales discursos sobre la criminalidad de otras “razas”, de minorías étnicas o de los inmigrantes que han sido elaborados a lo largo de la historia del pensamiento criminológico, discursos que a menudo se han puesto al servicio del poder incluso en “empresas” genocidas.

A lo largo de dicha parte de mi trabajo pretendo poner de manifiesto el papel de la ciencia criminológica –sobre todo decimonónica- en la legitimación de la criminalización y exclusión del “otro”. Pero también destacaré las investigaciones empíricas de la Escuela de Chicago, que con su metodología innovadora (historias de vida, observación participante, confección de mapas delictivos -geografía del delito-, etc.), inauguraron una forma distinta de acercarse al objeto de estudio. Los criminólogos interesados en la etiología del delito tienen mucho que aprender de esa escuela sociológica, que se desarrolló en un momento histórico caracterizado –como en nuestra época- por un inmenso proceso migratorio.

En la actualidad los sistemas penales de Occidente están íntimamente vinculados con la cuestión migratoria y étnica. El amplio recurso al sistema penal para “gestionar” el proceso migratorio, ya sea de forma directa o solapada, provoca que en estos momentos la cuestión migratoria se convierta en “cuestión criminal”.

Seguramente el jurista que en su despacho de la academia o el burócrata que en las oficinas ministeriales lea –aún detenidamente- el articulado de Código Penal no advertirá esa íntima relación. Pero si abandona por un momento su “torre de marfil” y se pasea por las galerías de las cárceles europeas o estadounidenses, difícilmente le pasará desapercibido que la “composición étnica” de la población penitenciaria ha variado sustancialmente desde la década de 1970 en adelante. Una proporción creciente de la población encarcelada en los países “desarrollados” procede o tiene sus orígenes en el

mundo “subdesarrollado”; es decir, la población reclusa está compuesta en buena parte por personas que pretendiendo huir de la pobreza del Sur terminan en los calabozos del Norte.

Los “arquitectos” de las políticas criminales y sus ejércitos de asesores no pueden seguir escudándose en la supuesta neutralidad de las leyes penales para ignorar los efectos que las mismas producen en la realidad social. Y los penalistas no pueden limitarse a desarrollar complejos análisis dogmáticos de la legislación penal alejados de la realidad social. Su objeto de estudio debe ser el sistema penal, lo que no sólo abarca el resultado del proceso legislativo sino también los efectos sociales de la aplicación de las leyes penales.

Las ciencias penales españolas durante años han centrado su atención fundamentalmente en la dogmática penal, en el desarrollo de una compleja teoría del delito, siguiendo el modelo alemán e italiano. Y, salvo remarcables excepciones, han descuidado en gran medida tanto la filosofía (o teoría) de la pena como la sociología jurídico-penal, esto es, el análisis de los efectos que el sistema penal produce en la sociedad.

Los efectos del sistema penal no se encuentran en los Códigos, sino más bien en las comisarías y calabozos policiales, en las salas de los tribunales y, sobre todo, en las cárceles. Un recorrido por las instituciones de aplicación del sistema penal permite verificar un proceso de criminalización de la inmigración y de las minorías étnicas.

En la actualidad más del 25% de la población reclusa en las cárceles españolas es extranjera, lo que supone una elevada sobre-representación carcelaria de los extranjeros respecto a su presencia en la sociedad, que gira en torno al 6%².

Ello debería ser motivo de gran preocupación tanto de las instituciones oficiales que conforman el sistema penal, como del resto de operadores jurídicos y sociales que se relacionan con el mismo, incluido el mundo académico. Sin embargo, pese a que tal vez dicha sobre-representación preocupa, ello no se ha visto reflejado en la producción de investigaciones ni de discursos fundamentados en análisis rigurosos de la problemática en cuestión.

En el ámbito académico penal y criminológico pocos autores se han ocupado de la criminalización de la inmigración. Más adelante haremos referencia al “estado de la

² Pocos días antes de depositar la Tesis Doctoral se difunden cifras provisionales del Instituto Nacional de Estadística según las cuales a 1 de enero de 2005 los extranjeros ya constituirían el 8% de la población que vive en España.

cuestión”. Pero podemos adelantar que ha habido más producción escrita por parte de los operadores que deben aplicar el derecho, que por parte de la academia. Se trata en general de análisis dogmáticos orientados a la aplicación de las leyes que no ponen de manifiesto los efectos de las mismas sobre la realidad social.

En el ámbito de las instituciones oficiales que diseñan las políticas criminales – me refiero sobre todo al Ministerio del Interior-, los discursos generados sobre el problema de la sobre-representación carcelaria de los extranjeros se han caracterizado en los años recientes por una irresponsabilidad política manifiesta, contribuyendo a la generalización de estereotipos y prejuicios de elevado contenido racista. Esos discursos han destacado la responsabilidad individual de las personas concretas encarceladas, eludiendo toda reflexión sobre la actuación de las instituciones del sistema penal.

La casi absoluta inexistencia en España de investigaciones empíricas sociológicas y de discursos teóricos sobre la relación entre inmigración y sistema penal deja abierta la puerta a tratamientos a-teóricos y a-científicos de esta cuestión. Lo único que encontramos son referencias a datos estadísticos procedentes de la actuación de las instancias del sistema penal que suelen ser interpretados de forma tergiversada.

Esta ausencia en España de investigación empírica sobre el funcionamiento del sistema penal es debida tanto a la poca atención que los penalistas tradicionalmente han prestado al análisis de los efectos que las normas penales producen en la sociedad, como a la opacidad y falta de transparencia de las instituciones del sistema penal, que muestran una fuerte resistencia a convertirse en “objeto de investigación”.

Esta Tesis pretende entonces llamar la atención sobre la gravedad de la elevada sobre-representación de los extranjeros en los diversos estadios del sistema penal, porque ello sin duda puede tener efectos funestos en cuanto a la inclusión de los “nuevos ciudadanos” en la sociedad, con el peligro de generación de minorías étnicas marginadas y de una *underclass*.

Para tratar de evitar estos peligros es necesario en primer lugar generar un debate riguroso sobre el tema, con el fin de identificar las problemáticas concretas para que, posteriormente, se puedan diseñar políticas prácticas destinadas a poner algún tipo de remedio. Es necesario que desde el mundo académico y de las organizaciones e instituciones que trabajan en el sistema penal se reconozca la existencia de un problema social –en vez de interpretarlo como un mero problema de individuos concretos- y se asuma también la posibilidad de que el sistema penal pueda estar actuando de forma discriminatoria respecto a los extranjeros. La negación a priori -o la no consideración de

la posibilidad- de la existencia de racismo institucional en la actividad de la policía, de los tribunales de justicia y de las instituciones penitenciarias provocará que un problema aparecido en años recientes se consolide, amplifique y se convierta en estructural.

Por tanto, el primer paso es el reconocimiento de la existencia del problema y el desarrollo de investigaciones bien documentadas en todas las instancias del sistema penal con el fin de identificar las prácticas discriminatorias, si es que existen. Y sólo tras esta identificación y su reconocimiento oficial será posible poner en práctica políticas concretas tendentes a eliminar todas las formas de discriminación institucional (mediante cursos formativos, monitoreo, cambios legales donde la propia ley pueda generar discriminación, etc). Aunque no hay que olvidar los límites de las políticas anti-discriminatorias aplicadas en el seno de las instituciones, las cuales no pueden eliminar la discriminación estructural existente en la sociedad, discriminación que sólo puede ser reducida mediante justicia social.

En la Parte II de la Tesis dedico un amplio apartado a la experiencia británica, ya que creo que su conocimiento nos puede ser de gran utilidad. En ese contexto la preocupación por el problema de la sobre-representación de las minorías étnicas en el sistema penal se remonta a la década de 1970 y desde mediados de los años '80 se puede decir que la criminología presta atención a la problemática relación entre sistema penal y minorías étnicas. En ese país incluso el propio Ministerio del Interior ha reconocido la existencia de discriminación institucional en el sistema penal y lleva a cabo periódicamente investigaciones de la actividad de las diversas instancias en relación con las minorías étnicas. Esto no significa que el problema del racismo en el sistema penal se haya solucionado, pero como mínimo se han implementado políticas concretas para hacerle frente.

A propósito de la experiencia británica en la Parte II analizo detenidamente las investigaciones empíricas más relevantes desarrolladas en las últimas décadas en Gran Bretaña sobre el objeto de estudio que nos ocupa. Como veremos, muchas de ellas han intentado responder al interrogante acerca de si la sobre-representación de las minorías étnicas en las diversas fases del sistema penal es consecuencia de una mayor criminalidad de estos colectivos o, por el contrario, responde a la actuación selectiva y discriminatoria del propio sistema penal. Con este objetivo, los investigadores han examinado detenidamente todos los estadios y actuaciones del sistema penal (detenciones policiales, prisión preventiva, sentencias judiciales, población reclusa, etc.) para verificar la existencia de discriminación racial de mayor o menor alcance. No han

logrado resultados concluyentes acerca del interrogante planteado, y muchos han señalado que probablemente la aludida sobre-representación responde a una combinación de ambos factores.

A propósito de estos trabajos es importante tener en cuenta que toda investigación empírica parte de unos presupuestos teóricos que condicionan los resultados, aunque a veces se pretenda afirmar la absoluta neutralidad de algunas investigaciones empíricas. La exposición realizada en la Parte I de la Tesis acerca de las diversas perspectivas teóricas sobre el binomio “inmigración-criminalidad” que se han desarrollado a lo largo de la historia del pensamiento criminológico, nos permitirá identificar los presupuestos teóricos en los que se fundamentan las diversas investigaciones empíricas que examinaremos en la Parte II.

Tras el examen de los trabajos desarrollados en Gran Bretaña a lo largo de las dos últimas décadas intentaré utilizar esa experiencia para acercarme al estudio en España del tratamiento de la inmigración por parte de las instancias del sistema penal. A la luz de los desarrollos británicos examinaré todas las estadísticas oficiales del sistema penal existentes en la actualidad en el Estado español, indicando el organismo que las produce y dónde se pueden obtener, ya que uno de los objetivos de esta Tesis es suministrar herramientas para futuras investigaciones empíricas. También me referiré a las investigaciones empíricas realizadas por investigadores independientes –como he indicado, casi inexistentes- que puedan aportar información adicional. Veremos que para poder hacer un diagnóstico riguroso acerca del tratamiento de los inmigrantes por parte del sistema penal sería necesario acceder a información que en la actualidad no es suministrada por parte de las instancias oficiales, tal vez porque ni siquiera es compilada.

Insistiré a nivel metodológico en que las estadísticas oficiales procedentes del sistema penal (estadísticas de detenciones policiales, de juicios y condenas penales, de población reclusa) en realidad no miden la criminalidad efectivamente cometida, sino tan sólo aquella que ha entrado en el circuito jurídico-penal mediante la actuación de las instancias del sistema penal. En otros términos, dichas estadísticas suministran información sobre la actividad del sistema penal, pero nos dicen poco acerca de la criminalidad.

Para acercarse a la cuestión de la delincuencia vinculada a los procesos migratorios resulta inapropiado partir simplemente de las cifras de las estadísticas oficiales sobre detenciones policiales, condenas y población reclusa, asumiendo de

forma a-crítica que las mismas reflejan la criminalidad de los inmigrantes. Por el contrario, el estudio de la criminalidad sólo puede realizarse mediante investigaciones sociales rigurosas desarrolladas desde las diversas disciplinas sociales, como la Sociología, la Antropología y las Ciencias Penales entendidas en sentido amplio (Criminología, Sociología Jurídico-Penal, etc.), que lleven a cabo un trabajo empírico sobre el terreno, allí donde los comportamientos delictivos se producen, esto es, en el gueto, pero también en las multinacionales, en las oficinas ministeriales e incluso en los despachos de las facultades. Las investigaciones criminológicas deberían estar dirigidas a destruir falsos mitos sobre el alcance de la participación de los inmigrantes en actividades delictivas, así como a intentar diseñar vías de intervención política en los casos en que efectivamente se constate una delincuencia vinculada al fenómeno migratorio³.

La Parte III de la Tesis ya no está centrada en los desarrollos criminológicos sino más bien jurídicos, aunque poniendo énfasis en los efectos de las leyes en la realidad social. Se realiza un análisis socio-jurídico de las políticas de control de la inmigración, advirtiendo de los peligros de un Derecho puesto al servicio del control represivo y excluyente.

Como sabemos, el Estado español se ha convertido en destino de los flujos migratorios procedentes de las zonas más pobres del planeta (aunque también de jubilados occidentales que buscan el sol de la costa mediterránea), transformándose en pocas décadas de país de emigración a lugar de destino de la inmigración. El actual proceso migratorio, que algunos autores han calificado de un tanto inesperado⁴, debido en parte a la velocidad con que se ha producido, ha generado cierto desconcierto social e institucional, y no se ha diseñado una política inmigratoria racional para regularlo.

La práctica totalidad de las opiniones sostienen la necesidad de establecer restricciones a la inmigración. Estas restricciones son ampliamente acogidas en las leyes, y en la práctica se materializan tanto en rígidos controles fronterizos para impedir la entrada de inmigrantes “clandestinos”, como en técnicas de restricción de derechos y en medidas penales y administrativas para los que ya han entrado.

Esta política restrictiva no constituye un fenómeno exclusivo del Estado español sino que en toda la Unión Europea se observa una tendencia a la exclusión y

³ Ver en este sentido las recomendaciones del documento “Immigració i Drets. Debat i propostes”, promovido por el Institut Esquerra XXI en el año 2003.

⁴ Por todos, IZQUIERDO, 1996; GOYTISOLO / NAÏR, 2001.

marginalización social de los recién llegados. La inmigración está siendo combatida mediante la militarización de las fronteras de Europa, el encarcelamiento creciente de extranjeros, la proliferación de los llamados centros de internamiento y el uso generalizado de la expulsión. Es decir, las políticas migratorias europeas combinan el rechazo de los potenciales inmigrantes con la exclusión social de los que ya están aquí (DAL LAGO, 1999:7-18).

Estas políticas marcadamente restrictivas, que dificultan de forma extrema la inmigración legal, provocan que una gran parte de la inmigración se canalice, al menos en un primer momento, por vías irregulares. Ello tiene como consecuencia que residan tanto en España como en Europa un elevado número de personas en situación de irregularidad. A estas personas se les niega una inserción social y laboral en nuestras sociedades en igualdad de derechos y oportunidades con los ciudadanos nativos, lo cual necesariamente favorece la exclusión social de los recién llegados.

De este modo, el actual proceso migratorio se está enfocando como un “problema”; se está construyendo una imagen social del inmigrante como “otro” y como “socialmente peligroso”, hasta el punto que se ha llegado a hablar de la “emergencia de la inmigración”. Y la “emergencia inmigración”, con sus correspondientes leyes excluyentes que condenan a la clandestinidad a buena parte de los inmigrantes, ha llevado a la construcción de una categoría de seres humanos que carecen de derechos y garantías, categoría que ha sido denominada por DAL LAGO como no-personas⁵ (1999:7-18). Los extranjeros irregulares o “sin papeles” constituyen una nueva categoría de individuos sin derechos pero sometidos a control policial⁶.

Esta categoría de no-persona está siendo diseñada a través de normas jurídicas (Ley de Extranjería, Reglamento, Órdenes ministeriales). Por lo tanto, si ello es así ya en el momento de creación de la ley, cuando la misma sea aplicada por las instancias encargadas de su aplicación⁷ -que dicho sea de paso, corresponde básicamente a las

⁵ Señala este autor que la humanidad está siendo dividida entre una mayoría de nacionales, ciudadanos dotados de derechos y garantías formales, y una minoría de extranjeros ilegítimos -no ciudadanos-, a los que les son negados los derechos y garantías; es decir, gracias a los mecanismos sociales de etiquetamiento y exclusión, la humanidad se divide entre *personas* y *no-personas* (DAL LAGO, 1999:7-18).

⁶ Un ejemplo paradigmático de estas “no-personas” serían los denominados “inexpulsables”, inmigrantes a quienes se ha decretado una orden de expulsión que no ha podido ser ejecutada. Ello conlleva que el extranjero permanezca en el Estado español con el único documento de una orden de expulsión, que no le permite regularizar su situación. De esta forma el sistema jurídico condena a la precariedad laboral y a la exclusión social a estos individuos.

⁷ Se hace aquí referencia a los dos momentos de actuación del derecho que analiza la sociología jurídica, esto es, el de la creación de un ordenamiento jurídico específico, y el de su posterior interpretación y aplicación por las instancias encargadas de ello (BERGALLI, 1996b:VII-XII).

agencias del sistema penal-, no nos debe sorprender que la función de tales instancias sea hacer efectiva esa exclusión de los extranjeros que previamente ha configurado la ley. Por este motivo, el trato discriminatorio a que son sometidos los “inmigrantes irregulares” no puede imputarse solamente a la ideología y los prejuicios de la instancia policial, judicial y penitenciaria, ya que la discriminación ha sido previamente diseñada en la ley.

Este tratamiento de la inmigración es preocupante porque la experiencia histórica nos enseña que cuando los fenómenos sociales son construidos como emergencias, todo el sistema de derechos y garantías que caracteriza al Estado de Derecho retrocede⁸. Este mensaje de emergencia, que propone la equiparación de la inmigración con otras “alarmas”, se está traduciendo en una criminalización de los extranjeros, debido a que la inmigración se presenta como un problema de “orden público” frente al cual debe primar la respuesta policial (DE LUCAS, 1994:156).

Y, en efecto, no hemos tardado mucho en escuchar voces que identifican la inmigración -sobre todo la irregular- con la delincuencia, apelando a un racismo latente en la sociedad con el fin de legitimar leyes restrictivas de derechos fundamentales de los extranjeros, como es el caso de la Ley de Extranjería, que incorpora una serie de instrumentos represivos para asegurar su expulsión del territorio nacional. En definitiva, la inmigración irregular es objeto de tal estigmatización, persecución y represión, que se puede decir que ha sido configurada legalmente como un “cuasi-delito” (SILVEIRA, 2003:555). A su vez, esta configuración legal ahonda en los estereotipos que identifican inmigración irregular con delincuencia (ASÚA, 2002:24-28), de modo que se genera un círculo vicioso: la represión de la inmigración irregular profundiza su identificación con la delincuencia, y dicha identificación legitima políticas migratorias más represivas.

En resumen, la inmigración está siendo “gestionada” policial y penalmente. Si examinamos la Ley de Extranjería, denominada *L.O. sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, veremos que tiene como finalidad principal impedir la inmigración ilegal; es decir, “no asegurar los derechos y libertades de los extranjeros, sino controlar policialmente su entrada y permanencia en España”

⁸ Ante “emergencias” como es el caso actual de la inmigración, o fue el del terrorismo de la década de los 70, se recurre al poder de policía, poder que difícilmente puede ser constreñido por el sistema de derechos y garantías ya que su lógica es ajena al Derecho. Por lo tanto, la construcción de “emergencias” conlleva siempre el efecto de que se produzca una regresión autoritaria; el Estado policial gana terreno frente al Estado de Derecho.

(ATIENZA, 1993:226). Y esta finalidad no afecta a todos los extranjeros, sino sólo a los extranjeros pobres.

Además de constituir el blanco privilegiado del sistema penal, a los extranjeros también se les aplica un derecho administrativo sancionador especial, que recurre a herramientas penales pero no goza de las garantías propias del derecho penal. Ejemplo paradigmático de este derecho administrativo sancionador lo constituye tanto la medida cautelar de internamiento en los CIE, como la sanción de expulsión. Ambos instrumentos de control migratorio en manos de la administración constituyen sanciones penales encubiertas, de manera que se realiza una “estafa de etiquetas” para evitar la vigencia de las garantías penales y procesales en la aplicación de sanciones similares a las penas (FERRAJOLI, 1997:764).

En suma, en la Parte III de la Tesis examino el derecho positivo español relativo al control de la inmigración, tanto por parte del sistema penal como por parte de las políticas administrativas de extranjería, que también recurren al poder punitivo. Veremos que a menudo no se puede hacer una clara distinción entre ambos sectores del poder punitivo, ya que el derecho penal y el derecho de extranjería sancionador forman parte de un continuo que se entrecruza, converge en sus funciones y subordina los principios y objetivos propios de un orden normativo al otro. Como señala DE GIORGI,

“Las actuales políticas migratorias se sitúan a lo largo de un *continuum* de estrategias penales y no penales. Sin embargo, todas ellas están dirigidas a la contención represiva y al control preventivo de los flujos migratorios. Los aspectos represivos y selectivos de estas políticas se empiezan a desplegar en el mismo momento en que se inicia una experiencia migratoria, se consolidan en la fase en que ésta trata de estabilizarse en el nuevo territorio de residencia y se disparan definitivamente cuando esta experiencia de los inmigrantes no consigue adaptarse a las difíciles condiciones establecidas por las instituciones de los países de destino” (DE GIORGI, 2005:109).

En definitiva, pretendo realizar un análisis crítico de las actuales políticas migratorias de cariz absolutamente represivo, en especial de la política criminal diferenciada que se está diseñando para los extranjeros, con el objetivo de poner de manifiesto las vulneraciones de derechos fundamentales de aquéllos y de alertar sobre las repercusiones sociales que tales políticas pueden tener.

En este trabajo no me voy a ocupar del debate acerca del control migratorio versus un planteamiento de fronteras abiertas. El casi absoluto consenso acerca de la necesidad del control exige a cualquier posición aperturista un trabajo argumentativo

tan profundo que constituiría por sí sólo el objeto de una tesis doctoral –o de una investigación de similar entidad-. Sin embargo, podemos señalar que frente a la usual descalificación de los planteamientos aperturistas por su falta de realismo, a menudo se pasa por alto que quienes adolecen de realismo son los que pretenden frenar los flujos migratorios levantando cada vez muros más altos.

Como sostiene DE LUCAS, en el abordaje del difícil problema de la inmigración irregular, como mínimo hay que reconocer dos principios:

“en primer lugar, el reconocimiento de que la presión migratoria del Sur hacia el Norte es un fenómeno ineluctable, y, por consiguiente, es erróneo pretender eliminarlo, impedirlo, a base de añadir metros al muro. Además, el camino elegido para cumplir esa misión imposible, hacer de Europa un bunker con una línea Maginot de la que España sería uno de los fuertes, es, a la vez, un peligro y un procedimiento que casi inevitablemente plantea problemas en relación con el respeto a los derechos humanos” (1990:75 y 1991:181).

Por lo demás, la regulación de los flujos migratorios y las posibilidades de acceso a la “Fortaleza Europea” se hacen depender casi exclusivamente de la evolución demográfica de los países europeos, para garantizar la sostenibilidad de las políticas públicas en el futuro próximo, y de las estrictas necesidades del mercado de trabajo, en atención a los sectores laborales donde no se consigue mano de obra nativa. De este modo la regulación de los flujos migratorios se convierte en una mera herramienta para garantizar el “bienestar” de los países del Norte, con absoluto desprecio por las necesidades de la población del Sur. Los países del Sur son utilizados como un granero del que extraemos materias primas y mano de obra según las necesidades productivas y de sostenibilidad del Norte (DE LUCAS, 2000:9). En los cálculos de los arquitectos de la política migratoria, no caben consideraciones a la solidaridad con los países y los habitantes del Sur, ni con respecto a los derechos humanos (incluso se verifica una preocupación por restringir la admisión de solicitantes de asilo y refugiados). ¿Cuál es el título que nos faculta para negar a los inmigrantes el acceso a los derechos y el propio derecho a inmigrar, a buscar un futuro mejor -o simplemente un futuro- para ellos y los suyos?

En esta tesis no nos ocuparemos de la cuestión del derecho de asilo y del estatuto de refugiado porque en principio no es un sistema de regulación de flujos migratorios, que es el tema que centra este trabajo. Pese a ello, se puede señalar que la política de cierre de las fronteras implementada en toda Europa a partir de mediados de la década

de 1970 ha provocado que cierta migración se derive hacia solicitudes de asilo, lo que ha generado una reacción restrictiva del derecho de asilo por parte de los países europeos. A partir de la década de 1980 se pone en práctica una política restrictiva en relación al asilo y refugio, que incluye una serie de medidas disuasorias para los futuros demandantes de asilo, como la prohibición de trabajar durante el tiempo de examen de la solicitud de asilo (que puede demorar años), la reducción de las ayudas sociales y la obligación de residir en determinados lugares que se convierten en *ghetos* –cuando no campos de concentración- de solicitantes de asilo (LOPEZ GARRIDO, 1990:5764; SALES, 2002:456-478).

El enfoque de la cuestión migratoria es uno de los debates más importantes de la actualidad, hasta el punto que abarca una parte muy relevante de la “cuestión social”, y todo indica que dicha relevancia continuará en aumento. No se trata tan sólo de discutir acerca de la regulación técnico-jurídica de los flujos migratorios. Lo que está en juego es una redefinición del orden social en los países del primer mundo, de las relaciones Norte – Sur y de la propia noción de ciudadanía anclada en el concepto de soberanía.

El concepto de soberanía surge con la aparición del Estado moderno y se extiende sobre un territorio y unas personas, que son consideradas súbditos y sometidas al poder absoluto del monarca. Con las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII y principios del XIX se imponen límites al poder estatal, consistentes básicamente en la división de poderes y el reconocimiento de derechos inalienables a los individuos, que dejan de ser súbditos del Estado para pasar a ser ciudadanos, desde quienes emana la soberanía. La soberanía asume entonces un papel ambiguo, porque es fuente a la vez que mecanismo de legitimación del poder, fuente de ejercicio y a la vez de control de los mecanismos del poder (BERGALLI / RESTA, 1996:9).

Pero el concepto de soberanía vinculado a la noción de Estado-nación, plantea problemas irresolubles a la comunidad internacional, que ve cómo los derechos humanos se paralizan frente a las fronteras estatales. En la segunda mitad del siglo XX y como reacción frente a los horrores del nazismo, se inicia un proceso de internacionalización de los derechos humanos. Los mismos no pueden quedar al arbitrio de los diversos Estados ni ser reconocidos tan sólo a los ciudadanos, con exclusión de los extranjeros. Por el contrario, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los posteriores pactos y tratados internacionales, reconocen una serie de derechos a todas las personas, sin exclusión alguna.

Pero la virtualidad de estos pactos no será plena hasta que en las diversas latitudes del planeta —empezando obviamente por las potencias europea y norteamericana— se reconozca la igualdad de derechos de todas las personas con independencia de la noción de ciudadanía.

En definitiva, lo que está en juego es la misma redefinición del contrato social y político. Una verdadera política de inmigración a nivel europeo exigiría revisar la diferencia entre contrato de ciudadanía y contrato de extranjería, y esto implicaría revisar la propia definición del sujeto político de la modernidad configurado a partir de la oposición entre ciudadano y extranjero y la exclusión del segundo (DE LUCAS, 2000:3-11). La Constitución europea recientemente elaborada podía ser una oportunidad para iniciar estos debates, pero como veremos se trata más bien de una oportunidad perdida.

Europa está construyendo un modelo de ciudadanía excluyente, que se traduce dentro de los diversos Estados en la existencia de tres categorías de personas: los ciudadanos plenos, los “cuasi-ciudadanos” (que son los europeos comunitarios) y los extranjeros. Parece difícil que Europa mantenga su legitimidad democrática con su población dividida en estas tres categorías (CASTLES / MILLER, 1998:45). Todo parece indicar que los flujos migratorios que llegan a la próspera Europa se mantendrán e incluso aumentarán en los años venideros. ¿Cuál es el porcentaje de población residente que estamos dispuestos a despojar de representación política, con la consiguiente quiebra del principio democrático fundamental de una persona un voto?

El actual proceso migratorio a nivel global tiene la capacidad de enriquecer y aumentar la pluralidad de nuestras sociedades, siempre y cuando estemos dispuestos a entablar un proceso de interacción con los inmigrantes que implicará cambios socio-culturales tanto para los inmigrantes como para las sociedades receptoras. La resistencia frente a tales cambios y la pretensión de limitar el proceso migratorio a la “asimilación cultural” de los inmigrantes en nuestras sociedades no es más que el reflejo del miedo al cambio, y sabemos que el miedo es a menudo el origen de la xenofobia y el racismo.

El miedo a lo diverso se muestra en las propuestas de favorecer la inmigración latinoamericana, que pretendidamente comparte una misma lengua, religión y cultura. Esta pretendida identidad cultural suscita multitud de dudas: se presupone una homogeneidad cultural tanto de la sociedad receptora como de la emisora de inmigración. En relación a la sociedad receptora, se toma en cuenta tan sólo una de las lenguas del Estado español, en el ámbito religioso se ignoran las tradiciones laicas y

agnósticas que tan reprimidas fueron por 40 años de franquismo con su doctrina del nacional-catolicismo y se desconoce que lo que denominamos cultura está en constante cambio. En cuanto a las sociedades emisoras, los aspectos señalados se multiplican por la cifra de grupos étnicos que fueron sometidos y eliminados por la fuerza de los conquistadores.

Por otro lado, las actitudes fóbicas con la diversidad cultural ignoran deliberadamente el vínculo mediterráneo y la histórica influencia de la cultura árabe en la península ibérica. Se aprecia a lo largo y ancho de Europa (y también de EE.UU.) una preocupante “islamofobia”, que identifica todos los países de tradición islámica con el nuevo fenómeno del terrorismo internacional y que ha sido teorizada por los valedores de los discursos acerca del “choque de civilizaciones”.

A partir del 11 de septiembre de 2001 la vinculación entre terrorismo e inmigración se ha intensificado, convirtiendo a los segundos en sospechosos a quienes se extiende la aplicación de las leyes excepcionales aprobadas para combatir el terrorismo. A propósito del 75 aniversario de la ejecución en EE.UU. de Nicola Sacco y Bartolomeo Vanzetti -inmigrantes italianos, pobres y anarquistas- condenados a muerte por unos delitos que no cometieron, PISARELLO y DE CABO nos recuerdan que

“la combinación entre legislación antiterrorista y legislación anti-inmigratoria no es un fenómeno nuevo en Europa, sino que forma parte de un recurso típico frente a situaciones de crisis socioeconómica, recomposición de las relaciones laborales y movilización social” (2002:16).

Las tesis islamofóbicas desconocen la variedad de unas culturas en permanente cambio, que pueden enriquecer a las sociedades europeas. Está fuera de discusión que la recepción de flujos migratorios en Europa no debe hacer retroceder un ápice el discurso de los derechos y por ello supone una contradicción limitar los derechos de los inmigrantes. Como señala DE LUCAS, nosotros tenemos la carga de enseñar las reglas del juego, constituidas en gran medida por los derechos y deberes que fundamentan el Estado de Derecho, y antes que exigirlos a los recién llegados debemos empezar por dar ejemplo y garantizar la igualdad de derechos (y también deberes) a todas las personas. Pero la educación en los derechos requiere que se reconozca a los inmigrantes el derecho a participar en la toma de decisiones acerca de la sociedad en la que viven, en la elaboración de la agenda política y en la producción de las normas que también a ellos se les aplican (2000:3-11).

El reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales a los inmigrantes es una condición necesaria para su integración social (que no asimilación), y no puede ser su consecuencia. Es decir, no se puede condicionar el reconocimiento de derechos a una previa integración socio-laboral. Por el momento, en palabras de DE LUCAS,

“la lógica de las políticas de inmigración y la del Estado de Derecho navegan en rumbo de colisión, y ante ese conflicto, por mucho que se nos hable de costes económicos, parece indiscutible la necesidad de apostar por el mantenimiento de la coherencia con las exigencias del Estado de Derecho, pues, a la larga, dejar de hacerlo no perjudicará sólo a los inmigrantes, sino a todos nosotros” (2000:9).

MARTÍN PALLÍN advierte sobre el renacimiento en el continente europeo del fantasma del racismo, que no puede ser resistido cediendo a las presiones xenófobas de los sectores más reaccionarios e incorporando algunas de sus demandas a la actual regulación de la inmigración. Por el contrario, sólo con políticas abiertas a la inmigración y a la cooperación y solidaridad mundial se puede evitar que prosperen los nidos de serpiente (2004:242-246).

La actual política migratoria centrada en los instrumentos represivos de la expulsión y el internamiento contiene todos los elementos para desembocar en un desastre a nivel social a lo largo de la próxima generación. Pese al tratamiento represivo dispensado por las leyes, los inmigrantes siguen llegando, fijan en España su residencia y crían a sus hijos. La exclusión e injusticia que percibe esta generación ya nacida aquí, cuyos progenitores han sido internados, sometidos a procedimientos de expulsión, criminalizados y encarcelados, constituye una bomba de relojería que puede estallar en los próximos años.

WACQUANT ha alertado del peligro que el actual proceso de criminalización de los extranjeros en Europa desemboque en la construcción de una *underclass* similar a la de la población negra en los Estados Unidos (2000:106 y ss.). El actual diseño político criminal relativo a la inmigración y la extranjería y los estereotipos que se construyan pueden ser determinantes en cuanto a la futura construcción de la ciudadanía y a la integración de minorías étnicas.

2. Formulación de las hipótesis

Como he indicado, en este trabajo de investigación me propongo analizar el papel que está desarrollando el sistema penal en el control de los flujos migratorios, así como el tratamiento prioritariamente punitivo de la inmigración en el Estado español.

La hipótesis de trabajo general sostiene que el fenómeno migratorio se está “gestionando” a través de instrumentos punitivos, antes que de integración social, lo que provoca una elevada criminalización y exclusión social de los inmigrantes extracomunitarios.

A fin de verificar esta hipótesis general, formularé otras hipótesis específicas que permitirán ir verificando parcialmente la hipótesis de partida:

- 1- Los discursos criminológicos sobre el “otro” a lo largo de la historia de la criminología han ido de la mano de la expansión o retracción de la ideología racista. Buena parte de la criminología se ha puesto al servicio de discursos y prácticas racistas -y en ocasiones genocidas- cuando la ideología racista ha conquistado el poder, y la ha cuestionado e incluso combatido en los períodos históricos y ámbitos espaciales en que dicha ideología ha perdido legitimidad.
- 2- El sistema penal no persigue todos los delitos cometidos sino tan sólo una pequeña parte que selecciona en base a factores muy variados, entre los que se cuentan las prioridades políticas, los usos y costumbres institucionales de las instancias penales, así como los prejuicios y estereotipos clasistas y racistas sobre la imagen del “delincuente”. Los aludidos procesos de selección de los delitos que son perseguidos -y de los individuos criminalizados- generan la existencia de discriminación racial en el sistema penal, tanto imputable a actividades individuales como a factores institucionales del sistema penal y estructurales de la sociedad.
- 3- La discriminación racial que ejerce el sistema penal no es atribuible tan sólo a la actividad de sus instancias de aplicación -criminalización secundaria-. Por una parte, la ley penal tiene un papel fundamental de definición de los delitos y las penas -criminalización primaria-; y por otra, las leyes de control de los flujos migratorios que confieren a la inmigración irregular un estatus cuasi-delictivo y un tratamiento represivo atribuyen fundamento legal a la discriminación de los extranjeros y contribuyen a su mayor criminalización.
- 4- En España una buena parte de la actividad del sistema penal se ocupa de “gestionar” población extranjera, a la que se aplica un tratamiento jurídico diferenciado que privilegia su expulsión. Se introduce así el objetivo del control migratorio en el sistema penal, produciéndose una convergencia entre derecho penal y derecho administrativo que se agrava con el recurso del segundo a instrumentos penales como la privación de libertad y la misma expulsión.

- 5- El internamiento de extranjeros es una herramienta punitiva inconstitucional, porque consiste en una privación de libertad de carácter administrativo. Por su parte, la expulsión es una sanción penal desde una perspectiva material, porque afecta a derechos fundamentales del individuo. Tanto la medida de internamiento como la sanción de expulsión del territorio son expresión de un derecho administrativo sancionador especial para los extranjeros, que recurre a herramientas penales prescindiendo de sus garantías.

Todas estas hipótesis se intentarán verificar mediante el análisis de la intervención que tiene el sistema penal sobre el fenómeno migratorio, tanto en el nivel de la legislación como en el nivel de la actuación de las instancias del sistema penal, es decir, los dos niveles que constituyen el objeto de estudio de la sociología jurídica.

3. Metodología

El trabajo de investigación que se plantea consiste en un estudio de los procesos de criminalización y exclusión social de los extranjeros, estudio que engloba tanto el plano abstracto o estático compuesto por la normativa vigente en la materia, como el plano concreto o dinámico, que se constituye cuando las instancias encargadas de aplicar el ordenamiento jurídico entran en actividad.

Para examinar las diversas facetas de estos procesos de criminalización y exclusión social, recurriré al conjunto de disciplinas que integran las Ciencias Penales entendidas en sentido amplio, englobando el derecho penal, pero también la criminología o sociología criminal, la penología, la política criminal y la sociología jurídico-penal. Este conjunto de disciplinas penales necesariamente se vinculan a otros campos de conocimiento no jurídicos, como son fundamentalmente la sociología, pero también la ciencia política, la historia, la antropología urbana, la psicología social, entre otros.

Esto pone de manifiesto que las ciencias sociales no pueden ser divididas en compartimentos estancos, y que toda investigación que pretenda comprender la complejidad de la vida social debe necesariamente enfocarse desde una perspectiva interdisciplinaria o transdisciplinaria. Esta es la perspectiva del trabajo que aquí se presenta, y asumo los riesgos de imprecisiones que comporta que una persona con formación de base jurídica se aventure por las sendas de otras disciplinas.

Pero los riesgos de la interdisciplinariedad forman parte de la llamada sociología jurídica que, en su vertiente de sociología jurídico-penal (o sociología del control penal) es el marco de trabajo en el que más adecuadamente se inserta esta tesis doctoral, que por lo demás se presenta como culminación del programa de doctorado en derecho de la Universidad de Barcelona, en la especialidad de sociología jurídico-penal, que coordinan Roberto Bergalli e Iñaki Rivera.

La sociología jurídica, que reconoce como gran impulsor al italiano Renato Treves⁹, en el ámbito universitario español ha tenido una acogida muy limitada en los planes de estudio de derecho -que sólo la contemplan como materia opcional-, pese a los esfuerzos de personas como Elías Díaz, Roberto Bergalli, Manuel Atienza, Javier De Lucas, entre otros.

No obstante, a pesar de la falta de reconocimiento institucional de esta disciplina, creo que la reflexión sobre el objeto de estudio propio de este campo disciplinario resulta imperativa para todo jurista con alguna sensibilidad social. En momentos convulsos y de crisis estructural como el actual, no es posible cerrar los ojos ante la realidad social, y los juristas no pueden ignorar los efectos que el derecho produce en la sociedad.

En efecto, el objeto de estudio de la sociología jurídica viene constituido por las relaciones entre derecho y sociedad. En el continente europeo dichas relaciones fueron abordadas desde Max Weber en adelante desde una perspectiva eminentemente teórica. Pero tras la Segunda Guerra Mundial a estas aproximaciones teóricas se sumarán las investigaciones empíricas en el campo del derecho, vinculadas a la corriente norteamericana del “realismo”, que entendía el derecho en términos de práctica judicial más que en forma de reglas (COTTERRELL, 1991:177-178). La confluencia de ambos tipos de aproximaciones, teórica y empírica, acerca de las relaciones entre derecho y sociedad darán lugar a esta nueva disciplina que es la sociología jurídica, la cuál precisamente desarrolla estos dos tipos de investigaciones diferentes, pero conectadas entre sí y complementarias (TREVES, 1988).

⁹ La contribución de este autor al desarrollo de la sociología jurídica ha sido enorme. Desde su cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Milán promovió el resurgimiento de los estudios sociológicos en Italia tras el período fascista –durante el cual estuvo exilado en Argentina, ejerciendo de profesor en la Universidad de Tucumán-, y también creó el Instituto de Filosofía y Sociología del Derecho. En 1974 fundó la revista *Sociologia del diritto*, que ha constituido la publicación periódica más importante de la disciplina. Y en 1977 obtuvo la cátedra de Sociología del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán, logrando finalmente el ingreso de tal disciplina en la enseñanza universitaria (ATIENZA, 1988:9-15; BERGALLI, 1989:I-XXV; TREVES, 1989:9-24).

Por consiguiente, los trabajos de sociología jurídica –y también de esa rama de la sociología jurídica que se dedica específicamente a estudiar los comportamientos relacionados con la creación y aplicación de las normas jurídico-penales, esto es, la sociología jurídico-penal- implican el recurso a una metodología tanto teórica como empírica, aunque en realidad la distinción entre lo teórico y lo empírico es siempre relativa.

En referencia específicamente al objeto de estudio de la sociología jurídico-penal, debemos remitirnos a BARATTA para mostrar la complejidad de su campo de conocimiento. Este autor se refiere a los siguientes ámbitos de los que se debería ocupar la sociología jurídico-penal: 1) los comportamientos que consisten en la formación y en la aplicación de un sistema penal; 2) las reacciones institucionales de los organismos oficiales del control social de la desviación; 3) las reacciones no institucionales frente al comportamiento desviado, entendidas como un aspecto integrante del control social de la desviación, junto con las reacciones institucionales; y las conexiones entre el sistema penal y la correspondiente estructura socio-económica (1993:14-16).

Este objeto de estudio tan plural y omnicomprendivo de la complejidad de los sistemas penales requiere una aproximación interdisciplinaria para su estudio. He indicado más arriba que la sociología jurídica es producto de la interdisciplinariedad. En primer lugar, y como su propia denominación lo indica, requiere de la confluencia de dos disciplinas como son la ciencia jurídica y la sociología, a lo que se añade las aportaciones de otras disciplinas que puedan ser útiles para acercarse a su objeto de estudio.

El acercamiento a un objeto de estudio tanto desde la ciencia jurídica como desde la sociología entraña los peligros derivados del diverso punto de vista que adoptan dichas disciplinas: mientras que el derecho es una ciencia del “deber ser”, la sociología es una ciencia del “ser”, la primera es normativa y la segunda descriptiva. Del derecho no se puede predicar su veracidad o falsedad, sino su adecuación a criterios y valores éticos o morales. Por su parte las descripciones sociológicas en principio no implican juicios de valor, pese a que debemos ser conscientes de la inexistencia de la absoluta neutralidad científica. La confusión entre el plano del “deber ser” y el plano del “ser” constituye una falacia normativista o naturalista¹⁰. Lo grave de tales falacias es que desarrollan una

¹⁰ Las tesis que confunden el “deber ser” y el “ser” contravienen la denominada “ley de Hume”, según la cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa. FERRAJOLI denomina a tales tesis “ideologías”. El hecho de asumir las explicaciones empíricas (también) como justificaciones axiológicas, es decir, la derivación del “deber

función de legitimación del derecho existente: las falacias normativistas -que toman en deber ser por el ser- porque acreditan como funciones satisfechas de hecho lo que sólo son fines perseguidos (p.ex: del hecho que se asigne a la pena la finalidad de reinserción social deducen que la pena efectivamente reinserta y rehabilita); las falacias naturalistas -que toman el ser por el deber ser- porque establecen como fines a perseguir lo que sólo son funciones o efectos realizados de hecho (p.ex: del hecho que resulte difícil la reinserción social de los extranjeros irregulares se deduce que los irregulares no deben ser reinsertados, sino expulsados en todo caso). La sociología jurídica también tiene la función de desvelar cuando los discursos incurren en este tipo de falacias.

Este tipo de aproximación interdisciplinaria es la que me propongo desarrollar en esta Tesis Doctoral que tiene por objeto analizar las relaciones entre extranjeros y sistema penal, objeto de conocimiento este último indudablemente polifacético que, como señala BERGALLI, no puede ser abordado desde su única descripción normativa (1996b:VIII).

La interdisciplinaria o transdisciplinaria de este trabajo, así como su objeto de estudio plurifacético, presupone para su desarrollo el recurso a una metodología variada, que combine los métodos y herramientas de trabajo propios de las diversas disciplinas mencionadas. No obstante el sincretismo metodológico, es posible indicar cuáles son los métodos de trabajo preferentemente utilizados en cada una de las tres grandes partes en que se divide esta Tesis.

En primer lugar, la Parte I de la investigación está dedicada a los discursos sobre el “otro” en la historia del pensamiento criminológico. Esto supone adoptar una perspectiva histórica, que requiere utilizar los métodos de estudios propios de la historia de las ideas y de la historiografía. Principalmente se recurrirá al análisis de discursos a través de las fuentes bibliográficas originales. El relato histórico de los discursos de las escuelas de pensamiento y autores contenidos en la primera parte de la Tesis está destinado a comprender el presente de nuestros discursos; es decir, en esta parte se pretende clarificar los diversos marcos teóricos desde los que se puede desarrollar la investigación criminológica y elaborar una política criminal. Y se hará especial hincapié en los momentos históricos en los que el discurso criminológico se ha dejado seducir por la ideología racista, con los funestos resultados que ello generó. La memoria

ser” a partir del “ser” se denomina falacia naturalista. El hecho de asumir las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas, es decir, la derivación del “ser” a partir del “deber ser” constituye una falacia normativista. En ambos casos se trata de falacias (1997:220).

histórica sobre el trágico pasado reciente de Occidente debe constituir una advertencia frente a los discursos centrados en la exclusión, cuyo resurgimiento apreciamos en los últimos años.

La Parte II de la Tesis es la de mayor contenido empírico. La tarea de investigación de tipo empírico está dirigida a la obtención de datos y de información sobre el proceso de aplicación de las normas penales a los extranjeros por parte de las diversas instancias del sistema penal. Se tratará de acceder a los datos cuantitativos relativos al número de extranjeros que son sometidos al sistema penal, para lo cual se hará un amplio recurso a las estadísticas oficiales de las diversas instancias del sistema penal.

Al recurrir a instrumentos empíricos de investigación hay que tener en cuenta que los datos no son neutrales, porque los diversos métodos (cuantitativo, cualitativo, observacional, etc.) pueden servir para enfatizar unos aspectos u otros de la realidad social. En todo caso, hay que intentar que la metodología utilizada permita encuadrar históricamente los argumentos. Esta cautela debe ser tenida en cuenta sobre todo cuando se recurre a instrumentos cuantitativos de investigación social (estadísticas, encuestas, etc.), ya que a menudo los mismos han sido usados por los investigadores con una total ocultación del proceso histórico (ello se pondrá de manifiesto sobremanera cuando examinemos las investigaciones empíricas desarrolladas desde la llamada criminología oficial o administrativa). Ya se ha indicado también que las estadísticas del sistema penal (de detenciones policiales, condenas judiciales, población reclusa) a menudo han sido interpretadas como reflejo de la criminalidad, cuando no son más que el reflejo de la actividad de las instancias del sistema penal, que no guarda necesariamente una estrecha relación con el total de infracciones penales cometidas. Más adelante insistiremos en estos argumentos.

Además, cuando hagamos uso de este tipo de instrumentos cuantitativos, trataremos en todo caso de contextualizar las cifras en el proceso histórico y social, para lo cual intentaremos seguir las recomendaciones de JEFFERSON y dotarnos de un “marco analítico suficientemente claro para hacer comprensibles los resultados. En otras palabras, los resultados obtenidos a través de este enfoque (positivista) solo tienen sentido cuando exista un marco analítico” (1988:534). Este marco analítico es el que se pretende clarificar en la Parte I de la Tesis.

Para la Parte III de la investigación, que se ocupa del análisis socio-jurídico del tratamiento punitivo de la inmigración en España, he evitado limitarme a hacer un

complejo análisis dogmático de las normas que se aplican a los extranjeros. Creo que una dogmática penal limitada a la pura exégesis de las normas contenidas en el Código Penal sin realizar una valoración crítica de las mismas ni tomar en consideración sus efectos sociales es una tarea repetitiva de reducida utilidad¹¹.

La dogmática penal se ha caracterizado por su aislamiento de la realidad social, esto es, no ha analizado los efectos que las normas producen en la realidad social, y a menudo ha servido de legitimación de prácticas punitivas verdaderamente criminales, mediante una pretendida neutralidad de la tarea realizada (RIVERA BEIRAS, 2005:7-12) Se hace referencia específicamente al papel de la dogmática alemana tras el Holocausto, que sirvió para esconder el pasado criminal de varios consagrados penalistas, como ha mostrado recientemente MUÑOZ CONDE (2002). Y no es casual que en España la dogmática haya tenido gran seguimiento, dado que también en nuestro ámbito había un pasado fascista criminal que no convenía remover.

Pero más allá del papel histórico jugado por la dogmática penal, al que haremos referencia en los análisis históricos de la primera parte de la Tesis, en el caso de normas como las que caracterizan el tratamiento penal de los extranjeros, centradas como veremos en la política de expulsiones, las consideraciones anteriores adquieren mayor sentido. Creo que medidas penales como la expulsión de extranjeros no pueden ser abordadas desde análisis dogmáticos, porque no tiene sentido tratar de buscar interpretaciones posibles de unas normas que consideramos absolutamente ilegítimas por contrarias a la Constitución y al conjunto del ordenamiento jurídico. Ello me impulsa a considerar que el tema de la expulsión de extranjeros debe ser abordado desde la sociología jurídica, para poner de manifiesto los efectos sociales negativos que dichas normas producen, y desde la política criminal, para insistir en su necesaria reforma.

Lo anterior se traduce en un necesario pluralismo metodológico, para obtener un conocimiento omnicomprendivo del derecho que tome en cuenta su complejidad, tanto como producto eminentemente político que depende de la correlación de fuerzas en un momento dado, como desde la perspectiva del mismo como creador de realidad social, entre otros aspectos del derecho que pueden ser contemplados. En suma, el derecho como objeto de estudio no puede ser abordado desde el monismo metodológico sin renunciar a la aprehensión de su complejidad. Una metodología reducida al análisis

¹¹ MIR PUIG (1994:11-27) atribuye a la dogmática una tarea de elaboración creadora del derecho positivo, aunque auxiliar y subordinada al mismo. Pese a todo, la dogmática se limita a indicar las interpretaciones posibles de una norma, con el fin de resolver sus insuficiencias y equivocidades *de lege data*, de manera que su labor crítica es muy reducida.

dogmático interno de las normas no es capaz de aprehender la realidad jurídica, que no está sólo constituida por el ordenamiento jurídico positivo. Dicho de otro modo, el conocimiento jurídico no consiste simplemente en el conocimiento del ordenamiento jurídico vigente, sino en conocer además los otros aspectos con los que se relaciona íntimamente, como los mecanismos de creación y aplicación del derecho y los efectos sociales del mismo (MUÑAGORRI, 1977:26-39).

Lo anterior no significa que se renuncie al estudio del derecho penal desde una perspectiva dogmática o normativa, sino más bien que dicha perspectiva debe ser complementada con aproximaciones desde la política criminal, la criminología, la penología y la sociología jurídico-penal. Y ello con el fin de evitar, en palabras de MUÑAGORRI, “un pensamiento en el vacío cuando el objeto del pensamiento, las categorías penales, está afectando de una forma poderosa y permanente a las relaciones sociales” (1977:37).

Por otro lado, tengo el convencimiento que el derecho debe abandonar el terreno de los juristas-expertos para abrirse a la discusión social. Sólo es posible una sociedad democrática si las normas que regulan todos los ámbitos de la vida social (y también las normas penales) pueden ser comprendidas y discutidas. En el caso de las normas que se aplican a los inmigrantes la problemática del alejamiento del ámbito del derecho respecto de los individuos sujetos al mismo cobra mayor vigor.

Creo que una de las tareas del jurista debe consistir en tratar de reducir el sentimiento de ajenidad de los ciudadanos respecto al mundo de lo jurídico, en vez de convertirlo en algo todavía más inaccesible que los propios Códigos, como a menudo han hecho los análisis dogmáticos.

En base a este planteamiento, intentaré que el análisis crítico de las normas que centra la Parte III de la Tesis pueda ser comprendido por personas sin formación jurídica, aunque no estoy segura de lograrlo, dado el “entrenamiento” que nos ofrecen las Facultades de Derecho para que los juristas adquieran un lenguaje incomprensible para el resto de la ciudadanía¹².

¹² Pero cuento en mi favor con una experiencia realizada hace un par de años como docente de un C.E.U. titulado “Immigració: Estat de dret, criminalització y exclusió social” (en el que participaron Roberto Bergalli, Manuel Delgado, Héctor Silveira y yo misma) donde me correspondió la tarea de impartir clases sobre el derecho de extranjería sancionador a estudiantes procedentes de diversas disciplinas sociales. La posibilidad de que sociólogos, antropólogos y juristas discutiéramos sobre la normativa de extranjería resultó muy enriquecedora, y me convenció de la necesidad que los juristas hagamos una tarea de “traducción” del derecho para hacerlo comprensible al conjunto de la ciudadanía.

En conclusión a estos apuntes metodológicos, intentaré que la metodología no constituya un obstáculo o límite para el análisis del objeto de estudio planteado, de manera que recurriré a todos aquellos métodos de investigación que considere adecuados para los objetivos planteados. En cuanto a las fuentes de información, también primará un criterio amplio. Sin pretensiones de exhaustividad, puedo indicar que recurriré a fuentes de diverso tipo: material bibliográfico, informes y estadísticas de instituciones oficiales (Defensor del Pueblo, Ministerios involucrados en la “gestión de la inmigración”), informes y denuncias de ONG’s, normas jurídicas de diversos rangos (Tratados Internacionales, Constitución Española, Código Penal, Ley de Extranjería, Reglamentos de Ejecución, Órdenes Ministeriales), jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, información periodística, páginas Web, entre otra documentación e información que pueda resultar relevante a los fines de la investigación.

4. Estado de la cuestión y fuentes bibliográficas

En la Parte I de la Tesis, que como he indicado se ocupa de las interpretaciones acerca de la criminalidad de las minorías étnicas y los inmigrantes en la teoría criminológica, he recurrido ampliamente a los textos originales que conforman la historia del pensamiento criminológico. La interrelación entre teoría criminológica y origen étnico o nacional apenas ha sido explorada en la literatura secundaria; es decir, apenas existen fuentes secundarias sobre el trato dispensado a la inmigración y a las minorías étnicas por parte de las diversas teorías criminológicas. Esto me ha llevado a leer de primera mano a los autores más destacados de la historia del pensamiento criminológico, desde Lombroso y Ferri, a Thomas y Znaniecki, Park, Shaw y McKay, Cohen, Cloward y Ohlin, pasando por Bonger, Sellin, Sutherland y criminólogos más actuales, entre muchos otros que iré mencionando a lo largo del referido capítulo. Esta labor de búsqueda de referencias al tema étnico y migratorio en los textos originales de la historia de la criminología me ha sido posible gracias a dos estancias temporales de investigación que he realizado en Londres durante el desarrollo de la Tesis, una inicial de dos meses que me sirvió de toma de contacto con las investigaciones allí realizadas, y una segunda de casi medio año tras advertir en la primera estancia la profundidad con que el tratamiento de las minorías étnicas por parte del sistema penal ha sido allí abordado. Dichas estancias de investigación me han permitido dedicar largas horas a explorar los impresionantes fondos bibliográficos de la *British Library*.

En los pocos casos en que no he consultado la edición original de la obra de algún autor, sino una traducción o una edición muy posterior, he indicado entre corchetes en el texto la fecha de publicación original, a fin de no hacer hablar a autores como Durkheim a fines del siglo XX.

En cuanto a las fuentes secundarias, en lengua castellana uno de los pocos trabajos que se ocupan de la vinculación del discurso criminológico con la ideología racista es el libro de Raúl Eugenio Zaffaroni de 1993 titulado *Criminología. Aproximación desde un margen*. En esta obra Zaffaroni analiza con mucha lucidez el discurso de la criminología positivista de raíz biológica como parte integrante de la ideología racista que sirvió para justificar la dominación colonial y la explotación que los países centrales hicieron de los periféricos.

En Italia podemos destacar los textos de Dario Melossi, que centran su atención ya no en la criminología positivista sino en la de origen sociológico (o sociología criminal) que tendrá un importante desarrollo a partir de la década de 1920 bajo el influjo de la Escuela de Chicago. En su libro *El Estado del Control Social* (1992) Melossi muestra como en esos años los debates acerca de la relación entre inmigración y criminalidad constituyeron un tema recurrente de la naciente sociología urbana.

En Gran Bretaña encontramos unos pocos textos que se han ocupado de analizar la relación entre teoría criminológica e inmigración o minorías étnicas. Quizá el trabajo más destacado sobre el tema es el breve artículo de Robert Reiner “Race and criminal justice”, publicado en la revista *New Community* en 1989. Este texto realiza un análisis muy lúcido de la posición adoptada por las diversas corrientes criminológicas respecto al tema de la criminalidad de las minorías étnicas. Debido a esa lucidez, y al hecho que el tema no ha sido trabajado con mayor profundidad, este artículo de 1989 continúa siendo un referente. Además podemos mencionar el libro colectivo coordinado por Cook y Hudson en 1994 *Racism and Criminology*, donde encontramos algunos trabajos que se refieren a la teoría criminológica respecto a las minorías étnicas, aunque no constituya su objeto central.

Sin que se centren ya en la teoría criminológica, sino en abordajes que combinan análisis teóricos con herramientas de tipo más empírico, hay otras obras que es necesario mencionar por ocuparse de forma central de la relación entre grupos étnicos, inmigración y sistema penal. Una es la compilación de textos sobre el tema en diversos contextos nacionales llevada a cabo por Michael Tonry en 1997 y publicada como número 21 de la revista *Crime and Justice* bajo el título de *Ethnicity, Crime, and*

Immigration. Comparative and Cross-National Perspectives. Otro libro reciente es el de Bowling y Philips *Racism, Crime and Justice* (2002), que se ocupa de la relación entre inmigración y sistema penal desde la perspectiva socio-construccionista de la reacción social.

En cuanto a la Parte II de la Tesis, el capítulo inicial que trabaja fundamentalmente sobre material empírico elaborado por otras investigaciones, se basa fundamentalmente en publicaciones británicas y, en menor medida, norteamericanas. Ello es debido a que es en estos contextos académicos donde fundamentalmente se ha trabajado la actual relación entre inmigración y criminalidad con herramientas empíricas. En Gran Bretaña este tipo de investigaciones se inician a principios de la década de 1970 y ya para mediados de 1980 encontramos un volumen importante de información.

En España, por el contrario, el panorama es radicalmente diverso. No existen apenas investigaciones empíricas sobre la relación entre sistema penal e inmigración. Uno de los pocos trabajos que podemos mencionar es el de Elisa García España, que dedica su Tesis Doctoral, *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico* (2001), a tratar el tema de la criminalidad de los inmigrantes, aunque con unos planteamientos teóricos y un uso de los materiales empíricos que no comparto, como luego veremos. También hemos encontrado algún artículo que examina las estadísticas oficiales, siendo destacable el de Daniel Wagman por su lúcida crítica a la manipulación político-mediática de las mismas.

Hablar de trabajos que lleven a cabo una investigación empírica al margen de los datos oficiales todavía es más difícil, debido al estado de la sociología jurídico-penal en España, cuestión a la que ya nos hemos referido. No existen verdaderos equipos de investigación con experiencia y capacidad para llevar a cabo este tipo de investigaciones, y cuando existe algo que se le parece, no hay presupuesto para llevar a cabo la investigación.

Aunque no se ocupa de la relación entre inmigración y sistema penal, sino de los procesos de criminalización de una minoría étnica, una de las pocas investigaciones empíricas que podemos destacar por su producción de información mediante un amplio recurso a herramientas empíricas es la llevada a cabo por el Equipo Barañí y publicada en 2001 bajo el título de *Mujeres Gitanas y Sistema Penal*. En la segunda parte de la Tesis nos referiremos más detenidamente a las conclusiones obtenidas.

También podemos destacar la investigación de Manuel Calvo, Elena Gascón y Jorge Gracia (entre otros), que ha extraído información sobre la relación de los inmigrantes y la justicia mediante la revisión de una muestra de expedientes judiciales. Es muy necesario desarrollar este tipo de investigaciones a fin de verificar si nuestro sistema penal es discriminatorio. Pero para desarrollar este tipo de investigaciones se requiere un presupuesto que en España raramente está disponible en el ámbito de las ciencias sociales, ya que no se le atribuye la debida importancia. En esta ocasión los investigadores pudieron acceder a una licitación del CGPJ para el desarrollo de la investigación, pero lamentablemente esta posibilidad es poco frecuente.

La Parte III de la Tesis abandona el terreno criminológico para llevar a cabo un análisis de la relación entre sistema penal e inmigración desde una perspectiva socio-jurídica, trabajando a partir de normas penales y de extranjería. Partimos de que las leyes son una herramienta fundamental en la construcción de la realidad social, tanto por su papel definitorio directo como por la influencia que tienen en la percepción de la realidad por parte de los ciudadanos (papel más simbólico).

Hay que decir que sólo muy recientemente algunos penalistas se empiezan a ocupar del tratamiento de la inmigración en la legislación penal, pese a que la realidad sociológica nos muestra que los inmigrantes constituyen una parte importantísima de la “clientela” del sistema penal desde ya hace varios años. Pero la atención hacia la realidad social sabemos que no suele ser el fuerte de los penalistas, que –siguiendo el ejemplo alemán- en España se han volcado durante mucho tiempo a una dogmática bastante desconectada de la realidad social.

Pero por suerte siempre hay excepciones, y en nuestro tema hay que mencionar la obra colectiva compilada por Patricia Lorenzo Copello en 2002 *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, que ofrece un amplio panorama de los diversos aspectos con relevancia penal que ha generado el fenómeno migratorio. También encontramos en la actualidad ya varios artículos que analizan desde una perspectiva crítica la expulsión penal de extranjeros prevista en el art. 89 del Código Penal, que es uno de los aspectos de la “gestión” penal de la inmigración en los que más me detendré.

Además de los mencionados trabajos, las publicaciones sobre la relación entre extranjeros y derecho penal no provienen del ámbito académico sino fundamentalmente judicial. Desde el Consejo General del Poder Judicial se han publicado recientemente dos libros colectivos sobre el tema. Uno de ellos es el libro publicado en el año 2000 bajo el título *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal*. El

segundo es el volumen coordinado por el Magistrado del Tribunal Supremo José Antonio Martín Pallín y publicado en el 2004 bajo el título *Extranjeros y Derecho penal*, con unos criterios de calidad en ocasiones demasiado relajados¹³.

A estas dos obras colectivas se suman una considerable cantidad de artículos aparecidos en revistas de gran producción como *La Ley* y *Actualidad Penal*. Estos trabajos en muchos casos se caracterizan por una escasa valoración crítica, centrándose fundamentalmente en el análisis dogmático de las normas a los fines de su aplicación, lo que resulta lógico, dado que los autores de estos trabajos son en su mayoría aplicadores de esas normas. El problema no es la existencia de toda esta producción escrita con escasa elaboración teórica y crítica, sino más bien la ausencia de otro tipo de análisis sobre la relación entre inmigración y sistema penal desarrollados desde el ámbito académico y/o científico.

La aludida falta de atención por parte de la mayoría de los penalistas en el tema del que aquí me ocupo se pone de manifiesto si ojeamos los índices de las revistas penales de mayor difusión publicadas en el Estado español: el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; los *Cuadernos de Política Criminal*; la *Revista de Derecho Penal y Criminología*; la *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*; además de la ya citada *Actualidad Penal*, donde sí han aparecido algunos artículos sobre el tema. Por fortuna, en algunas de las revistas de reciente aparición se observa una mayor atención a las cuestiones sociales más candentes de la actualidad.

Si bien no se ciñe al ámbito de las ciencias penales, es merecido señalar que la revista *Jueces para la Democracia* ha realizado desde inicios de la década de 1990 una importante tarea de análisis jurídico crítico de la legislación de extranjería, con todas sus sucesivas modificaciones, así como de su aplicación práctica y los problemas que se plantean.

También hay que indicar que la doctrina penal sí se ha ocupado con bastante detenimiento de analizar el delito de tráfico de seres humanos incorporado en el Código Penal (art. 318 bis) por la L.O. 4/2000, prestando especial atención a la discusión acerca

¹³ Si bien el trabajo del Magistrado que dirige la publicación merece ser leído (MARTÍN PALLÍN, 2004:233-279), me refiero en concreto a un trabajo titulado “Expulsión de extranjeros” firmado por el Fiscal del TS PAZ RUBIO (2004:79-232) con una extensión de 150 páginas (casi la mitad del volumen) donde se incluye un texto del autor que puede tener cierto interés pero está escrito hace entre 10 y 15 años y, por tanto, absolutamente desactualizado (comenta la Ley de Extranjería de 1985); a continuación se incorpora una extensa circular de la Fiscalía General del Estado del año 2001, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería; luego el anteproyecto de la Ley que fue aprobada como L.O. 11/2003 y que modifica las previsiones sobre expulsión del código penal y de la Ley de Extranjería; y finalmente se incluye como “anexo” al citado artículo la STS de 20 de marzo de 2003, que anula varios preceptos del Reglamento de Extranjería.

del bien jurídico protegido, discusión que adquiere mucha relevancia en el sentido de valorar si el interés del Estado en el control de la inmigración puede constituir un bien jurídico merecedor de tutela penal. Aunque no me resisto a pronunciarme en sentido negativo, esta cuestión cae fuera del objeto de estudio de mi tesis doctoral, que necesariamente debe ser limitado.

5. Delimitaciones conceptuales: noción de extranjero, inmigrante; raza, etnia, cultura; racismo; delito

a) Extranjero / inmigrante:

Aunque a menudo utilizamos de forma indistinta los términos de extranjero e inmigrante, porque en muchos casos concurren las dos circunstancias, a nivel conceptual podemos distinguir ambos conceptos.

Podemos empezar señalando que “extranjero” es una categoría legal, mientras que “inmigrante” es una categoría sociológica.

El diccionario de la Real Academia Española (edición 2001) define “extranjero” como la persona “que es o viene de país de otra soberanía” o bien como alguien “natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra”.

El término extranjero remite al concepto de Estado y de soberanía, porque es el Estado en uso de su soberanía el que atribuye la condición de nacional a unas personas, con exclusión de todo el resto, que son considerados extranjeros.

La atribución de la ciudadanía es una competencia de la soberanía estatal, así como la delimitación del estatuto jurídico del ciudadano y del extranjero. Desde las revoluciones liberales el estatuto jurídico del ciudadano está integrado por el reconocimiento de la igualdad de derechos de todos los ciudadanos y la eliminación de la sujeción discrecional a los poderes públicos. Por tanto, el Estado se obliga a tratar por igual a todos los ciudadanos, pero no a los extranjeros, a quienes puede someter a un tratamiento diverso y no reconocer los mismos derechos. A la contraposición entre nacionales y extranjeros le ha correspondido una diferenciación entre derechos humanos que corresponden a todos por igual y derechos de los ciudadanos, de los que se excluye a los extranjeros (DE LUCAS, 1993:36 y 1994:131).

En sus orígenes, la ciudadanía como pertenencia al burgo fue un factor de liberación de los vínculos de sujeción feudal. Con la revolución francesa la ciudadanía se convierte en una noción emancipadora frente al poder absoluto del soberano. Pero en

la actualidad la capacidad emancipadora de esta categoría es mucho más cuestionable; más bien parece que se ha convertido en un factor de exclusión (DE LUCAS, 1993:37 y 1994:138).

Hemos dicho que el término extranjero remite a una categoría legal. Son las leyes de los diversos Estados las que definen quien es nacional y quien extranjero. Las definiciones de extranjero se hacen siempre de forma negativa o por exclusión: son extranjeros los que carecen de la nacionalidad, los que no son ciudadanos.

Así, según la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* –varias veces reformada– (a la que nos referimos como Ley de Extranjería o LOE) se consideran extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española (art. 1).

El proceso de unificación europea ha venido a adicionar una nueva categoría entre nacional y extranjero, y es la de ciudadano de la Unión Europea. La atribución de la ciudadanía de la Unión se hace depender de la posesión de la nacionalidad de uno de los Estados miembros¹⁴, e implica la libertad de circulación y residencia en todo el territorio de la Unión. Por exclusión, toda persona que no posea la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la UE es extranjera.

Por consiguiente, cuando hablamos de extranjeros tenemos que distinguir entre extranjeros comunitarios y extracomunitarios. La distinción es fundamental ya que mientras los primeros gozan de un status muy similar al de los nacionales (un estatus de “cuasi-ciudadanos”), su circulación y residencia en el territorio español no puede ser restringida, y no están sometidos a los dictados de la Ley de Extranjería (salvo que se trate de disposiciones más favorables), los extracomunitarios son los destinatarios de las leyes de policía de extranjería y de restricción de la inmigración.

En este trabajo cuando hable de extranjeros me referiré básicamente a esta segunda categoría de los extranjeros extracomunitarios. No consideraré extranjeros a los ciudadanos comunitarios, porque no son destinatarios de la Ley de Extranjería. Sin embargo, esta exclusión puede constituir ya un primer problema cuando analice estadísticas emanadas de instituciones españolas (del INE, de la policía, los juzgados, los centros penitenciarios, etc.) debido a que en general incluyen a los ciudadanos comunitarios en la categoría de “extranjeros”. Ello será puesto de manifiesto en cada caso.

¹⁴ Según el art. 8 del Proyecto de Constitución Europea posee la ciudadanía de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro.

En cuanto al concepto de inmigrante, el Diccionario de la Real Academia define “inmigrante” como la persona que inmigra, definiendo “inmigrar” como “llegar a otro [país] para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya formadas”.

Como hemos dicho, inmigrante es una categoría sociológica, lo que nos permite acudir a un diccionario de sociología para precisar ese concepto. No obstante, parece que esa tarea no resulta sencilla. En el Diccionario de Sociología coordinado por Giner, Lamo de Espinosa y Torres se señalan las dificultades de definir quiénes son migrantes y quiénes no lo son. La respuesta a menudo depende de convenciones y tiene escasa nitidez conceptual. Parece que la migración consiste en un movimiento relativamente permanente de personas a una distancia significativa, que a menudo se identifica con el cruce de fronteras políticas o administrativas, pero resulta difícil distinguir las migraciones de otros movimientos espaciales. Y la medición del fenómeno migratorio es una tarea siempre imprecisa. En los tiempos recientes se va abriendo camino una sociología de las migraciones, con las dificultades inherentes a todo desarrollo teórico que requiera de la integración de múltiples perspectivas disciplinarias (ARANGO, 1998:490-492).

En todo caso, se advierte que la categoría sociológica de inmigrante y la definición legal de extranjero no siempre coinciden. Hay personas que integran la categoría sociológica de inmigrantes en España, pero poseen la nacionalidad española (como sucede con todas las migraciones internas dentro del territorio español o con muchos latinoamericanos, cuyos padres o abuelos a su vez emigraron de España). Por el contrario, también hay personas que caen en la definición legal de extranjeros pese a haber nacido en España y nunca haberse desplazado, lo que es consecuencia de las leyes de nacionalidad basadas en el criterio del *ius sanguinis* (y no del *ius solis*).

Esta falta de correspondencia entre la categoría sociológica de inmigrante y la legal de extranjero plantea problemas cuando se pretenden regular los procesos migratorios mediante leyes basadas en el binomio nacionalidad / extranjería, como es el caso de la Ley de Extranjería española, cuyo título legal es *Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Como indica su propio título, es una Ley de Extranjería, con ciertas pretensiones en la regulación de los flujos migratorios, lo que pretende realizar en buena medida mediante instrumentos represivos de policía de extranjería. Como trataremos de mostrar en esta Tesis, su pretensión reguladora de los flujos migratorios ha sido un absoluto fracaso, sólo superado por el

fracaso de su voluntad declarada de promover la integración social de los extranjeros-inmigrantes.

En definitiva, esta Ley con pretensiones reguladoras del proceso migratorio es aplicable a los extranjeros, con independencia de su situación migratoria. En cambio, no se aplica a los inmigrantes que posean la nacionalidad española, precisamente porque las únicas regulaciones del proceso migratorio que contiene son de carácter restrictivo y represivo, y el Estado no puede limitar la libertad de circulación y residencia de los españoles. Una buena ley migratoria y de integración social de los inmigrantes consistiría en una norma que estableciese vías regulares y ordinarias para inmigrar, facilitando la llegada y contratación laboral de los inmigrantes con independencia de su nacionalidad. Pero no es eso lo que realiza la Ley española.

Dada la propia confusión legal de las categorías de extranjero e inmigrante, en este trabajo usaré indistintamente ambos términos para referirme a las personas definidas por la ley como extranjeras y a quienes se aplica la Ley de Extranjería. Mi objetivo es examinar las políticas represivas previstas en la Ley frente a este colectivo de personas definidas como extranjeras.

La definición de “inmigrante” tampoco está exenta de críticas. DELGADO señala que consiste en una etiqueta estigmatizadora y negativa, que produce que aquél que llega y se establece en una ciudad, nunca pierda su condición de viajero en tránsito, sino que se le obliga a conservar el estigma a perpetuidad, que incluso traspasa a sus descendientes,

“que deberán arrastrar como un condenado la marca de desterrados heredada de sus padres y que hará de ellos aquello que, contra toda lógica semántica, se acuerda llamar ‘inmigrantes de segunda o tercera generación’” (2003a:14).

Peor aún que la etiqueta de “inmigrante” es la de “ilegal”. A las personas que entran en el territorio de un Estado eludiendo los controles de entrada, o permanecen en el mismo una vez vencido el permiso de estancia o de residencia, se las ha denominado extranjeros o inmigrantes ilegales, clandestinos o irregulares.

La calificación de “ilegal” ha sido muy criticada por las ONG’s sensibles al fenómeno migratorio, con el argumento que una persona nunca puede ser ilegal, en todo caso podrá serlo el acto que realiza. Además, tiene efectos muy estigmatizantes, promoviendo la consideración de la inmigración irregular como un “cuasi-delito” y su identificación con la delincuencia.

El calificativo “ilegal” aplicado a una persona no es casual. Por el contrario, participa de la misma tradición que califica de “delincuente” a la persona que ha cometido una infracción penal, y reconoce sus orígenes en el positivismo criminológico. La criminología positivista desplazó su objeto de estudio del delito hacia el “delincuente”, del análisis de un acto calificado como ilegal, al análisis de la persona “delincuente”.

La denominación de “inmigrante ilegal” no difiere mucho de esta tradición. Se trata de construir un estereotipo, para poder reconocer al instante a estos “inmigrantes ilegales”, al igual que reconocemos de un vistazo a los “delincuentes”. Tampoco es casual que ambos estereotipos coincidan en gran parte, y que estén representados por personas de tez oscura. En la Parte I de la Tesis intentaré mostrar la carga racista del discurso criminológico, que a menudo ha identificado criminalidad con “razas” no europeas, con minorías étnicas y con inmigración.

b) Raza / etnia / cultura:

Ante todo hay que señalar que estos conceptos constituyen una construcción social. Si bien se puede decir que toda la realidad se construye socialmente mediante la atribución de significados a determinados símbolos -sobremanera a través del lenguaje- (BERGER y LUCKMAN, 1984), en el caso de los conceptos de raza, etnia o cultura ello se advierte con mayor claridad, debido a que los mismos no poseen un referente material indiscutido.

En el caso del término “raza”, hay consenso en la comunidad científica en el sentido de negar todo referente material a este concepto. La “raza” no es un concepto científico, sino social y con un elevado contenido negativo (motivo por el cual a menudo se utiliza entrecomillado). En la Parte I de la Tesis dedicaré un apartado específico al surgimiento histórico de la categoría de “raza”. Por ello, ahora sólo haré una breve referencia a ese consenso científico acerca de la inexistencia de las razas.

En 1964, en el marco de la UNESCO, la Declaración de Moscú estableció un consenso entre expertos de todo el mundo acerca de que la “raza” no es un fenómeno biológico, sino más bien un mito social, debido a que las diferencias entre seres humanos no pueden ser clasificadas en compartimientos separados, sino que constituyen un continuo. Las diferencias genéticas entre los individuos dentro de un mismo grupo poblacional son tan grandes como las existentes entre los distintos grupos. Los expertos señalaron que las designaciones raciales son simples etiquetas clasificatorias de

características físicas aparentes (color de piel, cabello, ojos, etc.), pero en ningún caso estas clasificaciones implican jerarquía biológica ni cultural. Se trata de clasificaciones artificiales que tienen un alto grado de arbitrariedad. Ni en el ámbito de las capacidades hereditarias relativas a la inteligencia y al desarrollo cultural, ni en las características físicas, se puede encontrar ningún tipo de justificación para sostener el concepto de raza superior o inferior (citado por BOWLING / PHILIPS, 2002:23-24).

Estas conclusiones se han ido reforzando a través del tiempo con los avances de la genética y de la biología. Por consiguiente, no existe discusión dentro de la comunidad científica acerca de la inexistencia de las razas como categoría científica. La genética moderna ha demostrado que el concepto biológico de raza nos llevaría al absurdo de crear tantas categorías raciales como seres humanos existen sobre la Tierra. Hoy en día el único criterio científicamente admitido para hablar de identidad y diversidad biológica es el de las “frecuencias genéticas” (ADN, grupo sanguíneo). Y según estos criterios la frontera entre grupos no aparece como una clara línea demarcatoria, sino como una zona borrosa. En suma, según los científicos, las características físicas aparentes que definen la noción tradicional de raza sólo son los rasgos más aparentes, más superficiales, de un grupo humano, y se limitan a traducir adaptaciones fisiológicas al clima (FERNÁNDEZ BUEY, 2003:89).

Pero la imposibilidad de hablar de un concepto biológico de raza no impide que ésta se siga utilizando como categoría sociocultural, aunque en la actualidad se prefiere el término “etnia” para referirse a grupos pretendidamente homogéneos desde el punto de vista sociocultural.

Y, desde luego, la inexistencia científica de las clasificaciones raciales no impide que exista el racismo. La ausencia de referente material del concepto de raza, es decir, el hecho que no se pueda hablar científicamente de razas, no impide que la categoría de raza siga existiendo como concepto vulgar -o incluso sociológico-, ni tampoco impide la existencia del racismo. Ello significa que para combatir el racismo no basta con demostrar que la categoría de raza es inconsistente en el terreno científico. Un problema social como es la existencia del racismo no puede ser resuelto con la sola demostración racional de la ausencia de fundamento científico de la categoría de raza (CHEBEL D'APPOLLONIA, 1998:21; WIEVIORKA, 1992:25).

La evidencia científica de la inconsistencia de la categoría biológica de raza ha provocado que el término raza vaya progresivamente cayendo en desuso, aunque no faltan quienes siguen remitiéndose a las clasificaciones de la antropología racista del

siglo XIX. Pero el progresivo arrinconamiento de dicha terminología no ha supuesto el fin de las clasificaciones de grupos poblacionales sospechosas de racismo. Y es que, como dice CHEBEL D'APPOLLONIA, los racistas también se ponen al día, y han sabido adaptarse a los cambios semánticos (1998:8).

A reemplazar las funciones clasificatorias desarrolladas por el concepto de raza ha venido la categoría analítica de “etnia”, pero ahora las clasificaciones no giran en torno a pretendidas diferencias biológicas, sino que se toman en cuenta un conjunto de factores: origen geográfico, estatus migratorio, características fenotípicas, lenguaje, hecho religioso, tradiciones, valores y símbolos, características culturales (como literatura, música, comida).

Pese a que no hay una definición universalmente compartida del concepto de “etnia”, se considera que estamos ante un grupo étnico cuando un conjunto de individuos comparten varios de los factores mencionados y entre ellos poseen un sentimiento interno de diferenciación y/o son así percibidos externamente. Para evitar que el término etnia sustituya al de raza como concepto clasificatorio con pretensiones de objetividad, hoy en día se pone el acento en la definición subjetivista de grupo étnico, es decir, en la autodefinición por el grupo y en la conciencia de pertenencia al grupo (CASTLES / MILLER, 1998:29-32; PÉREZ-AGOTE, 1998:276-277).

Cuando un grupo étnico está de algún modo excluido de la sociedad en la que habita, es víctima del prejuicio y la discriminación, y ocupa una posición social, económica o políticamente subordinada en la sociedad, se le puede denominar “minoría étnica” (CASTLES / MILLER, 1998:29-30).

El concepto de “etnia”, por tanto, se distancia de los indicadores biológicos para centrarse preferentemente en indicadores “culturales”. Es un concepto que casa bien con expresiones tan de moda como “multiculturalismo” y “derecho a la diferencia”. Pero como advierte CHEBEL D'APPOLLONIA, también sirve de base para un nuevo “racismo cultural” que establece jerarquías entre culturas, confunde el “derecho a la diferencia” con la “diferencia de derechos” y, en definitiva, utiliza el concepto de etnia para justificar nuevas formas de exclusión. En palabras de la citada autora, la noción de etnia es una “categoría polisémica que puede significar desde un grupo cultural hasta un sinónimo aceptable de raza” (1998:9).

Como ya hemos indicado respecto a la categoría de inmigrante, también DELGADO somete a crítica la etiqueta de “minoría étnica”, que diferencia a estas personas de una supuesta mayoría autóctona que no formaría parte de ninguna etnia.

Según este autor, se trata de clasificaciones o etiquetas al servicio de la estigmatización del otro, con la finalidad de señalar al “diferente” (2003a:9-23).

Ello es cierto, pero para combatir la exclusión y la estigmatización aparejadas a dichas etiquetas, no es suficiente con demostrar su falta de referente material y eliminarlas del lenguaje. Las etiquetas y construcciones sociales –aunque carezcan de referentes objetivos- forman parte de la realidad, y tienen consecuencias. Las mismas consideraciones realizadas a propósito de la noción de raza son aplicables a las etiquetas de “etnia” o “inmigrante”. Mientras las mismas se mantengan en el imaginario social, producirán efectos. Y las ciencias sociales deben observar los efectos sociales de las etiquetas de “raza”, “etnia” o “inmigrante”, pese a que ello implique utilizar las mismas etiquetas que tratamos de combatir. En la Parte II de la Tesis volveremos sobre esta discusión, cuando justifiquemos el recurso a estas categorías con el fin de observar y denunciar los desproporcionados procesos de criminalización que sufren las personas etiquetadas como “inmigrantes”, como negras o como gitanas.

Por su parte, el concepto de “multiculturalismo” ha sido sometido a críticas desde la antropología y la sociología (ver DAL LAGO, 1999:167-171), con la intención de negar un pretendido “conflicto entre culturas”, sostenido, entre otros autores, por el italiano SARTORI (2001).

Obviamente el problema no está en los términos de “multicultural” o “intercultural”, sino en el uso que se haga de ellos, que a menudo no son usados para poner de manifiesto la complejidad y pluralidad de nuestras sociedades, sino para marcar con fuego al supuestamente diferente en base a pretendidas “diferencias culturales”.

La noción de cultura en el actual mundo globalizado sufre importantes transformaciones. Si siempre fue un referente dinámico y en perpetuo cambio (pese a que las corrientes románticas trataran de mostrar como atemporales ciertos elementos culturales o folclóricos), en las sociedades actuales asistimos al fenómeno de la unificación o globalización cultural (lamentablemente en buena parte bajo el imperio de Coca-cola y Mc Donald’s), a la vez que la complejidad de la vida moderna impide incluir a los individuos en una sola unidad de pertenencia. No obstante, no faltan los que recurren a la noción de cultura con la pretensión de dividir a la humanidad en compartimientos estancos. Y en este sentido, la invocación de conceptos como “cultura” o “identidad”, en palabras de DELGADO,

“pueden constituirse en la coartada que justifica la exclusión, la segregación y la marginación de aquellos –por ejemplo, los llamados inmigrantes- cuya particularidad cultural ha sido considerada total o parcialmente inaceptable, muy a menudo bajo la engañosa forma de reconocimiento y disimulándose detrás de conceptos frecuentemente equívocos, como multiculturalidad o derecho a la diferencia” (2003b:7).

La apelación a las “diferencias culturales” para justificar la desigualdad constituye la máxima expresión del denominado racismo cultural. En base a supuestas “diferencias culturales” se pretenden explicar las desigualdades de status socio-económico, esto es, explicar determinada jerarquía social absolutamente artificial como consecuencia de un determinismo casi natural y, peor aún, se intentan justificar diferencias de tratamiento jurídico absolutamente inadmisibles en una sociedad que se defina como democrática (DELGADO, 2003b:15).

c) Racismo:

Al hablar de racismo en primer lugar podemos distinguir entre el racismo como ideología y el racismo como práctica social discriminatoria, que puede estar fundada de forma consciente o inconsciente en la ideología racista. Nos referiremos ampliamente al racismo como práctica discriminatoria en el marco del sistema penal en la Parte II de la Tesis, recurriendo a la distinción analítica entre discriminación individual, institucional (directa e indirecta) y estructural.

En cuanto al racismo como ideología o conjunto de creencias, en la actualidad se habla de racismo biologicista y de racismo culturalista. Mientras el primero enfatiza características físicas relacionadas con la idea de raza para sostener la superioridad biológica de determinados grupos respecto a otros, el segundo sostiene esa superioridad haciendo hincapié en características culturales, lingüísticas o religiosas vinculadas al concepto de etnia (GIMÉNEZ, 1998:627-629).

En relación al racismo biologicista, FERNÁNDEZ BUEY señala que no consiste simplemente en la afirmación de la existencia de razas, ni tampoco solamente en la exclusión o el rechazo del otro. Según este autor,

“Hay racismo cuando se establece un vínculo directo entre los atributos, rasgos, o patrimonio físicos, biológicos o genéticos de un individuo o de un grupo y sus caracteres intelectuales y morales y se afirma luego la superioridad o inferioridad de estos atributos sobre otros” (2003:88).

Por su parte, la xenofobia es usualmente definida como el odio, la aversión, el rechazo o el miedo hacia el extranjero. Pese a la distinción conceptual, en la base tanto del racismo como de la xenofobia encontramos el argumento sobre el carácter inasimilable, incompatible, de los valores y cultura propios del grupo-individuo extranjero (DE LUCAS, 1990:69 y 1991:165).

La inferiorización del “otro” consustancial al racismo es un proceso que implica el recurso a poder político, económico y social, y que generalmente tiene el objeto de legitimar la explotación o la exclusión del grupo definido como inferior. Cuando ese poder del grupo dominante está apoyado en estructuras legales, políticas y administrativas se habla de racismo institucional; en cambio, cuando las actitudes racistas provienen de los miembros del grupo dominante se habla de racismo social o informal. Pero lo más común es que ambos tipos de racismo coexistan, porque se refuerzan y legitiman mutuamente (CASTLES / MILLER, 1998:32).

Según WIEVIORKA la crisis actual del modelo de producción fordista que aglutinaba a los individuos en clases sociales ha provocado que el espacio social del racismo adquiera rasgos más virulentos (1992:15-17). Como veremos en la Parte I de la Tesis, una obra fundamental sobre el racismo es la de Gunnar MYRDAL, que sitúa el problema del racismo no en las diferencias entre razas o etnias, sino en los sentimientos de rechazo existentes en las mentes de los racistas.

Como hemos dicho, en la actualidad el concepto de etnia está sustituyendo al de raza como criterio clasificatorio de las poblaciones con pretensiones de objetividad, y con los mismos efectos nefastos. Se puede observar un viraje desde un racismo biológico hacia un racismo cultural. El viejo racismo anclado en bases pre-científicas que afirmaba la superioridad biológica de unas razas sobre otras, se ha convertido ahora en un racismo étnico o culturalista, que afirma la superioridad de unas etnias y/o culturas sobre otras.

d) Delito:

Al igual que el concepto de raza o etnia, también el concepto de delito constituye una construcción social. Y asimismo es posible analizar cómo ha ido variando a lo largo del tiempo en función de los diversos desarrollos en los ámbitos del conocimiento, los paradigmas dominantes y las disciplinas que en cada momento histórico han tenido hegemonía en el pensamiento criminológico.

Así, por ejemplo, podemos decir que con el auge del Iluminismo a fines del siglo XVIII, los penalistas ilustrados como Cesare Beccaria o Jeremy Bentham se ocuparán de delimitar jurídicamente la definición de delito, con la finalidad de limitar el poder punitivo de los monarcas absolutos. Y para ello recurrirán a la figura del contrato social. El concepto de delito entonces sale del ámbito de la discrecionalidad del soberano, se separa claramente de la noción de pecado y se convierte en un concepto legal.

Sin embargo, con el auge del positivismo entrado ya el siglo XIX, veremos como esa definición legal va perdiendo centralidad, a la vez que las ciencias médicas adquieren hegemonía en el estudio de la cuestión criminal. El trasvase del método científico al campo de las ciencias sociales llevará a una progresiva “naturalización” de las nociones de delito y delincuente, hasta el punto que la definición legal de delito se verá desplazada por la noción de “delito natural”.

Con el surgimiento de la sociología a fines del siglo XIX y la creación de un método propio para el estudio de los fenómenos sociales propuesto por uno de los precursores del funcionalismo, Émile Durkheim, se irá conformando una perspectiva sociológica en el estudio de la cuestión criminal. Esta perspectiva dará sus mayores frutos en Norteamérica, tanto desde la perspectiva interaccionista desarrollada en la Escuela de Chicago a partir de 1920, como en la perspectiva funcionalista desarrollada en Harvard primero por Parsons y luego por Robert Merton.

Ya en la década de 1960, los enfoques sociológicos producirán una “revolución científica” en el ámbito del pensamiento criminológico. Autores como Lemert o Becker abandonarán las nociones tradicionales de delito y delincuente al adoptar una perspectiva socio-construccionista de la realidad: pondrán de manifiesto que el delito es producto de una definición social (y legal) y señalarán a las agencias del sistema penal como constitutivas de la criminalidad. La llamada perspectiva del etiquetamiento (o *labelling approach*) será acogida con entusiasmo por los jóvenes criminólogos y sociólogos de la desviación que a ambos lados del Atlántico se resistían a justificar un sistema penal tendente al mantenimiento del *status quo*. Surgirá así la llamada “criminología crítica”, que pretendió constituir un desafío frente a la criminología del *establishment*.

Esta perspectiva socio-construccionista de la noción de delito es la que adopto en este trabajo, sin que ello suponga negar la existencia de problemas sociales tras la definición legal de los delitos. Por otro lado, el hecho de reconocer que la categoría de

delito es producto de una definición legal, no impide trabajar con las definiciones legales existentes en un determinado sistema penal.

Quizá uno de los aportes más interesantes de la perspectiva socio-construccionista al campo del delito es el hecho de haber puesto de manifiesto la “artificialidad” del concepto de delito. Es un concepto que incluye comportamientos absolutamente diversos entre sí, que sólo tienen en común el hecho de ser definidos como tal por la ley penal, es decir, de constituir una infracción a un artículo del Código Penal.

Para mostrarlo con claridad, pongamos algunos ejemplos. Resulta difícil alcanzar a ver qué tienen en común un homicidio o una violación y la falsificación de un pasaporte, el tráfico de drogas o la participación en una manifestación no autorizada. Los dos primeros son comportamientos que atentan contra bienes jurídicos fundamentales y tienen una víctima claramente identificada, mientras que los tres siguientes afectan a bienes jurídicos más difusos y son “delitos sin víctima”.

Pero tampoco los delitos contra el patrimonio en los que no hay enfrentamiento entre víctima y ofensor, como el hurto o la sustracción de vehículo, tienen relación alguna con el homicidio, pese a que afectan a una víctima individual. Se trata sin duda de comportamientos que pueden ser muy gravosos o simplemente molestos, pero que no pueden ser comparables a la violencia contra las personas.

Estas consideraciones llevan a plantearse la conveniencia misma de calificar como delito los diversos comportamientos, ya que a menudo incita a confusión y puede generar una alarma social desmedida.

Por otro lado, las diversas conductas que se engloban bajo la categoría de delito generan graves problemas en el uso de las estadísticas. Como veremos, mientras que en el homicidio la tasa de delitos cometidos y la tasa de delitos conocidos por la policía es prácticamente la misma, en el tráfico de drogas la distancia que los separa es tan grande que no es posible utilizar las estadísticas policiales como índice de los delitos cometidos, sino que sólo sirve para medir la actividad policial de criminalización. En otras palabras, en este segundo caso la actividad policial tiene una función constitutiva del delito, el delito no existiría de no ser por la actividad policial, dado que apenas se denuncian delitos de tráfico de drogas. Profundizaremos en estas cuestiones en la Parte II de esta Tesis.

Esta delimitación conceptual pone de manifiesto que varios de los términos que usaré a lo largo de este trabajo no tienen siempre el mismo significado, sino que

depende de la perspectiva que adopta la persona o institución que trabaja con ellos. En estas líneas he tratado de explicitar el enfoque que guiará mi investigación. Sin embargo, debido a que voy a trabajar con materiales bibliográficos teóricos y empíricos producidos por otras personas e instituciones, es fácil advertir que se pueden producir tensiones o contradicciones. En especial, cuando se recurre a materiales empíricos generados por otros investigadores o por instituciones oficiales, no es posible eludir las categorías conceptuales que se han empleado en la realización del estudio. Ello nos puede llevar, por ejemplo, a dividir a las personas en grandes categorías basadas en rasgos físicos, en orígenes étnicos, etc., pese a haber negado la existencia de las razas o las etnias como criterio clasificatorio de las personas. Sin embargo, como ya he indicado, el uso de tales categorías puede ser funcional para poner de manifiesto la existencia de prácticas discriminatorias en el sistema penal que afectan a estos colectivos agrupados bajo los términos de “minoría étnica”, “extranjeros” o “inmigrantes”.

**PARTE I: DISCURSO CRIMINOLÓGICO SOBRE EL “OTRO”.
TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS SOBRE LA CRIMINALIDAD DE LOS
EXTRANJEROS O LAS MINORÍAS ÉTNICAS**

La criminalización del “otro” –de otras “razas”, minorías étnicas, extranjeros o inmigrantes- ha sido una constante a lo largo de la historia de los sistemas penales modernos. En esta Parte I de la Tesis me propongo rastrear los procesos históricos y las diversas teorías que se han desarrollado para explicar –y a menudo justificar- la mayor selección de las minorías étnicas por parte del sistema penal, esto es, su desproporcionada criminalización. Como ya he señalado en el apartado introductorio (ver “estado de la cuestión”), esta historia de las ideas que me propongo desarrollar hasta el momento apenas ha recibido atención de los criminólogos, sociólogos o historiadores del pensamiento criminológico. Casi no existe bibliografía secundaria sobre las teorías criminológicas que se han referido a las minorías étnicas o nacionales y no he logrado encontrar ninguna monografía sobre el tema. Ello me obliga a rastrear las fuentes originales de la historia del pensamiento criminológico en busca de referencias al tema del que aquí me ocupo. La tarea es laboriosa, pero creo que merece la pena.

Me centraré en especial en las diversas teorías criminológicas que desde el siglo XIX en adelante han sostenido -en base a diversos argumentos y con mayores o menores pretensiones de científicidad- que los extranjeros, las minorías étnicas o los “otros” en general tienen mayor tendencia a la comisión de delitos, lo que a su vez ha justificado una mayor actividad de control de estas personas por parte del sistema penal. Mi objetivo fundamental es analizar el papel de las ciencias sociales, y en particular de la criminología, en la desproporcionada criminalización del “otro”. Es decir, mostrar de qué manera el “saber” criminológico en determinados momentos históricos se ha puesto absolutamente a disposición del “poder” en sus empresas explotadoras, coloniales e incluso genocidas, mientras que en otros momentos se ha propuesto de algún modo desafiarlo.

Más en general, respecto al papel cumplido por el conjunto de las ciencias sociales en el sometimiento del “otro” -y no ya sólo por la criminología- me parece oportuno destacar las palabras de WIEVIORKA cuando lamenta

“las vacilaciones y la lentitud de la sociología, que en un principio contribuyó a la invención del racismo, posteriormente se comprometió en el estudio de las ‘relaciones raciales’ y, aún hoy, sigue experimentando enormes dificultades para dejar de lado radicalmente los debates sobre las razas y abordar de forma unitaria los discursos, los pensamientos y las conductas que constituyen el racismo” (1992:20).

Son estas vacilaciones de las ciencias sociales las que quiero poner de manifiesto, concretamente respecto a las interpretaciones que se han hecho a lo largo de

la historia del pensamiento criminológico acerca del binomio delincuencia-alteridad, donde el segundo de los elementos ha adoptado la forma, como he dicho, de “otra raza”, “minoría étnica”, “inmigrante” o “extranjero”.

Veremos que desde el siglo XIX y hasta la década de 1960 la criminología ha permanecido anclada en un paradigma etiológico, que –en el tema del que aquí me ocupo- le ha llevado a analizar el rol que tiene la “raza”, la etnia o la condición de inmigrante o extranjero en la producción de criminalidad; es decir, a analizar la importancia o el peso que tiene como factor criminógeno y las diferencias -si es que hay- entre los “delincuentes” de diferentes “razas” u orígenes étnicos o nacionales.

Sin embargo, dentro de la criminología etiológica es importante distinguir las versiones biologicistas, con una indudable carga racista, de las de raíz sociológica, que toman en consideración los efectos que el ambiente social produce en el individuo.

Así, por ejemplo, veremos que con Lombroso el peso atribuido a la “raza” como factor del comportamiento criminal es determinante, hasta el punto que se produce una identificación entre “criminales” y “razas inferiores”; en cambio, otros positivistas consideran a la “raza” como un factor más a tener en cuenta en el estudio del comportamiento criminal. El éxito de los enfoques multifactoriales en el estudio de la criminalidad a partir de principios del siglo XX convirtió en práctica generalizada que la mayoría de manuales de criminología dedicasen un capítulo a analizar el tema de “la raza y el crimen”, tras el análisis de otros factores como la edad o el género.

El auge de la sociología norteamericana a partir de la década de 1920 provocará un punto de inflexión en el estudio de la relación entre delincuencia y minorías étnicas o nacionales, debido a que los planteamientos de la criminología biológica quedarán relegados por los enfoques ambientales e interaccionistas. Seguramente a la llamada Escuela de Chicago le debemos algunas de las páginas y de las investigaciones más interesantes sobre el fenómeno migratorio y la criminalidad, pese a que esta segunda categoría todavía no sea sometida a cuestionamiento.

Será sólo tras el cambio de paradigma criminológico producido por los enfoques del *labelling* y de la criminología crítica a partir de la década de 1960 que se dejará de prestar atención a la “raza” o la condición de inmigrante como factor criminógeno, para pasar a analizar el peso que puede tener el racismo y la discriminación en los procesos de criminalización. Aunque el verdadero auge de los estudios socio-jurídicos sobre la existencia de discriminación racial en el sistema penal se producirá en la década de 1980. Además, con la incorporación de las categorías analíticas propias del marxismo

dentro de la criminología, se abandonarán las explicaciones individuales de la criminalidad para adoptar una perspectiva estructural. De esta manera, de los debates acerca de “la raza y la criminalidad” se llega al debate sobre “el racismo y los procesos de criminalización”.

CAPÍTULO 1: SURGIMIENTO DE LOS PRIMEROS DISCURSOS ERUDITOS SOBRE LA “RAZA” Y EL “DELITO”

1. Surgimiento de la noción de “raza”, primera antropología física y abolición de la esclavitud

Señala WIEVIORKA que si bien a fines del siglo XV ya se empieza a hablar de “razas”, no será hasta el siglo XIX que este término se impone como categoría erudita y con pretensiones científicas (1992:27). Pero ya desde la primera expansión colonial la idea de “razas inferiores” justificó el exterminio de nativos que llevaron a cabo los europeos en América, en África y en Oceanía.

La desproporcionada persecución del “otro” por parte de los sistemas penales de la modernidad es un fenómeno que se constata desde el surgimiento mismo del Estado moderno, que convencionalmente se sitúa en 1492 con la primera expansión colonial. Desde ese mismo momento los colonizadores españoles y portugueses no albergaron ninguna duda acerca de la inferioridad de la población indígena del continente americano. Y esa población debía ser controlada mediante métodos represivos, que incluyeron las tristemente conocidas prácticas penales de la Inquisición. Las explicaciones acerca de la naturaleza de la inferioridad de los indios, así como respecto de la población negra africana -sobre cuya inferioridad todavía se albergaban menores dudas- se mantienen a lo largo de los siglos XVI y XVII en el ámbito de los “saberes” o explicaciones teológicas. No será hasta mediados del siglo XVIII que esos debates adquieran naturaleza laica, y la referida inferioridad pase a justificarse con argumentos primero “racionalistas” y después “científicos” (ZAFFARONI, 1993:60-65).

Los mencionados “saberes” teológicos pre-científicos acerca de la inferioridad de la población indígena de América y África no serán objeto de estudio en este trabajo, debido a que mi interés se centra en el papel que desarrolla la “ciencia” (o, como mínimo, el pensamiento pretendidamente racional) en la explicación y/o justificación de la desproporcionada criminalización del “otro”. Pero aunque no nos ocupemos de esos discursos teológicos y bíblicos, no hay que olvidar que los mismos sirvieron para justificar el dominio colonial y la esclavitud, con el genocidio que comportaron.

Desde fines del siglo XVI hasta comienzos del XIX esa misma ideología de la inferioridad racial sirvió para justificar el comercio de esclavos, que generó un intercambio triangular: los productos europeos manufacturados eran intercambiados en África por esclavos, los cuales, tras la travesía atlántica, eran a su vez cambiados por

materias primas y especias en América, que finalmente eran vendidas en Europa. El tráfico de esclavos jugó por tanto un papel clave en el comercio internacional y en el desarrollo primero manufacturero y luego fabril que éste procuró a Europa (BOWLING /PHILIPS, 2002:2). Para justificar el trato inhumano que suponía la esclavitud, los esclavos debían ser considerados inferiores, con un status no muy superior al de los animales de carga.

A partir de la Ilustración las creencias populares sobre la raza empiezan a tomar la forma de discurso erudito. Se inicia el estudio de las diversas razas con pretensiones científicas. Así, por ejemplo, ya en 1775 el fisiólogo alemán fundador de la “antropología física”, Johann Friedrich Blumenbach, realizó una clasificación racial ampliamente aceptada en ese momento (BOWLING / PHILLIPS, 2002:2).

Los antropólogos ilustrados como Blumenbach o Prichard sostienen que todas las razas proceden de un único origen común, son monogenistas y defienden la similitud de las razas. Estas posturas se apoyarán en el estudio del lenguaje, que sirve para igualar a todas las razas humanas y para establecer la diferencia con los animales. En base a estas posturas, en las décadas de 1830 y 1840 se dará soporte al movimiento para la abolición de la esclavitud (PESET, 1983:16 y 37).

El mayor logro de la revolución francesa y la Ilustración seguramente fue la abolición de la sociedad estamental y el reconocimiento de la igualdad legal de todos los ciudadanos. Pero tras la revolución el principio de igualdad no se extendió a todas las personas, sino tan sólo a los “ciudadanos”: hombres blancos mayores de edad, que eran las personas a quienes se les suponía “razón”. Se consideraba que las mujeres, los niños y las personas de orígenes no europeos compartían una menor racionalidad, que les impedía actuar con “relevancia jurídica”, de manera que quedaron excluidos del contrato social y del gobierno de la “*res publica*”.

Sin embargo, el ideal igualitario surgido de la revolución no permitirá el mantenimiento de esta situación por mucho tiempo y varias voces se irán levantando en contra de las mencionadas discriminaciones: la de las sufragistas para reclamar la igualdad de géneros¹⁵ y la del movimiento abolicionista para terminar con la esclavitud.

La defensa de la igualdad entre todas las razas humanas será la postura extendida en esos momentos entre ilustrados, filántropos, eclesiásticos, evangelistas, cuáqueros

¹⁵ La primera denuncia por la exclusión y negación de derechos a la mitad de la humanidad es coetánea a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Me refiero al texto de Mary Wollstonecraft “Vindicación de los derechos de la mujer” (1791) y al de Olympe de Gouges “Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana” (1791).

etc. A partir de ese reconocimiento de la igualdad irán ganando terreno los discursos y alegatos abolicionistas de la esclavitud, objetivo que se plasmará en varios países europeos durante la primera mitad del siglo XIX.

En efecto, a lo largo del siglo XIX la esclavitud va siendo abolida progresivamente tanto en los países europeos como en el llamado “nuevo mundo”, cuyos territorios se habían ido independizando. En Gran Bretaña la esclavitud queda abolida en 1833, en Suecia en 1847, en Francia y Dinamarca en 1848, mientras que en los nuevos EE.UU. de Norteamérica habrá que esperar al fin de la guerra de secesión en 1865.

Sin embargo, como veremos, estas posturas liberales e igualitarias –al menos a nivel teórico- van a perder terreno a partir de mediados del siglo XIX y, sobre todo durante la guerra civil norteamericana, presenciaremos el auge de los discursos racistas con pretensiones científicas. Precisamente este conflicto bélico entre el Sur esclavista y el Norte abolicionista provocará que el tema de la “raza” ocupe un lugar central en los debates “científicos” de la época, tanto en Norteamérica como en Europa.

El fin de la esclavitud posiblemente pueda ser explicado por una conjunción de factores económico-estructurales y de motivos humanitarios: el acceso al poder de la clase burguesa cuyas ganancias económicas dependían más del desarrollo industrial que de la explotación latifundista, así como una nueva sensibilidad humanista nacida de la Ilustración y el encumbramiento de la idea de la libertad, que impedía el sometimiento –cuanto menos legal- del hombre por el hombre.

En cuanto a los factores socioeconómicos, hay que señalar que el sistema productivo esclavista a la larga era deficiente, ya que las ganancias se invertían en más esclavos, más tierras y en bienes suntuarios. No se invertía en avances tecnológicos ni industrialización, que es la nueva forma que estaba tomando el capitalismo. La inadecuación del sistema esclavista a la nueva forma de capitalismo industrial provoca un creciente interés en su abolición (PESET, 1983:31).

La progresiva abolición de la esclavitud a lo largo del siglo XIX no conlleva, sin embargo, el reconocimiento pacífico de la igualdad entre todos los seres humanos, sino más bien al contrario. A mediados de siglo encontramos a buena parte de la “ciencia” europea defendiendo la superioridad del hombre europeo (o, como ellos dicen, la raza caucásica). Las revoluciones ilustradas triunfantes, fundadas en los principios de libertad e igualdad, ya no pueden admitir por más tiempo que el hombre europeo someta legalmente a sus iguales. Y la ciencia vendrá a reemplazar el papel de la ley como

instrumento de sumisión del “otro”, esto es, se encargará de argumentar científicamente la desigual naturaleza de las razas humanas y, claro está, la superioridad de los europeos.

Es decir, es precisamente en el momento en que va siendo abolida la esclavitud y las razas consideradas inferiores van adquiriendo primero la libertad y luego otros derechos, que las teorías racistas se articulan de forma progresiva para tratar de justificar científicamente la superioridad de la “raza blanca”. Ello no es casual, ya que como ha señalado WIEVIORKA, a menudo el racismo florece cuando se producen cambios sociales que desembocan en una competencia “inter-racial” por los mismos bienes y recursos. En este sentido, el racismo constituye un fruto envenenado de la Ilustración, porque nace con el auge del igualitarismo (1992:80).

Para entender este “retroceso” en la historia de las ideas que va de una defensa ilustrada de la igualdad entre todas las personas y razas a una justificación “científica” de la superioridad del hombre blanco europeo, es útil tener en cuenta el contexto social de ese tiempo. La ideología ilustrada del contractualismo y la igualdad surge en el momento histórico en que la burguesía pretende conquistar el poder, y es muy útil para enfrentar a la aristocracia que hacía valer sus privilegios para mantenerse en el mismo. Pero una vez la burguesía ha ocupado el poder, esa ideología contractualista e igualitaria resulta sumamente peligrosa, ya que puede servir de justificación para los intentos de conquista del poder de los sectores sociales marginados, como lo muestra la propia revolución francesa de 1789 y los posteriores intentos revolucionarios de 1848 y 1872. Asimismo, los peligros de los principios de la Ilustración para la clase burguesa con intereses coloniales se ponen de manifiesto con la revolución independentista haitiana, que termina discurriendo sobre ejes étnicos antes que de clase.

Estos peligros explican que una vez la burguesía obtiene la hegemonía política y económica, abandone el discurso ilustrado del contractualismo y adopte el discurso organicista propio del positivismo, que le permite justificar “científicamente” su ejercicio del poder, tanto en el interior de sus propios países como en los territorios coloniales. El discurso científico organicista demostraba la “naturalidad” del ejercicio del poder por parte de la clase burguesa europea en base a la superioridad racional y moral de la misma con respecto tanto al proletariado y las clases marginales europeas como a las poblaciones colonizadas en otros continentes (ZAFFARONI, 1993:132).

Como “padres” del organicismo hay que destacar sin duda a Auguste Comte y Herbert Spencer. Comte -a quien se le considera el fundador de la sociología- es el

responsable de la extensión del método “positivo” al estudio de los fenómenos sociales. Pero este autor también pretendía aplicar el criterio científico a las decisiones políticas, a fin de reconstruir el orden social tras el turbado período post-revolucionario francés. Para el sociólogo francés, las decisiones políticas deberían estar en manos de los individuos con mayor aptitud natural para el mando. Es decir, la política debía dejar de ser algo que se decidía por mayoría –siguiendo el discurso metafísico del contrato social- para pasar a ser decidida “científicamente” (FERRAROTTI, 1975:31-53).

Por su parte, Spencer aplicará el principio evolutivo o la ley general de la evolución formulada en el ámbito de la geología y la biología, al campo de las relaciones sociales –con lo que se le considera el ideólogo de la sociología evolucionista-. Para ello recurre a la analogía organicista: de la misma manera que en el mundo orgánico la célula primitiva evoluciona en asociaciones más complejas de células, en el mundo social a través de la unión de células primitivas que son la familia - y luego la tribu- se llega a los modelos más complejos de organización social constituidos por el Estado¹⁶. Como ya se puede deducir, para Spencer el modelo burgués de la sociedad capitalista industrial y del Estado de Derecho liberal garante de los derechos individuales constituye el estadio más avanzado de evolución del organismo social –y critica el modelo socialista y comunista en cuyo régimen, dice, los individuos terminarían siendo propiedad del Estado (FERRAROTTI, 1975:59-103; TREVES, 1988:41-45).

2. Primeros discursos sobre el delito y la pena: los penalistas ilustrados

Al ocuparnos de la historia del pensamiento criminológico es necesario hacer referencia, en primer lugar, al debate en torno al surgimiento histórico de la criminología. Este surgimiento histórico ha sido situado en dos momentos diferentes: en la Ilustración, con los discursos sobre el delito y la pena de los penalistas ilustrados de la segunda mitad del siglo XVIII; en el momento de auge del positivismo y de aplicación del método científico a todos los ámbitos de la vida social, ya entrado el siglo XIX. La discusión tiene trascendencia, ya que los defensores de la primera opción sostienen una concepción más amplia de la criminología, que extiende su objeto de estudio no sólo a la etiología del delito, sino también a la propia legitimidad del

¹⁶ ZAFFARONI es muy crítico con este autor y señala que la sociología evolucionista spenceriana constituyó una magnífica justificación del colonialismo decimonónico del Imperio Británico (1993:136-140).

ejercicio del poder de castigar. En cambio, la segunda opción concibe la criminología como una ciencia etiológica que se centra en la persona concreta del “delincuente”.

La presente Tesis se enmarca en una concepción amplia de la criminología, y sitúa los inicios del pensamiento criminológico en la Ilustración. Ello me lleva a ocuparme brevemente del discurso de los penalistas ilustrados acerca del delito y de la pena aunque, dado que parten de una concepción formalmente igualitaria del ser humano, pretenden que la ley se aplique a todos por igual y no se refieren a distinciones raciales.

Al hablar de la Ilustración debemos tener en cuenta ante todo que no constituye un movimiento de ideas homogéneo, sino que engloba una multitud de autores, ideologías y tendencias diversas (desde el contractualismo revolucionario de Marat, al mucho más limitado de Hegel, pasando por el utilitarismo de Bentham). Es necesario recordar esta advertencia al hablar de los penalistas ilustrados ya que, a pesar que Enrico Ferri calificó de “escuela clásica” a todo el pensamiento penal anterior al positivismo, en realidad una tal “escuela” nunca existió (BARATTA, 1993:80; BERGALLI / BUSTOS / MIRALLES, 1983:27; ZAFFARONI, 1993:128).

En el ámbito penal-criminológico hay que destacar ante todo las figuras de Beccaria y Bentham, cuyos desarrollos en el campo de la penalidad sientan las bases de la moderna penología. En efecto, estos autores dedicaron grandes esfuerzos a combatir la penalidad del antiguo régimen, que se caracterizaba por su arbitrariedad, su brutalidad y, también, su ineficacia. La desmesura de los castigos corporales y la concepción del delito como afrenta al poder absoluto del soberano no se compadecía con la mentalidad y las necesidades de la nueva clase social que estaba por conquistar el poder. Era necesario racionalizar el castigo, hacerlo efectivo y extensivo a todo el cuerpo social con el fin de eliminar los ilegalismos de las clases populares y asimismo convertir el derecho penal en un instrumento previsible y aplicable a todos por igual (FOUCAULT, 1989:86). Es en la obra de BECCARIA *Dei delitti e delle pene* (1764) que se afirma la necesidad de un derecho penal basado en los principios de legalidad, proporcionalidad, humanidad, generalidad, igualdad, etc.

Por su parte, también la contribución de Bentham a la penología será decisiva, al diseñar un lugar de encierro que permite castigar a la vez que educar a los condenados en la disciplina del trabajo asalariado, sustrato material del nuevo modo de producción que se está afianzando. Pero el panóptico de Bentham va mucho más allá del puro diseño de una cárcel, y su contribución sobrepasa con mucho los límites de la penología.

Al filósofo inglés se le considera uno de los máximos exponentes del ideario ilustrado, con las luces que proyectan las libertades, y las sombras que acompañan a la disciplina (FOUCAULT, 1989:225; MARÍ, 1983:203).

Como sabemos, la concreta forma que asumirá la penalidad tras la revolución francesa consistirá en la retribución del delito cometido mediante tiempo de encierro carcelario. La vinculación de la nueva pena privativa de libertad con el ideario ilustrado y el modo de producción capitalista ha sido puesta de manifiesto desde perspectivas económico-estructurales. Se ha señalado la idoneidad de una pena que encaja a la perfección con el modelo contractual en el que se sustenta la Ilustración. La retribución del delito mediante la privación de un tiempo determinado tiene la ventaja de centrarse en un elemento –el tiempo- que es infinitamente divisible, por lo que puede buscarse la equivalencia entre la culpa y el tiempo de condena en una perfecta aplicación del principio de proporcionalidad. Además, el tiempo es un elemento que pertenece a todas las personas por igual, de manera que también el principio de igualdad pareciera quedar salvaguardado. Finalmente, y desde una perspectiva marxista, también se puede señalar que con la afirmación del modo de producción capitalista, el tiempo adquiere valor económico, en la medida que el trabajo humano asalariado puede ser traducido a dinero (MELOSSI / PAVARINI, 1987:229; RIVERA, 1996a:54-56 y 1996b:17; RUSCHE / KIRCHHEIMER, 1984:23).

Los penalistas ilustrados justificarán el poder punitivo, al igual que el nuevo orden social, en la figura del contrato, que a su vez presupone la libertad y la igualdad de todos los hombres. La suposición de “libre albedrío” permite exigir responsabilidad a las personas que cometan un delito -y, por tanto, infrinjan el contrato social- ya que se entiende que la persona ha elegido libremente hacer el mal, pudiendo hacer el bien.

El reconocimiento formal de la igualdad y la libertad de todos los individuos impide tomar en consideración las desigualdades materiales que pueden influir en la comisión de actos delictivos. Los ilustrados no se interesan por las “causas” que puedan haber llevado a la persona a infringir la ley, sino tan sólo por la posibilidad de atribución de responsabilidad individual. Ni el origen geográfico, ni la “raza”, ni la clase social, ni el género, ni cualquier otra circunstancia individual debe ser tomada en cuenta a la hora de castigar.

Al partir de estos presupuestos, es lógico que no hayan prestado atención al tema de la mayor o menor criminalidad de las diversas “razas”, ya que no se ocupan de las causas individuales del comportamiento criminal. Cuando analicemos las principales

perspectivas criminológicas actuales veremos que este enfoque penológico que no se interesa por la etiología del delito es sostenido a partir de la década de 1980 por los llamados “neo-clasicistas”, defensores del *justice model*.

Mi intención aquí era poner de manifiesto el debate en torno al momento histórico en que surge la disciplina que denominamos “criminología”. Hemos señalado que desde una perspectiva amplia –calificada como “crítica”– se sitúa el nacimiento del discurso criminológico en la época de la Ilustración, englobando los discursos político-jurídicos sobre los límites del poder punitivo elaborados por los impulsores del reformismo penal de la segunda mitad del siglo XVIII. En cambio, desde orientaciones ideológicas que no cuestionan el poder punitivo estatal se atribuye la paternidad de la disciplina criminológica a Cesare Lombroso, situando el inicio de la historia de dicha disciplina en el momento en que el positivismo la envuelve con el ropaje de la “ciencia”.

Pero en todo caso, el surgimiento de la disciplina criminológica se inscribe en un momento histórico de expansión del pensamiento científico y de confianza en la idea de progreso, progreso vinculado a ese auge del desarrollo científico. De la fe en el progreso indefinido a través del desarrollo científico no quedarán al margen las ciencias sociales y humanas, que también recurrirán al método científico con el objetivo de formular leyes causales explicativas de los fenómenos sociales y de la conducta humana. El surgimiento de la llamada criminología coincide con el desarrollo de otras disciplinas como la sociología o la antropología, y con las primeras teorizaciones sobre la noción de “raza”.

Conforme la criminología va adquiriendo mayores pretensiones de científicidad, irá abandonando el ámbito del discurso político y jurídico propio de la Ilustración, para volcarse a las disciplinas médicas, biológicas y conductuales. En ese ámbito de conocimiento el naciente discurso “científico” sobre el delito se encontrará con los discursos también pretendidamente científicos acerca de las distintas “razas” humanas, discursos que se han ocupado de justificar la superioridad del hombre blanco europeo. El entrecruzamiento de la criminología etiológica de raíz biológica con el discurso racista provocará que se escriban algunas de las páginas más tristes de la historia de la Modernidad.

CAPÍTULO 2: LA EXPANSIÓN DE LA IDEOLOGÍA RACISTA (SIGLO XIX) Y SUS REFLEJOS EN LA CRIMINOLOGÍA

1. La teorización “científica” del racismo

Como ya hemos avanzado, a partir del siglo XIX las nacientes ciencias sociales, en convergencia con otros campos del saber, se ocuparán con pretendida cientificidad de la noción de “raza”, convirtiéndola en una categoría a menudo explicativa de la estructura y del cambio social. El gran desarrollo en el estudio de las “razas” en ese momento de debe, según la mayoría de historiadores, a la combinación de colonialismo, desarrollo científico e industrial, expansión de las ciudades, aumento de la inmigración y de la mezcla de poblaciones y auge de los nacionalismos (WIEVIORKA, 1992:29-30).

Podemos afirmar con ZAFFARONI que la clave ideológica de la dominación colonial de la burguesía europea decimonónica se halla en el racismo positivista y en el evolucionismo (1993:152). Pero esa ideología no se aplica tan sólo a los colonizados, considerados como razas o pueblos inferiores, sino también a las “clases peligrosas” domésticas, cuya marginación y exclusión social es consecuencia de su “degeneración racial”. En otras palabras, las teorías de la evolución racial y la inferioridad de las “razas no blancas” no sólo sirvieron para justificar el colonialismo y la esclavitud, sino que se aplicaron también en Europa al ámbito doméstico, en el sentido de considerar que la pobreza y carencias de las clases bajas europeas eran debidas a una degeneración racial en la evolución de las especies.

Concretamente es en la segunda mitad del siglo XIX cuando los científicos o pseudo-científicos¹⁷ se dedican a realizar comparaciones de cráneos, mediciones físicas de todo tipo, análisis de la pigmentación de la piel, etc. con el objetivo de elaborar clasificaciones raciales. Es decir, ahora el estudio de las “razas” humanas ya no se centrará en los elementos comunes –como el lenguaje-, sino más bien en las características físicas diferenciadoras de las diversas “razas”.

Seguramente el más destacado precursor del pensamiento racista es el Conde Arthur de Gobineau, con su famoso *Essai sur l'inégalité des races humaines* (1852). El aristócrata francés, que puede ser considerado el máximo exponente del racismo pesimista, desarrolla una teoría sobre la inferioridad biológica de las razas no europeas,

¹⁷ Tras un primer momento de apogeo de la frenología de la mano de Gall, le sigue su descrédito en el ámbito científico y la consideración de sus discípulos como un grupo de “charlatanes” (PESET, 1983:51).

según la cual dicha inferioridad jamás permitirá que tales razas alcancen el estadio de civilización de las europeas, debido a que carecen de la base biológica para ello. Gobineau además se declara poligenista, ya que no puede concebir que los negros, los indios y los asiáticos procedan del mismo tronco común que el civilizado hombre blanco europeo. Es más, asegura que la mezcla entre razas superiores e inferiores desembocará inevitablemente en la degeneración de la humanidad. La degradación racial producida por el mestizaje no es sólo una advertencia de futuro; por el contrario, según este autor la contaminación racial era un fenómeno imparable y ni siquiera la raza superior –esto es, la “raza aria”- se encontraba ya en estado puro (WIEVIORKA, 1992:31; ZAFFARONI, 1993:141).

Las descripciones que el conde de Gobineau hace de los rasgos animales de los negros, de sus limitadas facultades mentales y de su deseo de “matar por matar” las reconoceremos luego en la descripción del “criminal atávico” de Lombroso.

La teoría de Charles Darwin publicada en 1859 *El Origen de las Especies* constituye un hito a la vez que un paradigma del desarrollo científico de la época. En un principio parece que pone en jaque a la ideología racista al demostrar la unidad de origen del ser humano y, por tanto, de las diversas razas. Sin embargo, pronto veremos que el racismo reaparece con fuerza a través del uso que algunos darwinistas sociales harán del principio de “selección natural”.

De forma un tanto maniquea¹⁸, pero con la finalidad de tratar de entender la ideología racial decimonónica con las claves del momento –y no juzgarla desde los parámetros actuales- podemos hablar de una ideología racista “reaccionaria” y otra “progresista”. La primera se correspondería con el “racismo pesimista” de la aristocracia, que consideraba a las razas no caucásicas biológicamente inferiores sin posibilidad de evolución, a la vez que afirmaba que la mezcla de razas producía “contaminación racial” y conducía indefectiblemente a la degeneración. Estos sectores eran también los que defendían el mantenimiento de la esclavitud. En cambio, la ideología racista “progresista” se correspondería con el “racismo optimista” burgués, según el cual la inferioridad de las razas no blancas y de las masas europeas marginales

¹⁸ Soy consciente que las clasificaciones teóricas a las que me referiré a continuación difícilmente se constatan en los escritos del momento, sino que más bien los mismos frecuentemente mezclan los argumentos que he calificado de “progresistas” con los “reaccionarios”. Sin embargo, la clasificación me parece útil para entender la abrumadora extensión de la ideología racista en el ambiente “científico” decimonónico, que impregnaba a todas las disciplinas sociales. Aunque, como señala WIEVIORKA, hay destacadas excepciones que rechazan las doctrinas racistas, como Alexis de Tocqueville y Max Weber, quienes critican abiertamente las tesis de Gobineau y Chamberlain (1992:35-41).

se superaría a través de la evolución, gracias a la acción civilizadora de la burguesía, que además de la extensión de los valores burgueses incluía la abolición de la esclavitud. Este “racismo optimista” se declara seguidor de la biología evolucionista darwiniana y la aplica al campo de la sociología y la antropología. Los llamados “darwinistas sociales” elaboran así una teoría social y racial evolucionista que encajaba a la perfección con la idea de progreso de la burguesía (ZAFFARONI, 1993:133 y ss.).

Aunque en realidad podemos distinguir a su vez dos orientaciones del darwinismo social, una progresista y otra conservadora. Los primeros aplican la teoría de Darwin a la evolución de las sociedades humanas, dando como resultado un evolucionismo social (o sociología evolucionista) que ya había sido teorizado por Spencer, y predicán la necesidad de progreso tanto para los “salvajes” como para las clases marginales europeas. Desde esta perspectiva “filántrópica” del evolucionismo, incluso se consideró una obligación moral de las naciones europeas extender la civilización a los pueblos salvajes. Esta ideología centrada en el “progreso” es la que permitirá justificar las conquistas imperialistas de fin del siglo XIX. Los pueblos inferiores deben ser mantenidos bajo la tutela de los imperios europeos coloniales por su propio bien, ya que estos pueblos todavía no son capaces de gobernarse a sí mismos.

La orientación conservadora del darwinismo social se basa en la “evolución racial” a través de la selección natural y predica la supervivencia del mejor, hasta el punto de justificar la desaparición de las “razas inferiores” en favor de la más evolucionada “raza europea”, de acuerdo con el criterio de la “selección natural”. Esta es la versión evolucionista que asume el “racismo pesimista” cuando ya no puede mantener por más tiempo las tesis estáticas creacionistas y poligenistas.

De ahí a los planteamientos eugenésicos sólo había un pequeño paso, y ese paso lo dará el primo segundo de Darwin, Francis Galton. En su libro de 1869 *Hereditary Genius*, promoverá un ideario eugenésico a partir del pensamiento racial, ideario que será debatido en importantes foros de la época, como la *Sociological Society of London*. Estos debates quedaron plasmados en destacadas revistas como *The American Journal of Sociology* (vols. X y XI, de 1904 y 1905 respectivamente) y muestran la extensión del ideario eugenésico de la época que, antes de los horrores del nazismo, no constituyó patrimonio exclusivo del pensamiento social de la derecha que ansiaba purificar la raza, sino que fue también considerado como un instrumento para la promoción de la reforma y el progreso social (WIEVIORKA, 1992:32).

La ideología racista tuvo amplia difusión en Norteamérica en los años que precedieron a la guerra de secesión. La teoría racista pesimista de Gobineau fue rápidamente traducida al inglés en los EE.UU., donde habían proliferado los “científicos” racistas a medida que la esclavitud iba quedando abolida en diversos países europeos y aumentaban las presiones de los abolicionistas nortños. Así, encontramos obras como los *Brief Remarks on the Diversities of the Human Species* (1842) de Samuel George Morton, los escritos de J.C. Nott como *Two Lectures on the Natural History of the Caucasian and Negro Races* (1844), o el libro de William Frederick van Amringe publicado en Nueva York en 1948 *An Investigation of the Theories of the Natural History of Man*, que pretende contrarrestar la propaganda abolicionista y se dirige al gran público (PESET, 1983:15-30).

Estos autores coinciden en sostener la radical diversidad de las razas humanas, diversidad que es originaria -producto del Creador-. En decir, son poligenistas. Según ellos, las diferentes razas humanas constituyen diversas especies, siendo la raza blanca superior a las demás, tanto en inteligencia como en condición moral. De la diversidad de especies humanas derivan como consecuencia la necesidad de mantener la separación sexual entre unas y otras, ya que el cruce de unas especies con otras conduce a la degeneración (en este sentido, consideran al mulato como un híbrido y tratan de demostrar su infertilidad, en clara comparación con la mula). Todo ello, obviamente, con el fin de defender el sometimiento a esclavitud de los negros que, según dicen, concuerda con las leyes divinas (PESET, *op.cit.*).

A medida que aumentan las presiones antiesclavistas, más se pone de manifiesto el temor de estos “científicos” ante la emancipación de los tres millones de negros, e incluso aluden a la idea, que no creen factible, de enviarlos a África¹⁹. Las palabras del antropólogo racista J. C. Nott son anticipatorias de la guerra:

“Debe llegar el tiempo en que los negros sean peor que inútiles para nosotros. ¿Entonces, qué? Llegará la emancipación, que, por lo que podemos prever, no es sino un sinónimo de exterminación. Mira a esos negros libres del Norte, del Sur, de las Indias occidentales y del África. ¿Pueden nuestros descendientes permitir a varios millones de viciosos vagabundos desocupados vivir y propagarse entre ellos? Es imposible. La autoconservación es la pasión dominante del hombre, y si se fuerza al Sur a esta alternativa, el camino debe ser abierto, con todos y cada uno de sus riesgos, con la espada” (citado por PESET, 1983:26-27).

¹⁹ La idea de enviar a los negros de vuelta a África se plasmó en el movimiento conocido como “*Back to Africa*” e incluso en 1817 se creó una institución -*The American Colonization Society*- que impulsó el envío a Liberia de los esclavos libertos, así como la liberación de esclavos a condición que emigraran a África (MYRDAL, 1944:805-807).

La guerra continuará estas discusiones políticas por otros medios. Los “científicos” estadounidenses continuaron escribiendo, pero en la década de 1860 los discursos racistas se trasladan también a Inglaterra, pese a que ese país había abanderado las posturas abolicionistas. Las manifestaciones racistas adoptarán especial virulencia en la *Anthropological Society of London*, creada en 1863 por James Hunt, y se difundirán a través de numerosas publicaciones. Esta sociedad defenderá obstinadamente una postura poligenista y se enfrentará a los darwinistas, ya que –como hemos visto- la teoría evolucionista de Darwin ponía en peligro el poligenismo y la consideración de las razas como especies diferenciadas. Además, la *Anthropological Society* tomó gran partido por los sudistas estadounidenses en la guerra de Secesión defendiendo una postura esclavista –alguna investigación ha sugerido que la sociedad recibía dinero de éstos-. Quizá por todo ello el éxito de la sociedad londinense decayó con el fin del conflicto bélico (PESET, 1983:38 y ss.).

Sin embargo hay que tener en cuenta que durante el transcurso de la guerra las posturas racistas y antiabolicionistas en Gran Bretaña no se limitan a la mencionada institución, sino que se extienden también a la prensa y a la política británicas, seguramente debido a que el triunfo del Norte industrial y antiesclavista hacía peligrar el suministro de algodón para las fábricas inglesas.

En síntesis, en los EE.UU. el pensamiento racista trató de justificar el sometimiento a esclavitud de la población negra hasta el fin de la guerra civil en 1865 y tras la derrota en la contienda bélica la misma ideología se instrumentalizará a fin de justificar las prácticas segregacionistas y eugenésicas. Pero a partir de fines del siglo XIX ya no será sólo la cuestión negra la que centre la atención de las ciencias sociales norteamericanas, sino también la inmigración, que tendrá un crecimiento exponencial hasta el período de entreguerras. Esta evolución puede seguirse en los debates del *American Journal of Sociology*, donde se encuentra gran cantidad de publicaciones racistas hasta aproximadamente 1910, pasando luego a obtener mayor centralidad la cuestión migratoria (WIEVIORKA, 1992:41-45). Aunque, como veremos, la cuestión negra no estaba “resuelta”.

Si bajamos la mirada hacia el sur del Río Grande, encontramos que en buena parte de los países latinoamericanos la población mulata y mestiza había tenido un papel protagónico en las luchas por la independencia e incluso las elites gobernantes a menudo eran producto del mestizaje. Por ello no es tan común encontrar versiones puras

del racismo pesimista, pero en cambio resultó de lo más conveniente la ideología – también racista- del evolucionismo optimista. En realidad, el discurso racista adquirió versiones diversas en función de las necesidades de la oligarquía de turno. Mientras en Brasil, con una importante población africana que logró la abolición de la esclavitud tardíamente, el discurso racista fue instrumentado a fin de demostrar “científicamente” la inferioridad del mulato, en la Argentina la ideología racista se dirigió contra el indio y el mestizo²⁰. En cambio, en México una minoría de la población mestiza había alcanzado posiciones hegemónicas (como el mismo Porfirio Díaz, y antes Benito Juárez), por lo que el racismo evolucionista era de lo más conveniente, ya que permitía explicar el “atraso evolutivo” que todavía afectaba a los indios y a la mayoría de mestizos (ZAFFARONI, 1993:144-146).

En distintas latitudes del planeta el pensamiento racista se manifestará a principios del siglo XX en la aprobación de diversas leyes restrictivas de la inmigración “no-blanca” (como es el caso de las políticas migratorias para una “Australia blanca” o la restricción de la inmigración asiática en EE.UU.), así como en la práctica de la segregación racial en escuelas, hospitales, medios de transporte, restaurantes, áreas habitacionales, etc.

Asimismo esa ideología racista y la “ciencia” que de ella se deriva -la eugenesia- se plasmó en la prohibición de matrimonios y relaciones sexuales “mixtas”, y también en la práctica generalizada de esterilizaciones y en el encierro institucional de enteros grupos poblacionales (anormales, débiles mentales, locos, delincuentes, prostitutas, alcohólicos, etc.) a fin de evitar la “contaminación” y la “degeneración racial”.

De modo que esta ideología y sus prácticas asociadas no constituyeron un invento del nacional-socialismo; por el contrario, estaban bien extendidas a lo largo y ancho de los países occidentales y de sus colonias, aunque dentro de límites “racionales”. Lo que hizo Hitler y sus secuaces fue llevar hasta sus últimas consecuencias el delirio eugenésico y de purificación de la raza. El exterminio masivo de judíos, gitanos, homosexuales, comunistas y demás “degenerados” no hubiese sido posible si su único punto de apoyo hubiera sido la mente de un loco, pero gozaba además del concurso de casi un siglo de “ciencia”.

²⁰ Ver ZAFFARONI para una detallada exposición de la ideología racista –y sus reflejos en la criminología- en estos dos países, donde sí encontramos versiones del “racismo pesimista”. ZAFFARONI nos expone en toda su crudeza los abominables exabruptos racistas de los más eminentes criminólogos latinoamericanos, entre los cuales se encuentran el brasilero Nina Rodrigues y los argentinos José Ingenieros, Carlos Octavio Bunge y Francisco de la Veyga (1993:144-155).

Luego nos referiremos al papel del pensamiento científico, y más concretamente de las disciplinas jurídicas y criminológicas, en el exterminio nazi. Pero veamos primero la traducción que la noción de raza y las doctrinas racistas tienen en la criminología.

2. La criminología positivista como discurso racista

El positivismo criminológico de la segunda mitad del siglo XIX se planteó la cuestión de la relación entre “raza y delincuencia”. Aunque más bien podemos decir que el racismo fue una característica inherente a la primera criminología científica de raíz biológica, como se comprueba en la teoría del atavismo de CESARE LOMBROSO, fundador de la escuela de “antropología criminal”.

En otras palabras, la criminología “científica” nace como discurso racista, en el contexto de la ciencia decimonónica donde –como hemos visto- la ideología racista impregnaba la producción científica de todas las disciplinas.

En este sentido se pronuncia ZAFFARONI, quien afirma que la criminología etiológica es un discurso de poder de origen racista y colonialista o, lo que es lo mismo, que “la criminología positivista no es más que una faceta del más amplio discurso racista” (1993:151).

2.1. La teoría lombrosiana de la inferioridad racial de los delincuentes

Será en este contexto “científico” en el que el médico italiano tenga su genial idea de intentar fundamentar científicamente la inferioridad biológica del delincuente, mediante su equiparación con los supuestos rasgos atávicos de los pueblos primitivos o salvajes. Para Lombroso ni los delincuentes ni las razas no-europeas habrían alcanzado el estadio de desarrollo propio del hombre blanco civilizado.

Esta ideología de la inferioridad racial se revelará como sumamente útil a la hora de justificar la explotación decimonónica burguesa tanto de las clases bajas europeas como de los pueblos colonizados.

Lombroso desarrolla sus investigaciones en pleno auge de las teorías racistas de Gobineau y Chamberlain, entre otros. Y también, del gran éxito de la teoría evolucionista de Darwin y de la aplicación indiscriminada de conceptos darwinistas a las ciencias sociales. En el ámbito de la criminología, la teoría biológica de Lombroso era perfectamente compatible con el ascenso del darwinismo social, lo que puede explicar la amplia repercusión que tuvo y la cantidad de seguidores que inmediatamente cultivó. Este éxito provocó la cada vez mayor participación de los médicos en la

criminología, con el consiguiente desplazamiento de los enfoques sociológicos como los de la “física social” de Quetelet o los “análisis de estadísticas morales” de Guerry, que no serán retomados hasta algunos años después, cuando Émile Durkheim emprenda una importante revolución teórica (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1997:55-56).

Los médicos rastrearon y escribieron la historia de la criminología como una rama más de la medicina, omitiendo toda la tradición político-jurídica y sociológica que se inicia con la Ilustración. El éxito de esta “toma de poder” de la criminología por parte de los médicos tiene que ver con la eficacia ideológica del positivismo biológico, que al centrar la atención en las causas individuales del comportamiento criminal, exculpa a la sociedad de su responsabilidad por el delito y elude la peligrosa idea de que el delito es producto de la desigualdad social. Es decir, al considerar a las “clases peligrosas” como racional y moralmente degeneradas y presentarlas con las características de las “razas inferiores”, el discurso criminológico eludía el tema de las condiciones sociales de miseria, hambre y enfermedad en las que sobrevivían las clases marginales, condiciones que eran precisamente las que las igualaban a las poblaciones de “razas inferiores” sometidas al poder colonial (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1997:57-58).

La identificación entre “clases peligrosas” y “razas inferiores” es seguramente una de las claves del éxito de la teoría lombrosiana, ya que conjuga a la perfección los dos frentes de mayor conflictividad social que la burguesía debe mantener bajo control: la explotación laboral en las fábricas europeas y el sometimiento colonial de ultramar.

La “ciencia” positivista necesita mantener bajo control a las “clases peligrosas” domésticas porque constituyen una seria amenaza para el orden social burgués y para la nueva fase del capitalismo industrial. Hay que tener en cuenta que LOMBROSO escribe su obra en un momento de elevada conflictividad social, en el que la clase obrera está organizada en varios países y ha protagonizado diversos intentos revolucionarios de transformación social. El recurso a la criminalización de los elementos revolucionarios más activos y la pretensión de establecer una clara separación entre trabajadores disciplinados y “criminales” es un rasgo característico del positivismo criminológico. Y obviamente, van a ser definidos como “criminales” todos aquellos que comporten un peligro para el orden social, en especial los anarquistas, a quien Lombroso dedica uno de sus libros.

La atribución que hace Lombroso de determinados rasgos atávicos a estas clases peligrosas tiene una eficacia ideológica indudable, debido a que permite identificar a los criminales por sus rasgos físicos. El supuesto atavismo de los delincuentes y de las

clases peligrosas seguramente es producto de la mala alimentación, las enfermedades y la falta de higiene, que son los elementos que las clases marginales europeas comparten con los pueblos sometidos por los imperios coloniales, elementos que los iguala físicamente y los hace reconocibles a los ojos del poder. De este modo, con su teoría del atavismo Lombroso construye (o más bien sólo identifica) un estereotipo de delincuente que es el que en la práctica sirve de guía a las instancias del sistema penal para seleccionar a la población que cae en sus redes. No olvidemos que Lombroso desarrolla su teoría a través del examen de la población encerrada en cárceles y manicomios, es decir, ya criminalizada. Pero vayamos por partes y veamos con detenimiento en qué consiste la teoría del delincuente atávico de Lombroso.

En primer lugar hay que señalar que LOMBROSO, como la mayoría de hombres de su tiempo, cree en la existencia de razas inferiores y razas superiores. El tema racial es objeto de la atención del médico veronés, que antes de escribir su famoso texto sobre el hombre delincuente se había dedicado a escribir sobre las diferencias raciales. En su menos conocido libro de 1871 *L'uomo bianco e l'uomo di colore. Letture sull'origine e le varietà delle razze umane* el criminólogo italiano se declara evolucionista y discípulo de Paolo Marzolo, a quien denomina “el Darwin de la antropología italiana”.

Admite un origen común del ser humano, pero que ha llevado al surgimiento de diversas especies con características anatómicas, intelectuales y morales muy dispares. Dice que si nos fijamos tan sólo en las grandes diferencias anatómicas, como mínimo hay que distinguir tres grandes grupos en las razas humanas: el Blanco, el Negro y el Bosquimano (1871:23); aunque si queremos simplificar podemos hablar de dos grandes razas, la blanca y la de color (op.cit.:222). Dedicó la mayor parte de sus páginas a establecer las diferencias entre blancos y negros (a quienes no ahorra el calificativo de “simiescos”) y señala que pretender que forman parte de una misma especie equivale a decir que también constituyen una sola especie el lobo y el perro o el burro y el caballo (op.cit.:33).

Según LOMBROSO, el hombre blanco, antes de llegar a la forma de civilización actual, ha recorrido todos los estadios de la evolución en los que se han quedado detenidas las razas inferiores (1871:52). Así, bajo la influencia del clima, de la alimentación, de adaptaciones al medio, entre otros factores, las antiguas razas más imperfectas se transforman de negras en amarillas, semíticas y finalmente en las razas más perfectas, las blancas (op.cit.:119-126 y 219-223).

Ya en esta obra se apunta la teoría lombrosiana de la criminalidad atávica, que luego desarrollará en *L'uomo delinquente*. Cuando habla de la evolución de las razas humanas desde la negra hasta la blanca, pasando por la semítica y la amarilla, LOMBROSO escribe lo siguiente:

“Una prueba indirecta de estos orígenes y de estas sucesivas trasformaciones la encontramos al observar que el tipo negro y mongol se reproduce espontáneamente en ciertos individuos de raza blanca. En las galeras es común encontrar el tipo mongol con ojos oblicuos, pómulos prominentes, escasez de barba, frente huidiza, enormes arcos frontales, color amarillo o terroso de los Mongoles; y los criminales presentan la misma insensibilidad moral y a veces física, la misma pasión de la sangre, aquella ferocidad unida a vileza y aquella ausencia de sentimientos benévolos que se observa en las razas amarillas y americanas, las más crueles entre las razas humanas: no está fuera de lugar mencionar que el condenado a galeras ama tatuarse no solo los brazos sino todo el cuerpo” (1871:171, *la traducción es mía*).

El médico veronés, por tanto, ya anuncia su teoría según la cual el delincuente es un individuo que no ha alcanzado el nivel de desarrollo normal de los europeos, sino que es un caso excepcional de regresión en el desarrollo dentro de la raza blanca europea. Y este estadio anterior de desarrollo evolutivo del delincuente se manifiesta en rasgos atávicos propios de los individuos de pueblos primitivos o salvajes.

De esta manera, habla ya de regresiones a estadios anteriores de la evolución del hombre, que se manifiestan tanto en rasgos fisiológicos (oscurecimiento de la piel, del pelo, morfología de la nariz, los ojos, los labios, etc.) como intelectuales y morales. Así, LOMBROSO añade:

“Se diría, en estos casos, que el tipo antiguo se traslada en el tiempo para aconsejar compasión para el reo y el enfermo, y manifestar el antiguo origen común, como las rayas que a menudo aparecen en las patas y el dorso del caballo muestran al ojo adivinador de Darwin la antigua parentela con la cebra” (1871:172, *la traducción es mía*).

También se detiene a hablar de la insensibilidad ante el dolor que muestran “razas inferiores” como los negros y los salvajes de América, y pone como ejemplo los dolorosos tatuajes a los que se someten, “que pocos Europeos podrían soportar” (1871:54). Cuando analicemos su obra posterior, *L'uomo delinquente*, veremos que esta insensibilidad ante el dolor y el uso de los tatuajes será considerado por el médico italiano como una característica de los criminales.

Sobre esta ideología racista –en su versión evolucionista- LOMBROSO cimentará su teoría del criminal nato o atávico, que desarrolla en su famosa obra ya mencionada, publicada originalmente en 1876. *L'uomo delinquente* se inicia con un prefacio donde critica la abstracción del sistema de justicia penal surgido de la Ilustración, señalando que el legislador, el juez y los filósofos –a quienes califica de metafísicos- abstraen el delito del delincuente, considerando al primero tan sólo como una anécdota o incidente en la vida del segundo, incidente que no hay motivo para que se repita. Además, todo este sistema penal se basa en una premisa muy cuestionable: la suposición de libre albedrío al delincuente. Por el contrario, LOMBROSO afirma que la realidad muestra altos índices de reincidencia y mentes débiles o alienadas entre los delincuentes, que nunca o casi nunca son susceptibles de mejora²¹. Por ello dice que es necesario abandonar las “sublimes regiones de las teorías filosóficas... y proceder al estudio directo, somático y psíquico, del hombre delincuente, comparándolo con los resultados relativos al hombre sano y al hombre alienado” (1876:2).

Ello es lo que hace en su libro *L'uomo delinquente* a partir del estudio de 66 cráneos de delincuentes italianos. Tras dar cuenta de las diversas medidas anatómicas de estos cráneos y de las diversas anomalías que encuentra, que a menudo son coincidentes con las de los locos, ya en el mismo capítulo I señala lo siguiente:

“No trataré de explicar la razón de estas alteraciones; pero no puedo menos que destacar una singular coincidencia entre muchas de las alteraciones halladas en los hombres criminales y aquellas que se observan en los cráneos normales de las razas de color o inferiores” (LOMBROSO, 1876:13, *la traducción es mía*).

A continuación va enumerando todas las “coincidencias” para terminar diciendo que las mismas

“recuerdan indiscutiblemente mucho más a las razas negras americanas y mongoles que no a las razas blancas, y recuerdan sobre todo al hombre prehistórico” (op.cit.:idem).

²¹ Sobre la incapacidad de reforma del delincuente se referirá de nuevo en otros pasajes de su libro. Sin embargo, esta concepción parecería que entra en contradicción con la última parte del libro, donde se ocupa de penología. LOMBROSO rechaza la pena de muerte y desarrolla propuestas penológicas orientadas a la recuperación social de los delincuentes: mientras que en el caso de los menores insiste mucho en propuestas educativas –y no punitivas- para alejarlos de la mala vida, en el caso de los adultos defiende un sistema penitenciario progresivo, en el que se instruya a los presos en la disciplina del trabajo. También propone algunas medidas “alternativas” al encierro carcelario, debido a que las cárceles se han transformado en escuelas de delincuencia. Tan solo en el caso de delincuentes irrecuperables y locos peligrosos es necesario el encierro perpetuo, que debe ser llevado a cabo en instituciones separadas; en estos casos el encierro también cumplirá una función eugenésica, al no permitir la transmisión hereditaria de los rasgos criminales (1876:203-254).

Este es el “gran descubrimiento” del médico italiano, esto es, la identificación de algunas similitudes fisiológicas entre las razas no europeas y los delincuentes. Similitudes que le llevan a afirmar que su categoría de delincuente nato o atávico está formada por casos excepcionales de salvajes surgidos entre los europeos civilizados.

No está de más advertir que los individuos que él examina y que identifica como los delincuentes son en realidad los criminalizados: individuos que encajan con el estereotipo de delincuente de la época y que han sido atrapados por las redes del sistema penal. Y no es en absoluto motivo de sorpresa que el estereotipo de delincuente de las sociedades europeas decimonónicas presente caracteres comunes a los de las razas consideradas inferiores, si tenemos en cuenta el intenso racismo que penetra tales sociedades.

Pero sigamos con las descripciones que nos ofrece LOMBROSO. El capítulo II lo dedica a describir los rasgos antropométricos y la fisonomía de 832 delincuentes italianos y concluye con el párrafo que transcribo a continuación:

“El prognatismo, el cabello abundante y rizado, la escasez de barba, el frecuente color oscuro de la piel, la oblicuidad de los ojos, el tamaño reducido del cráneo, el desarrollo de la mandíbula, la frente huidiza, el volumen de las orejas, la analogía entre los dos sexos, la fuerza muscular, son nuevos elementos que se manifiestan en las autopsias para demostrar la analogía entre el criminal europeo y el hombre austral o mongol” (LOMBROSO, 1876:43, *la traducción es mía*).

En el capítulo III nos recuerda que una de las características más singulares del hombre primitivo o en estado salvaje es la frecuencia con la que se somete a tatuajes. En Italia tal práctica está difundida tan sólo entre los estratos inferiores de la sociedad y, sobre todo, entre los delincuentes; debido a la frecuencia con que se someten a tatuajes, LOMBROSO los considera como una nueva y especial característica anatómico-legal de los delincuentes.

El frecuente uso del tatuaje pone de manifiesto otro rasgo común entre los salvajes y los delincuentes, que es la insensibilidad ante el dolor –tengamos en cuenta que en el siglo XIX los tatuajes debían ser mucho más dolorosos que en la actualidad- (op.cit:50). Como advierte ZAFFARONI, la indolencia o insensibilidad al dolor de delincuentes y colonizados constituye un rasgo fisiológico atribuido por la antropología victoriana que sirve de enorme paliativo a la conciencia “humanitaria” burguesa para la

explotación laboral de colonizados y presidiarios, con los malos tratos y torturas que implicaba (1993:164).

Tras hablar de los posibles motivos que llevan a una persona a tatuarse, LOMBROSO finalmente señala

“pero la primera, primerísima causa de la difusión de esta práctica entre nosotros creo que es el atavismo y esa otra especie de atavismo histórico que es la tradición, dado que el tatuaje es una de las características especiales del hombre primitivo y de aquél en estado salvaje” (LOMBROSO, 1876:54).

Más adelante establece nuevos paralelismos entre las características psicológicas o mentales de delincuentes y pueblos antiguos y salvajes, como la violencia de las pasiones, en especial de la venganza (op.cit:67). Instintos crueles del hombre primitivo, insensibilidad también moral, ausencia de compasión ante el dolor ajeno.

Por tanto, insensibilidad física ante el dolor propio e insensibilidad moral ante el dolor ajeno. Pero además comparten la impetuosidad e inestabilidad de las pasiones: responden a pasiones rápidas y violentas sin pensar demasiado; se dejan llevar fácilmente por la venganza. También comparten la pasión por el juego, la excitación ante la sangre y las pasiones libidinosas, además de la pasión por el alcohol -en los pueblos salvajes a los que ha llegado-. A ello se añade la ausencia de remordimiento, así como el uso de un lenguaje o jerga onomatopéyico (LOMBROSO, 1876:57-108).

En suma, en cada uno de los capítulos relativos a las características antropométricas y fisonómicas, a la práctica del tatuaje, a la sensibilidad, los afectos y las pasiones de los delincuentes, a la moral, al lenguaje, etc., LOMBROSO concluye con el paralelismo entre éstos y los hombres salvajes. También va comparando los delincuentes con los locos, pero encuentra muchas más divergencias que entre los primeros y los salvajes.

El capítulo X está dedicado a la etiología del delito, el cual –según dice LOMBROSO- se debe a una multiplicidad de causas, que el criminólogo italiano irá analizando: meteorológicas o climáticas (influencia del calor), étnicas o raciales -señala que los irlandeses y los italianos de origen bereber o semita destacan por su mayor criminalidad. Pero sobre todo se detiene en los gitanos, de quienes dice que “son la imagen viva de una raza entera de delincuentes y reproducen todas las pasiones y vicios de los mismos”, y también los equipara con los salvajes por su imprevisibilidad (1876:127).

Otros factores que menciona son la densidad de población, la cultura, las leyes civiles y penales (todos ellos agrupados bajo el nombre de civilización), la alimentación y el consumo de alcohol, la herencia (menciona una investigación que encuentra criminalidad entre los progenitores en un 25% de los casos), la edad (mayor criminalidad entre los 15 y los 25 años; además considera la precocidad en el delito como una prueba más de su origen en causas congénitas), el género, el estado civil, la profesión (mayor criminalidad de los obreros de las urbes y los profesionales liberales que de los campesinos), la educación (aquí LOMBROSO habla de la gran proporción de criminales que son hijos ilegítimos y huérfanos abandonados, cuestión que conjuga factores educativos y hereditarios de la criminalidad), rasgos físicos (como el retraso en el desarrollo o el raquitismo, las deformaciones o la menor capacidad del cráneo), determinadas sensaciones o la imitación (1876:120-155).

Pero una de las causas más verificadas del delito es, según LOMBROSO, las enfermedades cerebrales y, sobre todo, la locura. Delincuentes y locos presentan importantes analogías; aunque también bastantes diferencias (1876:156-173).

Entre las causas de la criminalidad –y sobre todo de las asociaciones criminales- LOMBROSO menciona la emigración, entre la que incluye a los inmigrantes italianos en Norteamérica. Esta es su opinión de la migración como factor criminógeno:

“Y no poco desfavorablemente influye la emigración. El emigrante representa aquella especie de aglomerado humano que tiene la máxima facilidad e incentivo para el delito asociado: mayores necesidades, menor vigilancia, menor vergüenza; mayor facilidad de huir de la justicia, uso de la jerga; y los ladrones casi siempre son nómadas. En Nueva York el mayor contingente de la delincuencia proviene de la emigración, e Italia no hace allí un buen papel” (1876:194, *la traducción es mía*).

En resumen, la primera parte del libro dedicada a describir los rasgos fisiológicos y psicológicos del hombre delincuente es donde LOMBROSO establece el paralelismo entre delincuente y salvaje. La parte central (capítulos X a XII) está dedicada a la etiología del delito y en cierto modo entra en contradicción con la primera parte, debido a que adopta una perspectiva más multifactorial, toma en cuenta no sólo factores fisiológicos –como parecería desprenderse del “retrato” del delincuente- sino también factores ambientales, educativos, sociales, etc. Sin embargo, a esta segunda parte le sigue el capítulo XIII a modo de resumen en donde vuelve a la carga con su

teoría del atavismo, como se pone de manifiesto desde el propio título del capítulo “l’atavismo del delito”.

Así, básicamente resume los capítulos iniciales en el siguiente párrafo:

“Quien ha recorrido este libro quizá se habrá podido convencer de que muchos de los caracteres que presentan los hombres salvajes, las razas de color, son también propios de los delincuentes habituales. Tienen en común, por ejemplo, la escasez de pelo, de fuerza y de peso, la poca capacidad craneal, la frente huidiza, los arcos frontales muy desarrollados (...) el mayor espesor del hueso craneal, el enorme desarrollo de las mandíbulas y de los pómulos, la oblicuidad de las órbitas, la piel más oscura, el cabello más espeso y rizado, las orejas voluminosas o en forma de asa, la mayor analogía entre ambos sexos, la menos pronunciada actividad genésica, la poca sensibilidad frente al dolor, la completa insensibilidad moral, la pereza, la carencia de remordimientos, la imprevisibilidad, que a veces parece coraje, y el coraje que se alterna con la vileza, la gran vanidad, la fácil superstición, la exagerada susceptibilidad del propio *yo* e incluso el concepto relativo de la divinidad y de la moral” (LOMBROSO, 1876:199, *la traducción es mía*).

La teoría de LOMBROSO sostiene que los crímenes más terribles e inhumanos tienen un punto de partida fisiológico, atávico, en los instintos animales, que normalmente se mantienen bajo control gracias a la educación y al ambiente, pero que a veces reaparecen bajo el influjo de determinadas circunstancias (enfermedades, clima, alcoholismo, etc.) que provocan una regresión atávica (1876:201).

Pero el paralelismo no se limita a los delincuentes y a los salvajes, sino también al “vulgo”; es decir, a las “clases peligrosas”, que –como hemos dicho- deben ser mantenidas bajo control para garantizar la dominación burguesa imperante. LOMBROSO lo pone claramente de manifiesto con las siguientes palabras:

“Siendo sabido como entre el delincuente, el vulgo no educado y el salvaje la distancia es poca, y a veces desaparece por completo, entendemos por qué los hombres del vulgo, incluso los no inmorales, tengan a menudo una gran predilección por el condenado, lo conviertan en una especie de héroe y lleguen incluso a adorarlo tras su muerte, y por qué los condenados a galeras, por su parte, se mezclan tan fácilmente con los salvajes, adoptando sus costumbres, todas, sin excluir el canibalismo” (1876:202, *la traducción es mía*).

Esto se pone en mayor medida de manifiesto en la última parte del libro, donde LOMBROSO debate con los penalistas ilustrados –que, como hemos visto, justifican el

derecho de castigar en la libre voluntad del delincuente- y sostiene que el *ius puniendi* se justifica en las necesidades de defensa social (1876: 204 y ss.).

L'uomo delinquente a lo largo de sus páginas a menudo se convierte en un anecdotario con pretensiones de científicidad. Para fundamentar su hipótesis del delincuente atávico, Lombroso mezcla fábulas e invenciones extraídas de relatos de viajeros (muy de moda por esa época) con afirmaciones de lo más arbitrarias sobre la cultura de los pueblos primitivos. Además nos relata multitud de casos individuales que pueden tener cierto interés desde un punto de vista etnológico, pero de los que no se pueden extraer leyes generales.

El hecho de extraer leyes causales, teorías explicativas del conjunto de la criminalidad y conclusiones generalizables a partir del estudio de un puñado de casos individuales de dudosa fiabilidad parece bastante imprudente desde un punto de vista “científico”. Y más cuando las leyes generales que se pretenden extraer se refieren a la conducta humana, lo que conlleva la eliminación en los análisis de un factor tal como la voluntad humana.

Pese a todo, debemos tener presente que no tiene sentido juzgar la ideología racista decimonónica con las categorías actuales. Aunque la teoría de Lombroso nos parezca ridícula e incluso cómica si no fuera por sus consecuencias, hay que tener presente que el médico veronés no representa en absoluto la vertiente más reaccionaria del racismo positivista, como lo manifiesta su declarado evolucionismo y el tipo de medidas punitivas que defiende (ver nota al pie núm.21).

Como ya hemos señalado, la teoría lombrosiana tuvo mucho éxito en su momento, y no fueron pocos sus defensores y seguidores. Dada su relevancia, también tuvo numerosos críticos y el propio Lombroso fue matizando muchas de sus afirmaciones sobre el delincuente nato o atávico en las sucesivas ediciones de su libro. De esta manera, en la quinta edición de *L'uomo delinquente*, publicada en 1897, mitigó su teoría de la delincuencia atávica y, junto a esta categoría de criminales innatos, mencionaba a los delincuentes epilépticos, los delincuentes dementes y los delincuentes ocasionales (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1997:59).

2.2. Posteriores desarrollos del positivismismo criminológico: la raza como factor criminógeno en las teorías multifactoriales

Con posterioridad, otros criminólogos positivistas se ocuparon de la relación entre “raza y delincuencia”, aunque ello ya no constituyó el eje de su teoría como en el

caso de Lombroso. Es decir, el intento de los médicos de identificar las causas biológicas del comportamiento criminal supone el punto más álgido de la criminología racista. El desplazamiento de la criminología biologicista por otras concepciones más centradas en factores sociales, culturales y ambientales en general mitigará, aunque no eliminará, la carga racista de la primera “criminología científica”.

Entre los criminólogos positivistas hay que mencionar sin duda a ENRICO FERRI, eminente representante junto a Lombroso de la *Scuola positiva* y fundador de la *Sociologia criminale*, nombre con el que titula su principal obra y con el que designa a la ciencia de los delitos y de las penas, renovada a través de la aplicación del método positivo -basado en la observación y la experimentación- y fundada en los datos científicos procedentes de la antropología y la estadística criminal. FERRI nos dice que esta nueva ciencia se vale de la antropología, de la psicología, de la estadística criminal, del derecho penal y de las disciplinas carcelarias a fin de estudiar el delito como fenómeno natural y social a través del método científico positivo. Es decir, se trata de enriquecer el estudio del delito y del delincuente con los aportes de los nuevos descubrimientos de la ciencia del hombre y de la sociedad, que se ha visto renovada por las doctrinas evolucionistas; según este autor, el derecho penal no puede dar la espalda a las investigaciones de Darwin y a los descubrimientos de la antropología (1900:61-62).

Con esta definición de la sociología criminal pretende rebatir las críticas dirigidas a la *scuola criminale positiva* por realizar tan sólo un estudio antropológico del hombre delincuente, que como hemos visto es a lo que básicamente se dedicó Lombroso. FERRI señala que si bien los estudios antropológicos dieron el primer impulso a la nueva *scuola*, en sus pocos años de vida ya ha aprovechado los datos que ofrece la psicología, la estadística criminal y la sociología. En realidad, para este autor el estudio de la psicología y de la sociología criminal tiene mucha mayor importancia que el estudio puramente orgánico que ofrece la antropología criminal, pero Ferri juega con la ambigüedad para no quedar nunca del lado contrario a Lombroso (op.cit.:66-80).

Al igual que Lombroso y la mayoría de “científicos” de su tiempo, FERRI es un evolucionista convencido y ve en los “salvajes” actuales una representación del estado infantil de la humanidad primitiva. Pero esa ley universal de la evolución no se limita ahora a las ciencias naturales, sino que es aplicable también a las ciencias morales y sociales y, entre ellas, también al derecho penal (1900:62).

FERRI dedica buena parte del capítulo I (titulado “Los datos de la antropología criminal”) de su obra *Sociología Criminale* a rebatir las múltiples críticas dirigidas a la teoría atávica de Lombroso, aunque reconoce dos errores en la misma: haber atribuido demasiada importancia a los datos craneales y antropométricos frente a los psicológicos; y haber amalgamado a todos los delincuentes en un único tipo, error éste –dice- que se ha ido corrigiendo en las sucesivas ediciones de *l'uomo delinquente* (1900:70).

FERRI considera un acierto la teoría atávica de Lombroso, pero tan sólo para describir un tipo de delincuente, el delincuente nato con instintos anti-sociales²². Y además, matiza incluso en estos casos la teoría lombrosiana al señalar que el delito es consecuencia también de factores físicos y sociales, además de antropológicos. Por ello es posible que incluso los individuos que presentan las anomalías biológicas propias del hombre delincuente nunca lleguen a cometer un delito, gracias al contrapeso de un ambiente social favorable (1900:124).

Este autor distingue cinco categorías fundamentales de delincuentes: delincuentes locos, natos, habituales, ocasionales y pasionales. Las diferencias entre unos y otros son tan sólo de grado, tanto en relación a las características orgánicas y psíquicas como en relación al concurso del ambiente físico y social. Respecto a la categoría de delincuentes natos FERRI nos dice:

“que son propiamente aquellos en los que se manifiestan de modo más notable las características especiales reveladas por la antropología criminal. Son tipos de hombres salvajes y brutales o sinvergüenzas y ociosos, que no llegan a distinguir el homicidio, el hurto y el delito en general de cualquier otra industria honesta” (1900:226, *la traducción es mía*).

Pero se puede decir que este autor, pese a defender la “aportación” de Lombroso, mitiga mucho su teoría atávica de la criminalidad, reservando a dichas características biológicas un papel menor entre los factores que influyen en la criminalidad. Así, FERRI nos habla de tres tipos de factores criminógenos, inaugurando de este modo los llamados enfoques multifactoriales de la criminalidad: los factores antropológicos o individuales del delito, los factores físicos y los factores sociales.

²² Señala este autor: “Este carácter atávico en muchas anomalías de los delincuentes es absolutamente incontestable (...). Pero la explicación por atavismo (como todas las demás de índole puramente biológica o puramente social) (...) si bien es la explicación fundamental en relación al delincuente nato, tiene el defecto de no incluir todas las categorías antropológicas de los delincuentes y, dentro de una misma categoría, ni siquiera todos los casos individuales” (FERRI, 1900:168, *la traducción es mía*).

Los primeros –factores antropológicos- a su vez se dividen en tres categorías: 1) constitución orgánica del delincuente, categoría en la que incluye todas las anomalías orgánicas de las que hablaba Lombroso (del cráneo, del cerebro, de la sensibilidad, somáticas como las especialidades de la fisonomía y de los tatuajes); 2) constitución psíquica del delincuente, que incluye las anomalías de la inteligencia y de los sentimientos, incluido el lenguaje -la jerga- de los delincuentes; 3) caracteres personales del delincuente, categoría que engloba factores tales como la raza, la edad y el género, las condiciones biológico-sociales (estado civil, profesión, clase social, instrucción y educación).

En cuanto a los factores físicos o cosmo-telúricos del delito, incluye todas las causas relativas al ambiente físico: el clima, la naturaleza del suelo, las estaciones del año y la temperatura, las condiciones meteorológicas, la producción agrícola.

Finalmente los factores sociales del delito derivan del ambiente social en el que vive el delincuente, como la densidad de población, el estado de la opinión pública, de las costumbres y de la religión, la constitución de la familia y el régimen educativo, la producción industrial, el alcoholismo, el orden económico y político, la organización de la administración pública, de la justicia y de la policía y, por último, la legislación civil y penal (1900:299-300).

De esta enumeración de factores se deriva que FERRI reduce los factores de tipo biológico y fisiológico a tan sólo una de las categorías de factores que influyen en la criminalidad, junto a los de tipo físico o ambiental y los sociales. Además, menciona expresamente la “raza” y la considera como uno más de los factores a tener en cuenta, junto al género, la edad o la clase social. Y la influencia del factor racial –dice- puede ser menor o mayor en función de la concurrencia con otros factores y de las características individuales de cada persona.

La teoría acerca de la criminalidad que FERRI expone de forma abstracta en su *Sociologia Criminale* la encontramos aplicada –siguiendo el método de la antropología criminal- al análisis de un tipo delictivo específico en su monografía *L'omicidio nell'antropologia criminale* (1895), donde el autor italiano se ocupa del homicida nato y del homicida loco (no se ocupa del homicida de ocasión y del homicida por pasión, tipos que reserva para un posterior estudio sobre el homicidio en la sociología criminal). Señala el propio autor que se trata de la primera monografía científica de parte especial

de esta nueva ciencia positiva sobre los delitos y las penas que debe suceder a la escuela clásica de derecho penal.

En el apartado dedicado a examinar la “constitución orgánica de los homicidas”, y tras realizar un análisis antropométrico, de anomalías craneales y de la fisonomía de un buen número de delincuentes, FERRI se ocupa de “la raza en el homicidio”²³. FERRI señala que el factor racial por sí sólo no es suficiente para explicar la mayor o menor criminalidad de un individuo, ya que la influencia de dicho factor concurre con muchos otros factores, en especial con el ambiente físico y social. Y la atribución de este peso relativo al factor racial, la extiende como doctrina de la *scuola positiva* al señalar que ésta

“no la considera (a la raza) más que uno entre los tantos y variadísimos factores individuales, físicos y sociales, todos concurrentes con mayor o menor fuerza para determinar la actividad criminal de cada hombre, según los diversos delincuentes y delitos” (1895:244, *la traducción es mía*).

FERRI también pone de manifiesto la existencia de un debate entre autores críticos con la *scuola positiva*, como es el caso de Turati, Tarde, Favalli, Battaglia o Colajanni, que niegan a la raza influencia alguna en la génesis natural de la criminalidad, para atribuirle en exclusiva al ambiente social y, en especial, a las condiciones económicas²⁴. Pero FERRI, si bien reconoce la importancia del ambiente social, señala que las divergencias de ambiente social y de progreso económico que se encuentran entre los diversos pueblos son a su vez el efecto de las diversas razas operando en un determinado ambiente físico (1895:243-247).

A continuación pasa a exponer los datos estadísticos del homicidio, pero tan solo en Europa, ya que en otras partes del planeta no existen estadísticas criminales. Sin embargo, dicha ausencia no le impide afirmar que “en términos generales, en las razas de color la tendencia al homicidio es mayor que en la raza blanca” (1895:247). Y dicha

²³ Esta inclusión del factor racial dentro del análisis de la “constitución orgánica del delincuente” en realidad no se adecua del todo a la clasificación que el autor realiza en su *Sociologia Criminale*, ya que, como hemos visto, allí incluía la “raza” entre las “caracteres personales del delincuente”; eso sí, dentro del apartado de los factores antropológicos.

²⁴ En este sentido BONGER recuerda que Colajanni en su *Sociologia Criminale* se refiere al tema de la raza y la criminalidad, donde a diferencia de Ferri no atribuye peso al factor racial porque sostiene que entre personas de la misma raza podemos encontrar características morales e intelectuales muy divergentes y las mismas características son encontradas en distintas razas. Según Colajanni, todas las razas manifiestan hábitos y formas similares con respecto al crimen (1943:21).

conclusión general la apoya con datos estadísticos procedentes de los EE.UU., donde, según FERRI

“las razas de color dan un índice mayor de criminalidad, incluido en el homicidio, ciertamente como consecuencia de las diversas condiciones sociales en las que se encuentran, pero también, y más, debido a la diversidad étnica de sus tendencias” (1895:248, *la traducción es mía*).

En cuanto a los diversos países europeos, FERRI sostiene que hay un único tipo racial europeo, dentro del cual se pueden distinguir tres grandes grupos étnicos: los pueblos greco-latinos, los germanos (que incluye los anglosajones) y los eslavos. Los primeros muestran una frecuencia máxima en los datos sobre homicidios, los segundos mínima y los terceros media. Estas divergencias se explican además de por factores climáticos y por las condiciones sociales y políticas, también por las particularidades étnicas (1895:247-258).

En especial, España e Italia son los países que muestran una mayor frecuencia de homicidios, sobre todo en el Sur. En el caso italiano, ello lo atribuye FERRI a la herencia fenicia, árabe, albanesa y griega del Sur, frente al origen germánico, celta y eslavo de los italianos del Norte²⁵. Y, de forma similar, en el caso de España, la mayor frecuencia de los delitos de sangre en las provincias del Sur puede ser explicada por la influencia de la sangre árabe (1895:258-279 y 287-291).

Vemos entonces que otros criminólogos positivistas –incluso pertenecientes a la *scuola criminale positiva*, como Ferri– ya no ponen tanto el acento en factores biológicos como Lombroso, aunque siguen anclados en un positivismo naturalista e individualista; es decir, sostienen concepciones naturalistas que sitúan las causas de la criminalidad en factores naturales (como el clima, la raza) o en factores ambientales (densidad de población, condiciones económicas, etc.) que tienen efectos sobre el individuo. Este enfoque individualista de la cuestión criminal que hunde sus raíces en la teoría lombrosiana va a tener plena hegemonía en Europa hasta el fin de la segunda

²⁵ Señala FERRI que “Es a los elementos africanos y orientales (excepto los griegos) que Italia debe, fundamentalmente, la mayor frecuencia de homicidios en tales regiones; y son los elementos de estirpe nórdica los que determinan, en gran parte, la menor intensidad en otras regiones” (1895:260, *la traducción es mía*). También dedica este autor varias páginas para tratar de demostrar la influencia del factor étnico en la elevada criminalidad de algunas provincias sicilianas, como Palermo (1895:266-270). Cuestión sobre la que asimismo se detuvo LOMBROSO en *L'uomo delinquente*, donde atribuyó la causa a la influencia racial árabe y semítica (1876:124).

guerra mundial, y dará lugar al surgimiento y desarrollo de una criminología clínica²⁶, perspectiva que todavía perdura con mayor o menor fuerza dependiendo del país.

Si volvemos la vista hacia el otro lado del Atlántico, podemos mencionar a dos conocidos criminólogos positivistas, uno en el sur del continente americano y otro en el norte.

Ya nos hemos referido a la extensión del discurso racista en el margen latinoamericano, que se dirigió contra su propia población negra, mulata, india y mestiza con el fin de mantenerla bajo control y, en ocasiones, incluso eliminarla. Y la criminología no fue ajena al discurso racista. En Argentina el socialista José Ingenieros, considerado como el fundador de la criminología argentina, escribe un artículo en 1895 titulado “Las razas inferiores” en el que abraza un racismo biológico en su versión más pesimista –justifica la esclavitud, se opone al mestizaje y vaticina la extinción de los negros por aplicación del principio de selección natural-. La invectiva racista de Ingenieros es de tal magnitud, que ha llevado a algunos autores a cuestionarse su pretendida sensibilidad socialista ante la injusticia y las desigualdades sociales (ZAFFARONI, 1993:150).

En Estados Unidos en 1913 se funda la *American Association of Clinical Criminology*, pero pronto quedará eclipsada por los desarrollos de la criminología sociológica. En realidad, antes de la primera guerra mundial en Norteamérica hay poca producción criminológica y los trabajos que se publican son un puro reflejo de la criminología europea, además de las traducciones de los clásicos criminólogos europeos, como los integrantes de la escuela positiva. El más conocido criminólogo norteamericano del momento fue Maurice Parmelee, quien tenía formación sociológica (WOLFGANG / FERRACUTI, 1967:31-37).

PARMELEE también se ocupa de la relación entre “raza y delincuencia”, dirigiendo fuertes críticas tanto a Lombroso como a los ideólogos del racismo (Gobineau, Chamberlain) que han considerado la existencia de razas superiores e inferiores. Por el contrario, el criminólogo norteamericano, si bien acepta el concepto de

²⁶ Perspectiva criminológica que aplica el conocimiento y los métodos propios de la medicina y la psicología a casos individuales a fin de realizar un diagnóstico, un pronóstico y diseñar un tratamiento para contrarrestar las causas individuales de la criminalidad. Ha sido muy usada en diversos niveles del sistema judicial y correccional, sobre todo en el ámbito de la delincuencia juvenil (WOLFGANG / FERRACUTI, 1967:31).

raza, considera que su influencia no es tan grande como generalmente se cree. Señala este autor que

“no han sido encontradas diferencias en los cerebros de las distintas razas que sean de suficiente extensión o suficientemente decisivas en su naturaleza como para justificar la creencia de que exista ninguna gran diferencia en los rasgos intelectuales de las diferentes razas” (1925:148).

Por el contrario, considera que las emociones están determinadas principalmente por el sistema nervioso simpático, sobre el cual sí pueden tener considerable influencia las condiciones climáticas. De esta forma, el autor norteamericano sostiene que esta teoría puede explicar la variación en el número de crímenes contra las personas entre los climas cálidos y fríos:

“esta variación puede ser debida, en parte, a las existentes diferencias climáticas y, en parte, a diferencias en los rasgos emocionales de razas que hayan sido causadas por condiciones climáticas en el pasado” (PARMELEE, 1925:149).

Concluye el autor señalando que la influencia de la raza en la delincuencia probablemente se confunde con la influencia de otros factores. De esta forma el criminólogo norteamericano se distancia de las teorías racistas sobre la criminalidad, a pesar de mantenerse en el paradigma propio de la criminología positivista, esto es, el paradigma etiológico basado en la búsqueda de las causas individuales de la criminalidad. Pero a diferencia de otros autores, Parmelee resta importancia a los factores biológicos para centrar su atención en los ambientales, contribuyendo al progresivo abandono de la criminología biológica en favor de los enfoques sociológicos.

En resumen, podemos señalar que Lombroso atribuyó mucha influencia a los factores raciales en la causación de la delincuencia, es decir, estableció un nexo directo entre “raza” y criminalidad. La teoría del criminal atávico lombrosiana considera que éste es biológicamente inferior, que se ha detenido en un estadio anterior de la evolución humana; el delincuente constituye una regresión a períodos evolutivos anteriores y a niveles inferiores de desarrollo orgánico. En palabras de PARMELEE, la teoría de Lombroso del atavismo como causa de la delincuencia

“está estrechamente unida con su teoría de la influencia de la raza, y frecuentemente implica en sus escritos que los rasgos atávicos del

delincuente toman forma de una reversión a los rasgos de una raza inferior” (1925: 147).

En suma, el padre de la criminología “científica” atribuye al “hombre delincuente” rasgos físicos y características propias de los que él considera “salvajes” (las personas de origen africano, americano, asiático), con lo que realiza una equiparación entre “delincuentes” y “razas inferiores”.

Los posteriores desarrollos del positivismo criminológico irán matizando la influencia de la raza como factor criminógeno, de manera que dicho factor irá perdiendo centralidad en la mayoría de autores y teorías. Al factor racial se le irán añadiendo multitud de otras circunstancias de todo tipo (biológicas, ambientales, sociales), dando lugar a las llamadas teorías multifactoriales de la criminalidad.

Pese a ello, veremos que con el rebrote racista del período de entreguerras, el tema de la raza vuelve a situarse en el centro del debate criminológico, jugando la “ciencia” criminológica un papel auxiliar en el exterminio nazi.

Y como parece que el ser humano no acaba de aprender de las lecciones de la historia, a fines del siglo XX encontramos a algunos criminólogos en las filas de la ultraderecha norteamericana que pretenden aplicar los avances del conocimiento médico en el campo de la genética para formular nuevas teorías criminológicas de raíz biológica. Y por esa vía vemos reaparecer a la ideología racista en el discurso criminológico.

CAPÍTULO 3: AUGE DE LA SOCIOLOGÍA NORTEAMERICANA. INMIGRACIÓN, “RAZA” Y CUESTIÓN NEGRA

A partir de fines del siglo XIX el centro del debate en las ciencias sociales norteamericanas se irá desplazando de la cuestión racial hacia la cuestión migratoria, debido a que en las últimas décadas de ese siglo se inicia un gran proceso migratorio hacia el continente americano que no se verá frenado hasta el período de entreguerras. Ello provocará un cambio fundamental en la sociología. El concepto de raza perderá terreno en favor del de cultura -pese a que se siga utilizando ampliamente el término “raza”-. Además, el objeto de estudio dejará de ser los rasgos característicos de los diversos grupos humanos para pasar a ser las relaciones entre éstos. Se irá así gestando a comienzos del siglo XX y se consolidará en la década de 1920 la sociología de las *race relations* (WIEVIORKA, 1992: 47).

Antes de adentrarnos en la sociología urbana norteamericana de principios del siglo XX no está de más recordar la obra de DURKHEIM, que si bien se entronca con la tradición evolucionista al trabajar sobre el tránsito de las sociedades primitivas hacia las sociedades industriales con división del trabajo social, la mayor evolución de estas últimas no se basa en elementos raciales sino culturales o sociales (1985) [1893]. Las obras del sociólogo francés no las encontramos reflejadas en los textos pertenecientes a la tradición de la Escuela de Chicago, pero en cambio sí tendrán mucha influencia en autores posteriores como Parsons y Merton.

También podemos mencionar el coetáneo viraje que se produce en la antropología, donde paulatinamente irán quedando arrinconadas las perspectivas del positivismo evolucionista (que habían supuesto una fenomenal legitimación del colonialismo británico) y ganarán terreno los enfoques funcionalistas de antropólogos como Malinowski y Radcliffe-Brown. La antropología británica de principios del siglo XX ya no va a estudiar las diversas etapas evolutivas por las que supuestamente han transitado y aún deben transitar los pueblos primitivos, debido a que considerarán con razón que se trata de un enfoque euro-céntrico. En obras como la de MALINOWSKI *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje* (1982) [1926] se afirmará con rotundidad la integridad y funcionalidad de las culturas de los llamados pueblos primitivos, desmintiendo los prejuicios existentes acerca de una pretendida desorganización social y una ausencia de leyes en tales culturas (MARSAL, 1977:159-160).

También la antropología cultural norteamericana desarrollada por Franz Boas y sus discípulos –entre los que hay que destacar a Melville Herskovits, Ruth Benedict y Margaret Mead- en la década de 1920 implicará una crítica frontal a las posturas racistas de la antropología biológica y supondrá una contribución fundamental en el análisis de las *race relations* en América. El activismo científico de Boas contra las políticas racistas basadas en la segregación y la desigualdad racial constituirá una relevante influencia en la obra cumbre sobre *race relations* del período de entre guerras *An American Dilemma*, de la que luego nos ocuparemos (BULMER, 1993:345-357).

1. La cuestión migratoria en Norteamérica, el enfoque de la Escuela de Chicago y el surgimiento de la sociología de las *race relations*

Centrándonos ya en la sociología norteamericana de las primeras décadas del siglo XX, hay que señalar que la llamada Escuela de Chicago jugará un papel fundamental en el desarrollo de esta nueva sociología de las *race relations*, que consistirá fundamentalmente en una sociología urbana sobre la interrelación entre los diversos grupos y comunidades de inmigrantes que se encuentran en la ciudad. No es por casualidad que esta sociología se desarrolla en la Universidad de Chicago, ya que esa ciudad constituyó un laboratorio excepcional de las mencionadas interrelaciones entre grupos de inmigrantes (o grupos étnicos o raciales).

Chicago nace como un pequeño pueblo de 200 habitantes en 1833, pero cuatro años más tarde ya adquiere el estatus de ciudad con sus entonces 4.170 habitantes. A partir de ahí, su crecimiento será constante y, en algunos períodos, exponencial. Para 1866 la población de Chicago era de 298.997 personas, constituyendo al inicio del siglo XX uno de los centros urbanos más importantes, con una población de 1.698.575 personas. En 1928 la población se había duplicado respecto a 1900. En menos de un siglo Chicago pasa de ser un pequeño pueblo a una gran metrópolis, la segunda de los EE.UU. y la cuarta del mundo. Esta ciudad se convierte en paradigma de centro de producción y, por tanto, de trabajo y riqueza que atrajeron a grandes masas migratorias. (SHAW, 1929:11).

En cuanto a la procedencia de los habitantes de la ciudad, SHAW habla de tres olas migratorias de extranjeros y una de población negra procedente de los Estados del Sur: una primera ola de inmigrantes procedentes de Alemania e Irlanda durante el período 1860-1900; una segunda procedente de Escandinavia de 1870 a 1910; la tercera procedente de Polonia e Italia con su auge entre 1880 y 1914; finalmente, la

inmigración de población negra procedente del sur rural se inicia en la década de 1910 con un incremento anual muy fuerte. Señala el autor que en las diversas olas migratorias se repite un proceso similar: los inmigrantes recién llegados se sitúan en las zonas más pobres y deterioradas de la ciudad, donde la vivienda es más accesible. Cuando se produce una segunda ola migratoria, desplaza a los anteriores ocupantes hacia las llamadas zonas de segundo establecimiento (1929:17).

Algo similar ocurre en otras ciudades norteamericanas, aunque en dimensiones más reducidas. A partir del último cuarto del siglo XIX se produce un impresionante aumento de la inmigración hacia los EE.UU., y los diversos grupos y comunidades de inmigrantes que se forman en las distintas ciudades industriales serán el principal objeto de estudio de la sociología norteamericana. La naciente sociología urbana reflejará la preocupación por el mantenimiento del orden social en unas ciudades habitadas por grupos humanos muy heterogéneos, con costumbres y tradiciones culturales muy diversas.

La cuestión del orden social incluirá el debate acerca de la criminalidad de los inmigrantes, extremo que será analizado tanto por comisiones de investigación *ad hoc* creadas por el Congreso de los EE.UU. como por un buen número de investigadores sociales.

En cuanto a dichas comisiones, podemos señalar que de 1888 a 1930 el Congreso estableció cuatro comisiones de investigación sobre la cuestión de la relación entre inmigración y criminalidad, lo que pone de manifiesto la actualidad y extensión del debate sobre el proceso migratorio norteamericano en las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX. Los trabajos de la primera de ellas, la llamada Comisión Ford, trataron de averiguar si los gobiernos de algunos países europeos inducían a emigrar hacia los EE.UU. a sus condenados. La segunda Comisión, creada en 1901, centró su investigación en los presos y llegó a la conclusión de que las personas blancas nacidas en el extranjero tenían tasas de criminalidad inferiores a los blancos nacidos en los Estados Unidos. Asimismo, analizó la cuestión de la criminalidad de los llamados “inmigrantes de segunda generación”, es decir, la criminalidad de los hijos de inmigrantes, señalando que los elevados índices de criminalidad de éstos son debidos al debilitamiento de los vínculos primarios –la denominada teoría del control social, que luego veremos- (BARBAGLI, 2002:16).

La tercera Comisión desarrolló sus investigaciones de 1907 a 1911, llegando a la conclusión según la cual “no hay pruebas que demuestren que la inmigración haya

producido un aumento de la criminalidad desproporcionado en relación al aumento de la población adulta” (TONRY, 1997:21).

Pero fue la cuarta Comisión la que produjo investigaciones más relevantes. Con la colaboración de numerosos expertos desarrolló una amplia investigación empírica, promoviendo por primera vez una masiva recogida de datos sobre denuncias, arrestos, condenas y encarcelamientos. La Comisión se instituyó de 1930 a 1931 y tomó el nombre de su presidente, George W. Wickersham. Los investigadores de la Comisión Wickersham tomaron como punto de partida una serie de variables de tipo social, económico y cultural y empezaron a valorar la posibilidad que los inmigrantes cometiesen más delitos que los nativos o que los mismos fuesen con más frecuencia denunciados, arrestados y condenados. La lista de motivos o factores a tener en cuenta para explicar la criminalidad de los inmigrantes era extensa, y hacía referencia a las distintas teorías elaboradas por los académicos que luego mencionaremos (conflicto cultural, control social, privación económica, etc.). Pero igualmente extensa era la lista de motivos que hacía sospechar desventajas en el proceso de criminalización respecto de los nativos (peores abogados, desconocimiento de las leyes y el proceso, limitaciones de comprensión idiomática, etc.).

No obstante esta larga lista de factores que hacían prever mayores índices de criminalización de los inmigrantes, la Comisión Wickersham llegó a la conclusión según la cual “en proporción a su respectiva composición numérica, las personas nacidas en el exterior cometían delitos con menor frecuencia que los autóctonos”, de modo que los datos recogidos “contrastaban radicalmente con la creencia popular según la cuál un elevado porcentaje de la criminalidad podía ser atribuida a los inmigrantes”. Esta Comisión también se ocupó del problema de la criminalidad de los “inmigrantes de segunda generación” y, pese a que los datos disponibles no le permitieron llegar a ninguna conclusión definitiva, sí señaló que “no eran los inmigrantes, sino sus hijos, el gran problema de la criminalidad” (citado por BARBAGLI, 2002:19-20 y TONRY, 1997:20).

La preocupación por el mantenimiento del orden social en la Norteamérica de fines del siglo XIX y principios del XX también llevará a la introducción de medidas restrictivas a la inmigración, inicialmente tan sólo con el objetivo de evitar la entrada en el país de personas “indeseables” (fundamentalmente convictos). Pero con el tiempo las restricciones se extenderán cada vez a más grupos sociales considerados peligrosos para el orden social y asimismo se desplazarán hacia ejes racistas. Finalmente en la década

de 1920 se aprueban leyes destinadas no ya a “seleccionar” a los inmigrantes sino a frenar los flujos migratorios.

Podemos decir que las primeras legislaciones norteamericanas restrictivas de la inmigración se aprueban para poner fin a la práctica de la deportación o transportación de condenados, que había sido muy usual durante la colonia y que, incluso tras la independencia de los EE.UU., muchos países europeos seguían practicando. A partir de 1776 Inglaterra teóricamente ya no podía seguir mandando sus naves cargadas de condenados, pero durante todo el siglo XIX se repitieron las denuncias contra los países europeos que enviaban condenados a los EE.UU. por orden y a cargo de los Gobiernos (cuestión que, como hemos visto, incluso fue objeto de estudio por una comisión de investigación nombrada por el Congreso). Para combatir esta práctica durante el último cuarto del siglo XIX se aprobaron varias leyes prohibiendo el ingreso de las personas que hubiesen sido condenadas (BARBAGLI, 2002: 13-15).

En 1903 y 1917 el Congreso de los EE.UU. endureció la legislación sobre inmigración, prohibiendo el ingreso no sólo a los que hubiesen sido condenados por algún delito en sus países de origen, sino también a otros “desviados” (polígamos, anarquistas, prostitutas); asimismo decretó la expulsión de los inmigrantes que una vez en los EE.UU. fuesen condenados por algún delito. Pero será a partir de los años '20 que se introducirán las grandes restricciones a la inmigración en los EE.UU., con la aprobación de leyes destinadas a frenar los flujos migratorios, como la *Immigration Act* de 1924 (BARBAGLI, op.cit.).

Como ya hemos mencionado, los sociólogos norteamericanos prestarán una especial atención al tema de la integración de los flujos migratorios, desde diversas perspectivas teóricas. Hay que tener en cuenta que los sociólogos norteamericanos de fines del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX provenían de la tradición de los hombres protestantes blancos y sólo durante la Primera Guerra Mundial los sociólogos de Chicago adoptarán un enfoque democrático radical (MELOSSI, 1992:150).

De ahí se deriva que las primeras teorías de Edward Ross y de los darwinistas sociales se basaran en una concepción monista de la sociedad. Consideraban a la cultura anglosajona dominante en los EE.UU. como superior desde una perspectiva racional y, por ello, sostenían que los inmigrantes debían integrarse a ésta. Es decir, para Ross los inmigrantes eran cultural y, a veces, incluso biológicamente inferiores, los trataba como razas inferiores (MELOSSI: *Ibidem*).

Para entender este racismo dirigido ahora hacia la población inmigrante, hay que tener en cuenta que esa inmigración procedía fundamentalmente de los sectores más marginados y excluidos de las sociedades europeas (sub-proletariado urbano, campesinos desplazados, etc.), esto es, de las llamadas "clases peligrosas". Además, estos flujos migratorios se alimentaron en mayor medida de los países menos industrializados (Irlanda, Polonia, Italia), cuyas poblaciones también habían sido calificadas como racialmente inferiores a las nordeuropeas.

Los teóricos de la Escuela de Chicago abandonarán la postura monista de la primera sociología norteamericana. La integración de los inmigrantes en las grandes ciudades estadounidenses fue uno de los temas que centró la atención de los sociólogos de Chicago, quienes creyeron que para la resolución de los conflictos sociales era necesaria la libre comunicación entre individuos, comunidades y grupos étnicos (MELOSSI, 1992:152).

A partir de los años '20 las investigaciones sociológicas de la Escuela de Chicago sobre las *race relations* adquieren un predominio absoluto, quedando ya relegado todo el pensamiento social racista dominado por conceptos biológicos que había florecido a lo largo del siglo XIX²⁷. Como señala WIEVIORKA la sociología de las *race relations*, que se esboza a principios del siglo XX y se consolida durante la década de 1920, supone un decisivo punto de inflexión en el análisis de la cuestión racial, ya que el marco de referencia se desplaza de la raza hacia la cultura: esta sociología ya no se preocupa de los rasgos físicos y biológicos de los diversos grupos humanos, sino de las relaciones entre éstos y, sobre todo, de las relaciones interculturales (1992:47-58).

Entre los pensadores que contribuyeron a preparar el terreno a la sociología de las *race relations* hay que mencionar a DU BOIS, académico y militante de la causa negra. En un artículo de 1928 sobre *race relations* en EE.UU., el autor denuncia las injusticias a las que es sometida la población negra, desde prácticas segregacionistas y privación de derechos básicos, hasta coacciones y linchamientos, y advierte que el "problema negro" está minando la democracia de los Estados Unidos (1928:6-10).

En el plano científico, DU BOIS destaca que cada vez está más extendida la tesis de la inexistencia científica de las "razas". Ninguna medición del ser humano, de la

²⁷ Esto puede ser afirmado respecto a las ciencias sociales norteamericanas. En cambio, en Europa no será hasta el fin de la 2ª guerra mundial y la toma de conciencia acerca de los crímenes del nazismo que las doctrinas racistas pierdan hegemonía.

forma de la cabeza, del color de la piel, del tipo de pelo, de las reacciones psicológicas, etc. ha servido para dividir a la humanidad en diferentes grupos. Además, la “pureza” racial en la actualidad no existe y si queremos hablar de características “raciales”, toda la humanidad debe ser clasificada en un único grupo “racialmente mixto”. Pero pese a ello, dice, las relaciones raciales entre los diversos grupos –sobremana entre los blancos anglosajones y los negros-, es uno de los mayores problemas sociales de los EE.UU. (1928:6).

Además de la intensa labor militante y académica de DU BOIS, sin duda la figura más destacada en la creación de la sociología de las *race relations* es ROBERT E. PARK, fundador de la Escuela de Chicago junto con ERNEST BURGUESS.

Park desarrolla un pensamiento caracterizado por un evolucionismo optimista, que también se manifiesta en su planteamiento de las relaciones raciales. Según este autor, las distinciones de razas en el futuro deberían desaparecer, ya que constituyen un último episodio del avance de la modernidad. Park ejercerá influjo en el trabajo de la Comisión de Chicago sobre las Relaciones Raciales nombrada tras la revuelta racista de 1919²⁸. Se le ha criticado cierta ambigüedad, por considerar las razas como una realidad a la vez objetiva (en ocasiones describe características distintivas de los negros) y subjetiva. Pero hay que tener en cuenta que con él se realiza una importantísima transición. Park impulsó un campo de investigaciones empíricas que analizan los fenómenos de la segregación social y racial, las minorías étnicas, los procesos migratorios, etc. Este autor se desvincula del estudio de las características propias de las razas y etnias para analizar los contactos y conflictos entre grupos (aunque todavía no someta a crítica el concepto de raza y su pretensión de objetividad). Pero sin duda la escuela de las *race relations* supone un avance decisivo, ya que permite distanciarse de las teorías biológicas sobre la cuestión racial (WIEVIORKA, 1992:47-58).

2. La cuestión negra y el “dilema americano”

En la Norteamérica de principios del siglo XX y en pleno auge de la sociología urbana de la Escuela de Chicago y del ideal democrático, no era extraño afirmar la inexistencia de divisiones de clase. En la sociedad americana los cambios de estatus social eran frecuentes, parecía que no había barreras al progreso y al éxito individual.

²⁸ Chicago Commission on Race Relations (1922): *The Negro in Chicago: A Study of Race Relations and Race Riot*, Chicago: University of Chicago Press.

Cualquier hombre, por muy humildes orígenes que tuviera, podía alcanzar los círculos más exclusivos de la sociedad. Y era afirmación corriente decir que todo hombre nacido en América –que no mujer- podía aspirar a ser presidente de los EE.UU. Pero de la misma forma que esta afirmación no se aplicaba a las mujeres, tampoco era extensiva a los hombres negros.

Como ya se ha apuntado, la gran migración de población negra procedente de los Estados rurales del Sur hacia las ciudades industrializadas del Norte se inicia a mediados de la década de 1910.

Desde que fueron llevados a América como esclavos, los negros estuvieron concentrados en los Estados del Sur, donde la esclavitud era un pilar fundamental del sistema económico. En cambio, el Norte recurrió poco al trabajo esclavo y en 1860 tan sólo el 5% del total de los negros de EE.UU. vivía en el Norte. Tras el fin de la guerra civil y la abolición de la esclavitud desaparecen las restricciones legales a la movilidad de la población negra, pero la gran migración –aunque en realidad no fue tan grande- no se iniciará hasta 1915. En 1940 la proporción del total de los negros americanos que vivían en el Norte había ascendido al 24%, y había implicado una migración del Sur hacia el Norte de 1.750.000 personas desde 1910 hasta 1940. En ese año, los negros constituían el 37% del total de la población del Norte y el 24% del total de la población del Sur. En realidad, la mayor parte de la población negra de América (el 76%) seguía viviendo en el Sur (MYRDAL, 1944:182-201).

El progreso social, intelectual y económico de la población negra desde el fin de la esclavitud fue impresionante. Es difícil encontrar precedentes históricos del progreso de un grupo social tan veloz. En cincuenta años, los americanos negros pasaron de un estado de absoluta miseria económica, de total analfabetismo y de carencia de otras habilidades laborales más allá de la agricultura y el servicio doméstico (tareas a las que los relegó la esclavitud) al progreso económico y social de sectores importantes de esa población, ingresando muchos de ellos en la clase industrial y profesional.

La magnitud del desarrollo socio-económico de los americanos negros en pocos años puso en evidencia todas las teorías racistas que sostenían la incapacidad de la población negra para las profesiones industriales, así como los augurios que tras el fin de la esclavitud los negros americanos se extinguirían por efecto de la degeneración racial.

Pero el análisis de los textos de los intelectuales y científicos sociales muestra la gran resistencia de los blancos por abandonar el pensamiento y los argumentos racistas

sobre la inferioridad biológica de los negros. Mientras que en los últimos años del siglo XIX el conocido intelectual negro DU BOIS ya afirmaba que los negros en América comparten la inteligencia y las aptitudes de la media de la población blanca y bajo un mismo ambiente pueden desarrollar las mismas cualidades, habrá que esperar a mediados de la década de 1920 para encontrar estas afirmaciones en boca de los académicos blancos.

A medida que los americanos negros progresaban en el ámbito socio-económico, también aumentaba el prejuicio racial de los blancos, sobre todo en los Estados del Sur. En una sociedad estática basada en rígidas diferencias de clase, casta o raza, cada uno de los grupos sociales vive dentro de los límites impuestos por el orden social y mientras tales límites sean mantenidos no hay motivo para el conflicto social. Esto es lo que sucedía en los Estados Sureños antes de la guerra civil, donde blancos y negros tenían roles muy diferenciados –amos y esclavos- y, -según PARK- si se omite el hecho del sometimiento de unos por otros, las relaciones raciales (*race relations*) no eran conflictivas, sino más bien de cooperación dentro de las diversas unidades económicas (las plantaciones familiares). En ese mismo contexto surge la concepción del negro como predestinado por Dios y la Naturaleza a servir para siempre a los blancos. Cuando este orden social rígido se rompe tras la guerra, y los negros dejan de estar en una posición subordinada –aunque el cambio sea fundamentalmente legal- se genera el conflicto racial y proliferan los prejuicios (PARK, 1928:11-20).

La investigación más exhaustiva sobre las relaciones raciales entre la población blanca y la negra en los EE.UU. es la desarrollada por GUNNAR MYRDAL y publicada bajo el título *An American Dilemma. The Negro Problem and Modern Democracy* (1944). Se trata de una investigación de gran envergadura, que involucró a un elevado número de investigadores durante un período de 4 años y fue financiada por la Corporación *Carnegie*, una potente fundación americana. Para asegurar la imparcialidad de la investigación, se buscó como director a un investigador de un país que no tuviera pasado colonial, a fin de evitar cualquier factor emocional en el análisis de la situación de los negros en EE.UU.

Esta obra fundamental, que constituyó el trabajo más importante de la primera mitad del siglo XX sobre *race relations* en América, sintetiza en sus 1.500 páginas la totalidad de la literatura sobre el tema racial en EE.UU. existente en el momento, junto con las investigaciones inéditas desarrolladas durante los años de trabajo por los colaboradores de Myrdal. Pero es ante todo la perspectiva desde la que se enfoca el

tema objeto de estudio la que la convierte en obra fundamental (BULMER, 1993:345-357).

La obra se interesa sobre todo por lo que pasa en la mente de los blancos. Al principio iba a poner el acento en el pueblo negro y sus características: modos de vida, costumbres, migraciones, religión, delincuencia, etc. Pero luego vio que las particularidades de los negros no explicaban la cuestión. El concepto de negro es sociológico, no biológico. La idea central de Myrdal es que existe un dilema entre los más altos valores de la nación y de la democracia norteamericanas y las tendencias a excluir de ellas a los negros. Por ello señala que el progreso pasa por cambios en la mentalidad de los blancos.

WIEVIORKA destaca que la mayor cualidad del trabajo de Myrdal consiste en el hecho de apartarse de la experiencia concreta de las relaciones entre blancos y negros para examinar el trabajo ideológico de los blancos sobre sí mismos, sus contradicciones internas, su dilema. Según este autor, *An American Dilemma* constituye el segundo punto de inflexión en el estudio de la cuestión racial, ya nos lleva al análisis del racismo (o de una de sus formas elementales: el prejuicio). Es decir, supone una transición del estudio de las relaciones raciales a las teorías del prejuicio, lo que implica que el eje del análisis se desplaza hacia el racismo como ideología (1992:59-65).

Bajo ese prisma, la investigación analiza la posición de los negros en la sociedad americana, es decir, examina el estatus social, político, educativo y económico de la población negra, así como las relaciones entre negros y blancos, la segregación y la discriminación racial. El resultado es un informe final de 1.500 páginas que aborda todos los aspectos mencionados con mucha profundidad. Los capítulos 24 a 27 están dedicados a analizar la relación de los negros con la justicia, incluyendo las diversas instancias del sistema penal (policía, tribunales, prisión). Luego nos detendremos en ellos.

Hay que recordar que pese a la declaración formal de igualdad entre negros y blancos y la atribución de derechos civiles a los primeros tras el fin de la esclavitud en las *Reconstruction Amendments* a la Constitución Americana, dicha igualdad no se llevó nunca a la práctica en el plano jurídico y político, mucho menos en el plano práctico o social. Ya en 1883 la Corte Suprema de los EE.UU. declaró inconstitucional la *Civil Rights Bill* de 1875 en el extremo que prohibía actos de discriminación racial por parte de individuos; la sentencia estableció el principio de “separados, pero iguales”, que significaba que los negros tenían derecho a los mismos servicios, pero separados de los

blancos. Ello abrió el camino a la *Jim Crow legislation* de los Estados y municipios del Sur, que establecieron un régimen segregacionista en escuelas, hospitales, medios de transporte, hoteles, restaurantes, parques, teatros, etc. –es lo que se conoce como *Restoration of White Supremacy*-. Obviamente, la segregación implicó una calidad mucho inferior de los servicios para los negros, lo que supone vulneración del principio de igualdad reconocido constitucionalmente, esto es, discriminación racial (MANN, 1993:6; MYRDAL, 1944:578-582).

Además, en muchos Estados del Sur la población negra carecía del derecho al sufragio²⁹, lo cual era especialmente grave en un régimen como el norteamericano donde no sólo se eligen los cargos políticos del poder legislativo y del ejecutivo, sino también buena parte de los oficiales de la justicia, incluyendo jueces, fiscales, *sheriffs* y policías. Al depender la administración de justicia de los votantes locales, lo más probable es que las decisiones judiciales fueran discriminatorias respecto de una minoría impopular y carente de derecho al sufragio. Y así lo confirma la investigación de MYRDAL, como veremos unas páginas más adelante (1944:523 y ss.).

3. Las perspectivas sociológicas de la criminalidad en el período de entreguerras

En este apartado analizaré los principales autores y obras que se ocuparon de la relación entre inmigración y delincuencia en el período de entreguerras. A diferencia de las teorías desarrolladas por el positivismo criminológico, que fundamentalmente se ocupaban de analizar la influencia del factor racial en el comportamiento criminal, las teorías criminológicas de las que ahora me ocuparé parten de una perspectiva sociológica y analizan la influencia que el contexto social y cultural puede tener en la criminalidad.

La mayoría de teorías criminológicas que mencionaré se desarrollan en el contexto norteamericano, en pleno auge de la sociología iniciado con la Escuela de Chicago. Dedicaré un apartado especial a los análisis acerca de la criminalidad negra o, más bien, acerca de la relación de los americanos negros con el sistema penal. Creo que

²⁹ Todavía en 1940 MYRDAL relata las diversas técnicas usadas en el Sur para privar de voto a la población negra –pese al reconocimiento constitucional-, como las elecciones primarias, en las cuales los partidos prohibían la participación de los negros; la exigencia de un impuesto para registrarse como votante (*poll tax*), que aleja de las urnas a los pobres, entre los que se encuentra la gran mayoría de los negros; o el requerimiento de ser propietario o de determinado nivel educativo para votar, exigencias todas ellas que además se aplicaban de forma discriminatoria a los negros respecto a los blancos. A estos requerimientos “legales” se sumaban las prácticas extra-legales para mantener a los negros alejados de las urnas, como la coacción, el terror y la violencia, lo que provoca que la inmensa mayoría de negros del Sur ni siquiera intenten ir a registrarse para votar (1944:479-486).

la cuestión negra en los EE.UU. presenta unas particularidades (intenso racismo, pasado esclavista) que no permiten su tratamiento simplemente como un grupo migratorio más.

Pero también es necesario hacer referencia a lo que ocurre en Europa por esos años, convulsionada por el ascenso de los fascismos y del nacional-socialismo. Los discursos racistas y eugenésicos que encuentran en el exterminio nazi su mayor expresión ya han sido suficientemente analizados más arriba. Aquí tan sólo me referiré a la participación de las ciencias penales y criminológicas en el exterminio y al trabajo de un autor, Willem Bonger, que se destaca por rebatir las teorías racistas de la criminalidad en plena hegemonía nazi.

3.1. La ecología social de la Escuela de Chicago: teoría del control social y de la desorganización social

En el ámbito de la llamada Escuela de Chicago, así como en otras universidades y centros de investigación norteamericanos, se desarrollaron durante el período de entreguerras un importante volumen de investigaciones empíricas acerca de la criminalidad de los inmigrantes. A partir de ahí se afianzan las perspectivas sociológicas de la criminalidad, que desplazarán a la criminología biologicista.

Este tipo de investigaciones no sólo constituyen una aportación fundamental para la criminología, sino también para la sociología, ciencia que se está desarrollando en ese momento. Las investigaciones sobre la criminalidad de los inmigrantes centran buena parte de la atención de la naciente ciencia social, debido a la centralidad del fenómeno migratorio en ese momento histórico y a la preocupación por la integración de los flujos migratorios. La sociología se ocupará entonces de los problemas de desorganización social. Se puede decir que en la Norteamérica del primer tercio del siglo XX la cuestión migratoria y la cuestión criminal (entendida como mantenimiento del orden social) van de la mano. Fenómeno por cierto que parece reproducirse en este inicio del siglo XXI.

Veremos que los investigadores de la Escuela de Chicago atribuyen una importancia fundamental a la “cultura” en la explicación del comportamiento humano – también del delictivo-, por lo que se van a ocupar de estudiar las costumbres, códigos o normas, valores, hábitos, actitudes, tabúes y tradiciones de los diversos grupos sociales. El objeto de estudio, por tanto, ya no será el delincuente individual, sino más bien el grupo social al que pertenece el desviado y su relación con el ambiente. Para ellos, los diversos comportamientos de los individuos, incluido el comportamiento criminal, no

son debidos a diferentes herencias biológicas del individuo sino a diferentes influencias culturales.

El cambio de objeto de estudio respecto del positivismo criminológico es fundamental. Habíamos visto que esa tradición criminológica se caracterizó por estudiar a la persona individual del “delincuente”, persona que podía ser encontrada en las cárceles y manicomios tras ser seleccionada por el sistema penal. En otras palabras, Lombroso y otros criminólogos positivistas estudiaban a las personas encerradas – categoría que identificaban con la de delincuente-, que previamente habían sido sometidas a un proceso de criminalización. Por el contrario, el “laboratorio” de observación y experimentación de la sociología criminal de la Escuela de Chicago ya no será la cárcel, sino la ciudad, el *gheto*, y su objeto de estudio los grupos sociales y sus diversas formas de interacción (PAVARINI, 1996a:68).

La ecología social de la Escuela de Chicago prestó especial atención a la relación entre la ciudad y el aumento de la criminalidad, considerando que el debilitamiento de los vínculos primarios de control social es el causante de la criminalidad. Es decir, para los ecólogos sociales, cuanto mayores son los vínculos sociales de una comunidad, menos probabilidades hay de que se cometan delitos, ya que la censura social entre personas ligadas por estrechos vínculos actuaría como freno inhibitorio. Se atribuye así un papel muy importante al control social informal como elemento disuasorio de la infracción de las leyes.

En este sentido PARK señala que la delincuencia no es primariamente un problema individual, sino grupal o de la interacción del individuo con el ambiente social. La inmigración y el consecuente crecimiento de las ciudades hasta convertirse en grandes urbes industrializadas provocan un progresivo debilitamiento de los viejos sistemas de control social basados en la familia, la iglesia, el vecindario y otras instituciones de la comunidad local. La desaparición del antiguo sistema de control social genera desorganización social, que es la causante de la delincuencia, tanto juvenil como adulta. La desorganización social, y su reflejo en el aumento de la delincuencia, afecta especialmente a las comunidades de inmigrantes, tanto de los negros procedentes del sur rural como las procedentes de Europa, ya que a menudo los inmigrantes encuentran dificultades para adaptarse al nuevo ambiente social (1925:99-112).

Esta teoría podría explicar la mayor criminalidad de los inmigrantes, como consecuencia de la falta de frenos inhibitorios al llegar a un país en el que carecen de una comunidad de referencia. Pero a la vez también puede explicar los bajos índices de

criminalidad de los inmigrantes que en el país de destinación se insertan en comunidades muy cohesionadas formadas por otros inmigrantes del mismo origen.

En especial, esta teoría del debilitamiento del control social se ha utilizado para explicar la mayor criminalidad de los “inmigrantes de segunda generación”. Al respecto se desarrollaron diversas investigaciones empíricas. Aquí nos referiremos a las investigaciones empíricas que considero más relevantes y significativas.

La primera investigación empírica acerca de la relación entre inmigración y delincuencia - al margen de las aludidas Comisiones establecidas por el Congreso- fue realizada por THOMAS y ZNANIECKI y publicada bajo el título *The Polish Peasant in Europe and America* (1918). En realidad, se trata de una investigación mucho más amplia –plasmada en cinco volúmenes- que aplica diversos métodos de investigación social novedosos (análisis de correspondencia, historias de vida, estudio de casos) para analizar la organización social de los campesinos polacos y sus transformaciones. La investigación toma en cuenta también el fenómeno de la emigración de campesinos polacos hacia Norteamérica, debido a su relevante proporción. A este último aspecto está dedicado el quinto volumen, que lleva por título “Organization and disorganization in America”. Ahí los autores ponen de manifiesto la necesidad de entender las costumbres, tradiciones y normas sociales de la comunidad de origen a fin de poder explicar el comportamiento individual de sus miembros, incluidas las conductas antisociales.

Ya en el primer volumen, los autores atribuyen las conductas antisociales como la criminalidad, el vagabundaje, la prostitución, el alcoholismo, etc. a un problema de deficiente organización social, rechazando las explicaciones patológicas de la criminalidad. Además, sostienen que todas -o casi todas- las actitudes humanas pueden ser reconducidas y transformadas en socialmente productivas (1918:80, vol.I).

El concepto de *desorganización social* es definido de forma sucinta en los siguientes términos:

“una disminución de la influencia que las normas sociales de comportamiento existentes tienen sobre los miembros individuales del grupo” (THOMAS / ZNANIECKI, 1918:2, vol. IV, *la traducción es mía*).

Dicha disminución, según los autores, puede presentarse en distintos grados, que va desde la infracción de una norma concreta por parte de un individuo del grupo hasta el desmoronamiento general de todas las instituciones del grupo. También señalan que la desorganización social no es un fenómeno excepcional, sino que en cierta medida está

siempre presente, ya que en todas partes hay individuos que infringen las normas sociales. Pero en tiempos de estabilidad social, esta incipiente desorganización que podría debilitar las instituciones, es neutralizada por la actividad del grupo dirigida a reforzar el poder de las normas existentes -fundamentalmente a través de las sanciones sociales-. De esta forma, la estabilidad de las instituciones grupales se mantiene mediante procesos de desorganización y reorganización.

Pero hay momentos en los que los procesos de desorganización social no pueden ser contrarrestados, que pueden derivar en la disolución del grupo. Sin embargo, lo más usual es que antes de llegar a ese extremo, se logre llevar a cabo un proceso de reorganización social, que no consiste en el puro reforzamiento de las normas existentes, sino en el establecimiento de nuevas normas e instituciones más adecuadas a las demandas de cambio del grupo. Los autores denominan este proceso como “reconstrucción social” (THOMAS / ZNANIECKI, 1918:3-4, vol. IV).

Pero no se van a ocupar de este último proceso, sino tan sólo de la desorganización social.

Como he señalado, en el volumen V los autores analizan la inserción de los campesinos polacos en la sociedad norteamericana y la nueva organización social de la comunidad polaco-americana, que se genera con la amalgama de las viejas tradiciones, instituciones y actitudes que los inmigrantes traen consigo y el nuevo contexto social. Ello genera una transformación y adaptación de muchas instituciones y la desaparición de otras que han pasado a ser inútiles o incluso ridículas. Pero el mayor rasgo distintivo es seguramente el debilitamiento de muchas instituciones, como la familia o la comunidad primaria, y la menor cohesión interna del grupo. Este imperfecto desarrollo de la estructura social se traduce en una mayor desorganización individual, que se manifiesta en fenómenos de inadaptación y delincuencia (THOMAS / ZNANIECKI, 1918:vii-xix, vol.V).

Cuando las viejas normas sociales pierden vigencia, y todavía no se ha desarrollado la nueva organización social, aparece el fenómeno de la desmoralización (en el sentido de pérdida de un sistema moral), que se acentúa en el caso de los inmigrantes, debido a que se encuentran aislados de su originario ambiente social. Señalan los autores que la nueva organización social de los polacos en América no es capaz todavía de controlar los comportamientos individuales con la eficacia del viejo sistema en Polonia, de manera que no puede evitar que se reduzca el nivel moral medio

de los inmigrantes ni suministra a la comunidad una forma adecuada de tratar los casos más radicales de desmoralización, esto es, las conductas antisociales.

Según estos autores, la desmoralización se acentúa en el caso de la segunda generación de inmigrantes, a menos que crezcan en estrecho contacto con la vida americana e interioricen sus normas sociales. La mayor desmoralización y posibilidad de comportamientos antisociales de los hijos de inmigrantes es debida por un lado al debilitamiento de las normas, principios y valores de la comunidad de origen y, por otro, a la mayor libertad de que gozan en las ciudades americanas y al menor respeto por sus progenitores. Esto explica que entre la segunda generación de inmigrantes el índice de criminalidad sea bastante superior al de la generación de sus padres (THOMAS / ZNANIECKI, 1918:165-171, vol.V).

En el caso de la segunda generación de inmigrantes –dicen THOMAS y ZNANIECKI- a menudo no se trata ya de desmoralización, sino más bien de “a-moralidad”, porque en realidad estos jóvenes nunca tuvieron un sistema moral que hayan perdido. Su comportamiento no está entonces controlado por normas sociales, sino tan sólo condicionado a impulsos temperamentales. Según estos autores, en estos casos no hay que preguntarse por las influencias negativas que llevaron a estos jóvenes a la a-moralidad, ya que ello presupone que el ser humano tiene un sistema moral innato que lo predispone a la socialización. Por el contrario –dicen- el ser humano es a-moral de nacimiento y sigue simplemente sus impulsos, de forma que hay que preguntarse por las influencias socialmente constructivas que le llevan a una vida socialmente organizada (1918:294-296, vol.V).

Los autores dedican los dos últimos capítulos de su investigación a analizar la a-moralidad de la segunda generación de inmigrantes. El primero de ellos está dedicado al “vagabundaje y la delincuencia de los chicos”, mientras que el segundo se centra en “la inmoralidad sexual de las chicas”. En ambos casos la causa de la a-moralidad es la ausencia de influencias constructivas procedentes de la familia y la comunidad. Ello no implica necesariamente la presencia de condiciones familiares anormales, sino que también es debido a la inutilidad de la educación que transmiten los progenitores. Los valores, costumbres y normas sociales propias de los campesinos en Polonia ya no son de utilidad para el desarrollo de la vida en las ciudades americanas.

En el caso de los chicos, la participación en las actividades del padre (como solían hacer los campesinos en Polonia) tiene ahora poco significado social, los niños ya no son introducidos en la vida social a través de sus progenitores. En el caso de las

chicas todavía queda cierta comunidad de intereses con la madre y se ejerce sobre ellas un control más estricto, incluyendo el mantenimiento de la norma que les prohíbe las relaciones sexuales pre-matrimoniales. Pero también esta norma ha perdido gran parte del significado y de la fuerza social que tenía entre los campesinos en Polonia, y a menudo el sentimiento de libertad de las chicas prevalecerá sobre la coerción de sus progenitores (THOMAS / ZNANIECKI, 1918:294-339, vol.V).

Dada entonces la a-moralidad de la segunda generación de inmigrantes, dependerá tan sólo de su temperamento y sus instintos que su comportamiento sobrepase los límites impuestos por la ley y caiga bajo la atención de las agencias del sistema penal o, por el contrario, adquiera los hábitos mínimos para desenvolverse en la vida social -lo que los autores denominan “adaptación pasiva”- que no supone en la persona una menor a-moralidad, sino tan sólo haber aprendido a mantenerse dentro de los límites de lo permitido (THOMAS / ZNANIECKI, 1918:294-317, vol.V).

Como he señalado, el trabajo de THOMAS y ZNANIECKI es pionero en el uso de los métodos empíricos de investigación sociológica, así como en el enfoque de “ecología urbana” que adopta.

También la investigación de FREDERIC THRASHER, *The Gang* (1927), es un claro ejemplo de la ecología social desarrollada por la Escuela de Chicago. Este investigador descubrió la existencia de 1.313 bandas juveniles en la ciudad de Chicago en esos años, que involucraban unos 25.000 miembros. Se trata de una investigación acerca de las bandas y su hábitat (*gangland*), que es la ciudad y, en especial, sus tugurios (*slum*).

Las bandas juveniles encontradas son muy variadas, y algunas de ellas evolucionan hasta convertirse en bandas criminales especializadas, otras desaparecen con el tiempo, mientras que la mayoría finalmente se incorpora en la estructura convencional de la comunidad (THRASHER, 1927:58 y ss.).

Señala THRASHER que la gran mayoría de las bandas de Chicago surgen de las comunidades de inmigrantes pobres, de forma que se puede decir que las bandas constituyen un fenómeno de las comunidades inmigrantes. Aproximadamente la mitad de ellas están básicamente constituidas por miembros de una misma nacionalidad, mientras que la otra mitad está formada por miembros de varias nacionalidades mezclados. La existencia de las segundas muestra que no hay grandes antagonismos entre diversos orígenes étnicos o nacionales -lo que lleva al autor a hablar de una suerte de ‘democracia primitiva’, que deja de lado las discriminaciones convencionales-. Más

bien el antagonismo surge entre grupos de diverso estrato socio-económico (1927:191 y ss.).

Algunos de los miembros de esas bandas son nacidos fuera de América, pero la gran mayoría son inmigrantes de segunda generación. Los cuatro grupos nacionales o étnicos que más contribuyen a la formación de bandas son los polacos, los italianos, los irlandeses y los negros. La explicación de la proliferación de las bandas juveniles en las comunidades de inmigrantes pobres la encuentra el autor en factores socio-económicos, de desorganización y de ausencia de control social, no en factores étnicos, nacionales o raciales (THRASHER, 1927:217).

En tercer lugar hay que hacer obligada referencia a una de las teorías que más repercusión tuvieron de la Escuela de Chicago, que fue la teoría de la desorganización social formulada por CLIFFORD SHAW en su libro *Delinquency Areas* (1929) y posteriormente ampliada junto con HENRY McKAY en la investigación conjunta *Juvenile Delinquency and Urban Areas* publicada en 1942.

La investigación de CLIFFORD SHAW –que realiza con la colaboración de Frederick Zorbaugh, Henry McKay y Leonard Cottrell- *Delinquency Areas* (1929), estudia la distribución geográfica de los niños que se evaden de la escuela, de los delincuentes juveniles y de los infractores adultos en la ciudad de Chicago.

Al igual que el resto de investigaciones empíricas de la Escuela de Chicago, el estudio dice partir de un “enfoque cultural” para la comprensión de la delincuencia juvenil, enfoque que implica una perspectiva sociológica, en oposición a psicológica o psiquiátrica. Ello significa que, en consonancia con los análisis de la Escuela de Chicago, atribuyen a la comunidad un papel determinante del comportamiento de sus miembros, de manera que consideran imprescindible entender la cultura de la comunidad de origen de los delincuentes juveniles a fin de analizar su comportamiento. El estudio de la cultura de la comunidad de origen incluye las normas sociales, los valores, las tradiciones, las actitudes etc. de la comunidad local, de la familia, de la banda y de otros grupos con los que el individuo pueda tener relación. Pero además de los contactos sociales de la persona, también es necesario conocer su mundo interior, esto es, sus actitudes y deseos, su interpretación de las situaciones y su concepción de sí mismo, cuestiones a las que el investigador se puede acercar recurriendo al método de las historias de vida (SHAW, 1929:1-10).

Partiendo de este marco teórico, el autor señala que el estudio de la delincuencia juvenil debe empezar por su localización geográfica, lo que mostrará las áreas en las

que mayoritariamente se concentra y, por tanto, las comunidades a las que hay que prestar más atención para conocer los factores que influyen en el comportamiento criminal. Y eso es lo que realiza SHAW en esta obra. Mediante el análisis de una importante cantidad de casos concretos en los que ha habido contacto con las instancias del sistema penal, los investigadores realizan diversos “mapas delincuenciales” de la ciudad de Chicago, con el objetivo de establecer la distribución geográfica de los delincuentes en esa ciudad (o las “áreas delincuenciales”).

Tras la investigación, la principal conclusión a la que llega SHAW es que entre las diversas áreas de Chicago se encuentran importantes variaciones en las tasas de absentismo escolar, delincuencia juvenil y criminalidad adulta. Mientras que las áreas más cercanas al centro de la ciudad –y a los centros industriales y distritos comerciales- se caracterizan por índices muy elevados, las más alejadas –las comunidades residenciales- muestran índices muy reducidos, pudiendo hablar de una distribución “radial” de la criminalidad en la ciudad de Chicago (1929:198 y ss.).

Lo que pone de manifiesto esta distribución geográfica del delito es la existencia de índices de criminalidad muy diversos entre las distintas comunidades, en función de las condiciones socio-económicas. El autor señala que los índices de criminalidad más elevados se encuentran en áreas caracterizadas por el deterioro físico, la disminución de población y la desintegración de la organización y cultura vecinales, áreas en proceso de transición que están dejando de ser residenciales para pasar a ser industriales y comerciales. De esta forma, SHAW establece un claro vínculo entre los factores sociales, la desintegración de la comunidad y el comportamiento criminal. Cuando la industria y los negocios invaden una comunidad –dice-, ésta inicia un proceso de desintegración que implica el debilitamiento de sus normas y convenciones y la pérdida progresiva de su función de control social. Además, estas zonas se convierten en lugar de residencia de inmigrantes europeos y población negra procedente del sur, quienes traen consigo tradiciones socio-culturales muy diversas. Las nuevas fuerzas comunitarias son débiles y no son capaces de establecer un nuevo orden convencional, todo lo cual produce la perpetuación de la desorganización social y el surgimiento de bandas de delincuentes (1929:198-206). El propio autor resume mejor que nadie este proceso de desorganización social:

“En resumen, con el proceso de crecimiento de la ciudad, la invasión de las comunidades residenciales por parte de los negocios y la industria produce una desintegración de la comunidad como unidad de control social. Esta desorganización se intensifica por el flujo de extranjeros y grupos raciales

cuyos viejos controles culturales y sociales se rompen en la nueva situación cultural y racial de la ciudad. En este estado de desorganización social, la resistencia comunitaria es débil. Surgen modelos delincuenciales y criminales que se transmiten socialmente de la misma forma que se transmite cualquier otro modelo cultural y social. Con el tiempo, estos patrones delincuenciales pueden convertirse en dominantes y conformar las actitudes y comportamiento de las personas que viven en esa área. Entonces esa zona se convierte en un área delincencial” (1929:205-206, *la traducción es mía*).

En este trabajo SHAW no se detiene a identificar los concretos factores sociales y las situaciones comunitarias que influyen en los índices delictivos, análisis que reserva para una investigación posterior. Sin embargo, como destaca su autor, es interesante prestar atención al hecho que las áreas caracterizadas por una mayor criminalidad han mantenido dicha característica a lo largo del tiempo, con independencia de la composición de la población, que ha ido variando significativamente (1929:203).

Por tanto, si bien estas áreas están habitadas en su mayoría por inmigrantes europeos y población negra, para el autor esto no tiene mucha relevancia ya que con independencia del país de origen, los índices delictivos de estos inmigrantes convergen tras su exposición a determinadas condiciones sociales (pobreza, viviendas degradadas, malas influencias vecinales, bandas juveniles, etc.). Serían entonces más bien todas estas condiciones de las áreas urbanas industriales las que generarían actitudes sociales propicias para la criminalidad. En otras palabras, la cultura originaria de los inmigrantes no jugaría un rol relevante en la causación de la delincuencia, sino que la explicación hay que buscarla en las condiciones socio-económicas en las que se viven los inmigrantes y sus hijos.

En la obra de 1942, *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, SHAW y McKAY profundizaron la investigación reseñada y la extendieron a veinte ciudades norteamericanas, corroborando la distribución geográfica de la delincuencia encontrada en la ciudad de Chicago. Señalan los autores que las áreas con mayores índices de criminalidad están habitadas por los inmigrantes llegados más recientemente, esto es, inmigrantes europeos y negros procedentes del Sur. Pero ello no implica la existencia de factores raciales o étnicos que influyan en las tasas de criminalidad, ya que dichas tasas se han mantenido constantes en las “áreas delincuenciales” mientras que la composición de la población residente ha ido cambiando, sucediéndose unos grupos nacionales y étnicos a otros (1942:146-158). En palabras de los propios autores:

“Los mayores índices de criminalidad que encontramos entre los hijos de los negros comparados con los de los blancos, entre los hijos de los extranjeros comparado con los chicos de padres nativos, y entre los hijos de los nacionales de reciente inmigración comparado con los inmigrantes más antiguos, pueden ser atribuidos a los diversos patrones de distribución de estos grupos poblacionales en la ciudad en un momento dado, más que a diferencias en la capacidad de sus hijos para adaptarse al comportamiento convencional” (SHAW / McKAY, 1942:152, *la traducción es mía*).

Por tanto, los índices de criminalidad, según estos autores, dependen del ambiente social (sistema de valores, organización social, factores socio-económicos) más que de factores inherentes a las personas. En el caso de la población negra, SHAW y McKAY ponen de manifiesto la mayor degradación de las comunidades en las que residen:

“Las condiciones físicas, económicas y sociales asociadas con elevados índices de criminalidad en las comunidades locales ocupadas por población blanca las encontramos de forma exagerada en la mayoría de áreas negras. De todos los grupos poblacionales de la ciudad, la gente negra ocupa la posición más desventajosa en relación a la distribución de valores económicos y sociales. Sus esfuerzos para alcanzar una posición más satisfactoria y ventajosa en la vida económica y social de la ciudad se ven seriamente frustrados por muchas restricciones relativas a la residencia, el empleo, la educación y los pasatiempos sociales y culturales. Estas restricciones han contribuido al desarrollo de condiciones dentro de la comunidad local conducentes a un gran volumen de delincuencia poco común” (1942:181, *la traducción es mía*).

Los autores se refieren sólo de pasada a “restricciones”, sin identificar el origen de las mismas, que es la discriminación racial estructural existente en la sociedad norteamericana, que se remonta a la época de la esclavitud y llega hasta nuestros días. Es decir, la discriminación racial y las políticas segregacionistas que relegan a la población negra a los estratos inferiores de la estructura social y le impiden el ascenso socio-económico.

Las teorías de la desorganización social surgidas de la Escuela de Chicago suponen una aportación fundamental al campo de las teorías criminológicas, que hasta ese momento habían estado dominadas por las perspectivas biologicistas del positivismo criminológico. Los sociólogos de Chicago inauguraron los trabajos de sociología empírica en el estudio de la criminalidad o, en otros términos, inauguraron la criminología empírica elaborada desde una perspectiva sociológica (y no médica, como hacía Lombroso). Pero aunque incluyamos las teorías de la desorganización social

dentro del conjunto de las llamadas teorías criminológicas, hay que señalar que sus autores nunca se definieron como criminólogos.

La disciplina criminológica en las primeras décadas del siglo XX seguía anclada en los enfoques propios del positivismo criminológico, tanto en el continente europeo como en el americano (en EE.UU. ya hemos mencionado a Maurice Parmelee como uno de los más destacados criminólogos). Serán autores como Sutherland y Sellin los que disputarán la denominación de “criminología” a los cultores del positivismo, permitiendo de este modo la pervivencia de esta disciplina una vez que los enfoques biológicos queden definitivamente (o casi) arrinconados tras la segunda guerra mundial. A continuación nos ocuparemos del trabajo de los aludidos criminólogos.

3.2. La teoría de la asociación diferencial de Edwin Sutherland

EDWIN SUTHERLAND y THORSTEN SELLIN son posiblemente los máximos exponentes de la criminología del siglo XX y quienes consolidan a esta disciplina dentro del campo de las ciencias sociales, relegando al biologicismo lombrosiano al terreno de la historia de la criminología.

En su importantísima obra *Principles of Criminology* (1939) –en la que reelabora su anterior *Criminology* (1924), que constituye el primer manual de criminología no positivista- EDWIN SUTHERLAND deja claro desde el inicio que el delito es un “fenómeno social”. Además, su pretensión de arrinconar a la ciencia médica en la disciplina criminológica, que como vimos había dominado en los inicios de la “criminología científica”, queda clara con la conocida definición de “Criminología” que nos brinda en el primer párrafo de su obra:

“La criminología es el conjunto de conocimiento relativo al delito como fenómeno social. En sus objetivos incluye los procesos de elaboración de las leyes, de infracción de las leyes y de reacción ante la infracción de las leyes” (1939:1, *la traducción es mía*).

La teoría de la asociación diferencial de SUTHERLAND se inspira en los postulados del interaccionismo simbólico de George Herbert Mead, como puede comprobarse por la importancia que atribuye a la comunicación en el proceso de aprendizaje del comportamiento delictivo.

SUTHERLAND sostiene que el comportamiento delictivo es un comportamiento aprendido –por tanto, no hereditario- que, al igual que el resto de comportamientos, se aprende en la interacción con otras personas a través de un proceso

de comunicación. Y este proceso de aprendizaje incluye no sólo las técnicas de comisión del delito, sino también las motivaciones, actitudes y racionalizaciones. Esto último se aprende a través de definiciones favorables o desfavorables de los códigos legales. En la sociedad norteamericana la persona se encuentra casi siempre tanto con definiciones de los códigos legales como normas que deben ser observadas, como con definiciones de las mismas favorables a su infracción. Ello puede generar en el individuo un conflicto normativo o cultural. Es importante destacar también que el autor atribuye un importante papel al grupo, al señalar que la mayor parte del aprendizaje criminal se realiza en el interior de grupos personales íntimos (1939:6-7).

SUTHERLAND señala que una persona se convierte en delincuente cuando las definiciones favorables a la violación de las leyes prevalecen sobre las definiciones desfavorables, y ello depende de la frecuencia, duración, prioridad e intensidad de los contactos con dichas definiciones. Éste –dice- es el principio de la asociación diferencial:

“Éste hace referencia tanto a asociaciones criminales como anti-criminales y tiene que ver con fuerzas contradictorias. Cuando las personas se convierten en criminales, ello es debido a los contactos con modelos criminales, así como al aislamiento respecto a modelos anti-criminales. Toda persona inevitablemente asimila la cultura que le rodea a menos que existan otros modelos en conflicto” (1939:6, *la traducción es mía*).

SUTHERLAND reconoce un gran valor a la teoría de la desorganización social de SHAW, aunque –como señala MELOSSI (1992:193)- critica su concepción monista del control social y de la organización social, porque la organización del grupo delictivo es desorganización social únicamente desde un punto de vista ético. En consecuencia, propone sustituir el término “desorganización social” por el de “organización social diferencial”.

Según SUTHERLAND las personas participan en una pluralidad de mundos normativos, lo que en ocasiones plantea dilemas. Señala MELOSSI que la teoría de la asociación diferencial es una teoría del conflicto normativo o, como señala el mismo Sutherland “una manifestación del conflicto cultural, desde el punto de vista de la persona que comete el delito”. Esta teoría constituirá una influencia fundamental para la investigación desarrollada por SELLIN en 1938 *Culture Conflict and Crime*, en la que luego nos detendremos (1992:193).

SUTHERLAND dedica un capítulo de sus *Principles of Criminology* a examinar la relación entre inmigración, raza y criminalidad, tratando el tema de manera bastante

superficial. Dedicar buena parte de las páginas a mencionar estadísticas criminales acerca de los índices de arrestos y condenas de la población negra, india, china y japonesa y concluye que la raza no tiene ningún efecto directo sobre la criminalidad, sino que la explicación de las variaciones es más satisfactoria si se realiza en términos de cultura y tradiciones. Además, señala, las estadísticas son poco confiables y probablemente reflejan discriminación contra todas las razas minoritarias que viven en Norteamérica, sobre todo contra la población negra, como ha demostrado Sellin (1938:120-121).

Pero aunque las estadísticas fueran confiables, dice SUTHERLAND, la comparación entre índices delictivos de las diversas razas sería inadecuada, ya que supone una comparación entre grupos no sólo racialmente diversos sino también económica, educativa y socialmente diferentes. Si queremos hacer una comparación válida, es necesario comparar negros de determinado estatus económico y cultural con blancos del mismo estatus.

Por tanto, SUTHERLAND descarta que la raza o la biología tengan un efecto directo en los índices de criminalidad, dadas las evidencias generales que niegan que la criminalidad sea hereditaria y las variaciones en los índices de criminalidad dentro de cada una de las razas. Pero ello no supone descartar completamente la raza como factor explicativo de la criminalidad, ya que nos dice que la raza puede tener algún efecto indirecto: bien mediante la transmisión hereditaria de alguna característica que determine el nivel económico y social de la raza en concurrencia con otras razas y, así, indirectamente influya en la criminalidad; bien en función de las experiencias sociales de interacción de una raza con otras, que pueden afectar los índices de criminalidad (1938:122).

En cuanto a la relación entre inmigración y criminalidad, tras señalar que constituye una cuestión de primerísima importancia en los EE.UU., SUTHERLAND se limita a mencionar cifras estadísticas y a referirse a algunas de las investigaciones sobre el tema más relevantes, sin desarrollar él mismo ninguna teoría o explicación propia al respecto. Tan sólo sostiene que la fuerza y consistencia de las tradiciones del país de origen de los inmigrantes de primera generación constituye un importante factor explicativo de sus diversos índices y patrones de criminalidad. En cuanto a la segunda generación de inmigrantes, señala que sus mayores índices de criminalidad son consecuencia de sus contactos con la delincuencia en América y del conflicto de normas (1938:123-130).

En conclusión, podemos señalar que la aportación de Sutherland al campo de la criminología es fundamental por cuanto su libro *Principles of Criminology* supone el primer libro de texto o manual de criminología que no parte del paradigma etiológico positivista consistente en el análisis de las causas individuales del comportamiento criminal desde una perspectiva patológica. Por el contrario, el enfoque desde el que trabaja Sutherland es el propio del interaccionismo simbólico, con el estudio sociológico del entorno y de los grupos sociales que dicho enfoque implica. A ello se suma su demostración de que la criminalidad no es un fenómeno privativo de las clases bajas, con su teoría sobre *El delito de cuello blanco* [1940 y 1949], que sienta las bases para una futura revolución paradigmática en la criminología. Los trabajos de Sutherland sobre el delito de cuello blanco ponen de manifiesto que la criminalidad se extiende por todos los estratos de la sociedad. Esta aseveración invalida las estadísticas oficiales como instrumento de medición de la criminalidad, ya que en las mismas nunca se reflejan los delitos de los poderosos, sino que sólo recogen la denominada criminalidad callejera de los sectores populares, y muestra la selectividad con que actúa el sistema penal.

Pese a la aludida aportación a la disciplina criminológica, hay que señalar por otro lado que su análisis acerca de la relación entre inmigración, “raza” y delincuencia es más bien deficiente. En su manual se limita a hacer una breve referencia al tema sin trabajarlo en profundidad ni elaborar teoría alguna sobre la cuestión.

Aunque MELOSSI sí le reconoce el hecho que su teoría del conflicto normativo sirvió de inspiración para el informe que, bajo el título de *Culture conflict and crime*, presentó Thorsten Sellin ante el Consejo de Investigaciones en Ciencia Social (1992:193).

3.3. La teoría del conflicto cultural de Thorsten Sellin

SELLIN dedica toda la primera mitad de su trabajo *Culture conflict and crime* (1938) a debatir acerca del estatuto científico de la criminología, a sentar las bases teóricas para un enfoque sociológico en el estudio de la criminalidad y a definir los métodos de investigación social de la etiología del delito.

El autor es consciente que el objeto de estudio de la criminología viene delimitado por la ley penal, que es la que define al “delito” y al “delincuente”. Además, no desconoce la perspectiva conflictual cuando señala que la definición de los delitos y el establecimiento de las sanciones dependen de los intereses de los grupos dominantes,

que en ocasiones coinciden con la mayoría y en otras tan sólo con una poderosa minoría. También pone de manifiesto la “temporalidad” de las normas penales, que cambian cuando los valores de los grupos dominantes se modifican o cuando cambia la correlación de fuerzas sociales y otros grupos acceden al poder (SELLIN, 1938:17-25).

Esta variabilidad en la definición legal de delito –y consecuentemente también de “delincuente”- impone severas restricciones a la investigación criminológica. Por ello SELLIN sostiene que la ciencia criminológica debe delimitar su propio objeto de estudio, con independencia de las definiciones legales. Para ello recurre a la noción de normas sociales o normas de conducta, y propone hablar de conducta *normal* o *anormal*³⁰ en función de si se adapta o se desvía de la norma de conducta. El estudio de las normas de conducta establece unas bases más sólidas para el desarrollo de categorías científicas *universales*, que el de los delitos definidos por las leyes. De esta forma, el autor reserva el término “delito” para las infracciones castigadas por la ley penal y usa el término “conducta anormal” para las violaciones de normas, ya sean o no legales (1938:25-32).

Desde el punto de vista epistemológico, SELLIN sostiene la posibilidad de desarrollar conocimiento *científico* acerca de las causas del comportamiento delictivo, esto es, de estudiar científicamente el delito y el delincuente y realizar generalizaciones válidas, principios o leyes que tengan valor predictivo. El autor es consciente que las ciencias sobre la conducta humana no pueden ser tan deterministas como las ciencias naturales, ya que el elemento de la libre voluntad es un rasgo distintivo tan sólo del ser humano, el único racional. En el ámbito de las ciencias sobre la conducta seguramente no existen “verdades científicas”, sino “generalizaciones probables”, pero lo mismo sucede en muchas ciencias naturales, cuyas leyes se van modificando con el avance del conocimiento científico. Así, el autor concluye que el comportamiento humano cae en el campo de los hechos observables y, por tanto, se puede aplicar el método científico al estudio de este hecho (1938:1-16).

A partir de ahí SELLIN construye su teoría sobre el conflicto cultural como causa del delito. Pero primero explica lo que entiende por “conflicto normativo”. Las personas pertenecen a diversos grupos sociales a la vez, que implican diversos grupos normativos. Cuanto más desarrollada está una sociedad y más compleja se vuelve su

³⁰ En cambio, según SELLIN el término de conducta “antisocial” –que pertenece al lenguaje de la reforma social- debe ser abandonado, porque desde un punto de vista científico toda la conducta es social (1938:28).

cultura, más se amplían los grupos normativos a los que puede pertenecer cada persona y ello puede provocar que las normas de conducta de los diversos grupos entren en conflicto. Se produce entonces un conflicto normativo (1938:29).

Señala el autor que en los últimos años varios académicos han hablado de “conflicto cultural” para referirse a dos procesos diversos: conflicto cultural como producto del proceso de desarrollo cultural o de la civilización; y conflicto cultural como producto de la migración de normas de conducta de una área cultural a otra. SELLIN se ocupará de este segundo aspecto del conflicto (1938:57 y ss.).

La primera acepción ha sido desarrollada por Sutherland, quien encuentra la explicación del delito en el proceso de transformación social de nuestra cultura, que deja de estar fundada en la estructura familiar y la cooperación para pasar a ser individualista y competitiva. La falta de armonía entre las diversas influencias provoca que el individuo infrinja algunas de las normas, ya que los modelos culturales entran en conflicto. El conflicto de culturas es, por tanto, el principio fundamental en la explicación del delito (SELLIN, 1938:61).

SELLIN desarrolla la noción de “conflicto cultural” en la segunda acepción mencionada –conflictos entre normas de códigos culturales divergentes- y señala que los conflictos culturales pueden producirse en tres casos: 1) cuando los códigos culturales entran en conflicto en la frontera de áreas culturales contiguas; 2) cuando la ley de un grupo cultural se impone sobre el territorio de otro, como sucede en los países colonizados; 3) cuando los miembros de un grupo cultural emigran hacia otro, como es el caso de la gran cantidad de grupos de inmigrantes de multitud de orígenes que llegan a los EE. UU. del primer cuarto del siglo XX (1938:63).

El conflicto cultural puede ser interno o externo. Del primer tipo se han ocupado sobre todo psicólogos y psiquiatras, así como sociólogos que trabajan con historias de vida. Así, por ejemplo, Louis Wirth analiza el efecto de los conflictos culturales en la conducta del individuo y considera que se trata de conflictos mentales producidos por el choque entre normas de conducta antagónicas incorporadas en la personalidad. Pero SELLIN señala que hay casos en los que no se produce ningún tipo de conflicto mental y que también son conflictos culturales. Lo ejemplifica con el caso del padre siciliano en EE.UU. que mató al hombre que había seducido a su hija, y que mostró sorpresa al ser arrestado ya que él tan sólo había defendido el honor de su familia de acuerdo a sus tradiciones culturales. En este caso se trata de un conflicto externo entre normas o códigos culturales, producido por la migración de personas de un área cultural a otra

con normas de conducta divergentes. Y este tipo de conflicto cultural se produce hasta que se complete el proceso de “aculturación” del inmigrante. En conclusión –dice-, los conflictos culturales pueden ser estudiados bien como conflictos mentales o bien como conflictos de códigos culturales (1938:67-70).

A partir de ahí SELLIN se ocupará de la criminalidad de los inmigrantes de primera y segunda generación, prestando atención también al problema de la validez y la interpretación de las estadísticas. Señala este autor que las estadísticas oficiales muestran los contactos con las instancias del sistema penal y que sólo pueden ser usadas como índices de criminalidad si se considera que reflejan fehacientemente la incidencia de la criminalidad. En el caso de los inmigrantes eso no es así. En palabras del propio SELLIN,

“Existen muchas evidencias que muestran que los inmigrantes sufren un tratamiento diferenciado en el proceso de administración de la ley. Ello es debido en parte a su origen y en parte a su estatus económico y político. Sea cual sea la razón, tienen más posibilidades de ser arrestados y condenados, y cuando son mandados a prisión tienen más posibilidades de recibir una pena más severa que los nativos. El hecho de pertenecer a un grupo inmigrante, especialmente cuando la distancia social entre ese grupo y el grupo dominante es grande, se traduce en unos índices delictivos artificialmente aumentados, circunstancia que el investigador debe tener en cuenta en sus análisis” (1938:73, *la traducción es mía*).

Teniendo en cuenta pues estas cautelas, el autor pasa a analizar la información disponible sobre los contactos de los inmigrantes con la ley.

En primer lugar se refiere a la información que suministran las estadísticas oficiales, que en general muestran una tasa inferior de criminalidad entre los inmigrantes de primera generación que entre los nativos. Esta es la conclusión a la que llegó tanto la *Immigration Commission* de 1910 como la llamada *Wickersham Commission*, y parece confirmada por las cifras del Departamento de Justicia. Pero esta conclusión referida a la amplia categoría de inmigrantes -según SELLIN- tiene poco interés si no se analizan más específicamente las cifras para los diversos grupos nacionales y los diversos tipos de delitos. En cuanto a la segunda generación de inmigrantes, en general se considera que tienen unos índices de criminalidad superiores tanto a sus progenitores como a los hijos de nativos. Sin embargo las estadísticas criminales no suelen contener información sobre este aspecto, y tan sólo se cuenta con datos parciales. En conclusión, señala este autor, hasta que no se mejoren los sistemas

de información estadística de la policía, los estudios estadísticos seguirán siendo muy limitados (1938:74-82).

A continuación pasa a examinar las diversas explicaciones teóricas que se han realizado acerca de las diferencias entre las tasas de criminalidad de los diversos grupos nacionales. Primeramente se refiere a las teorías sobre diferencias raciales, que explican la menor criminalidad de los europeos nórdicos y la mayor criminalidad de los mediterráneos por el origen racial. Señala SELLIN que si bien estas tesis sostenidas por los defensores de la eugenesia están muy desacreditadas, han tenido una notable influencia en las leyes migratorias (1938:83).

Tras ello SELLIN se centra en las explicaciones sociológicas de la criminalidad de los diversos grupos de inmigrantes, que todas ellas resaltan aspectos culturales. Señala que en general las explicaciones de la criminalidad de los inmigrantes combinan tres tipos de argumentos: 1) el conflicto entre las normas de conducta de la vieja y la nueva cultura; 2) el paso de un ambiente rural a uno urbano; 3) el tránsito desde una sociedad homogénea y bien organizada a una sociedad heterogénea y desorganizada (1938:83).

SELLIN se refiere a una buena cantidad de investigaciones empíricas muy variadas en cuanto a los grupos de inmigrantes que investigan. Podemos extraer algunas conclusiones interesantes de estas investigaciones. En primer lugar, la mayoría de investigaciones muestran que la tasa de criminalidad de los hijos de inmigrantes y el tipo de delitos cometidos no difieren mucho de la criminalidad de los hijos de nativos, lo que pondría de manifiesto un proceso de “aculturación” de estos inmigrantes de segunda generación en la sociedad norteamericana. En segundo lugar, es interesante destacar que varias investigaciones analizan los patrones de criminalidad de los inmigrantes italianos, que se caracterizan por tasas de criminalidad más elevadas tanto respecto a los otros grupos de inmigrantes como a los nativos. Esta mayor criminalidad se pone de manifiesto sobre todo en los índices de criminalidad violenta (homicidios, violaciones), que parece ser debida a las tradiciones culturales propias de los italianos, especialmente de ámbito rural (relacionadas con el honor familiar, la venganza, etc.). Sin embargo, entre la segunda generación de inmigrantes italianos el modelo de criminalidad ya es más parecido al de los hijos de nativos, y prevalecen los delitos contra la propiedad sobre los de criminalidad violenta. Finalmente, las diversas investigaciones comparten el hecho de recurrir al concepto de “conflicto cultural” para explicar las causas de la delincuencia entre los inmigrantes de primera y de segunda

generación (SELLIN, 1938:83-107). El autor finaliza su libro con una multitud de preguntas abiertas y la afirmación de que es necesaria mayor investigación sobre la etiología de la conducta anormal (op.cit.:107-116).

En resumen, y como sintetiza BARBAGLI (2002), Thorsten Sellin propone la teoría del conflicto cultural para explicar la criminalidad de los inmigrantes, teoría que explica la comisión de determinados delitos recurriendo al conflicto de valores y normas culturales frente al cual se encuentra el inmigrante, quien con frecuencia hace prevalecer las normas y valores en las que ha sido socializado frente a las del país de llegada. El delincuente entonces no sería alguien irrespetuoso con las leyes, sino precisamente alguien aferrado a sus normas de origen.

A fin de evitar la instrumentación falaz de esta teoría por parte de los cultores del “choque de civilizaciones”, creo que es preciso poner de manifiesto la limitada capacidad explicativa de la criminalidad de los inmigrantes que tiene la teoría del conflicto cultural de Sellin en la actualidad. Seguramente esta teoría puede servir para explicar unos pocos delitos como la mutilación genital de adolescentes o la coacción para contraer matrimonio, delitos ambos muy graves de los que suelen ser responsables los progenitores u otros familiares de las mujeres víctimas. Pero los inmigrantes procesados por el sistema penal acusados de los mencionados comportamientos son una absoluta minoría. En la inmensa mayoría de los casos, los inmigrantes están acusados del mismo tipo de delitos que la población nativa (tráfico de drogas, delitos contra la propiedad), para cuya etiología la teoría del conflicto cultural no es de utilidad.

Quizás cuando Sellin propone esta teoría en la década de 1930, la misma tenía una mayor capacidad explicativa, debido a que los valores y normas culturales de los diversos grupos nacionales podían ser más divergentes. Pero en el mundo globalizado en que vivimos, donde las normas y los valores “occidentales” se han extendido por todo el planeta a través de las tecnologías de la información y de la exportación del capitalismo, el ámbito explicativo de las teorías del conflicto cultural aparece como muy limitado.

Además de ocuparse de la etiología del delito, en otros trabajos SELLIN desarrolla una incipiente sociología de la administración de justicia que merece la pena ser destacada. Es el caso de su artículo “*Race Prejudice in the Administration of Justice*” donde, tras adoptar una perspectiva conflictual de la sociedad³¹, analiza el

³¹ Sostiene este autor que “las leyes son hechas por los grupos de intereses dominantes de la sociedad, que promueven la protección de los valores sociales que ellos consideran importantes. Además, estas leyes

efecto que las actitudes del juez respecto de la raza o el origen nacional tienen en la extensión de las condenas a prisión que impone a los nativos blancos, los extranjeros blancos y los negros (1935:212-217).

Destaca la casi absoluta inexistencia de personas negras y pertenecientes a los grupos de reciente inmigración entre los miembros de la judicatura, lo que le lleva a asumir que todos los miembros de la judicatura de América comparten las actitudes sociales dominantes hacia los negros y los “nuevos” inmigrantes (rusos, polacos, italianos). Estas actitudes son desfavorables, considerando que los negros tienen una especial tendencia a la criminalidad -sobre todo a los delitos sexuales- y que los inmigrantes son responsables de buena parte de la delincuencia.

A continuación SELLIN analiza los datos estadísticos de condenas a prisión para 1931, que muestran claras evidencias de la discriminación que sufren los negros y los “nuevos” inmigrantes en los tribunales de justicia. Las conclusiones sobre la duración de las condenas impuestas son distintas en el Sur y en el Norte. En el Sur, los datos muestran que los negros son condenados a penas más largas básicamente por delitos sexuales –lo que es acorde con los mencionados prejuicios y estereotipos-, mientras que en el resto de delitos las condenas no son superiores a las de los blancos, lo que seguramente muestra la poca atención que se presta a los delitos intra-raciales en la comunidad negra; en cambio, la duración de las condenas de los inmigrantes es considerablemente superior a la de los blancos, lo que traduce la poca simpatía de los sureños hacia los forasteros. En el Norte la situación cambia, obteniendo los negros condenas más severas en la mayoría de los delitos, seguidos por los inmigrantes y finalmente los nativos blancos. Ello puede ser debido a que en el Norte los negros son vistos como competidores y ‘outsiders’, mientras que a la población inmigrante se le debe el gran desarrollo urbano e industrial (1935:215-217).

El autor concluye afirmando que pese al principio según el cuál la ley se aplica por igual a todas las personas con independencia de su raza u origen nacional, los datos analizados muestran que “la igualdad ante la ley es una ficción social” (op.cit.:217).

Seguramente la aportación más valiosa de Sellin en el ámbito que aquí me incumbe (esto es, la relación entre inmigración o minorías étnicas y sistema penal) no es su conocida teoría del conflicto cultural como causa explicativa del comportamiento

son aplicadas por hombres imbuidos por las ideas y conceptos del ambiente social que ha moldeado sus personalidades. El juez no es una excepción a esta regla. La toga judicial nunca puede ser un símbolo de teórica imparcialidad en la justicia” (SELLIN, 1935:212, *la traducción es mía*).

desviado, sino su menos conocida sociología de la administración de justicia. Son los análisis acerca de los prejuicios raciales existentes en la administración de justicia los que le llevan a adoptar de forma absolutamente pionera enfoques propios de lo que a partir de la década de 1960 se conocerá como perspectiva de la reacción social. En otros términos, cuando presta atención al racismo existente en la administración de justicia, Sellin deja de preguntarse acerca de las causas del comportamiento criminal y pasa a analizar la selección de las instancias del sistema penal en los procesos de criminalización de la población negra e inmigrante. Como veremos a continuación, este enfoque le permite interpretar la sobre-representación de la población negra en las diversas instancias del sistema penal con una claridad meridiana.

3.4. Los americanos negros y su relación con el sistema penal. Primeras elaboraciones de sociología de la administración de justicia

En el análisis de la criminalidad de la población negra, o más bien de la relación de los americanos negros con el sistema penal, en primer lugar hay que referirse a los escritos de DU BOIS. El académico y militante negro es pionero en el abandono de toda consideración biologicista en el abordaje de la cuestión.

DU BOIS se plantea el problema de la criminalidad de la población negra en un trabajo de 1899, donde analiza cifras de estadísticas penitenciarias de Philadelphia que muestran sobre-representación de los negros desde la creación de la prisión en 1829, en mayor o menor medida según los años (1988:17-31). Asimismo, aporta índices de arrestos policiales, que muestran un constante incremento del porcentaje de negros arrestados en los últimos años del siglo XIX. Aunque se refiere a la discriminación racial existente en la administración de justicia, atribuye validez a estas estadísticas como reflejo de la criminalidad, de manera que señala que la población negra tiene unos índices de criminalidad muy superiores a su representación en la sociedad (1988:17-23).

Para explicar el fenómeno adopta un enfoque clasista y señala que el hecho que la mayoría de la población negra pertenezca a las clases bajas conlleva que tenga unos mayores índices de criminalidad. Pero además DU BOIS menciona otros factores: la reciente emancipación de un pasado de esclavitud, que deja una herencia de ignorancia y falta de auto-disciplina; la migración hacia las zonas más degradadas de las ciudades y las influencias sociales negativas que ello genera; la opresión, los prejuicios y discriminación racial que sufre la población negra, que se manifiesta en la restricción de

empleos, de zonas de residencia, de acceso a lugares públicos, etc., lo que genera sentimientos de frustración, resentimiento y hostilidad que pueden desembocar en actividades criminales (DU BOIS, 1988:23-31).

En un artículo ya mencionado de 1928, DU BOIS se refiere de nuevo a la criminalidad de los negros, rebatiendo las explicaciones racistas del delito de tipo biologicista que pretenden ver una predisposición de los negros hacia la criminalidad. Por el contrario, este autor abunda en el enfoque económico-estructural del trabajo antes reseñado y atribuye la delincuencia de los negros a factores socio-económicos estructurales, provocados por el sometimiento y explotación de la población negra durante doscientos años. DU BOIS se expresa en los siguientes términos:

“Los hombres se han negado a tomar en cuenta el hecho que la esclavitud, la ignorancia y la pobreza son suficiente explicación de la delincuencia entre los americanos libertos, sin necesidad de recurrir a ninguna característica racial adicional; y que el delito “racial” no es distinto ni necesita ningún remedio diferente del resto de los delitos” (1928:7, *la traducción es mía*).

Los trabajos de DU BOIS son de una importancia indudable en su crítica a las perspectivas criminológicas de raíz biológica, así como en su pionera atención a los factores económico-estructurales de la criminalidad. Pero a pesar que denuncia el racismo existente en la sociedad norteamericana y también en la administración de justicia, el autor no llega a advertir el reflejo que dicho racismo puede tener en las cifras de criminalización de la población negra que arrojan las estadísticas. Es decir, no rebate la aparente mayor criminalidad de la población negra mediante el argumento –propio de los enfoques muy posteriores de la reacción social- de la existencia de discriminación racial en el sistema penal.

Pero no habrá que esperar al desarrollo de las teorías del *labelling approach* y de la reacción social en la década de 1960, porque las denuncias de selección y discriminación en el sistema penal las encontramos con varios años de anticipación en los análisis acerca de la criminalidad de la población americana negra. El primero que planteará la cuestión de la discriminación en el sistema penal en relación a los negros es SELLIN.

SELLIN se ocupó del problema de la criminalidad de la población negra americana en su artículo “*The Negro Criminal. A Statistical Note*” de 1928. En esos años se sostenía que la población negra americana tenía un índice de criminalidad

superior al de los blancos americanos. Esta afirmación era compartida por la mayor parte de estudiosos del tema, tanto blancos como negros.

SELLIN analizará la información estadística disponible en ese momento sobre diversos Estados americanos y realizará una serie de consideraciones sobre la validez de las estadísticas y el alcance de la información que suministran. Las advertencias de este autor anticipan las críticas a las estadísticas como instrumentos de medición de la criminalidad que desarrollará la criminología de la reacción social y la criminología crítica en las décadas de 1960 y 1970, pero SELLIN las realiza con más de 30 años de antelación. Creo que la relevancia de sus reflexiones merece la transcripción literal, pese a la extensión del párrafo en cuestión:

“Debe ser recordado que estos datos sólo muestran la criminalidad *aparente* de los negros, pero no la *real*. Esta última cae en la categoría de lo desconocido, ya que es la suma total de todos los delitos cometidos. Tal suma sólo puede ser supuesta, debido a que muchos delitos no son denunciados a las autoridades, ya sea porque el delincuente es el único que sabe de su comisión, ya por el deseo de la víctima de evitar todo contacto con el sistema penal, que la lleva a suprimir la información relativa al delito. Por tanto, la única criminalidad que podemos computar es la criminalidad *aparente*, o la que puede ser reducida a términos cuantitativos por los que entran en contacto con el delito, con el delincuente o con ambos.

En estudios comparativos de índices de criminalidad, normalmente se asume que existe una relación constante entre la criminalidad *real* y la *aparente*. Los índices basados en la última pueden, por tanto, servir también para la primera. En el caso de los negros, entonces, un mayor índice de criminalidad *aparente* indicaría una mayor criminalidad *real*, conclusión perfectamente razonable si no hubiera factores distorsionadores que operan exclusivamente en este grupo, cuyo resultado es que la relación entre la criminalidad real y la aparente quede tan modificada que ya no mantenga las proporciones observadas en otros grupos.

La intención de este artículo es indicar algunas de las vías a través de las cuales el tratamiento diferenciado al que se somete a los negros por parte de nuestras agencias del sistema penal incrementan artificialmente su criminalidad *aparente*, mientras que la de los blancos queda, en virtud del mismo tratamiento, tan reducida que las comparaciones entre ambas resultan excesivamente arriesgadas, a menos que esta situación sea debidamente evaluada y los índices corregidos” (SELLIN, 1928:53-54, *la traducción es mía*).

Tras estas reflexiones acerca de la inidoneidad de las estadísticas para medir la tasa de criminalidad *real* de la población negra, SELLIN analiza los incompletos datos estadísticos sobre arrestos policiales, condenas judiciales y población penitenciaria con un fin radicalmente distinto del de medir la criminalidad de los negros, cuál es el de

demostrar la discriminación racial que esta población sufre por parte de las diversas instancias del sistema penal. El autor demuestra que la población negra tiene muchas más posibilidades de ser arrestada por la policía por conductas que, si son realizadas por los blancos, no generan reacción policial; posteriormente los negros tienen más posibilidades de ser condenados por los tribunales, y de recibir una sentencia más severa por los mismos delitos, todo lo cual incrementa los índices de los negros entre la población reclusa. El análisis de las estadísticas le lleva a concluir que existe una importante discriminación racial de los negros por parte de las agencias del sistema penal que distorsiona los índices de criminalidad *aparente* hasta tal extremo que no es posible hacer comparación alguna con los índices relativos a la población blanca (1928:54-64).

El autor no se ocupa en el artículo de la etiología de la criminalidad entre los negros, pero en las conclusiones se cuida de advertir que todo lo dicho no significa que la población negra tenga un índice de criminalidad *real* menor o igual al de los blancos. Por el contrario, menciona una serie de factores socio-económicos (carencia de educación, de formación profesional e industrial, escasez de recursos económicos, residencia en las zonas más degradadas de las ciudades, opresión racial, etc.) que “convertirían en un hecho extraordinario que los negros respetasen más las leyes que los blancos, quienes disfrutaban en mayor medida de las ventajas de la civilización que los negros han contribuido a crear” (op.cit.:64). SELLIN concluye con el siguiente párrafo:

“La suposición según la cual los negros tienen una mayor tasa de criminalidad *real* no constituye, por tanto, una acusación contra la raza negra. La responsabilidad reposa donde el poder, la autoridad y la discriminación tienen su fuente, esto es, en el grupo dominante blanco. Para este grupo la existencia de una mayor tasa de criminalidad entre los negros es un desafío que no puede ser ignorado mediante el recurso a tópicos acerca de la ‘inferioridad racial’, ‘la depravación hereditaria’ o generalizaciones similares. La única vía posible es la búsqueda consciente de las causas del delito en general y entre los negros en particular. En esta búsqueda, el método cuantitativo puede jugar sólo un papel auxiliar” (1928:64, *la traducción es mía*).

En suma, Sellin realiza una importante crítica a las estadísticas oficiales y afirma que las mismas no son idóneas para medir la criminalidad real de la población negra, debido a que la penetrante discriminación racial que se ejerce en las diversas instancias del sistema penal provoca una distorsión de las cifras de la criminalidad. Pero también advierte que dicha crítica no implica afirmar que la población negra tenga unos índices

de criminalidad real igual o inferior a los de la población blanca. Por el contrario, dice Sellin, lo lógico sería que cometan más delitos, teniendo en cuenta la inferior posición socio-económica que ocupan en la estructura social y la discriminación racial que sufren, aspectos que pueden incidir en una mayor criminalidad de la población negra. Es interesante destacar que esta interpretación de Sellin la encontramos reproducida en términos casi idénticos en la actualidad entre los autores que se enmarcan en el denominado realismo de izquierdas británico.

Los análisis de sociología de la administración de justicia y de la extensión de los prejuicios raciales entre sus miembros, con la consiguiente discriminación racial que puede provocar, serán retomados en la amplia investigación sobre *race relations* en América dirigida por GUNNAR MYRDAL, a la que ya nos hemos referido.

En primer lugar hay que señalar que MYRDAL destaca una absoluta diferenciación entre los Estados del Norte y los del Sur de los EE.UU. en cuanto al funcionamiento de la administración de justicia. En el Norte habla de una relativa igualdad entre blancos y negros en la impartición de justicia, aunque todavía existen muchas deficiencias. El aspecto más preocupante –dice– es el tratamiento de los negros por parte de la policía, ya que se constata una mayor probabilidad de ser arrestados, de ser sometidos a maltrato y torturas y de morir en manos de la policía. Pero se van produciendo cambios significativos, y se van encontrando personas negras trabajando en la administración de justicia: jueces y oficiales judiciales negros, policías negros, abogados negros y personas negras en las listas de los jurados. En resumen, señala, los negros en el Norte pueden acceder a una justicia bastante equitativa y no se enfrentan a muchísima discriminación por parte de los agentes de la ley (1944:526-529).

En los Estados del Sur la situación es completamente diferente y los negros sufren una profunda discriminación por parte de los agentes de la administración de justicia, pese a la ficción que los negros gozan de igual protección legal, tal y como lo reconoce la Constitución de los EE.UU. La legislación, los tribunales y la policía en realidad son usados para mantener a los negros “en su lugar” y recordarles en todo momento la “supremacía blanca”. Este rol lo cumplen sobremanera los oficiales de policía³², que constituyen la personificación de la autoridad blanca en las comunidades

³² La policía local en los distritos rurales está compuesta por un sheriff y sus ayudantes, que suelen tener un nivel educativo muy limitado, mínima formación policial, escasa retribución económica y bajo prestigio social. Sin embargo, son los representantes de la ley y disponen de una peligrosa autoridad, que a menudo se traduce en maltrato y brutalidad policial contra los negros. Esta situación fue muy bien retratada en la película “En el calor de la noche”, dirigida por Norman Jewison en 1967.

negras. Los excesos y arbitrariedades legales que cometen contra los negros suelen ser respaldados por los tribunales, quienes a menudo dan por descontada la culpabilidad de los acusados negros y los condenan con escasas pruebas (MYRDAL, 1944:529-553).

Los tribunales tampoco persiguen la violencia de blancos contra negros, práctica que procede de los tiempos de la esclavitud. En general, cualquier hombre blanco puede golpear, insultar, estafar o incluso matar a un negro sin sufrir represalias legales. En cambio, si la persona negra devuelve la ofensa, antes que actúen los tribunales a menudo sufre la venganza de la comunidad blanca, cuya práctica más extrema es el linchamiento (MYRDAL, 1944:558-569).

La práctica totalidad de los oficiales públicos en el Sur son blancos, en cumplimiento del principio según el cual a los negros no se les deben dar cargos de autoridad pública. Apenas existen policías negros, y mucho menos jueces o fiscales. La población negra no está incluida en las listas de los jurados y los escasos abogados negros que existen no pueden desarrollar su trabajo por las discriminaciones a las que los someten los tribunales (MYRDAL, 1944:547-550).

Las instituciones penales en el Sur ya desde el siglo XIX eran conocidas por su pésima reputación -a diferencia de las del Norte, que se consideraban modélicas-. En los Estados del Sur se recurrió al trabajo forzado de los convictos, existiendo además segregación entre blancos y negros. Se consideraba que algunos trabajos, por su dureza, tan sólo eran aptos para los negros, como las grandes obras públicas de construcción de carreteras y del ferrocarril.

DARNELL HAWKINS ha desarrollado un interesante análisis historiográfico de la evolución de los índices de encarcelamiento de la población negra en el Estado de Carolina del Norte desde 1870 hasta 1981, en el que sostiene que las variaciones en dichos índices son el resultado de transformaciones en el sistema productivo y laboral y no del volumen de criminalidad.

Al igual que en el resto de los Estados del Sur, en Carolina del Norte tras la guerra civil se implementó un sistema punitivo basado en la explotación de la fuerza de trabajo de los presos, que era utilizada bien para la construcción de grandes obras públicas (carreteras, ferrocarril, canales, etc.), bien mediante la cesión de los reclusos a contratistas privados o bien en granjas-prisión (*prison farms*). El análisis de los índices de encarcelamiento muestra que de 1865 a 1890 el porcentaje de negros encarcelados oscilaba entre el 80 y el 90% de la población reclusa. Esto significa que el sistema penal tras la guerra se dirigió fundamentalmente contra los negros recién libertos, cumpliendo

a la vez dos funciones: mantener la supremacía blanca y reemplazar al sistema esclavista como fuente de trabajo no pago. A partir de 1930 ya no sólo los condenados negros sino también los blancos serán enviados a realizar trabajos forzados de construcción y reparación de carreteras, modalidad punitiva que no será suprimida hasta mediados de 1960.

En suma, partiendo de un enfoque materialista o económico-estructural, HAWKINS sostiene que el sistema penal en los Estados del Sur –mediante el masivo encarcelamiento de la población negra y su sometimiento a trabajos forzados- vino a reemplazar la función tanto económica de suministro de fuerza de trabajo, como de control de la población negra que antes de la guerra cumplía la esclavitud (1986:187-209).

En el capítulo 44 MYRDAL se ocupa de la criminalidad de los negros, basándose fundamentalmente en el trabajo de su colaborador GUY B. JOHNSON, una parte del cual fue publicada como artículo bajo el título “*The Negro and Crime*” (1941:93-104). MYRDAL sigue muy de cerca los planteamientos de JOHNSON, de modo que respecto del trabajo de éste tan sólo destacaré su pionero análisis de la cuestión de la definición del delito. En efecto, JOHNSON pone de manifiesto la influencia que el sistema de castas (o discriminación racial) tiene en la definición del delito. Ello se manifiesta en una serie de leyes específicas y de costumbres que definen como delito determinadas conductas tan sólo cuando son realizadas por negros: conductas que infringen las normas sobre segregación racial (como sentarse en la parte equivocada del autobús), la descortesía ante los blancos (como olvidar la palabra “Señor” al dirigirse a un blanco, llevarle la contraria o mirar a una mujer blanca), la vagancia, etc. (1941:96). De esta forma, el autor en cierto modo avanza el argumento según el cual el delito es aquella conducta definida como tal por el grupo social que ostenta el poder de definición.

Pasando a comentar el aludido capítulo sobre la criminalidad de los negros contenido en *The American Dilemma*, MYRDAL (1944:966-979) en primer lugar se refiere a los estereotipos según los cuales los negros tienen mayor tendencia a la criminalidad, estereotipos que a menudo se apoyan en los datos de las estadísticas del sistema penal. Frente a ello, el autor –siguiendo a Sellin y Johnson- sostiene una actitud crítica con las estadísticas, negándoles credibilidad como instrumento de medición de la criminalidad de los negros:

“Las estadísticas criminales generalmente son inadecuadas, a pesar de la tremenda mejora de la última década, y las estadísticas sobre la criminalidad de los negros todavía se complican más debido a la discriminación en la aplicación de la ley y a ciertas tradiciones. Puede ser categóricamente afirmado que no existen estadísticas sobre delitos *per se*: sólo existen estadísticas sobre “delitos conocidos por la policía”, sobre arrestos, condenas o población reclusa. Los estudios honestos basados en diferentes conjuntos de estadísticas darán diferentes resultados. El delito no es algo uniformemente definido de un estado a otro y de un momento a otro. Las estadísticas de un área en un momento dado mostrarán diferentes conclusiones respecto a las estadísticas de otra área en otro momento. Finalmente, las conclusiones de un concreto estudio están en gran medida determinadas por los “factores” que uno toma en consideración al analizar las estadísticas” (1944:967, *la traducción es mía*).

Tras calificar de deshonestos e incompetentes a los que usan las estadísticas para alimentar estereotipos sobre los negros y justificar prácticas discriminatorias, el autor considera más importante criticar las estadísticas que presentar los datos que contienen. Además de los problemas de incompletitud e inexactitud de los datos de todas las estadísticas oficiales, las que se refieren a los negros presentan problemas adicionales. En este sentido, pone de manifiesto algunas de las mayores debilidades y problemas de las estadísticas para medir la criminalidad de la población negra. El principal problema es la selectividad del sistema penal. Merece la pena transcribir sus propias palabras:

“Una de las debilidades básicas procede del hecho que los que entran en contacto con la ley normalmente son sólo una muestra seleccionada de los que cometen delitos. La infracción de las leyes en América es una práctica más extendida de lo que muestran las estadísticas criminales y probablemente toda persona en ese país ha infringido la ley en algún momento. Pero sólo una pequeña proporción de la población es arrestada, condenada y enviada a prisión. Algunos grandes delitos (como las violaciones de la *Sherman Anti-Trust Act* y la evasión de ciertos impuestos) son incluso respetables y se cometen como práctica ordinaria en los negocios; otros (como el fraude o la estafa) no son respetables pero se cometen con frecuencia y a menudo no son castigados. Lo que sucede es que los negros difícilmente se encuentran en una posición que permita la comisión de delitos de cuello blanco; por el contrario, ellos cometen los delitos que con mucha mayor frecuencia son perseguidos y castigados” (MYRDAL, 1944:968, *la traducción es mía*).

En segundo lugar, el autor destaca la discriminación en el sistema penal como factor fundamental de distorsión de las estadísticas en relación a la criminalidad de la población negra, sobre todo en los Estados del Sur:

“En todo delito que remotamente afecte a un hombre blanco, los negros tienen más posibilidades de ser arrestados que los blancos, más

posibilidades de ser acusados tras el arresto, más posibilidades de ser condenados en los tribunales y castigados. Los negros son arrestados bajo la mínima sospecha, o sin sospecha alguna, simplemente para suministrar acusado o con el objeto de hacerlos trabajar en épocas de escasez de mano de obra, vulnerando las leyes anti-peonaje. La creencia popular que los negros son inherentemente criminales provoca un incremento de los arrestos, y la falta de poder político de los negros hace que los policías blancos no se preocupen acerca de la cantidad de negros que arrestan. (...). En los tribunales sureños los negros difícilmente son tomados en serio, y su testimonio contra un hombre blanco es ignorado, si no se le prohíbe testificar. Cuando son condenados, normalmente se les impone una pena más grave, y la *probation* o suspensión de la pena difícilmente se le concede” (MYRDAL, 1944:968, *la traducción es mía*).

A todo ello hay que añadir que en el Sur existen “delitos” que tan sólo pueden ser cometidos por los negros, como son las infracciones de las leyes segregacionistas y que además los negros son arrestados con mucha mayor frecuencia bajo la acusación de “disturbar la paz”, “insolencia ante la autoridad”, “violación de las ordenanzas municipales”, etc. Pero por otro lado, MYRDAL también señala que la discriminación sureña contra los negros provoca una reducción de la criminalidad de los negros reflejada en las estadísticas. Ello es debido a que cuando un negro comete un delito contra otro negro, si no hay ningún blanco afectado, la policía y los tribunales en muchos casos no actúan para castigar al infractor. Ello provoca que en el sur la vida de los negros tenga poco valor y sus propiedades sean muy difíciles de defender (1944:969).

Todo lo que se ha señalado, que invalida las estadísticas del sistema penal como instrumento de medición de la criminalidad de los negros e impide su comparación con los blancos, también ocurre en los Estados del Norte, aunque en mucha menor medida. En el Norte, el mayor índice de criminalidad de los negros que muestran las estadísticas, según MYRDAL, refleja características de la población negra o determinadas prácticas o tradiciones sureñas que los inmigrantes negros llevan consigo y que en el norte constituyen delito (como el hecho de pelear con cuchillos en vez de con los puños; es decir, la ley define como delito la forma de pelear de los negros, y no la de los blancos).

También la pobreza de la población negra es un factor de distorsión de la criminalidad, ya que los negros no pueden sobornar al policía en caso de pequeños delitos, ni pueden contratar a buenos abogados, ni pueden acceder a la multa como alternativa a la pena de prisión. A lo que se añaden los factores socio-económicos de la población negra residente en el Norte, como una mayor proporción de población en la

franja de edad de 15 a 40, una mayor parte viviendo en las grandes ciudades, donde los índices de criminalidad aumentan debido a la desorganización social (MYRDAL, 1944:970).

Tras realizar todas estas advertencias acerca de las estadísticas oficiales, el autor pasa a examinar algunos datos del censo de población reclusa de 1939 que muestran tres veces más hombres negros en prisión que blancos, respecto a su presencia en la sociedad. La sobre-representación es mayor en el norte (5 negros por cada blanco) que en el sur (2'5 negros por blanco). Los extranjeros blancos tienen índices de encarcelamiento muy inferiores a los nativos blancos y las personas de otras razas (indios, chinos, filipinos, entre otros) tienen índices casi tan elevados como los negros.

Finalmente el autor se centra en las “causas” de la criminalidad de los negros y señala como primer grupo de causas las discriminaciones que sufre la población negra en el sistema penal -a las que ya se ha referido- y que aumentan los índices de criminalidad reflejados en las estadísticas.

El segundo grupo de causas -a las que también ya se ha referido- son la pobreza, la ignorancia de la ley, la falta de influencias y la concentración en las ciudades del norte, características que también distorsionan las estadísticas.

El tercer grupo de causas tiene que ver con la tradición esclavista y el sistema de castas (expresión con la que MYRDAL se refiere a la discriminación racial), que alimenta determinadas conductas de los negros. Un ejemplo son los pequeños “pillajes” de comida o ropas por parte de los sirvientes negros en el Sur, que era una conducta esperada por parte de los blancos y formaba parte de las “ganancias” de los sirvientes. Cuando los negros emigran hacia el norte, estas costumbres fuera de contexto constituyen un delito. Otra causa más profundamente vinculada a la tradición esclavista y al sistema de castas es la hostilidad de los negros contra los blancos, que en ocasiones se refleja en delitos motivados por un sentimiento de venganza ante el trato discriminatorio y vejatorio que sufren. Este mismo sistema discriminatorio también provoca en los negros una falta de identificación con unas leyes en cuya elaboración y aplicación no participan, sino que más bien están dirigidas contra ellos. La tradición esclavista además se refleja en un menor valor atribuido a la vida de los negros, que sólo tenía valor monetario, pero no legal o ético. Esta actitud de los blancos se traslada también a los negros, y se agrava por el hecho ya apuntado de la falta de persecución legal de los delitos cometidos contra otros negros (1944:974-976).

Por lo demás, las causas de la criminalidad de los negros no difieren de las de los blancos, sobre todo en las grandes urbes del norte: pobreza, debilitamiento de los vínculos o controles familiares y comunitarios, residencia en barrios degradados o “áreas delincuenciales”, desorganización social, aprendizaje criminal, etc. Las diferencias entre los índices de criminalidad de blancos y negros son debidas en gran parte –además de a las referidas causas- al hecho que una proporción mucho mayor de negros se encuentra entre los sectores inferiores de la estructura social. Los negros de clases medias y altas hacen un esfuerzo especial por distanciarse de los estereotipos criminales sobre los negros de clases bajas y respetan las leyes más que los blancos de su misma clase social. Pero, al igual que las clases bajas, sufren los prejuicios y el trato discriminatorio de la policía y los tribunales, lo que a su vez incrementa las estadísticas (MYRDAL, 1944:979).

Como ya hemos ido señalando, los análisis acerca de la relación de la población negra con el sistema penal anticipan muchos de los argumentos cuestionadores y deslegitimadores del ejercicio del poder punitivo que se generalizarán durante la década de 1960, en el contexto ideológico del ascenso de la *New Left*. Temas como la definición del delito, la selección y discriminación en el ejercicio del poder por parte de las instancias del sistema penal, la inidoneidad de las estadísticas del sistema penal como instrumento de medición de la criminalidad o los enfoques penológicos y criminológicos materialistas y económico-estructurales, los encontramos planteados a propósito de la relación de la población negra con el sistema penal con varias décadas de anticipación.

3.5. Las ciencias penales durante el nazismo y el enfoque crítico marxista de Willem Bongers

Al hablar del surgimiento del pensamiento racista y eugenésico en el siglo XIX ya hemos hecho referencia a la convergencia de todos los ámbitos del saber, desde la medicina y la biología hasta la sociología, la antropología y la psicología. Ese movimiento de ideas tuvo su peor desenlace en el nazismo y su exaltación de la “superioridad aria”, que puso en práctica las ideas eugenésicas de “higiene y mejoramiento racial” a través del exterminio masivo de judíos, gitanos, enfermos y demás personas consideradas “degeneradas”, exterminio llevado a cabo de forma sistemática por la maquinaria del Estado, que llevó a cabo una “producción industrial de muerte” (MATE, 2003:21).

Las diversas ciencias naturales y sociales no son ajenas al exterminio, sino que, como señala WIEVIORKA,

“la medicina, la biología, la química y la genética, pero también la antropología, la etnología, la psiquiatría, las ciencias jurídicas y la demografía, acabaron participando en la tarea de clasificar poblaciones y en el tratamiento científico de judíos, semijudíos, afectados de judaísmo, gitanos y enfermos mentales –también ellos segregados-, ya se tratase de identificarlos y definirlos, o de eliminarlos. Incluso algunas de estas disciplinas, juntamente con la arqueología, aportarán de rebote al régimen una legitimidad histórica” (1992:34).

En cuanto a las disciplinas que aquí centran principalmente mi atención, las ciencias penales y criminológicas, hay que destacar la investigación realizada por MUÑOZ CONDE (2002) sobre la participación del reconocido penalista alemán Edmund Mezger en el régimen nazi. En su investigación llevada a cabo en archivos y bibliotecas alemanas, el profesor de Sevilla descubre una serie de documentos que demuestran la colaboración de Mezger con el régimen nacionalsocialista. Dicha colaboración se concreta de varias formas, que van desde la cobertura o justificación ideológica del derecho penal nazi, a la intervención práctica en la redacción de un proyecto de ley represivo de carácter racista.

En el primer sentido destaca la legitimación “científica” que, con el peso de su autoridad académica, Mezger atribuyó a las leyes penales racistas del nazismo en sus tratados, libros y otras publicaciones. En 1934 –año en que fue nombrado miembro de la Comisión de Reforma del Derecho Penal- publica su “Política criminal sobre fundamentos criminológicos”, en cuyo Prólogo anuncia que

“el nuevo Estado total se construye sobre las dos ideas básicas de pueblo y raza. También el Derecho penal será afectado por esta transformación... Para el nuevo Derecho penal serán esenciales dos puntos de partida, no ya como hasta ahora como compromiso, sino como síntesis: La idea de la responsabilidad del individuo ante su pueblo y la idea de la conformación racial del pueblo como un todo” (citado por MUÑOZ CONDE, 2002:80).

En posteriores ediciones de la citada obra se irán desarrollando estos postulados, señalando en su tercera edición de 1944 -en base a una criminología biologicista racista- que en la concepción constitucional y biológica hereditaria del individuo “encuentra apoyo la idea de eliminar los sectores de la población dañinos para el pueblo y la raza” y propone “medidas de higiene racial para la eliminación de las raleas criminales”. Mezger justifica así la “eliminación de elementos dañinos para el pueblo y la raza”

como fin de la pena y de un derecho penal puesto al servicio de la “regeneración racial” del pueblo alemán, que no duda en recurrir a prácticas eugenésicas como la esterilización, la castración y la eliminación (MUÑOZ CONDE, 2002:80 y 141-144).

Así, con la colaboración de juristas y penalistas como Mezger, los presupuestos racistas del nacionalsocialismo fueron traducidos al lenguaje jurídico-penal mediante categorías dogmáticas: la idea de “traición” o “ultraje a la raza” como fundamento material de tipos delictivos, la de “culpabilidad por la conducción de vida” para eludir la prueba del dolo y la idea de “eliminación de los elementos perjudiciales para el pueblo y la raza” como uno de los fines de la pena (MUÑOZ CONDE, 2002:103 y 121).

Estos desarrollos del derecho penal nazi fueron legitimados por Mezger, mediante sus comentarios y propuestas contenidos en las publicaciones que realizó en esos años. Además de otras justificaciones ya comentadas, podemos destacar que Mezger calificaba de crimen odioso el “ultraje a la raza” que cometían los que mantenían relaciones con personas de la “raza superior”, “crimen” que podía ser castigado con la muerte (MUÑOZ CONDE, 2002:143).

Pero además de dar cobertura ideológica al derecho penal y la criminología nazi, Mezger también participó en su elaboración. MUÑOZ CONDE dedica especial cuidado a demostrar la participación de Edmund Mezger –y también de Franz Exner- en la redacción del Proyecto de Ley de los “extraños a la comunidad”, categoría que comprendía a los marginados sociales, mendigos, vagos, prostitutas, ladrones y demás “asociales”, los cuales podían ser sometidos a medidas eugenésicas -esterilización, castración- y también ser enviados a campos de concentración, donde les esperaba la muerte, todo ello con el fin de “evitar una descendencia indeseable” (2002:144-160 y 215-259).

Junto a este Proyecto que no llegó a entrar en vigor, en cuanto a la producción legislativa del nazismo podemos destacar, por ejemplo, la Ley del Delincuente Peligroso Habitual de 1933, las Leyes de Limpieza Racial de Nüremberg de 1935 o la Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes, que prohibía a las personas de sangre alemana tanto el matrimonio como las relaciones sexuales con judíos, gitanos, negros o cualquier otra persona que pudiera perjudicar la pureza de la sangre alemana (MUÑOZ CONDE, 2002:182).

En el ámbito de la Criminología, constatamos durante el período nazi una fuerte expansión de la biología criminal. La criminología tuvo un papel destacado durante el nazismo, ya que el programa de purificación racial alemán incluía clasificaciones de

delincuentes y prácticas de experimentación científica con personas consideradas “racialmente impuras”: además de judíos, gitanos y negros, los discapacitados físicos y psíquicos, los homosexuales y los “asociales por herencia o naturaleza”, entre los que se incluía a las personas condenadas por algún delito o con una conducta “antisocial” (BOWLING / PHILIPS, 2002:4-5). En este sentido el mencionado penalista Edmund Mezger postulaba la investigación biológico-criminal del recluso, a fin de obtener un conocimiento científico de la naturaleza del autor del delito y, de este modo, poder imponerle -junto o en sustitución de la pena- las medidas de seguridad necesarias, incluyendo medidas preventivas de una descendencia criminal en aras de la “mejora de la especie” (ZAFFARONI, 1993:198).

Pero además de clasificar y experimentar “científicamente” con delincuentes y demás personas de conducta “asocial”, la criminología del nazismo prestará atención al tema de la influencia de la raza en la criminalidad, tratando de demostrar que la “degeneración racial” produce delincuencia. Con la exaltación del ideario racista que se realiza bajo el régimen nazi, se genera un renovado interés por la escuela antropológica entre los criminólogos, a quienes BONGER cataloga de “neo-lombrosianos”. Los criminólogos adeptos al régimen -como Edmund Mezger y Franz Exner- intentan demostrar que entre las personas de raza nórdica se encuentran menores índices de criminalidad que entre las demás razas y tratan de establecer una conexión entre las diversas razas y la inclinación al delito (BONGER, 1943:25 y ss.).

Franz Exner visitó los EE.UU. de la mano de la extrema derecha racista vinculada al ku-klux-klan y se convenció de la influencia de factores biológico-raciales en la predisposición para la criminalidad. En su libro *Biología criminal en sus rasgos fundamentales* -traducido al castellano por Juan del Rosal en 1957- llega a la conclusión que si los negros en EE.UU. están sobre-representados en las estadísticas criminales no es debido a la conjunción de selectividad del sistema penal y factores socio-económicos como decía Sellin, sino a una mayor criminalidad de los negros imputable a “una mezcla característica de disposición y mundo circundante”. En concreto, los negros no se habrían adaptado a las nuevas condiciones climáticas del nuevo continente, a la civilización creada por los blancos, a las nuevas relaciones y condiciones sociales. Pero tal inadaptación no es una cuestión transitoria, sino que los negros carecerían de la capacidad para adaptarse. Exner concluye que

“Según esto, la gran criminalidad existente entre ellos deberíamos imputarla, desde luego, a la disposición, principalmente a la incapacidad

disposicional a la adaptación de las nuevas condiciones vitales, pero también al destino externo que ha impuesto a los negros una tarea para la que ellos no están capacitados” (1957:80, citado por ZAFFARONI, 1993:199).

Por su parte, en la tercera edición de la “Política criminal” de Mezger de 1944, encontramos las siguientes “reflexiones” en torno a la raza como factor criminógeno:

“Pues la raza y cualquier otra peculiaridad condicionada hereditariamente determina no sólo directamente la forma de delinquir del sujeto, sino también toda su actitud social dentro de la comunidad, que se manifestará a su manera criminológicamente en uno u otro sentido. Precisamente en la especial criminalidad de los judíos adolecen las antiguas investigaciones muchas veces de no diferenciar adecuadamente entre raza y confesión, porque la posición social depende más de la última que de la primera. En la legislación sobre la raza del nuevo Estado se le da a la raza su debida importancia” (citado por MUÑOZ CONDE, 2002:141).

Seguramente son este tipo de declaraciones las que han llevado a algún autor a calificar a Mezger como “el jefe ideológico de la Criminología nacionalsocialista” y “el penalista oficial del régimen nazi”, así como a afirmar respecto del derecho penal y la criminología nazis que “una ciencia fundamenta la barbarie” (MUÑOZ CONDE, 2002:137 y 148).

Este derecho penal nacionalsocialista en cuya creación y/o legitimación contribuyó Mezger, era aplicado en la práctica por jueces, fiscales y altos funcionarios encargados de la aplicación de las leyes, quienes a menudo lo hicieron con tal rigor que han merecido el sobrenombre de “juristas terribles”.

La contribución de la “ciencia jurídica” en los horrores del nazismo fue muy relevante, como se pone de manifiesto tras la derrota militar del régimen nazi y la organización de los Procesos de Nüremberg, uno de los cuales tuvo por objeto el enjuiciamiento de algunos destacados juristas nazis, como altos cargos del Ministerio de Justicia, fiscales o jueces que habían destacado por sus sentencias especialmente severas (con amplio recurso a la pena de muerte y el internamiento en campos de concentración) ante hechos de escasa gravedad o delitos como el “ultraje a la raza”³³. Tras el fin de la guerra, los juristas que no fueron juzgados en Nüremberg -aunque también hubiesen aplicado las leyes nazis- se reintegraron en sus puestos, en algunos casos después de

³³ El Juicio a los Juristas fue objeto de una magnífica película dirigida por Stanley Kramer en 1961, “Los procesos de Nüremberg” (que en la España franquista fue titulada con el ambiguo nombre de “Vencedores o vencidos”), donde entre otros se relata el caso del ciudadano judío Katzenberger (aunque con el nombre cambiado) que fue condenado a muerte por el delito de “ultraje a la raza” acusado de haber mantenido relaciones sexuales con una mujer alemana.

pasar por un proceso de desnazificación. Este fue el caso de Edmund Mezger, quien pese a su relevante participación en el nazismo logró escapar del enjuiciamiento en Nüremberg y ser solamente sometido a proceso de desnazificación o depuración. Proceso que termina, como tantos, cuando EE.UU. y sus aliados consideran conveniente extender un manto de olvido sobre Europa occidental y unir fuerzas frente a su adversario en la guerra fría (MUÑOZ CONDE, 2002:316-343).

La literatura sobre el Holocausto es amplísima y este acontecimiento que no permite “pensar de espaldas a Auschwitz” no puede ser tratado aquí de forma superficial (MATE, 2003:7-9).

Por ello me he concentrado en los desarrollos de ese momento desde el derecho penal y la criminología, que emprendieron su particular lucha contra los “asociales” y los “delincuentes habituales” En estos casos se elaboraron leyes con el objeto de dar una base jurídica –aunque más bien una “licencia para la barbarie”, como ha sido dicho- que sirviera de orientación a los aplicadores del derecho (jueces, policías, personal técnico, etc.) para desarrollar la política criminal del régimen en relación a la criminalidad y la marginación social, que era considerada una especie de enfermedad que se transmitía de generación en generación (MUÑOZ CONDE, 2002:181-182 y 264).

En el caso del genocidio de los que no eran arios, como los judíos, la forma jurídica consistió en declararlos extranjeros, retirarles la ciudadanía y el pasaporte y, de ahí en más, ya no les eran aplicables las leyes y derechos para los ciudadanos. En abril de 1933 se aprueba la primera Ley de depuración de la función pública, por la que se separaba de la misma a todos los funcionarios que no eran de raza aria, y en 1935 se promulgan las famosas Leyes de Nüremberg, que implicaban la exclusión e incapacitación jurídica de los judíos, quienes quedaban impedidos para realizar contratos, contraer matrimonio, etc. y se definía como delito de “ultraje a la raza” las relaciones sexuales con una persona de raza aria.

En el caso de los judíos, a partir de la “noche de los cristales rotos” de noviembre de 1938, su internamiento en campos de concentración no era decretado por un juez como ocurría con los “asociales”, sino que era llevado a cabo de forma masiva mediante “razzias” policiales. Así lo señala ARENDT, quien dice que el régimen nazi sitúa el campo de concentración fuera del sistema penal normal, y selecciona “a sus internados fuera del procedimiento judicial normal en el que a un delito definido corresponde una pena previsible”, mientras que los “asociales” eran enviados al campo

de concentración en virtud de una sentencia –aunque injusta- dictada por un juez (1987:665) [1951].

Pero una vez en los campos de concentración, el destino era el mismo para “asociales”, adversarios políticos, homosexuales, enfermos, judíos, gitanos, etc. Una vez destruidos sus derechos humanos, aniquilada la persona jurídica, se procedía a la eliminación de la persona física (ARENDDT, 1987:665 y ss.) [1951].

No quiero terminar este apartado sin recordar que a diferencia de Mezger y Exner –por citar sólo a personalidades de las Ciencias Penales- que se plegaron al régimen nacionalsocialista, también hay destacadas figuras del mundo científico y académico europeo de entreguerras que desarrollaron una importante labor de oposición al régimen nazi y a las doctrinas racistas, oposición que a menudo les valió el exilio y la muerte. La actividad de la llamada Escuela de Frankfurt, primero en Alemania y luego en EE.UU. es bien conocida por todos.

En el ámbito criminológico hay que mencionar al holandés WILLEM BONGER, que rebate las teorías criminológicas del nazismo que pretendían encontrar un vínculo causal entre raza y criminalidad.

Varios años antes del período que ahora nos ocupa, en su conocida obra *Criminalité et conditions économiques*, publicada en 1905, BONGER adopta el marco interpretativo marxista en el análisis de la cuestión criminal y señala de forma pionera que el sistema capitalista es la causa del delito debido a la miseria y egoísmo que genera. De este modo rebatía la criminología biológica imperante en esos años, incluyendo las teorías pretendidamente socialistas de Ferri.

En 1939 - un año antes de su muerte- BONGER escribe su libro *Race and Crime* en pleno apogeo del régimen nazi, cuando ya se pueden intuir los horrores en los que desembocará el culto a la “supremacía racial”. Como él mismo reconoce, escribir en esos momentos sobre la relación entre “raza” y criminalidad es muy espinoso, debido a la terrible reputación de la ideología racial. El criminólogo holandés pretende escribir sobre el tema desde un punto de vista científico, evitando todos los prejuicios raciales imperantes, aunque como veremos no logra eludir ciertas categorías y estereotipos propios de la época.

Como hombre de su tiempo que es, BONGER no cuestiona la categoría de “raza”, pero sin embargo opina que las distinciones raciales son bastante “superficiales”, es decir, que si no fuese por la pigmentación de la piel, el tipo de cabello y algún otro rasgo fisiológico superficial, las clasificaciones raciales perderían

sentido³⁴ (1943:3-5). Además, critica duramente a los “pseudo-historiadores” –desde Gobineau en adelante- que sostienen teorías acerca de la superioridad de unas razas sobre otras; teorías que han tenido cierto éxito en EE.UU. y, sobre todo, en Alemania, donde desde el establecimiento del régimen Nazi las doctrinas racistas han adoptado la forma de anti-semitismo. Pero como señala este autor, las tesis racistas no han sido en absoluto demostradas y, en realidad, no constituyen teorías sino más bien una religión de segundo orden (1943:10).

En contraposición a los criminólogos del nazismo que intentan demostrar la influencia de la raza en la criminalidad, BONGER se ocupa de negar que la “criminalidad” sea una característica física o psíquica que pueda ser atribuida a una persona, y menos todavía a un grupo racial. Afirma que no tiene ningún sentido hablar de razas criminales y no criminales. El delito se encuentra en todas las razas, y es cometido tan sólo por un reducido número de individuos de cada raza. En principio, por tanto, no hay divergencias entre las razas (1943:28).

En la segunda parte del libro BONGER examina los índices de criminalidad de diversas razas, empezando por la criminalidad de los negros en los EE.UU. El autor analiza estadísticas penitenciarias de 1910 en adelante que muestran una importante sobre-representación de la población negra en prisión, pero señala que los índices de encarcelamiento no deben ser tomados como reflejo de la criminalidad:

“Los delitos cometidos por negros son perseguidos con mayor frecuencia que los cometidos por blancos. Los negros están menos capacitados para llevar a cabo una auto-defensa legal, con menor frecuencia su condición económica les permite asegurarse un buen abogado y tienen más posibilidades de ser condenados a prisión” (BONGER, 1943:43, *la traducción es mía*).

Sin embargo, pese a que estos factores pueden incrementar las cifras, BONGER señala que no tiene duda alguna acerca de la mayor criminalidad de la población negra, que se explica por la situación social de los negros en la sociedad y no por factores de tipo biológico. La situación en la que quedaron los negros tras la guerra civil, oprimidos por los blancos, analfabetos y sin formación profesional, realizando los trabajos más mal pagados y menos calificados, los convierte en los *pariahs* de los Estados Unidos; y

³⁴ El autor añade que no se encuentra ninguna diferencia ni en el esqueleto ni en la estructura del cerebro, que todas las razas pueden aprender todas las lenguas existentes y que se reproducen cuando se cruzan entre ellas. Tampoco difieren las diversas razas humanas desde un punto de vista psicológico: se mueven por los mismos motivos, sentimientos y pasiones.

esta situación social de los negros ofrece una completa explicación de su elevada criminalidad, sin necesidad de acudir a otro tipo de explicaciones (1943:43-46).

A continuación BONGER examina los índices de criminalidad de los judíos en la mayoría de países de Europa central, llegando a la conclusión que tienen un índice de criminalidad inferior al resto de la población para todos los delitos, salvo en los delitos comerciales, en especial, el fraude (1943:51-58). También en este caso el autor atribuye el diverso patrón de la criminalidad judía a factores socio-económicos: por una parte, la gran proporción de judíos que trabaja en el comercio eleva sus posibilidades de involucrarse en delitos económicos; por otra parte, los bajos índices de alcoholismo y la estrecha estructura familiar y comunitaria reduce la criminalidad de los jóvenes; finalmente, la vida predominantemente urbana y el mayor nivel cultural de los judíos también contribuyen al mencionado modelo de criminalidad (1943:51-61).

Luego pasa a analizar la criminalidad de las diversas razas de Europa: mediterránea, alpina y nórdica. Al examinar las estadísticas el autor advierte la considerable mayor criminalidad –sobre todo en crímenes violentos y sexuales- de los italianos y españoles respecto de los otros países europeos, sobremanera respecto de los habitados por la “raza nórdica”, que muestra los menores índices de criminalidad. Asimismo, menciona que los emigrantes italianos en Norteamérica también presentan una mayor criminalidad que la población nativa y que el resto de inmigrantes.

Sin embargo, la explicación de estos mayores índices de criminalidad entre los italianos y españoles no la sitúa BONGER en la “raza” sino en factores sociales y culturales (condiciones económicas muy desfavorables, una diversa concepción de la agresividad, tradiciones residuales procedentes del sistema feudal, etc.). El autor sostiene que la mayor agresividad y la criminalidad violenta están vinculadas al subdesarrollo socio-económico y al nivel cultural de la mayoría de la población. Y ello se demuestra al examinar los índices de criminalidad de la segunda generación de inmigrantes italianos en EE.UU., que muestran un índice de criminalidad similar al de los nativos, lo que pone de manifiesto el rápido “ajuste” al nuevo ambiente social, y descarta toda relevancia del factor racial (1943:66-75).

BONGER concluye su libro con cierta cautela, señalando que no pretende haber llegado a resultados definitivos sobre el estudio de la “raza y el delito”. No se atreve a afirmar radicalmente que la raza no tenga importancia alguna en la etiología del delito, pero en cambio rechaza por completo las teorías puramente biológicas y racistas de la criminalidad, como “la afirmación de Slingenberg según la cual la diferencia en la

criminalidad entre personas con pelo claro u oscuro consiste exclusivamente en una cuestión de raza” (1943:82).

En suma, a pesar que BONGER, en consonancia con los investigadores de su tiempo, recurre ampliamente a la noción de raza –aunque resalta su “superficialidad”-, hay que destacar la gran valía de su trabajo, que cuestiona seriamente la influencia del “factor” racial en la criminalidad y apunta a los factores socio-económicos y culturales.

Hay que tener en cuenta que en el momento que escribe este libro -1939- nos encontramos en pleno apogeo del nazismo y de sus doctrinas racistas, que en Europa han adquirido una hegemonía de tal calibre que desembocarán en el exterminio de 6 millones de personas ante los ojos y el silencio cómplice –como mínimo en sus inicios- de buena parte de los gobiernos y población mundial.

Es cierto que el criminólogo holandés no advierte que las estadísticas oficiales examinadas en su libro son el resultado de la selección del sistema penal, que en momentos de intensa discriminación racial y de generalización de prejuicios y estereotipos raciales (como el estereotipo del judío estafador publicitado por el nazismo), dicha selección provoca una completa distorsión de las cifras de la criminalidad. La obra criminológica de Bonger continúa anclada en el llamado paradigma etiológico de la criminalidad, que pretende identificar las causas individuales del delito, pero a diferencia de la mayoría de criminólogos europeos de su tiempo no busca dichas causas de la criminalidad en factores de tipo biológico inherentes al individuo, sino que apunta claramente a factores externos al mismo, y en particular a los factores socio-económicos. Al indicar el contexto socio-económico como causante de la delincuencia, y no al individuo concreto, desde su libro de 1905 Bonger se convierte en pionero de las perspectivas que varios años después cuestionarán la injusta distribución de recursos económicos y de poder existente en las sociedades capitalistas.

CAPÍTULO 4: LA CRIMINOLOGÍA DEL *WELFARE* Y LAS CORRIENTES CRÍTICAS

1. La criminología funcionalista de la post-guerra y las teorías de las subculturas criminales

La derrota del nazismo implicará, en el ámbito de las ciencias sociales, el desplazamiento de las corrientes “científicas” que habían servido de justificación del exterminio, esto es, toda la ideología racista elaborada desde Gobineau en adelante, así como la antropología biológica y los conceptos de la selección natural de la sociología evolucionista. En realidad, en la posguerra toda la ideología positivista evolucionista quedará relegada a la historia de la ciencia, porque el exterminio nazi provoca una profunda crisis de la idea de progreso indefinido de la humanidad surgida con la Ilustración. La experiencia nazi pone de manifiesto de la forma más cruda imaginable que la humanidad no avanza de forma lineal por la senda del progreso, y también que el desarrollo científico e industrial no siempre supone necesariamente “progreso”.

Esta profunda crisis del positivismo en las ciencias sociales dará paso a la hegemonía de un nuevo paradigma científico para el estudio de los fenómenos sociales: el funcionalismo vendrá a reemplazar al modelo científico propio del positivismo.

El funcionalismo como sistema de pensamiento reconoce a Durkheim, Weber y los antropólogos británicos (Malinowski, Radcliffe-Brown) como sus precursores (MARSAL, 1977:145-178). Pero será en Norteamérica en la década de 1940 que adquiere hegemonía como paradigma científico en el campo de las disciplinas sociales. Ya hemos mostrado detenidamente que en el período de entreguerras –mientras las disciplinas sociales europeas seguían ancladas en un positivismo racista y eurocéntrico– en los EE.UU. habían florecido las investigaciones sociológicas de la Escuela de Chicago, que llevaban a cabo investigación empírica (mediante técnicas de investigación social muy variadas) centrada fundamentalmente en la interacción de los diversos grupos sociales entre sí y con el ambiente. A mediados de la década de 1930 irá destacando también otro centro de investigación además de Chicago, que será la Universidad de Harvard, donde encontramos a Talcott Parsons, quien recupera la herencia funcionalista de Durkheim en su trabajo de 1937 *The Structure of Social Action*.

De esta forma, y debido al hecho que las disciplinas sociales europeas se habían mantenido ancladas al positivismo racista que justificó el exterminio nazi, en la Europa

arrasada por la Segunda Guerra Mundial encontramos un vacío en cuanto a investigación sociológica. Este vacío será llenado por “la entrada de la ciencia social de los vencedores que propagaban sus universidades y centros de investigación sociológica” (BERGALLI, 1998: 26). Mediante la financiación de las fundaciones norteamericanas para la reconstrucción de Europa, el funcionalismo se asentará con fuerza en el ámbito de las ciencias sociales del viejo continente. El máximo desarrollo de este enfoque en Europa lo encontraremos en la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, que luego tendrá tanta influencia en el derecho penal alemán.

En el plano de las ciencias penales y criminológicas, en primer lugar hay que destacar el manto de olvido que se extiende sobre el derecho penal, la criminología y la política criminal del período nazi, que había impuesto un “derecho de los más fuertes” apoyado en concepciones biológico-racistas y se había puesto al servicio del exterminio.

Destacados penalistas que habían participado activamente con el régimen nacionalsocialista se refugiarán en las elucubraciones especulativas y “asépticas” de la dogmática penal para ocultar su pasado nazi. Como ha puesto de manifiesto MUÑOZ CONDE, la pretendida neutralidad ideológica de la dogmática penal de la posguerra – centrada en las discusiones entre causalismo y finalismo– permitió que el penalista Edmund Mezger mantuviera su influencia en la academia alemana y la extendiera también a otras latitudes, como España o Latinoamérica (2002:91-123). El penoso olvido del pasado nazi de Mezger que algunos todavía hoy se empeñan en ocultar e incluso justificar, constituye tan sólo un ejemplo de la desmemoria histórica acerca de las atrocidades del totalitarismo del siglo XX que caracteriza a importantes sectores de nuestras sociedades³⁵.

La criminología de la posguerra tampoco revisará las atrocidades cometidas durante el período nazi en nombre de dicha disciplina, pero se distanciará claramente de la ideología racista, desplazará a las teorías criminológicas de raíz biológica y renunciará a la noción de raza para explicar las causas de la criminalidad. El contexto cultural y socio-económico conformará los elementos a tomar en consideración para explicar las variaciones en la criminalidad entre diversos grupos.

Es decir, como señala ZAFFARONI (1993:239), tras el fin de la guerra tan sólo algún autor más o menos desorientado todavía mantenía elementos racistas en sus

³⁵ Acerca del olvido de los crímenes de los totalitarismos, en especial en las ciencias jurídicas y jurídico-penales, ver ANITUA / BERGALLI (2003: 269-302), donde además se relata la polémica suscitada tras la publicación en España de las investigaciones de Muñoz Conde, debido a los intentos de Cobo del Rosal de desacreditar dichas investigaciones a fin de no ensuciar el nombre de Mezger.

teorías criminológicas, pero la gran mayoría de las teorías criminológicas de la posguerra centraron su atención en aspectos culturales y socio-económicos como factores explicativos de la criminalidad. Sin embargo, tratarán de mantener el anclaje en el paradigma etiológico de la criminalidad- esto es, en las explicaciones individuales de la criminalidad-, a fin que la consideración del contexto social no refleje la injusta distribución de recursos y poder existente en las sociedades y ponga en peligro el orden social imperante, que en esos años ha adoptado la forma de Estado del bienestar, reflejando un supuesto “pacto” entre capital y trabajo.

Con la ayuda de este “pacto” y el aludido manto de olvido extendido sobre las atrocidades nazis, así como con la sustanciosa financiación norteamericana para la reconstrucción de Europa, a los pocos años de finalizada la guerra encontramos un período de rápida recuperación económica en los países de Europa central (Alemania, Holanda, Bélgica, Francia, Gran Bretaña). La fuerte industrialización en las ciudades genera una demanda de mano de obra que no puede ser atendida en el mercado interno, de modo que los empresarios y los gobiernos buscan mano de obra en el exterior. Se inicia entonces un período de promoción de la inmigración procedente de los países menos desarrollados, tanto de las zonas pobres de Europa (España, Italia, Grecia, Portugal, Irlanda) como de las ex-colonias (India, Pakistán, Argelia, Congo, etc.).

Para regular la inmigración los países de la Europa central recurrieron a diversos modelos: el modelo asimilacionista francés, que promovía la asimilación de los inmigrantes dentro de la cultura francesa; el modelo de los trabajadores-huéspedes alemán (*guest-worker*), que pretendía el retorno de los inmigrantes a su lugar de origen una vez satisfecha la necesidad de mano de obra; y el modelo multicultural británico, que permitía la integración de los inmigrantes en Gran Bretaña manteniendo sus costumbres y tradiciones culturales (CASTLES / MILLER, 1998:68-74; KOFMAN / PHIZACKLEA / RAGHURAM / SALES, 2000:49-56). La dimensión de este proceso migratorio que tiene a Europa por protagonista es importante, hasta el punto que a principios de los años '70 encontramos aproximadamente 10 millones de trabajadores inmigrantes en los países del centro-norte de Europa. Pero tras la crisis energética de 1973, el proceso migratorio dejará de ser visto con buenos ojos y se empezará a construir como problema.

1.1. Precedentes: la concepción funcionalista del delito de Émile Durkheim y la teoría de la anomia de Robert Merton

Los enfoques funcionalistas sobre la criminalidad suponen un giro notable respecto al paradigma propio del positivismo porque ya no centran su atención en factores criminógenos inherentes al individuo sino más bien en factores sociales externos al mismo; es decir, la atención se desvía a la influencia que la estructura y el funcionamiento de la sociedad tienen en el individuo.

ÉMILE DURKHEIM es considerado el padre del funcionalismo al abandonar el análisis causal característico del positivismo y adentrarse en el estudio de las funciones de los fenómenos sociales. El sociólogo francés es el primero en usar el concepto de anomia para referirse a la “ausencia de normas” que caracterizaría el momento histórico en el que vive, que es el período post-revolucionario francés. Este concepto de anomia será retomado y reelaborado por Robert Merton en los EE.UU. de la segunda posguerra mundial.

Quizá la principal aportación de Durkheim en el terreno criminológico fue su afirmación acerca de la normalidad, la generalidad y la funcionalidad del hecho delictivo, caracteres que lo alejaban del terreno de lo patológico donde lo había situado la criminología positivista.

DURKHEIM constata que el delito se observa en las sociedades de todos los tipos -“no hay una en la que no haya criminalidad”- dice, y esto le lleva a afirmar que “no hay fenómeno que presente de manera más irrecusable todos los síntomas de normalidad, puesto que aparece estrechamente ligado a las condiciones de toda vida colectiva” (1986:92) [1895].

El delito es pues un fenómeno de sociología normal. Con ello DURKHEIM se separa del positivismo criminológico que consideraba que el delito tenía carácter patológico. Discute explícitamente con Garófalo al negar que pueda existir una naturaleza criminal en el acto delictivo y le cuestiona su concepto de “delito natural” (1985:83-101) [1893]. Por tanto, si el delito no tiene entidad ontológica significa que es producto de las normas y convenciones sociales en cada momento y tiempo determinado, y ello lo reconoce DURKHEIM al observar que “éste cambia de forma, los actos así calificados no son en todas partes los mismos” (1986:92) [1895].

Pero además sostiene que la existencia del delito es necesaria en toda sociedad, debido a que cumple una importante función social, cuál es el reforzamiento de la conciencia colectiva y de los vínculos de solidaridad social. El delito –dice- es

indispensable para la evolución normal de la moral y del derecho (DURKHEIM, 1986:95) [1895].

Para el sociólogo francés el delito y la posterior reacción punitiva -el castigo- desencadenan un circuito moral que tiene un desenlace funcional. La comisión de un delito debilita las normas de la vida social al mostrarlas menos universales. El hecho de que surja una pasión colectiva como reacción al delito que exija el castigo del infractor demuestra la fuerza real que apoya las normas sociales y las reafirma en la conciencia de cada individuo. Por lo tanto, el delito y su castigo logran un efecto funcional espontáneo: la reafirmación de las creencias y relaciones mutuas que sirven para reforzar los vínculos sociales, la cohesión social (GARLAND, 1999:50-51).

Los análisis de Durkheim constituyeron un gran avance para su tiempo, por ser el primero en distanciarse de las concepciones naturalistas del delito propias del positivismo criminológico, que situaban las causas del delito en fuerzas naturales como el clima, la raza u otros factores relativos al individuo (BARATTA, 1993:58).

Ya hemos advertido que si bien el origen del funcionalismo lo encontramos en Europa, a partir de la década de 1930 la sociología funcionalista se desarrollará extraordinariamente en Estados Unidos, pudiendo señalarse como sus máximos representantes a Talcott Parsons y Robert Merton.

Tras la época del *New Deal* y durante las décadas de 1940 y 1950 las teorías pluralistas del control social de gran inspiración democrática propias de la Escuela de Chicago van perdiendo terreno en favor de un creciente conservadurismo, que instaurará el vocabulario de la integración y consenso social. En el terreno de las teorías del control social esta “restauración conservadora” se manifiesta en la creciente hegemonía de la teoría monista de Parsons, a partir de la publicación de su obra en 1937, *The Structure of Social Action*. La teoría de la desviación y del control social de Parsons concibe al control social como una reacción frente a la desviación y atribuye al derecho un papel en la organización de la sociedad y en el mantenimiento del control social (MELOSSI, 1992:185-191).

La teoría parsoniana del control social se convertirá en la teoría “oficial” en el campo tanto de la sociología como de la criminología y tras triunfar en EE.UU. será exportada también a Europa. De esta forma se expanden las teorías sociales del consenso, que conciben a las sociedades occidentales –basadas en las democracias liberales y en el sistema de producción capitalista- asentadas en un conjunto de valores

compartidos y aceptados por la mayoría de los ciudadanos. Valores que son institucionalizados a través del derecho, que es considerado como elemento de cohesión social y de mantenimiento del orden (MELOSSI, 1992:*op.cit.*).

En los trabajos de Parsons desviación significaba “no conformidad con las expectativas de los otros en un determinado sistema social”. Se considerará que las expectativas de la cultura dominante son producto del consenso, de manera que la no conformidad respecto a estas expectativas se convierte en un fracaso imputable a la personalidad del sujeto, a su proceso de socialización, a los factores sociales que lo rodean, etc. Esta sociología del comportamiento desviado se desarrolló mucho en el marco del Estado del Bienestar, y legitimó distintas intervenciones basadas en las ideologías “re” -resocialización, reeducación, reinserción- desde el ámbito de la psicología social (SUMNER, 1997:19-29).

Los conflictos sociales que se manifiestan a través del delito serán tratados como conflictos privados, como patologías sociales. Se evita atribuir significado político a la desviación y se le da una apariencia de objeto de conocimiento neutral. El concepto de desviación pretendía eludir las críticas vertidas a la categoría de delincuente, sobre todo su dependencia de la definición legal. No obstante, la noción de “desviado” tampoco es un objeto de conocimiento neutral, debido a su dependencia ideológica de los estándares de moralidad de la *middle class*, que definen como “desviadas” aquellas conductas que no concuerdan con sus costumbres y moral (SUMNER, 1997:*op.cit.*).

A pesar de los intentos conservadores de aislar la cuestión criminal de la cuestión social y de mantener al delito o la desviación en el terreno de los conflictos individuales, la consideración de la estructura social en las teorías criminológicas se acabará imponiendo; es decir, la criminología de la posguerra no podrá ignorar por mucho tiempo el efecto de las desigualdades sociales estructurales en las explicaciones de la criminalidad.

Robert Merton reelaborará el concepto durkheimiano de “anomia” en su artículo “Estructura social y anomia” publicado originariamente en 1938. Explicará la anomia -que es la causa de la desviación- como un desequilibrio o contradicción entre fines culturales y estructura social. La sociedad propone al individuo una serie de metas culturales -que en las sociedades capitalistas occidentales vienen constituidas por el éxito económico y el ascenso social- y establece unos medios legítimos para alcanzarlas. Sin embargo, las posibilidades de lograr esas metas culturales no son las mismas para todos los individuos, los puntos de partida son muy distintos. Los

individuos pertenecientes a los estratos inferiores de la sociedad se encontrarán con muchas dificultades para alcanzar las metas culturales propuestas. Dicha contradicción o desequilibrio genera elevados niveles de frustración individual que, en ocasiones, desemboca en el comportamiento desviado.

La conducta desviada es tan sólo una de las respuestas individuales, ya que Merton habla de cinco tipos o modelos de adecuación individual frente a las metas culturales propuestas y los medios legítimos que ofrece la sociedad, que implican una mayor o menor adhesión tanto a las metas como a los medios: conformidad, innovación, ritualismo, apatía y rebelión. Según Merton, el comportamiento desviado típico es el innovador, que consiste en la adhesión a los fines culturales propuestos sin respetar los medios legítimos para obtenerlos. Y este comportamiento lo encontramos con mayor frecuencia entre los estratos inferiores de la sociedad, que están sometidos a una mayor presión y frustración debida a la aludida contradicción entre metas y medios (BERGALLI / BUSTOS / MIRALLES, 1983:135-137).

Robert Merton no se detuvo a explicar la criminalidad de los inmigrantes o minorías étnicas, pero su teoría resulta fácilmente aplicable a estos casos, ya que buena parte de estos grupos ocupan los estratos inferiores de la estructura social, a la vez que comparten las metas culturales de las clases medias y altas. Así, los jóvenes de clases bajas hijos de inmigrantes no tienen las mismas posibilidades de éxito social que los hijos de familias pertenecientes a las clases medias o altas y, para salvar los obstáculos que le opone la estructura social, una posibilidad será tratar de conseguir los mismos objetivos sociales mediante vías ilegítimas (PAVARINI, 1996a:109-110).

Los análisis estructural-funcionalistas para explicar el fenómeno de la criminalidad serán profundizados por otros autores en subsiguientes teorías, entre las que se encuentran las teorías de las subculturas criminales, que prestarán especial atención a la criminalidad de los jóvenes pertenecientes a minorías étnicas o a los mal llamados “inmigrantes de segunda generación”.

1.2. Las teorías de las subculturas criminales

La teoría de la anomia de Robert Merton partía de la existencia de unos valores o fines culturales compartidos por todos los miembros de la sociedad y en este sentido muestra limitaciones frente a los problemas planteados por determinadas minorías marginadas (étnicas, culturales, juveniles) que no adhieren a los valores dominantes.

Para explicar la pluralidad de la realidad social surgen las teorías subculturales, entre las que destacan los trabajos de Albert Cohen y de Cloward y Ohlin.

En su libro *Delinquent Boys: The Culture of the Gang* (1956), ALBERT COHEN señala que en toda sociedad encontramos diferentes sub-grupos diferenciados, con sus propios sistemas de valores, códigos, hábitos y creencias. Estas culturas dentro de otras culturas es lo que denominamos “subculturas”. Al igual que existe una subcultura de la fábrica, de la universidad, del vecindario, etc., también existen subculturas criminales. Y todas tienen en común que se adquieren a través de la interacción social con los miembros del grupo o de la subcultura (1956:11 y ss.). El autor define las subculturas criminales en los siguientes términos:

“Son las bandas juveniles que florecen de forma más visible en los ‘vecindarios delincuenciales’ de nuestras mayores ciudades americanas. Los miembros de estas bandas crecen, algunos para convertirse en ciudadanos respetuosos de las leyes y otros para especializarse en las formas más profesionales y adultas de la criminalidad, pero la tradición delincencial se mantiene viva por los grupos de jóvenes que les siguen” (COHEN, 1956:13, *la traducción es mía*).

Para este autor, la subcultura de la delincuencia propia de las bandas juveniles se distingue de la delincuencia adulta por sus características: la primera es *no-utilitaria*, *maliciosa* y *nihilista*. Así, por ejemplo, los jóvenes pertenecientes a subculturas criminales no cometen hurtos con la finalidad racional y utilitaria de poseer el objeto, sino más bien como forma de entretenimiento, al igual que realizan actos de vandalismo. Fundamentalmente los códigos de conducta de las subculturas de las bandas juveniles se caracterizan por la inversión de los valores y normas de la sociedad adulta “respetable”, por contradecir sus normas (COHEN, 1956:24-32).

COHEN pone especial énfasis en la estructura de clases de la sociedad y señala que la inmensa mayoría de miembros de las subculturas criminales son muchachos jóvenes procedentes de clase trabajadora (op.cit.:37). Esta conclusión es fundamental para el argumento que este autor desarrolla en su libro ya que –dice-, la subcultura criminal constituiría una solución a los problemas de estatus de los jóvenes de clases bajas, esto es, el problema de adquirir respeto ante los ojos de los demás.

Las normas y criterios de estatus propios de la *middle class* (ambición, responsabilidad individual, desarrollo de habilidades intelectuales y profesionales, esfuerzo, racionalidad, autocontrol, disciplina, respeto por la propiedad, etc.) se aplican también a los chicos de clase trabajadora –sobre todo en la escuela-, pero éstos se

encuentran con muchas mayores dificultades para lograr estos estándares debido a que no han sido socializados en estos valores y debido a la posición que ocupan en la estructura social. Estos jóvenes, entonces, cuando sean evaluados con los estándares de la clase media, serán situados en el nivel inferior de la jerarquía de estatus, lo que les puede llevar a experimentar sentimientos de frustración, vergüenza e inferioridad (COHEN, 1956:84 y ss.).

Para estos chicos de clases bajas, la subcultura criminal es una solución a sus problemas de estatus, aunque obviamente no todos los jóvenes de la *working class* desarrollan este tipo de respuesta frente a los problemas de desajuste. La subcultura criminal establece nuevas normas y criterios de estatus que definen como meritorias las características y conductas que estos jóvenes pueden realizar. Estos nuevos criterios de estatus constituyen valores subculturales diferentes y a menudo antitéticos respecto a los de la sociedad dominante (1956:121 y ss.).

La teoría de Cohen de las subculturas criminales será revisada y profundizada por RICHARD CLOWARD y LLOYD OHLIN en su libro *Delinquency and Opportunity: A Theory of Delinquent Gangs* (1961), donde los autores combinan dos perspectivas teóricas: por una parte, la iniciada con Durkheim y continuada por Merton; por otra, la desarrollada por Shaw, McKay y Sutherland. Esta combinación se pone de manifiesto en su teoría de las “estructuras de oportunidades diferenciales”, según la cuál cada individuo ocupa una posición tanto en la estructura de oportunidades legítimas como ilegítimas. Como ellos mismos señalan, con esta teoría unen la perspectiva de la anomia de Merton, que reconocía el acceso diferencial a los medios legítimos, y la tradición de Chicago, que implícitamente reconocía el acceso diferencial a los medios ilegítimos³⁶ (1961:150 y ss.).

Incorporando los postulados teóricos de Robert Merton, estos autores interpretan la formación de subculturas de la delincuencia como un producto de la discrepancia entre las aspiraciones de los jóvenes de clase baja y las oportunidades de que disponen para alcanzarlas a través de medios legítimos. La sociedad industrial norteamericana define determinados objetivos de éxito como accesibles a todos, con independencia de la raza, la religión y la posición socio-económica. Pero pese a esta ideología de clases

³⁶ Los autores señalan que la teoría de la anomia de Merton sólo tomaba en consideración el diferente acceso a las oportunidades legítimas, como si el acceso a las vías ilegítimas fuera libre. Por su parte, las teorías culturales de la escuela de Chicago y la teoría de la asociación diferencial de Sutherland toma en consideración la variabilidad en el acceso a las vías ilegítimas, pero no analiza el diferente acceso a las vías legítimas en función de la posición del individuo en la estructura social.

sociales abiertas e igualdad de oportunidades, la realidad es que las oportunidades de alcanzar por vías legítimas las aspiraciones de éxito se reducen a medida que descendemos en la estructura social. Cuando los jóvenes de clases bajas adquieren conciencia de sus limitaciones, experimentan una intensa frustración que los puede llevar a explorar vías alternativas, como la formación de subculturas de la delincuencia (CLOWARD / OHLIN, 1961:78 y ss).

Es decir, para estos autores el comportamiento delictivo no es producto de una socialización deficiente de las clases bajas o de la desorganización social, sino más bien una forma de adaptación frente a las discrepancias entre aspiraciones y oportunidades de alcanzarlas por vías legítimas. Este desajuste provoca sentimientos de injusta privación que puede resolverse en la pérdida de adhesión a las normas oficiales.

El sentimiento de injusta privación es aún más fácil que se desarrolle en el caso de personas pertenecientes a minorías étnicas, debido a que las barreras para el acceso a las oportunidades son claramente visibles. En este sentido, señalan CLOWARD y OHLIN:

“Por ejemplo, puede ser difícil para un negro mantener su confianza en la ideología de la igualdad bajo condiciones sociales que de forma visible excluyen a los miembros de su ‘raza’ del acceso a las oportunidades legítimas para alcanzar éxito. De hecho, los negros están en una situación de desventaja incluso en el mundo ilegítimo (...). El aumento de la visibilidad de las barreras externas para el progreso de los negros eleva su sentimiento de discriminación y justifica que retiren la atribución de legitimidad a las normas de conducta convencionales” (1961:121, *la traducción es mía*).

Los autores mencionan que algunos estudios, todavía experimentales, muestran que los jóvenes negros adquieren conciencia de las distinciones raciales existentes en la sociedad, aunque no hayan sufrido directamente prácticas discriminatorias, y el sentimiento de exclusión respecto de los objetivos sociales les puede llevar a participar en subculturas de la delincuencia, en especial a la adicción a las drogas (op.cit.:89).

Es decir, la conciencia de la discriminación racial y el sentimiento de injusticia que ello genera pueden llevar a los jóvenes negros a la formación de subculturas. Como señala PAVARINI, el joven negro de clase baja también desea alcanzar el éxito económico, pero pronto se dará cuenta que por el color de su piel, por el barrio donde habita y por su escasa escolaridad no puede alcanzar dicho objetivo a través de medios lícitos, ya que esto está reservado a los jóvenes blancos de clase media e instrucción universitaria. El joven negro tomará conciencia de esta imposibilidad y verá que entre

los jóvenes de su condición social hay otras actividades que están muy difundidas y gozan de cierto prestigio social entre los habitantes de su barrio (el contrabando, la venta de drogas y la participación en bandas juveniles). Estas actividades ilegales generan unos valores propios, como la solidaridad, el encubrimiento frente a la policía, etc. Es la subcultura de los jóvenes de clases bajas que habitan en las zonas marginales de las ciudades. “Es la cultura del gueto, del *slum*” (1996a:111).

Pero, como hemos dicho, estos autores sostienen que el acceso a las vías ilegítimas, esto es, la participación en las subculturas de la delincuencia, también es limitado, y depende de la organización social del *slum*. Las subculturas de la delincuencia emergen fundamentalmente –aunque no sólo- entre chicos adolescentes urbanos pertenecientes a las clases bajas, y la actividad delincuente constituye un requisito esencial para representar el rol de miembro de la subcultura (CLOWARD / OHLIN, 1961:7).

Los autores distinguen tres variedades distintas de las subculturas de la delincuencia, en función de la modalidad delincencial que constituye la actividad principal del grupo o banda: 1) la “subcultura criminal”, basada en valores criminales y cuyos miembros se organizan principalmente con el objetivo de obtener ganancias materiales a través de vías ilegales (fraude, extorsión, hurtos, etc.); 2) la “subcultura del conflicto”, centrada en el uso de la violencia y en la que sus miembros adquieren estatus por el ejercicio de la fuerza y la amenaza de la misma. Estos grupos surgen en los *slums* carentes de organización social y han atraído en los últimos tiempos la atención de la prensa; 3) la “subcultura del retraimiento”, que se centra en el consumo de drogas y cuyos miembros se sitúan al margen de los roles convencionales (familia, trabajo, etc.), en busca de nuevas experiencias extáticas (CLOWARD / OHLIN, 1961:20).

Algunos de estos tipos de subculturas parecen estar especialmente difundidos entre determinados grupos raciales y étnicos. Así, por ejemplo en New York, las subculturas criminales dedicadas a las estafas, tráfico de drogas, apuestas, etc. se encuentran con más frecuencia en los barrios italianos, mientras que las dedicadas a hurtos y robos profesionales se sitúan más bien en áreas de mezcla de nacionalidades. Por su parte, las subculturas de retraimiento y de conflicto parecen estar especialmente difundidas en los vecindarios negros y puertorriquenses (op.cit.:29).

Aunque CLOWARD y OHLIN advierten que las diversas subculturas no son estables, sino que están sometidas al cambio. En concreto, dedican atención a la adaptación que ha acompañado las diversas fases de asimilación de los grupos de

inmigrantes. Los inmigrantes –dicen- han sido la principal población constitutiva de los *slums*. Las sucesivas olas de inmigrantes de diversas nacionalidades y orígenes étnicos (irlandeses, judíos, italianos, etc.) a su llegada a América han habitado esas zonas de las ciudades, a menudo han participado en los sistemas ilegítimos de oportunidades propios de las subculturas criminales, con el tiempo han accedido a los medios legítimos y han quedado asimilados a la *middle class*. Indican que la última ola migratoria que ha venido a habitar los *slums* es la de personas negras procedentes del sur rural, que si bien ahora participa en buena parte de las subculturas de la delincuencia, con el tiempo debería seguir el anunciado proceso de acceder a la *middle class* (CLOWARD / OHLIN, 1961:193-211).

Sin embargo, ya intuyen algunas importantes transformaciones estructurales que pueden restringir las oportunidades de los negros y resultar en un estado permanente de desorganización social de los *slums*, aunque no contemplan el papel que la discriminación racial puede jugar para frenar el ascenso social de la población negra. La intuición de estos autores -sobre la que no se detienen lo suficiente- acerca de la posibilidad que los jóvenes urbanos negros adquieran el estatus de “problema” no tardará en hacerse realidad, manifestándose en los disturbios urbanos que estallan a partir de 1964.

Pero antes de centrarnos en ese “problema”, detengámonos brevemente en los interesantes desarrollos de la criminología alternativa de la década de 1960, que adoptará un enfoque comprometido con los oprimidos por el orden social y, en consecuencia, también por el sistema penal.

2. Los años 60: revolución paradigmática en la criminología. El *labelling approach*, la nueva teoría de la desviación y la criminología crítica

La década de 1960 generó un clima contracultural muy prolífico. Las movilizaciones y la organización de toda una serie de movimientos sociales contestatarios propició el surgimiento de la “nueva izquierda” (“*new left*”, como la denominó Wright Mills), que desafiaba la sociedad existente, rechazaba la ética del trabajo imperante y la moral de clase media; en suma, era portadora de una “nueva moral”.

Este clima contracultural también se manifiesta en el ámbito de la criminología, cuyos desarrollos se ocuparán de criticar y deslegitimar el sistema de control

imperante³⁷. En EE.UU. se constituyen los primeros movimientos de criminólogos radicales, como la *Union of Radical Criminologists* (URC) de la Escuela de Criminología de la Universidad de Berkeley (California), cuyo enfrentamiento con el *establishment* universitario culminará con la clausura de la Escuela en 1976. Los desarrollos críticos también se extienden por el continente europeo, empezando por Gran Bretaña, donde en 1968 se crea la *National Deviance Conference* (NDC), constituida por científicos sociales de diversas universidades, como Stanley Cohen, Ian Taylor o Jock Young. Los criminólogos radicales o críticos de los distintos países europeos se coordinarán para lograr un fluido intercambio de información y elaborar conjuntamente propuestas y estrategias alternativas mediante la creación en 1973 del *European Group for the Study of Deviance and Social Control* (BERGALLI / BUSTOS / MIRALLES, 1983:189-198; LARRAURI, 1992:66-76).

El punto de partida teórico de estos enfoques críticos podemos situarlo en las llamadas teorías del etiquetamiento o *labelling approach* desarrolladas fundamentalmente por Howard Becker –*Outsiders*, 1963- y Edwin Lemert –*Human Deviance, Social Problems and Social Control*, 1967- que producirán una inflexión en el pensamiento criminológico o, como se ha señalado, una “revolución paradigmática”. Estos enfoques permitirán abandonar el paradigma etiológico de la criminalidad para adoptar un paradigma de la definición y de la reacción social (BERGALLI / BUSTOS / MIRALLES, 1983:39 y 146; LARRAURI, 1992:25-38; PAVARINI, 1996a:127).

Los trabajos de Lemert y Becker, entre otros, centrarán su atención en torno a las cuestiones de la definición del delito y del etiquetamiento del delincuente. Sostienen que el delito no existe, sino que es producto de una definición. Es delito lo que la ley penal ha definido como tal, pero no tiene entidad objetiva y natural más allá de la ley penal que lo define. En cuanto al “delincuente”, afirman que es la persona que ha sido definida como tal, la persona a quien se ha aplicado con éxito la etiqueta de delincuente. En consecuencia, se dice que las instancias del sistema penal tienen una función constitutiva de la criminalidad, debido a que el estatus social de delincuente depende de que se produzca la reacción social y el etiquetamiento (BARATTA, 1993:88-91).

³⁷ Los enfoques teóricos de la nueva teoría de la desviación también tendrán reflejo en el ámbito de las políticas prácticas que se implementaron, sobre todo en el campo del castigo. La crítica a la institución carcelaria como productora de reincidencia condujo a una diversificación del castigo, pretendiendo reducir la centralidad de la institución total. Surgen así las llamadas correcciones comunitarias, la derivación, la semi-detención, los tratamientos intermedios, los distintos tipos de “centros”, etc. (COHEN, 1988:69-71).

Tanto Lemert como Becker se detendrán especialmente en el estudio de la formación de la identidad desviada, es decir, el efecto que produce en una persona la aplicación de la etiqueta de delincuente. Sostienen que la intervención del sistema penal estigmatiza y consolida la identidad de desviado, lo que desemboca en la desviación secundaria o en carreras desviadas. Si una persona es constantemente etiquetada como delincuente, finalmente asumirá la etiqueta y actuará en consecuencia, debido a que la personalidad humana es producto de la construcción social a través de la interacción. Por tanto, la intervención del sistema penal y los mecanismos sancionadores que pone en funcionamiento no hacen más que reforzar la etiqueta, lo que lleva a cuestionar seriamente la concepción resocializadora de la pena propia de la criminología del *welfare* (BARATTA, 1993:*op.cit.*).

El enfoque del etiquetamiento provoca una inversión del objeto de estudio respecto de la criminología tradicional: si el delincuente es la persona que ha sido etiquetada como tal, ya no tiene sentido indagar en las causas etiológicas de la criminalidad, sino que lo que hay que analizar son los procesos de interacción que llevan a etiquetar a una persona como delincuente, esto es, los procesos de criminalización. Se distinguirá entre criminalización primaria –consecuencia de la definición legal de determinados comportamientos como delitos- y criminalización secundaria –derivada de la aplicación de tales normas por parte de las instancias del sistema penal-.

Al prestar atención a los procesos de criminalización, una de las cuestiones fundamentales consistirá en identificar quien ostenta el poder de definición, el poder de definir determinados comportamientos como delitos. Este aspecto será particularmente desarrollado por la llamada criminología radical o crítica –denominación que se empieza a usar a partir de la publicación en 1973 del libro *La nueva criminología* de Ian TAYLOR, Paul WALTON y Jock YOUNG-, que conjugará los planteamientos de la teoría del etiquetamiento con un paradigma conflictual de la sociedad propio de la tradición marxista.

La criminología radical o crítica atacará la pretendida neutralidad de la ley penal al afirmar que no representa los intereses generales de la sociedad, sino tan sólo los de los grupos dominantes que por medio de la misma imponen sus intereses. En otras palabras, la ley penal es un instrumento en manos de las clases dominantes, que son las

que ostentan el poder –que incluye el poder de definición- y definen como delitos los comportamientos contrarios a sus intereses.

Pero no es sólo el proceso de criminalización primaria (la definición legal de los delitos) el que responde a los intereses de la clase dominante, sino que además la criminalización secundaria es el resultado de un proceso de selección por parte de las instancias del sistema penal. La policía, los jueces y la cárcel no persiguen y castigan por igual todos los comportamientos definidos como delitos –ya que ello es imposible-, sino solamente los realizados por los sectores sociales más vulnerables. Las instancias del sistema penal no persiguen nunca (o casi nunca) los llamados delitos de cuello blanco o delitos de los poderosos, sino que se limitan a perseguir los delitos comunes o callejeros. Esta selección o discrecionalidad en la actividad del sistema penal se realiza a través de estereotipos, a cuyo análisis también se prestará atención.

Estos desarrollos que ya no centran su atención en la persona del delincuente, sino por el contrario en la actividad del sistema penal y sus instancias de aplicación constituirán una importante deslegitimación del mismo, al poner de manifiesto la ausencia de neutralidad e igualdad en su funcionamiento.

En suma, la criminología crítica o radical situará en el centro del debate la naturaleza política de la cuestión criminal. El sistema penal no es neutral, sino que es un instrumento al servicio de las clases dominantes para mantener su hegemonía, mediante la criminalización de los comportamientos contrarios a sus intereses. Por tanto, la cuestión criminal es una cuestión política, un aspecto más del conflicto social (PAVARINI, 1996a:160-165).

La criminología crítica también incluirá en su campo de estudio el desarrollo de investigaciones históricas acerca de la pena desde una perspectiva marxista o materialista, recuperando la tradición iniciada con la investigación penológica de Georg Rusche y Otto Kirchheimer publicada en 1939 *Pena y estructura social*. En esta senda se inscribirá la obra de Dario Melossi y Máximo Pavarini *Cárcel y fábrica* de 1977. También encontramos algunos trabajos de penología que analizan la relación entre cárcel y “raza” desde una perspectiva considerada dentro de la “criminología oficial”, como el libro de Thorsten Sellin de 1976 *Slavery and the Penal System* y los análisis desde una perspectiva marxista de Richard Quinney o de Christopher Adamson y del ya citado Darnell Hawkins (1986).

Una de las cuestiones de la criminología oficial que será más criticada es su recurso a las estadísticas del sistema penal como instrumento para medir la criminalidad. Los enfoques criminológicos del *labelling approach* –y luego la criminología crítica en sus inicios- negarán validez a las estadísticas oficiales como instrumento de investigación social para cuantificar el volumen de criminalidad. Negarán el carácter objetivo de las estadísticas como instrumento para conocer la realidad del delito y de los delincuentes y afirmarán que, al igual que el propio delito, también las estadísticas son una construcción social. Los estudios del delito de cuello blanco y de la cifra oscura de la criminalidad demuestran que el delito está presente en todos los estratos de la estructura social, que no es privativo de las clases bajas como sostiene la criminología oficial en base a las estadísticas. Las estadísticas, por tanto, no reflejan la criminalidad “real” sino tan sólo la distinta reacción de las instancias del sistema penal y su selectividad. El factor que explica la mayor representación de personas pertenecientes a las clases bajas en las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias no es su mayor participación en actividades delictivas, sino su mayor vulnerabilidad frente a la actuación selectiva del sistema penal (LARRAURI, 1992:87).

CHAMBLISS y NAGASAWA aplicarán el marco teórico socio-construccionista y los argumentos críticos con las estadísticas oficiales –difundidos especialmente en un conocido artículo de Kitsuse y Cicourel de 1963 “A note on the uses of official statistics”- para desvirtuar la capacidad de las mismas de medir la criminalidad de los diversos grupos étnicos (1969:71-77).

Los autores señalan que la mayoría de investigadores reconoce que las estadísticas oficiales no constituyen un fiel reflejo de la criminalidad “real” de las minorías étnicas –sobre todo de la población negra- debido a la existencia de selectividad y discriminación en el sistema penal. El debate, sin embargo, se centra en si la selectividad es tal que convierte a las estadísticas en un instrumento inidóneo para medir la criminalidad o si, pese a todo, la medida de la criminalidad que proporcionan todavía se acerca sustancialmente a la “realidad” -postura que defiende la criminología oficial o dominante-. Así, la criminología dominante reconoce la existencia de prejuicios raciales en las instancias del sistema penal que incrementa las posibilidades de la población negra de ser arrestada y condenada, pero considera que la discriminación no explica totalmente los mayores índices de criminalidad de esa población. Sostienen que los negros tienen un índice de criminalidad “real” mayor que los blancos, aunque no tan pronunciado como muestran las estadísticas.

CHAMBLISS y NAGASAWA se proponen demostrar la ausencia de validez de las estadísticas oficiales para medir la criminalidad mediante la comparación de los índices de delincuencia “oficial” de estudiantes blancos, negros y japoneses, con sus índices de delincuencia “auto-declarada o reconocida”. Estos autores encuentran una importante divergencia entre las cifras que muestran las estadísticas oficiales y la delincuencia auto-declarada por los estudiantes: mientras las cifras oficiales señalan un elevado índice de delincuencia de los negros, intermedio de los blancos y mínimo de los japoneses, la delincuencia auto-declarada muestra unos índices similares entre blancos y negros, y menores entre japoneses, pero no tan inferiores como indicarían las cifras oficiales (1969:73).

Estos autores consideran que los índices que muestran las estadísticas oficiales no dependen de la criminalidad “real”, sino de la concurrencia de determinadas características culturales de los diversos grupos étnicos y de características de las agencias del sistema penal. En concreto se refieren a tres variables: 1) los prejuicios de las instancias del sistema penal, que consideran que los japoneses tienen unos índices de criminalidad extremadamente bajos, mientras que los negros los tienen extremadamente elevados y los blancos intermedios, concentrados en las clases bajas; 2) la visibilidad de las infracciones, que a su vez es consecuencia de los mencionados prejuicios, que se convierten en profecías auto-realizadas, debido a que la policía concentra su atención en descubrir los delitos de los negros y, en menor medida, de los blancos de clase baja, mientras que desatiende la conducta de los japoneses; 3) la conducta de los jóvenes en sus encuentros con la autoridad, que difiere en los diversos grupos étnicos: mientras que los japoneses suelen ser muy respetuosos con los mayores y con la autoridad, los negros suelen tener una actitud hostil frente a la policía, actitud que en general también se encuentra entre los jóvenes blancos de clases bajas (CHAMBLISS / NAGASAWA, 1969:75-76).

Según los autores, estas tres características modulan las estadísticas oficiales en mucha mayor medida que la criminalidad “real”, de manera que conociendo estas tres características podemos predecir con bastante seguridad los índices de las estadísticas oficiales. De ello se deriva que dichas estadísticas nos proporcionan información acerca de la actividad de las instancias del sistema penal, pero no nos dicen casi nada acerca de la distribución de las actividades delictivas entre la población.

Este enfoque crítico con las estadísticas oficiales, que les niega objetividad en la cuantificación de la criminalidad, será adoptado también por la criminología crítica en

sus primeros años de andadura, pero ya a mitad de la década de 1970 escucharemos voces que clamarán por una revisión de los planteamientos “idealistas y románticos” de la criminología de los '60.

CAPÍTULO 5: EL PESO DEL “REALISMO” EN LOS DEBATES MÁS RECIENTES

Mientras tanto en los EE.UU., que había constituido un modelo de buena integración de la masiva inmigración europea de fines del siglo XIX y primer tercio del XX, la “cuestión negra” ha permanecido irresuelta, como hemos visto al comentar la obra de Gunnar Myrdal de 1944 *An American Dilemma*. Ya hemos señalado que a partir de la década de 1920 se inicia una corriente migratoria de población negra que abandona el sur rural en dirección a los Estados industrializados del norte, corriente que se intensifica durante las décadas de 1940 y 1950. Esta población que huía de la pobreza, de la opresión y segregación racial y de las agresiones racistas del sur se enfrentará al racismo del norte, que los condenará a habitar la marginación y exclusión social de los *ghetos* de las ciudades industriales. A partir de la década de 1960 se empezará a hablar del problema de la criminalidad de los hijos de estos inmigrantes, que se integrarán en bandas y constituirán “subculturas criminales”. Pero será sobre todo con el estallido de disturbios urbanos a mediados de los años '60 que se hablará de la “criminalidad negra”.

Del otro lado del Atlántico a mediados de la década de los '70 encontramos la postura revisionista de Jock Young y otros criminólogos británicos, que se autodenominarán “realistas de izquierda”. Estos autores se distanciarán tanto de los planteamientos de la criminología alternativa y crítica de la década de 1960 y los primeros años '70, como de los enfoques criminológicos administrativos y tecnocráticos que se expanden rápidamente y están desplazando a la criminología social-demócrata como consejera del Príncipe. El enfoque “realista” se profundizará en la década de 1980 con el objetivo de competir con la criminología de derechas que ha ido adquiriendo hegemonía.

Como veremos, la cuestión racial o étnica ocupará un lugar central en las discusiones criminológicas primero en EE.UU. y luego en Gran Bretaña, debido a una creciente conflictividad y hostilidad entre la policía y las minorías étnicas –sobremano la población negra- que se manifiesta en el estallido de disturbios urbanos.

1. La cuestión negra irresuelta: persistente discriminación racial y conflictividad urbana. La teoría de la subcultura de la violencia y la noción de “criminalidad negra”

En la década de 1960 hay que destacar también la proliferación de los movimientos por los derechos civiles de las minorías o los sectores sociales oprimidos, protagonizado sobre todo por la población negra en los EE.UU., cuyas masivas movilizaciones marcarán un hito en la historia de los movimientos sociales de protesta.

Aunque la historia de las protestas negras obviamente no empieza ahí, sino que tiene importantes representantes a partir de las últimas décadas del siglo XIX. Una de sus más destacadas figuras, como ya hemos señalado, fue W. E. B. Du Bois, quien reclamaba la inmediata y total igualdad social y política para los negros, a diferencia de otro líder negro, Broker T. Washington, que representaba un sector más conciliador y perseguía ese objetivo más a largo plazo. También hay que mencionar la creación en 1910 de la *Nacional Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), organización central del movimiento de protesta negra que agrupaba líderes negros como Du Bois y liberales blancos de la tradición abolicionista (MYRDAL, 1944).

La NAACP llevó a cabo una importantísima labor contra la discriminación racial, también en el ámbito de la justicia. Sus abogados han litigado para revisar los tratos discriminatorios en los tribunales, obteniendo absoluciones de personas condenadas sin pruebas, reducciones de penas demasiado severas y revisiones de penas de muerte. La asociación ha sido criticada por negros de clases medias y altas por ser demasiado “radical” y crear hostilidad entre las dos razas, y también ha sido criticada por los marxistas negros por concentrarse en la defensa de los derechos civiles en vez de en las condiciones económicas. Pero sea como fuere, hasta la década de 1960 constituyó la principal organización defensora de los derechos civiles de la población negra en EE.UU.

En 1950 esta asociación empieza su campaña contra la jurisprudencia que desde fines del siglo XIX permitía la segregación racial en las escuelas, y obtiene uno de sus más destacados éxitos con la decisión de la Corte Suprema que declara inconstitucional dicha segregación racial en la Sentencia *Brown v. Board of Education* de 1954. Este éxito demostró que la estrategia de lucha legal era válida, aunque debía ir acompañada de apoyo popular y de activismo para hacer cumplir en la práctica los logros obtenidos en el terreno legal.

Las actividades de protesta de la población negra marcan otro hito con el caso de Rosa Parks en Montgomery (Alabama) en 1955. La Sra. Parks fue encarcelada por negarse a ceder su asiento en el autobús a una persona de raza blanca, tal como establecía la costumbre en los Estados del Sur. En respuesta a estos hechos, la comunidad negra inició una acción de boicot contra la compañía de autobuses que duró más de un año. Pero el líder negro más conocido por popularizar la estrategia del boicot como recurso no-violento fue Martin Luter King.

Tanto Park como King eran miembros de la NAACP. En esos años empiezan a proliferar otras organizaciones de derechos civiles. En 1957 se creó una organización regional de defensa de los derechos civiles de la población negra en el Sur –la *Southern Christian Leadership Conference* (SCLC)- donde la discriminación racial era más intensa, de la que King fue presidente. También se constituyen asociaciones estudiantiles, como el *Student Non-Violent Coordinating Committee* (SNCC), creado en 1960 (CARSON, 2004).

En los años '60 las protestas de la población negra se extienden por todo el país y culminan con la Marcha de Washington del 28 de agosto de 1963 que congregó a más de 200.000 personas. Estas protestas llevan al Presidente John F. Kennedy a aprobar la *Civil Rights Act* de 1964, que prohíbe la segregación en los servicios públicos y la discriminación racial en la educación y el empleo. Otro logro del movimiento de derechos civiles fue la remoción legal de los obstáculos para el ejercicio del derecho al sufragio de la población negra mediante la *Voting Rights Act*, aprobada bajo el mandato del Presidente Johnson en 1965, tras fuertes protestas en el Estado de Alabama y movilizaciones con miles de manifestantes –tanto negros como blancos- que culminan con una marcha multitudinaria tras el asesinato de un Reverendo blanco que había apoyado las movilizaciones (CARSON, 2004).

En los últimos años de la década de 1960 se empiezan a manifestar fuertes divergencias dentro del propio movimiento de derechos civiles, fundamentalmente entre las organizaciones que propugnan la no-violencia y nuevas organizaciones militantes radicales (como *Black Panther*) cuya estrategia incorpora el recurso a la violencia. Estos grupos consideran insuficiente la estrategia reformista de las organizaciones tradicionales de derechos civiles, critican su postura conciliadora e integradora, y desarrollan una ideología racial que enfatiza la hostilidad frente a la población blanca. Todo ello llevará a una radicalización del movimiento de protesta negro y a la pérdida de apoyo de los sectores blancos mayoritarios de la sociedad (CARSON, 2004).

El conflicto se radicaliza con el estallido de disturbios raciales urbanos (*race riots*) a partir de 1964, que constituyen la respuesta de la población negra urbana ante la persecución, brutalidad y discriminación que sufren por parte de la policía. Pero a la vez, estos disturbios generan un ciclo de enfrentamientos entre las comunidades urbanas negras y la policía, con un consiguiente incremento de la persecución y represión policial de esta población. El espiral de violencia y enfrentamiento racial alcanza cotas máximas con los asesinatos de Malcolm X y Martin Luther King.

La respuesta frente a la radicalización violenta de los movimientos de protesta negra será su criminalización. Se dejará de atribuir significado político a las acciones violentas de los jóvenes negros urbanos, que serán catalogadas y procesadas con el lenguaje y los instrumentos pretendidamente a-políticos del sistema penal. Se empezará así a hablar del aumento de la criminalidad de los jóvenes negros. Para fines de la década de 1960 la cuestión de la criminalidad de los jóvenes negros ha adquirido mucha relevancia mediática, se ha generado alarma social y es considerado uno de los principales problemas domésticos de la sociedad norteamericana. Empiezan a escucharse voces que claman por una mayor dureza penal, mientras que los criminólogos social-demócratas tratan de explicar las causas del conflicto y sostienen que el índice de criminalidad de los negros no se reducirá hasta que esa población no sea sacada de la pobreza e incluida en la sociedad dominante.

En este contexto, y dentro de lo que se puede calificar como criminología oficial social-demócrata, el sociólogo MARVIN WOLFGANG y el psicólogo FRANCO FERRACUTI elaboran su teoría de la subcultura de la violencia, partiendo de las teorías subculturales de Cloward y Ohlin. Su libro *The Subculture of Violence* (1967) pretende desarrollar una teoría integrada acerca del comportamiento violento, en especial en su manifestación en el homicidio, mediante la puesta en común de datos y desarrollos teóricos procedentes de la sociología, la psicología y la biología. Tras referirse a algunas teorías explicativas de la violencia de raíz biológicas, médicas, psiquiátricas, psicológicas y psicoanalíticas, los autores se sitúan en el marco de las teorías “culturales” al señalar que “como todo comportamiento humano, el homicidio y los otros delitos violentos deben ser analizados en términos del contexto cultural del que surgen” (1967:150).

La teoría de la subcultura de la violencia es una de las perspectivas más conocidas que se han ocupado de la relación entre “raza” y violencia. En particular, durante varios años ha sido la teoría criminológica dominante acerca de la etiología del

homicidio, y se ha aplicado especialmente para explicar la elevada criminalidad violenta de los jóvenes negros en las urbes norteamericanas. Según esta teoría, estos jóvenes negros, debido a determinados factores culturales, no se habrían adherido al sistema de normas dominante que rechaza las formas de violencia ilegítima, sino que habrían desarrollado una subcultura de la violencia.

Sobre la aludida subcultura de la violencia de los adolescentes urbanos negros, ya se había referido WOLFGANG en un trabajo anterior acerca del homicidio en Philadelphia donde hablaba de diferentes “definiciones de la situación” entre negros y blancos u hombres y mujeres. Según este autor, podemos encontrar algunas diferencias entre blancos y negros o entre mujeres y hombres en el significado que se atribuya a determinados actos de violencia como un empujón, insultos o el hecho de esgrimir un arma. Y señala que el recurso a la violencia sería una “expresión cultural” de valentía o coraje, especialmente entre los hombres de clases sociales bajas, tanto blancos como negros. En esta subcultura de la violencia propia de las bandas juveniles de adolescentes urbanos de clases bajas, la agresión física se considera una demostración de masculinidad y valentía.

Aunque el recurso a la violencia no sólo se encuentra entre los hombres. WOLFGANG y FERRACUTI destacan unos índices de homicidio entre dos y cuatro veces más elevados entre las mujeres negras que entre los hombres blancos, lo que les lleva a afirmar que “el comportamiento violento aparece más dependiente de diferencias culturales que de diferencias sexuales” (1967:154).

Pero es entre los hombres jóvenes, urbanos, negros y de clases bajas donde se concentra en mayor medida esta subcultura de la violencia -que se contrapondría a la cultura dominante propia de la *middle class*- como se refleja en las estadísticas, que muestran unos índices de homicidio y de otros delitos violentos entre 4 y 10 veces superiores entre los hombres negros que entre los blancos (WOLFGANG / FERRACUTI, 1967:258-264).

Pese a las críticas que puedan merecer las estadísticas oficiales –dicen-, no hay pruebas para negar la mayor criminalidad violenta de los negros. Lo que sí niegan rotundamente es cualquier característica genética o tendencia biológica de los negros hacia la criminalidad. Por el contrario, WOLFGANG y FERRACUTI sostienen que la subcultura de la violencia es aprendida:

“cualesquiera sean las reacciones aprendidas y las condiciones sociales que contribuyan a la criminalidad, las personas visiblemente identificables y

socialmente etiquetadas como negras en los Estados Unidos parece que las poseen en proporciones considerablemente mayores que las personas etiquetadas como blancas. Nuestra tesis de la subcultura de la violencia, por tanto, espera encontrar una mayor extensión del aprendizaje, recurso y manifestación del valor de la violencia entre los grupos minoritarios definidos como los negros” (1967:264, *la traducción es mía*).

Para estos autores, el aprendizaje de la violencia se intensifica entre los negros que habitan en los *ghetos* de las ciudades norteamericanas, ya que se insertan en una tradición que refuerza el valor de la violencia. En ese ámbito la pobreza se transmite de generación en generación y se convierte en una cultura. Los padres, irritables y frustrados, a menudo se vuelven negligentes y agresivos;

“Sus hijos heredan una *subcultura de la violencia* en la que las reacciones de agresividad física son esperadas y exigidas por todos los miembros que comparten no sólo su ambiente sino también su sistema de valores. El rápido acceso y recurso a armas en ese ambiente puede ser esencial para protegerse frente a los otros que responden asimismo en forma violenta en ciertas situaciones. El porte de cuchillos u otros instrumentos de protección se convierte en un símbolo común de la voluntad de participar en violencia, de esperar violencia y de estar listo para tomar represalias frente a ésta” (1967:298, *la traducción es mía*).

Todo ello lleva a WOLFGANG y FERRACUTI a concluir que “el delito en las comunidades urbanas es mayoritariamente una cuestión de criminalidad negra” (op.cit:298).

En resumen, según los autores, los negros americanos tienen un sistema de valores que incluye el recurso a la violencia y esta subcultura de la violencia se transmitiría de generación en generación. La solución para que no se siga reproduciendo esta subcultura pasaría por desplazar de ambiente social a “las familias de la subcultura de la violencia” y ubicarlas en zonas de clases media, a fin que adopten su sistema de valores y roles (WOLFGANG / FERRACUTI, op.cit.:307).

Los autores hablan de una subcultura de la violencia que se contrapondría a la cultura dominante de la no-violencia y sostienen que cuando se produce violencia en la cultura dominante, normalmente se trata de violencia legítima (WOLFGANG / FERRACUTI, 1967:158). Resulta bastante discutible describir la cultura dominante como fundada en los valores de la no-violencia. En todo caso, quizá habría que clarificar el concepto de violencia que utilizan estos autores, que se limita a la violencia definida como delito por los grupos sociales que ejercen en mayor medida el poder de definición penal. Es decir, estos autores analizan tan sólo la violencia individual que cae

dentro de la definición penal de homicidio u otra agresión personal. En cambio, en ningún momento toman en consideración otros tipos de violencia existentes en la sociedad que podemos denominar como violencia estructural (BERGALLI, 1996b:7-23).

La teoría de la subcultura de la violencia se declara heredera de la teoría subcultural de Cloward y Ohlin. Sin embargo, entre una y otra se advierten importantes diferencias. Cloward y Ohlin se ocuparon de analizar las subculturas de la delincuencia sin entrar a considerar los comportamientos desviados individuales; es decir, siguiendo en este extremo la tradición sociológica de la Escuela de Chicago, estos autores no pretenden desarrollar una teoría sobre la etiología del comportamiento delincuente, sino más bien explicar la formación de grupos subculturales centrados en el desarrollo de actividades delincuenciales. Estas descripciones, además, tratan de hacerlas con neutralidad valorativa, sin atribuir a las actividades delictivas un juicio de valor negativo (aunque tampoco positivo), considerándolas simplemente como una actividad humana normal, siguiendo la tradición durkheiminiana. De esta forma evitan “patologizar” las actividades delictivas, no consideran a las subculturas criminales como una patología social, ni tampoco como fruto de la confluencia de patologías individuales.

Éste es el aspecto en el que probablemente la teoría de la subcultura de la violencia de Wolfgang y Ferracuti más se aleja de la tradición subcultural reseñada, debido a que estos autores sí realizan un juicio de valor negativo acerca de la realidad social que pretenden investigar, esto es, la violencia calificada como ilegítima. Para estos autores, la subcultura de la violencia constituye una patología social cuyas causas deben ser explicadas y combatidas. Y en la explicación de dichas causas los autores recurren a la tradición etiológica heredera del positivismo criminológico: buscan las causas de la subcultura de la violencia en el entorno social patológico de sus integrantes.

Esta derivación de la teoría de las subculturas hacia los cauces de la criminología etiológica se hace más evidente con el trabajo de LYNN CURTIS de 1975 *Violence, Race and Culture* prologado por Wolfgang, que se propone seguir la tradición criminológica “cultural” de la teoría de la subcultura de la violencia y profundizarla para interpretar la criminalidad violenta de los hombres negros. Con tal fin, indagará en los mecanismos endógenos y exógenos al individuo por los que se aprenden y se transmiten las experiencias de la violencia subcultural (1975:23-37). Este autor habla de la existencia de una “subcultura de los negros pobres” y pretende conjurar el potencial

racista de esta interpretación con algunas referencias al contexto socio-económico subordinado y a la discriminación racial que sufren los negros. Pero como pronto veremos, no lo logrará y las interpretaciones racistas de la “cultura de la pobreza” proliferarán en la década de 1980.

Tanto este autor como la teoría de la subcultura de la violencia de Wolfgang y Ferracuti ponen mucho énfasis en los factores “culturales”, esto es, en un sistema de valores que enfatiza y promueve el recurso a la violencia, descuidando en gran medida las condiciones estructurales de discriminación racial y exclusión que sufren las personas negras.

En este sentido, desde una perspectiva histórica y materialista, dicha teoría ha sido criticada por HAWKINS por ignorar una serie de factores histórico-estructurales, situacionales y económicos que pueden explicar los mayores índices de homicidio entre la población negra. En concreto, el autor se refiere a tres factores. En primer lugar, la histórica devaluación de la vida humana de la población negra, procedente de los tiempos de la esclavitud, que no definía como delito que el patrón matara a sus esclavos. Pese al transcurso de 140 años desde su fin, investigaciones actuales sobre *sentencing* muestran que el homicidio de un blanco se castiga más severamente que el de un negro, de modo que parecería que la vida de un blanco sigue teniendo más valor que la de un negro. En segundo lugar, los mayores índices de homicidio entre la población negra hay que interpretarlos a la luz de la actuación de las instancias del sistema penal frente a la violencia intra-racial de la población negra, que la considera normal e inevitable y castiga menos severamente el homicidio entre negros (y también las conductas pre-homicidas), reduciendo el efecto intimidatorio de la pena en el caso del homicidio de negros. En tercer lugar, también hay que tener en cuenta los efectos de la privación económica y la ausencia de poder económico, político y social. La creciente conciencia política de la opresión y de la dificultad de cambio social puede producir el desarrollo de agresividad (1983:407-440).

WOLFGANG retomará –junto con BERNARD COHEN- la cuestión de la criminalidad de la población negra en su libro *Crime and Race. Conceptions and Misconceptions* (1970). En esta obra monográfica sobre la cuestión que nos ocupa los autores empiezan por dar cuenta tanto de las críticas a las que ha sido sometido el concepto de “raza” como las que se han dirigido a la definición de “delito”, incorporando las enseñanzas de Sutherland acerca de la “criminalidad de cuello blanco”

y todas las críticas que de ello se derivan en cuanto a las estadísticas oficiales del sistema penal (1970:5-27).

Además, la perspectiva de la que parten los autores asimismo incorpora una concepción más conflictual del orden social, lo que se traduce en una interpretación menos “cultural” y más “estructural” acerca de la criminalidad de la población negra. En este sentido, señalan WOLFGANG y COHEN que

“Si un analista cuidadoso y objetivo que no supiera nada sobre índices de criminalidad, pero fuera consciente de las disparidades sociales, económicas y políticas existentes entre blancos y negros en los Estados Unidos, y si este diligente investigador tuviera conocimiento del estatus histórico de los negros americanos, ¿cual sería la hipótesis más plausible de nuestro investigador sobre los índices de criminalidad de los negros? Incluso esta pequeña cantidad de conocimiento relevante justificaría la previsión de encontrar que los negros tienen mayores índices de criminalidad que los blancos” (1970:30-31, *la traducción es mía*).

Los datos –dicen estos autores- confirman esta hipótesis. En 1967 la población negra constituía una décima parte del total de la población y, en cambio, representaban casi un tercio de las personas arrestadas por delitos. Esto suponía que los americanos negros eran arrestados entre 3 y 4 veces con más frecuencia que los americanos blancos. Pero la diferencia entre los índices delictivos de unos y otros era mayor en los delitos violentos que en los delitos contra la propiedad. Además, las estadísticas también mostraban un preocupante incremento de los índices de delitos violentos cometidos por negros durante la última década (WOLFGANG y COHEN, 1970:30-39).

WOLFGANG y COHEN se refieren a los discursos que atribuyen la sobre-representación de los negros en las estadísticas oficiales a la discriminación racial por parte de la comunidad, la policía y los tribunales, pero –dicen- a pesar de la cantidad de casos individuales en que se ha demostrado la existencia de discriminación, no hay investigaciones científicas metodológicamente adecuadas que demuestren que dicha discriminación produzca las mencionadas disparidades en los índices estadísticos. Además, sostienen que la hipótesis discriminatoria puede ser cierta en los delitos contra la propiedad, pero más difícilmente lo será en los delitos contra las personas (op.cit.:30-39).

Los autores también se refieren a datos estadísticos acerca de la “raza” de las víctimas, datos que se empiezan a compilar pocos años atrás. Estas estadísticas –dicen- ponen de manifiesto que los delitos, sobremanera aquéllos contra las personas, son en su mayor parte intra-raciales e intra-grupo, y que las personas negras tienen muchas más

posibilidades de ser victimizadas que las blancas. Por ello, pese al temor de la población blanca de ser victimizada por delincuentes negros, las estadísticas manifiestan que este temor es bastante infundado y que, en realidad, la población negra tiene tanto interés como la blanca –si no más- en que se reduzcan los índices de criminalidad (WOLFGANG y COHEN, 1970:40-56).

Pese a atribuir credibilidad a las estadísticas oficiales, los autores no desconocen la extensión de las prácticas discriminatorias por parte de la policía y los tribunales, y dedican sendos capítulos a poner de manifiesto las investigaciones existentes acerca de las difíciles relaciones entre policía y comunidad negra, así como acerca de la mayor probabilidad que tienen los jóvenes negros primero de ser parados y arrestados por la policía, y luego de ser condenados por los tribunales y a penas más severas (WOLFGANG y COHEN, 1970:66-88).

WOLFGANG y COHEN concluyen el libro suscribiendo la conclusión a la que había llegado Sellin 40 años atrás: necesidad de acelerar el cambio social y el progreso de la población negra para reducir sus índices de criminalidad. Para ello –dicen- es necesario actuar a nivel de políticas sociales (reducción de la pobreza y del desempleo, mejora de las viviendas, aumento de la educación, etc.) a fin de incrementar la calidad de vida de la población negra, pero también reducir su aislamiento físico, social y psicológico respecto de la sociedad mediante la eliminación de la discriminación racial (1970:104 y ss).

Lamentablemente esta posterior obra de Wolfgang no alcanzó la difusión de la teoría de la subcultura de la violencia que, como he señalado, en mi opinión peca de atribuir demasiada importancia a factores “culturales”, descuidando el análisis del contexto histórico y estructural en el que habita la población negra. Ello es corregido en esta obra monográfica acerca del “delito y la raza”, que presta atención a los efectos tanto de la posición subordinada que ocupa la población negra en la estructura social como de la discriminación a la que es constantemente sometida.

Pese a que Wolfgang y Ferracutti se inscribirían en lo que podemos calificar de “criminología socialdemócrata”, el enfoque “cultural” de la teoría de la subcultura de la violencia resulta fácilmente instrumentado por una criminología de derechas contraria a la inversión en políticas sociales, como se pone de manifiesto en el texto de Charles Murray acerca de la “cultura de la pobreza” que luego mencionaremos.

Por el contrario, la posterior perspectiva más socio-estructural de Wolfgang y Cohen que señala la necesidad de combatir la discriminación racial y la posición

subordinada de la población negra en la estructura social –y que avanza muchos de los argumentos que luego adoptará el realismo de izquierdas-, pese a las críticas que pueda recibir desde una criminología socio-construccionista y a su calificación de “criminología socialdemócrata”, se le debe reconocer su compromiso con la transformación social y la imposibilidad de ser instrumentada por la derecha para implementar una política criminal de la intolerancia.

De este debate entre la criminología de derechas y la de izquierdas que se generaliza en la década de 1980 nos ocuparemos a continuación.

2. La contra-reforma: la revolución conservadora de los años ‘80 y el auge de la criminología de derechas -o de la intolerancia-

La crisis del petróleo de 1973 sacude profundamente al capitalismo y la confianza en el *american way of life*. El modelo de crecimiento económico constante, de pleno empleo y de bienestar que se había instaurado tras la segunda posguerra mundial revela sus limitaciones. La economía mundial entra en recesión. Se inicia un ciclo de fuerte inflación y de aumento de los índices de desocupación -que entre los jóvenes negros norteamericanos de 16 a 19 años alcanza el 40% en 1977-, a la vez que el valor de los salarios de los trabajadores declina velozmente. Además, a fines de los años '70 e inicios de los '80 cambia radicalmente la situación política. En 1979 se produce la primera victoria de Margaret Thatcher en Gran Bretaña y en 1981 Ronald Reagan asciende al poder en EE.UU.; con ellos se inicia el progresivo desmantelamiento del Estado del Bienestar y la instauración de un capitalismo salvaje en ambos Estados anglosajones.

En cuanto a los desarrollos criminológicos, la criminología oficial del welfare o social-demócrata (de inspiración positivista) creía firmemente en la existencia de un nexo entre delito y pobreza, por lo que dedicó grandes esfuerzos a combatir esta última, esperando de este modo solucionar el problema del delito. Pero probablemente las políticas de transformación social implementadas no fueron suficientes, y además el vínculo entre delito y pobreza no debía ser entendido de forma mecánica o determinista. Lo cierto es que pese a la continua expansión del welfare desde el fin de la segunda guerra mundial, la tasa oficial de delitos parece que aumentó, paradoja que YOUNG califica de “crisis etiológica” y que produce el descrédito de la criminología social-demócrata en cuanto a su capacidad para explicar las causas del delito, así como de la

penología vinculada a la misma, que fracasó en controlar el delito y rehabilitar a los infractores (1993:7).

La explicación de la crisis etiológica vino más bien por el lado de la criminología alternativa, a través de los conceptos de privación relativa, frustración y oportunidades diferenciales elaborados por la tradición sociológica iniciada por Robert Merton y continuada por Albert Cohen, Richard Cloward y Lloyd Ohlin. Pero no serán estas voces las que se escuchen en los foros criminológicos oficiales de la década de 1980, sino más bien las de la llamada “criminología administrativa” o de derechas, que había iniciado una contrarrevolución silenciosa (YOUNG, 1993).

A partir de mediados de la década de 1980 la criminología oficial va abandonando el paradigma social-demócrata positivista –basado en la rehabilitación y la reinserción social de los infractores– para abrazar una perspectiva eficientista o managerial. La voz de alarma la dieron Tony PLATT y Paul TAKAGI en su artículo de 1978 “Intellectuals for Law and Order”, en el que ya señalan la existencia de una nueva escuela de pensamiento conservador, entre los que mencionan a James Q. Wilson, Ernest van den Haag y Norval Morris, entre otros (2001:118-140) [1978].

Concretamente JAMES WILSON constituye una figura clave en este proceso de transformación de la criminología positivista en una criminología administrativa o tecnocrática, tanto por su conocido libro *Thinking About Crime* (1975), como por ser asesor de la administración Reagan. Aunque sus planteamientos ideológicos no son de los más extremistas. Como veremos, entre los distintos autores de la nueva criminología de derechas hay diferencias sustanciales, que van desde posiciones liberales, a enfoques conservadores y hasta planteamientos ultrarreaccionarios y racistas (como es el caso de Di Iulio o Richard Herrnstein).

Según los nuevos consejeros del Príncipe, la crisis etiológica ha puesto de manifiesto la inutilidad de la inversión en reformas sociales, de modo que ahora el debate se desplaza hacia el control efectivo del delito con el menor coste económico posible.

Los criminólogos de derechas afirman que las políticas estatales asistencialistas llevan a una ausencia de sentido de la responsabilidad en las personas beneficiarias y ahondan las diferencias sociales al no premiar el esfuerzo individual y el merecimiento, por lo que se revelan incapaces de combatir la criminalidad.

La revolución conservadora de la década de 1980 también se manifiesta a través de un brote moralista que pretende contrarrestar el “libertinaje” de los años ’60. Algunos

autores sostienen que las políticas de asistencia social del *welfare* son la causa del incremento de nacimientos “ilegítimos”, especialmente entre la población negra. Un informe publicado en 1965, *The Negro Family: The Case for National Action*, conocido como “Moynihan Report”, calificará de desintegrada, desorganizada y patológica la estructura familiar de los negros de clase baja, debido a la gran incidencia de separaciones y divorcios, de nacimientos de hijos “ilegítimos” y de mujeres que dependen de la asistencia social (WILSON, 1985:17-18).

La deriva moralista alcanza extremos insospechados en autores ultra-reaccionarios como JOHN DI IULIO, que acusan al Estado benefactor de “frustrar la formación de la familia”, a la que consideran el pilar de la sociedad. Sostiene que las políticas asistenciales a las madres solteras fomentan el nacimiento de hijos extramatrimoniales, que carecerán del cuidado necesario propio de una “familia decente”. El autor se refiere a las mujeres negras, a las que considera responsables de la marginación social de los jóvenes negros (en vez de atribuirlo a las condiciones sociales y al racismo), de forma que además de clasista, DI IULIO hace gala de una ideología misógina y racista. Estas son sus palabras:

“Gracias a la disolución de la familia, nadie les ha impartido a estos individuos las normas de una vida civilizada, ni siquiera las básicas, de respeto a sus pares y a las autoridades, de superación personal, de trabajo duro y otros valores de clase media” (2001: 81).

De esta disolución del pilar fundamental de la sociedad este autor extrae la consecuencia de que la próxima generación de delincuentes juveniles será especialmente violenta, predatoria y perversa. Y la solución que propone para estos jóvenes mayoritariamente negros es el encierro. Según este autor, estos muchachos deben ser internados

“en instituciones residenciales, privadas, basadas en una iglesia, a cargo de hombres y mujeres negros integrantes de la gran población negra urbana que paga impuestos, trabaja duro, profesa su culto con fe y cría buenos niños. Pienso en ellos como un ‘kibutz negro urbano’” (DI IULIO, 2001: 82-83).

A pesar del desinterés que muestran muchos de los criminólogos de derechas –sobre todo las vertientes más “tecnocráticas”- por las causas del delito, al considerar que ese debate supone una pérdida de tiempo sin aplicación práctica para el control del delito, también destacan algunas tendencias “neopositivistas” que han tratado de rehabilitar las

teorías etiológicas de la criminalidad centradas en factores biológicos, como es el caso de las explicaciones acerca de las causas genéticas y hereditarias de la criminalidad.

Una de estas teorías neopositivistas de raíz biológica es la tesis que pretendió haber descubierto el cromosoma de la delincuencia, de manera que su teoría consistiría en una versión “aggiornada” del criminal nato de Lombroso³⁸.

Otra variante de las teorías neopositivistas de la ultraderecha norteamericana que aquí me interesa destacar es la que se centra en el coeficiente intelectual y pretende encontrar diferencias genéticas hereditarias entre diversos grupos raciales. La polémica se disparó con la publicación de un artículo de Arthur Jensen en 1969, “How Much Can We Boost I.Q. and Scholastic Achievement”, en el que sugiere la existencia de diferencias raciales genéticas en el coeficiente intelectual.

Hay que decir que esta hipótesis ha sido absolutamente desacreditada por varias investigaciones que demuestran que las diferencias en el I.Q. dependen en mucha mayor medida del entorno social que de la genética y, en el caso de las divergencias entre población negra y blanca, las mismas desaparecen cuando ambos grupos son criados en un mismo ambiente (WOLFGANG / COHEN, 1970:89-99). Pero la falsedad científica de la hipótesis en cuestión no significa que la teoría no haya cultivado sus seguidores.

En el ámbito de la teoría criminológica las ideas de Jensen se traducen en la hipótesis según la cual los delincuentes se caracterizarían por un inferior coeficiente intelectual, que explicaría la falta de voluntad y la debilidad moral que les lleva a caer en el delito.

En esta senda encontramos el libro de los profesores de la Universidad de Harvard Richard Herrnstein y James Wilson *Crime and Human Nature* (1985) sobre la relación entre criminalidad y coeficiente intelectual, aunque no sostienen que las diferencias raciales se traduzcan en el I.Q. Lo que sorprende es la conclusión del libro, ya que tras afirmar que la ciencia puede y debe identificar las causas del comportamiento criminal,

³⁸ Un estudio de fines de la década de 1960 identificó una anomalía cromosómica consistente en un cromosoma adicional Y, que da lugar a la fórmula XYY (divergente tanto de la fórmula femenina XX, como de la masculina XY). Esta anomalía cromosómica provocaría un sensible aumento de la estatura y ciertas anomalías en las facultades mentales y parece que se encontró entre las personas criminalizadas con una frecuencia superior al promedio del resto de la población. Esto llevó a algunos criminólogos a afirmar que este cromosoma Y adicional era el responsable de la delincuencia. Pero las críticas por ineptitud científica no tardaron en llegar, y varios investigadores mostraron que las diferencias en la frecuencia del cromosoma adicional Y entre criminalizados y el resto de la población se acortaban rápidamente hasta convertirse en insignificantes con una adecuada selección del grupo de control. Además, la teoría de los estereotipos nos permite entender que las personas más corpulentas y que destacan por ser portadoras del cromosoma adicional encajan con mayor facilidad en el estereotipo del delincuente, sobre todo si pertenecen a los estratos inferiores de la sociedad (TAYLOR/WALTON/YOUNG, 1997:62-65; ZAFFARONI, 1993:248).

sostienen sin embargo que los tribunales deben actuar como si el delito fuese el resultado de la libre elección. Es decir, pese a diseñar una teoría criminológica neopositivista y con derivaciones biologicistas, concluyen sosteniendo una teoría de la pena retribucionista, para así evitar toda consideración del entorno social del infractor (ZAFFARONI, 1993:246).

Unos años más tarde Richard HERRNSTEIN insiste con el mismo argumento, esta vez en un libro con la co-autoría de Charles MURRAY titulado *The Bell Curve. Intelligence and Class Structure in American Life* (1994). Este polémico libro ha sido con razón calificado de racista, ya que dedica un capítulo a explicar las diferencias de coeficiente intelectual entre blancos y negros y saca conclusiones en cuanto a la criminalidad.

Según estos autores, las causas del delito no hay que buscarlas en condicionantes sociales, sino en el bajo coeficiente intelectual de los delincuentes; es decir, estos autores sostienen que los delincuentes tienen un coeficiente intelectual inferior al de la media de la sociedad (1994:235-251). Asimismo afirman que existe una diferencia entre el coeficiente intelectual de la población blanca y la negra, diferencia que podría explicar el surgimiento de la *underclass*, ya que estos autores atribuyen todos los problemas sociales al bajo coeficiente intelectual, y nunca a la estructura social de las sociedades contemporáneas (op.cit.:269-340).

De más está decir que este libro no tiene ningún rigor científico, debido a que los tests de inteligencia hace ya muchos años que han sido desacreditados al comprobarse su orientación clasista y racista, hasta el punto que su aplicación generalizada fue prohibida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como reconocen los mismos autores del libro.

Pese a que en otras ocasiones las teorías biológicas acerca de la criminalidad no mencionan directamente el tema de la “raza” o la etnia, la sombra del racismo planea todo el tiempo por la superficie, bien porque implícitamente se refieren a ello cuando hablan de “impulsividad” o bien porque la elevada sobre-representación de las minorías étnicas en las cárceles se toma como prueba de la vinculación entre delito y minorías étnicas y de su mayor tendencia a la criminalidad.

Afortunadamente, este tipo de teorías biológicas y genéticas de la criminalidad han sido muy contestadas y desacreditadas. Concretamente respecto al citado libro *The Bell Curve*, tras realizar un análisis del mismo, la *American Psychological Association* declaró que la gran mayoría de sus conclusiones eran incorrectas. Las críticas en

ocasiones han sido muy efectivas, como en 1992 que se logró la cancelación de un congreso sobre este tema gracias a las acciones de protesta que acusaron a los organizadores de racistas (BOWLING / PHILLIPS, 2002:58-59).

En otras ocasiones la criminología racista de la ultraderecha no atribuye la mayor criminalidad de los negros u otras minorías étnicas a factores de carácter biológico, sino a particulares aspectos de la “cultura negra”. Así, por ejemplo, la teoría de la *underclass* de Charles Murray, aplicada también al caso británico en su texto *The Emerging British Underclass* (1990), sostiene que la criminalidad está vinculada a una “cultura de la pobreza” caracterizada por el quiebre de la estructura familiar y el aumento de “nacimientos ilegítimos”, la no inclusión en el mercado laboral, el abuso de drogas y alcohol, la dependencia respecto de políticas asistenciales y la falta de responsabilidad de los progenitores en la educación de sus hijos (REINER, 1993:15).

Ya hemos indicado en la Parte Introductoria que el racismo biologicista decimonónico se ha ido transformando en un racismo culturalista. He aquí un ejemplo de ello. Desde interpretaciones estructuralistas se puede argüir que las características que se atribuyen a la *underclass* en el sentido de falta de apego y respeto a las leyes no tienen nada que ver con “diferencias culturales”, sino que vienen producidas por la posición estructural que ocupan los negros en la escala social y que la falta de confianza en el sistema penal es debida a la discriminación racial presente en todos sus estadios, que provoca que los negros sean siempre perseguidos como victimarios y nunca atendidos como víctimas.

Para finalizar también quiero mencionar entre los desarrollos de la criminología de las últimas dos décadas el auge de los enfoques neoclásicos, que abandonan la pretensión de explicar las causas de la criminalidad y se centran en la penología. Estas teorías rescatan las concepciones ilustradas del “libre albedrío” y a menudo aplican un análisis de costes y beneficios al delito y a la pena (la llamada perspectiva del “análisis económico del derecho”), considerando al delito como resultado de una “elección racional” (*rational choice*).

Ello se ha plasmado en el ámbito penológico tanto en las teorías de la incapacitación como en el llamado *justice model* y las *sentencing guidelines*. Estos enfoques no toman en cuenta el origen nacional o étnico del infractor, sino que, por el contrario, subrayan su “neutralidad” y se erigen como “solución” frente al problema de la posible discriminación racial en el sistema penal. Pero en la segunda parte de esta Tesis

veremos las consecuencias que puede producir la aplicación de un sistema penal pretendidamente igualitario a una realidad social profundamente desigual.

3. El realismo de izquierdas y la polémica con la criminología socio-construccionista

En contraposición teórica con ese modelo criminológico de derechas, en el seno de la criminología crítica anglosajona se irá destacando una perspectiva criminológica y de política criminal que se autodenominará “realismo de izquierdas”. Se suele hablar de realismo radical o de izquierdas a partir de la publicación, en 1975 del artículo de JOCK YOUNG “Criminología de la clase obrera”, donde el autor inicia una modificación de las posturas que había sostenido durante los años 60, calificándolas de “románticas” e “idealistas”.

La nueva teoría de la desviación de los años 60 centró su atención fundamentalmente en la desviación expresiva y en los “delitos sin víctimas” (consumo de marihuana, prostitución, desobediencia), y por ello abogó por la no intervención, ya que en estos casos el control del delito no era más que una interferencia innecesaria en la libertad individual. Pero la nueva teoría de la desviación tampoco tenía ninguna propuesta práctica alternativa frente a otro tipo de delitos, como los delitos contra las personas y contra la propiedad. Por ello YOUNG afirma que los teóricos de los '60 no se tomaron en serio el problema del delito, que en muchos casos sí tiene víctimas que sufren sus efectos. Además, la imagen idealizada del delincuente propia de estos teóricos no se adecua a la realidad, ya que a menudo éste actúa contra los intereses de clase: “es un hecho que la mayor parte de los delitos de la clase trabajadora se comete *dentro* de la clase y no *entre* clases”, señala YOUNG (1977:89-127).

Con anterioridad hemos visto que la criminología crítica de Taylor, Walton y Young radicalizó el enfoque interaccionista del etiquetamiento al conjugarlo con la tradición marxista. Pero ya Gouldner advirtió en el prólogo a *La nueva criminología* acerca de las dificultades de unir la perspectiva microsociológica interaccionista y la macrosociológica marxista, así como de la existencia de ciertas contradicciones entre ambas. Al tomar en consideración las desigualdades sociales estructurales producto del modo de producción capitalista para explicar la cuestión criminal (incluyendo las causas de la delincuencia), se produce cierta vuelta al determinismo social y ello probablemente precipitó la “crisis de la criminología crítica”, como la denominó Melossi (LARRAURI, 1992:128).

En el mencionado artículo de YOUNG se pueden ya entrever algunos presupuestos de la criminología realista de izquierdas. Pero es a partir de la publicación en 1984 del libro de Jock YOUNG y John LEA *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, que el realismo de izquierdas se consolida. Estos autores señalan que la ausencia de un discurso radical de la izquierda sobre el delito y sobre cómo controlarlo deja el camino libre a la proliferación de los discursos de “ley y orden” conservadores y al triunfo de una criminología de derechas abiertamente represiva. Para hacerle frente, es necesario elaborar una criminología realista de izquierdas.

Este realismo que proponen es de izquierdas o “radical en la evaluación que hace del delito y de sus causas [...], el delito es visto como un producto endémico de la naturaleza patriarcal y de clases de las sociedades industriales avanzadas”; por tanto, el delito no es producto de una patología individual que pueda ser tratada y eliminada del cuerpo social, sino que es producto del funcionamiento normal de la propia sociedad. Por otro lado, es realista porque se toma en serio el problema del delito, reconoce que es un problema real para un sector importante de la población, precisamente el más vulnerable: mujeres, clase trabajadora, minorías étnicas (LEA / YOUNG: 2001:5) [1984].

LEA y YOUNG señalan que frente a la desconexión entre “delito” y “sociedad” realizada por la criminología de derechas, la tarea del realismo de izquierdas consiste en

“relacionar correctamente el delito, el sistema de justicia criminal y la sociedad, ser realista en oposición al idealismo de izquierda, ser radical en oposición a la criminología tradicional” (2001:8) [1984].

El realismo de izquierdas también se detendrá a analizar las causas del delito, lo que supone una ruptura con la tradición de la criminología socio-construccionista de la reacción social heredera de los postulados de los ‘60, que dedicó sus mayores esfuerzos en combatir el paradigma etiológico de la criminalidad heredero del positivismo³⁹.

³⁹ LEA y YOUNG se distancian de la criminología etiológica socialdemócrata al considerar que la privación absoluta, el determinismo total y la causalidad mecanicista son conceptos erróneos para estudiar las causas del delito. La crisis etiológica puso de manifiesto la imposibilidad de demostrar que la privación absoluta (falta de empleo, de vivienda digna, de educación formal, etc.) conduzca automáticamente a la comisión de delitos. En cambio, estos autores señalan –siguiendo a Robert Merton y a Cloward y Ohlin– a la “privación relativa”, en ciertas situaciones, como la principal causa del delito, entendiendo por privación relativa una injusta distribución de recursos experimentada por la persona, que da lugar a una “solución” individualista, que se concreta en el delito. La ventaja del concepto de privación relativa es que sirve para explicar los delitos de las sociedades opulentas y además sitúa al delito en todas las capas sociales, alejándose de la idea según la cual es monopolio de las clases bajas. De este modo también se opone a la criminología de derechas, que se ocupa en exclusiva del “delito callejero”. El realismo radical dicen- se ocupa tanto de los delitos de la calle como de los delitos de los poderosos (2001:11-14).

El pilar sobre el que se erige el realismo de izquierda es la constatación empírica de que el delito afecta en mayor medida a las clases trabajadoras, que son las más vulnerables al mismo. Constatan que el delito se produce mayoritariamente dentro de la misma clase social, son *intra-clase* e *intra-raza*, y no *inter-clases* como sugería el idealismo de los años '60. Hay que abandonar la visión del delincuente como un moderno "Robin Hood", el delincuente no roba a los ricos para dárselo a los pobres, no desafía las relaciones de propiedad, sino que sus actos son expresión de los mismos valores de la sociedad capitalista. Esta imagen no implica olvidarse de los delitos de los poderosos, que también afectan fundamentalmente a la clase trabajadora. Más bien el realismo de izquierdas subraya que la clase trabajadora es víctima de los delitos provenientes de todas las direcciones. Por ello hay que tomarse en serio el problema del delito y diseñar políticas concretas para reducir su impacto en la clase trabajadora, que es la que más sufre sus efectos (YOUNG, 1993:28-39).

Pero no todos los criminólogos críticos coincidirán con las valoraciones revisionistas de los realistas de izquierda y con la calificación de la década de los '60 como un período de "idealismo de izquierdas y romanticismo". En la Universidad de Birmingham adquirirá relevancia un grupo de estudios del *Centre for Contemporary Cultural Studies*, que se especializa en los análisis de *race and politics* desde una perspectiva marxista, pero sin abandonar los postulados de los '60 en el sentido de atribuir naturaleza "política" al acto desviado, entenderlo como acto de rebelión contra el sistema. Entre este grupo de estudios y los realistas de izquierdas se desatará una virulenta polémica a propósito de los análisis de LEA y YOUNG acerca de la criminalidad de los jóvenes negros.

LEA y YOUNG dedican un capítulo de su libro al "debate sobre la raza y el delito" (2001:131-182) [1984], capítulo que va a constituir un punto de referencia en los estudios acerca de la relación entre sistema penal y minorías étnicas, debido a que adopta una postura intermedia en el debate -que analizaremos en la Parte II de esta Tesis- acerca de si las minorías étnicas cometen más delitos o bien el sistema penal actúa de forma discriminatoria frente a éstas. En la actualidad sus argumentos son defendidos por un sector importante de la criminología académica británica, pero como destaca PITTS, cuando se publicó por primera vez el libro en 1984 no fueron pocos los autores que los acusaron de romper con la criminología crítica y aliarse con el

establishment por su aceptación de la categoría de “criminalidad negra” como problema (1994:100).

Nos detendremos brevemente en los principales extremos en los que difieren las interpretaciones de los realistas de izquierda y las de los socio-construccionistas: 1) la interpretación de las estadísticas oficiales; 2) la aceptación de la mayor criminalidad de la población negra y la explicación de sus causas; 3) la interpretación acerca de los orígenes de la conflictividad entre policía y comunidad negra.

1) Interpretación de las estadísticas oficiales:

Uno de los aspectos que caracteriza el enfoque de los realistas de izquierdas y los distancia de la tradición de la criminología crítica es su aceptación -aunque no exenta de críticas- de las estadísticas oficiales como instrumentos de medición de la criminalidad. Los realistas de izquierda atribuyen validez a las estadísticas oficiales que muestran una cifra desproporcionada de arrestos policiales de la población negra, aceptando de este modo que los jóvenes negros cometen una cantidad desproporcionada de delitos. Esto no significa que nieguen la existencia de discriminación racial en el sistema penal. Más bien, LEA y YOUNG sostienen que la sobre-representación de las minorías étnicas en las estadísticas oficiales es debida tanto a la actuación discriminatoria de las diversas instancias encargadas de la aplicación de la ley penal, como a una mayor criminalidad de las minorías étnicas. Estos dos procesos se refuerzan mutuamente, de manera que se transforma en un círculo vicioso que deriva en un incremento de las tasas de arrestos policiales.

Por su parte, los criminólogos socio-construccionistas sostienen que los jóvenes negros sufren un proceso de estigmatización, persecución y criminalización por parte de las instancias del sistema penal, lo que se refleja en las estadísticas oficiales. Pero la sobre-representación de los jóvenes negros en las estadísticas no es consecuencia de una mayor comisión de delitos, sino de una mayor persecución policial de la población negra.

2) Aceptación de la mayor criminalidad de la población negra y explicación de sus causas:

Los realistas de izquierdas aceptan entonces que en algunos barrios degradados los jóvenes negros cometen una cantidad desproporcionada de delitos, cuyas víctimas, a su vez, en la mayoría de las ocasiones también son personas negras pobres. Por este motivo sostienen que negar las evidencias –como hacen los “idealistas”- no soluciona el

problema y que la criminalidad de estos jóvenes negros tampoco puede ser interpretada como una expresión de resistencia política frente a la opresión.

La explicación de esta mayor criminalidad la encuentran en la tradición de las teorías subculturales: en la privación relativa, la frustración y la alienación que sufren los jóvenes negros de clases bajas, que han sido socializados con las mismas expectativas que los jóvenes blancos y se ven privados de alcanzarlas debido a la discriminación racial.

Estos autores pretenden rebatir las teorías conservadoras que hablan de la existencia de una “cultura negra” transmitida de generación en generación o de una “cultura ajena” procedente de la generación de los padres inmigrantes. Por el contrario, sostienen que es precisamente la asimilación cultural de los británicos negros lo que agudiza su sentimiento de privación relativa y su conciencia de la discriminación racial que sufren. LEA y YOUNG describen con las siguientes palabras su enfoque subcultural:

“La cultura de la calle de los jóvenes negros de padres caribeños *no es* algo que se hereda de la generación anterior de padres inmigrantes, como sugeriría la tesis conservadora de la “cultura foránea”. Más bien se trata de una cultura improvisada basada en la importación de elementos de las islas del Caribe por los jóvenes, la mayoría de los cuales o bien nunca estuvieron allí o emigraron cuando eran muy pequeños. En realidad, esta cultura recibe en general desaprobación por parte de la generación mayor de inmigrantes del Caribe y, más aún, constituye una subcultura desviada y minoritaria dentro de las propias islas del Caribe” (2001:149) [1984].

Pese a que estos autores pretenden rebatir las teorías conservadoras, el uso de los conceptos de “cultura” y la teorización etiológica de la “criminalidad negra” les ha valido críticas también a ellos procedentes de las perspectivas socio-construccionistas de la criminología.

Los criminólogos socio-construccionistas sostienen que el Estado y los medios de comunicación han construido el problema de la “criminalidad negra”, generando alarma social y sobredimensionando el problema respecto a su realidad social. Es decir, las prácticas policiales y de la administración de justicia, con la colaboración de los medios de comunicación, han creado un “pánico moral”. Según ellos, la “criminalidad negra” es una construcción social y mediática, y la aceptación de tal categoría por parte de los realistas de izquierdas sólo sirve para reificar y naturalizar las imágenes de la población negra como criminal.

Sin embargo, en ocasiones también aceptan que no sería de extrañar que los jóvenes negros cometieran más delitos, debido a su situación de exclusión social y al racismo

estructural que sufren. Pero lo que no admiten de ningún modo, es la construcción de la categoría de “criminalidad negra”.

La polémica alcanza sus niveles más virulentos con la publicación del artículo de PAUL GILROY, *The Myth of Black Criminality* (1987) que tiene por objeto realizar una intensa crítica a la aceptación por parte de los realistas de izquierda de la categoría de “criminalidad negra” y a sus explicaciones etiológicas que, dice, comparten muchos aspectos con las explicaciones del conflicto más conservadoras. Este autor acusa a los realistas de izquierda de tener una visión de la vida de la población negra

“caracterizada por relaciones familiares patológicas y un alto grado de conflicto generacional, pero estas no son las únicas fuentes de la criminalidad negra. Discriminación, desventaja y alienación económica chocan con inapropiadas aspiraciones derivadas de la internalización de los ‘valores británicos’ (sic) y ello también genera la ‘propensión’ al delito. De esta forma la relación entre raza y crimen está asegurada, no directamente, como en el culturalismo biológico de las explicaciones conservadoras, sino que se queda a un paso, lo cual es igualmente peligroso, ya que induce a preguntarse por qué son tan sólo los negros pobres los que resuelven sus frustraciones en actos de criminalidad” (1987:112, *la traducción es mía*).

A continuación GILROY sentencia que presentar la criminalidad negra como un “problema cultural” supone una capitulación con la lógica racista, ya que sugiere una “total discontinuidad entre las culturas de la juventud negra y blanca” y legitima la idea de que todos los negros de algún modo están “contaminados por una ajena predisposición al crimen que se reproduce en sus distintas culturas, en especial en sus relaciones familiares” (1987:112).

Por el contrario, GILROY considera que la noción de raza –al igual que la de delito– es una construcción social, es un concepto ideológico que sirve a los intereses de la clase dominante. Tanto el concepto de raza como el de delito son puramente construcciones sociales que no tienen más entidad que la del discurso. Indica HOLDAWAY que el autor comentado se separa de la interpretación marxista de la estructura /superestructura al señalar que la cultura no es un puro reflejo de una base material –de la estructura económica– o del conflicto de clases (1997:388).

GILROY también advierte a los realistas de izquierda que en su pretensión por acercarse a la clase trabajadora y tomarse en serio sus temores, terminan por aceptar esos temores, así como las estadísticas oficiales, como reflejo de la realidad del delito, olvidando el papel constitutivo de la criminalidad que tiene la policía y otras instancias del sistema penal (1987:110).

Con posterioridad a esta polémica, y para evitar equívocos, otros criminólogos realistas de izquierdas se han cuidado de negar toda esencia cultural a la criminalidad negra. Así, por ejemplo, JOHN PITTS, quien se ha ocupado específicamente de la llamada “criminalidad negra”, sostiene que la criminalidad de los afro-americanos no requiere ninguna explicación distinta de la de los blancos, sino que puede ser atribuida igualmente a la privación relativa y a la marginación económica y social. Si hay mayores índices de criminalidad negra es simplemente porque hay más jóvenes afro-americanos que blancos que se encuentran desempleados y en situación de marginación y exclusión social. Por tanto –dice- el realismo criminológico de izquierdas rechaza las explicaciones “culturalistas” de la criminalidad de las minorías étnicas y considera suficiente la explicación basada en la posición que se ocupa en la estructura social (1994).

En el mismo sentido se pronuncia MATTHEWS, quien nos advierte acerca de las interpretaciones malintencionadas que comparan los índices de criminalidad de negros y blancos sin tomar en consideración la posición económico-estructural que ocupan unos y otros, la edad y el sexo, de manera que comparan poblaciones muy desiguales llegando en algunos casos a conclusiones racistas o que refuerzan este tipo de ideologías. Acusa a los criminólogos que realizan tales comparaciones descontextualizadas de sufrir “ceguera de clase” y añade que

“todo aprendiz de criminólogo podría predecir, sólo sobre la base de datos sociodemográficos, que una poco calificada comparación entre poblaciones blancas y negras demostrará que los negros son responsables de más delitos que los blancos” (2003:278).

3) Interpretación de la conflictividad entre policía y comunidad negra:

Los realistas de izquierdas consideran que la conflictiva relación entre policía y comunidad negra que se manifiesta en los disturbios urbanos de 1981 se inicia con un incremento del índice delictivo de la población negra, frente al cual la policía reacciona de forma desproporcionada. Ello genera un “círculo vicioso” que se refuerza recíprocamente. En palabras de LEA y YOUNG:

“El aumento de la tasa de criminalidad de los negros y la predisposición de la policía a asociar a los negros con el delito se vuelven parte de un círculo vicioso que los criminólogos han denominado “amplificación de la desviación”. La policía comienza a ver a los jóvenes negros como delincuentes probables, y esto trae como consecuencia un aumento en las estadísticas criminales de los negros” (...). Pero “el proceso de “ampliación de la desviación” es justamente un proceso de amplificación de la desviación

real, que ya existe. El aumento real del delito se amplía como consecuencia de la acción y del prejuicio policial” (2001:181 y 182) [1984].

Por el contrario, los criminólogos socio-construccionistas sostienen un proceso inverso: es la actividad policial agresiva e intensiva en las comunidades negras la que inicia el conflicto entre policía y comunidad que desembocará en los disturbios urbanos de inicios de los '80.

Señalan estos autores que tras la segunda guerra mundial se promovió la inmigración de trabajadores procedentes de las antiguas colonias para llevar a cabo la reconstrucción económica, con la idea que estos contingentes de trabajadores volvieran a su país cuando su trabajo ya no fuera necesario. A principios de los años '70 la crisis económica genera excedente de mano de obra. En respuesta a ello se aprobarán leyes represivas de la inmigración, con el objetivo tanto de frenar el flujo de entradas como de promover el retorno o la deportación de los que ya estaban en el país. A través de estas leyes y políticas migratorias, la presencia de inmigrantes fue definida como un problema que hay que mantener bajo control, y esta definición provocará que estas personas –sobre todo la población negra- sean social y policialmente percibidas como un problema de “ley y orden” (GORDON, 1988:310).

De esta manera, a partir de la década de 1970 se produce un cambio de actitud de la policía respecto a las comunidades negras, que deja de reconocer una menor tasa de criminalidad de los negros respecto de los blancos, para señalar determinadas áreas de la ciudad como zonas donde impera una “subcultura criminal negra”.

Este cambio de actitud de la policía viene acompañado de una transformación de la actividad policial respecto de la población negra, que deja de consistir en la persecución de los casos aislados de delincuencia para convertirse en una actividad de control y vigilancia de toda la población negra mediante el recurso a técnicas policiales agresivas –hablan de “paramilitary policing”- que habían sido aplicadas anteriormente en las colonias y, en especial, en Irlanda del Norte. Es decir, las técnicas de policía “intensiva” propias del estado de emergencia en situación de grave conflicto civil, serán ahora aplicadas para mantener bajo control a la población negra.

Todo ello generará una “racialización” de los disturbios urbanos que se producen en muchas ciudades británicas a fines de la década de 1970, sobremanera los *riots* de

Bristol de 1981⁴⁰ y desembocará en la construcción del problema de la “criminalidad negra”. La población negra, en especial los jóvenes, será percibida como potencialmente criminal, y esta asociación entre negros y crimen se extenderá de la policía a las otras agencias del sistema penal y de los medios de comunicación de masas a buena parte de la población británica. Dicha asociación se convertirá en un elemento central de la ideología racista (GORDON, 1988:311).

Ello coincide con el ascenso de una campaña de “ley y orden” auspiciada por la derecha, en la que las apelaciones al racismo latente en la sociedad jugarán un relevante papel. GILROY sostiene que las campañas de orden público incluyeron apelaciones racistas al nacionalismo y a la “esencia de la nación británica”, que han supuesto la construcción de la juventud negra como criminales y “extraños” (*aliens*) que amenazan la convivencia pacífica y la tranquilidad en las calles de las ciudades británicas. Implícitamente se contraponen la noción de “criminalidad negra” con la imagen de la “nación blanca”. Y, según este autor, los realistas de izquierda no han sabido apreciar – y han ocultado- la centralidad del racismo en las políticas criminales orquestadas por la derecha (1987:107-108).

En conclusión, la discusión entre los socio-construccionistas y los realistas –o específicamente entre GILROY y YOUNG y LEA- contraponen dos diversas interpretaciones, aunque ambas son herederas de la teoría marxista. Los realistas de izquierda aceptan la existencia de una mayor criminalidad de los jóvenes negros y tratan de estudiar sus causas, sin negar a su vez la discriminación del sistema penal. En cambio, los criminólogos críticos socio-construccionistas señalan que la criminalidad negra es una categoría artificialmente construida (aunque haya negros que cometan delitos)⁴¹ y se ocupan de estudiar la actividad agresiva del sistema penal -sobre todo de la policía- frente a estas personas. Mientras los primeros aceptan la existencia de un incremento de la criminalidad callejera, en la que la población negra tendría una importante responsabilidad, los segundos señalan que ello es producto de una alarma artificialmente construida para desviar la atención de los problemas reales.

⁴⁰ Estos disturbios son los primeros en los que se producen graves confrontaciones entre la policía y la población negra (aunque también participa población blanca), y ponen de manifiesto la elevada tensión que ha generado esa actividad de *policing* agresiva.

⁴¹ El mismo GILROY señala lo siguiente: “Al titular el artículo ‘The Myth of Black Criminality’ no pretendo sugerir que los negros no cometan delitos ni invocar una definición pastoral de las comunidades negras o de los centros de las ciudades como lugares en los que no hay delitos. Pretendo en cambio llamar la atención acerca de las imágenes y representaciones de la criminalidad negra, las cuales me parece que han alcanzado un estatus mítico en el lenguaje de las políticas raciales contemporáneas” (1987:118, *la traducción es mía*).

Como señala HUDSON, estas dos posturas se ponen de manifiesto claramente en los propios títulos de algunos de los trabajos más significativos:

“What is to be done about law and order?” asume que existe un problema respecto del cual hay que hacer algo, mientras que *The myth of black criminality* deja claro que no hay un problema de criminalidad negra desproporcionada” (1994:26, *la traducción es mía*).

Como hemos visto, el debate entre realistas y socio-construccionistas ha hecho correr mucha tinta. Han escrito muchas páginas discutiendo y criticando mutuamente las respectivas posiciones e interpretaciones, en ocasiones sacando de contexto fragmentos escritos por sus “adversarios” con el fin de tacharlos de racistas o de idealistas. Mientras tanto la criminología de la ultraderecha ha continuado difundiendo sus proclamas racistas.

Sin embargo, entre realistas de izquierda y socio-construccionistas hay algunas posiciones comunes que a menudo han sido olvidadas, por lo que no parece superfluo insistir en algunas de ellas: en primer lugar, ambas corrientes pretenden combatir y rebatir las tesis de la ultraderecha que promueven y justifican una mayor criminalización de la población negra y la difusión de pánico moral; en segundo lugar, unos y otros denuncian y tratan de combatir el racismo existente en la sociedad británica en general, y en las instancias del sistema penal en particular; en tercer lugar, se reconocen en la tradición marxista y se proponen combatir las desigualdades sociales y la exclusión que genera la lógica del capital.

Es de lamentar que unos y otros hayan dedicado tantos esfuerzos a criticarse mutuamente, en vez de aliarse para combatir y rebatir los planteamientos de la ultraderecha. Pero las divisiones internas parecen ser una característica de la izquierda, tan preocupada con la “pureza” intelectual.

En esa Tesis no pretendo tomar partido por unos u otros. Más bien recurriré a los elementos y argumentos de una y otra posición para ir desarrollando las diversas cuestiones que planteo en mi trabajo, lo que me llevará en ocasiones a alinearme con los argumentos de unos, en ocasiones con los de los otros y en muchas ocasiones con un planteamiento político e ideológico común.

* * *

A lo largo del capítulo hemos podido constatar la existencia de un discurso racista en la criminología, que se remonta al surgimiento de las primeras teorías criminológicas pretendidamente científicas del positivismo del siglo XIX, en las que la ideología racista imperante penetra con fuerza en el discurso criminológico. La carga racista de la criminología disminuye cuando la propia ideología racista pierde credibilidad y apoyo tanto científico como popular. Pero en momentos de auge de la ultraderecha como los actuales, vemos resurgir los discursos criminológicos racistas, tanto las versiones retrógradas del racismo biológico como las más actualizadas que enfatizan los factores culturales.

En efecto, al inicio del capítulo hemos visto que la literatura criminológica del positivismo criminológico decimonónico construyó una imagen del “delincuente” como “otro” patológico, diferente del resto de los ciudadanos normales. Y para poner de manifiesto la “alteridad” del delincuente, incluso le atribuyó los rasgos fisiológicos que se suponía caracterizaban a la razas consideradas inferiores, procediendo de este modo a una identificación entre el estereotipo del delincuente y el del “salvaje”.

En las primeras décadas del siglo XX el tema de la criminalidad de los inmigrantes ocupó un lugar destacado en los trabajos sociológicos de la Escuela de Chicago, que se caracterizaron por un enfoque y una metodología absolutamente diversos de las concepciones patológicas de la criminalidad propias del positivismo criminológico. En los desarrollos sociológicos de la primera mitad del siglo también hay que destacar los trabajos pioneros de algunos autores en relación a la cuestión racial negra -como Du Bois, Sellin, Johnson y Myrdal-, quienes inician el enfoque de la sociología del sistema penal y la crítica a las estadísticas del sistema penal como instrumento de medición de la criminalidad, que luego desarrollará la criminología de la reacción social.

La década de 1960 trajo un cambio de paradigma en la criminología con los enfoques del etiquetamiento, que destacaron la construcción social tanto del delito como del delincuente y propiciaron el abandono del paradigma etiológico. Ya no hay que seguir estudiando los procesos de infracción de las normas, sino que la atención debe dirigirse a los procesos de definición de delitos por parte de la ley penal y a los procesos de criminalización secundaria que llevan a cabo las instancias de aplicación del sistema penal. Se hablará entonces de la “selección” que realizan las instancias del sistema penal, que persigue los comportamientos delictivos de las clases sociales subalternas y no los de los poderosos.

Este marco interpretativo no sólo sirve para analizar la actividad selectiva del sistema penal respecto de las clases sociales desfavorecidas, sino que resulta muy útil para analizar la discriminación que el sistema penal ejerce sobre las minorías étnicas. Pero en general hay que decir que la criminología de la reacción social ignoró el tema de la cuestión racial y la posible discriminación hasta entrados los años 80, de forma similar a cómo ignoró la cuestión de género. Fue una criminología hecha por hombres de “raza” blanca, que no se ocupó del tema de las minorías étnicas y su opresión.

La criminología de la reacción social de la década de 1960 no advirtió que las prácticas criminológicas, esto es, la actividad de la policía, de los tribunales y de las instituciones penitenciarias rezumaban un amenazante racismo, que se fue intensificando a lo largo de los años '70. No es hasta la década de 1980, cuando estas prácticas vienen acompañadas de los discursos racistas de la criminología de ultraderecha, que suenan las alarmas de la criminología crítica y social-demócrata y se empieza a estudiar en profundidad la existencia de discriminación racial en el sistema penal.

PARTE II: INVESTIGACIÓN EMPÍRICA EN LA CRIMINOLOGÍA
¿MAYOR CRIMINALIDAD DE LOS EXTRANJEROS
O DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA PENAL?

Planteamiento

Lo primero que llama la atención cuando examinamos la relación entre extranjería o minorías étnicas y sistema penal en la mayor parte de los países occidentales es el impacto desproporcionado de este último sobre aquéllos, en comparación con la población nativa o de la mayoría étnica, impacto que se pone de manifiesto de forma patente en el ámbito carcelario -último estadio del sistema penal-.

La sobre-representación carcelaria de los extranjeros es un fenómeno que se constata en toda Europa, pero de forma especialmente acusada en los países del sur, que son los de nueva inmigración. Además, se trata de un fenómeno que está aumentando constantemente, de modo que si seguimos por el mismo camino puede ocurrir lo que apunta WACQUANT: que los extranjeros en Europa constituyan el equivalente de los negros en EE.UU. en cuanto a objetivos del control punitivo (2001:189-204).

A continuación introduciremos algunas cifras relativas al encarcelamiento de extranjeros en Europa y de minorías étnicas en EE.UU., para mostrar el alcance de la referida sobre-representación.

En el ámbito europeo podemos obtener información sobre población extranjera encarcelada en los diversos países recurriendo a las estadísticas anuales del Consejo de Europa sobre población reclusa, denominadas *SPACE I (Council of Europe Annual Penal Statistics)*. Estas estadísticas –que también se incorporan al *Penological Information Bulletin* del Consejo de Europa- pueden ser consultadas en la siguiente página Web: www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Prisons_and_alternatives, desde la que se accede tanto a las estadísticas como al mencionado *Bulletin*.

A continuación presentaré datos de población extranjera encarcelada referidos al año 2002 (a 1 de septiembre)⁴². En concreto, indicaré la cifra total y el porcentaje de extranjeros encarcelados en algunos países de Europa. Lamentablemente las estadísticas del Consejo de Europa no contienen información sobre el porcentaje de extranjeros que residen en cada uno de esos países, lo que nos permitiría observar la sobre-representación carcelaria de los extranjeros (mediante el índice de encarcelamiento por cada 100.000 habitantes).

⁴² También está disponible la estadística del año 2003, pero esta última no recoge las cifras de extranjeros encarcelados porque responde a la encuesta simplificada (la versión simplificada y la completa se alternan anualmente).

TABLA nº 0: Población reclusa extranjera en diversos países europeos (números absolutos y porcentaje), a 1 de septiembre de 2002.

| PAÍS | Nº extranjeros | % extranjeros | | PAÍS | Nº extranjeros | % extranjeros |
|------------------------|----------------|---------------|--|----------------------------------|----------------|---------------|
| Alemania ⁴³ | 23.509 | 29'9 | | Holanda | 4.733 | 29'1 |
| Andorra | 46 | 83'6 | | Inglaterra y Gales ⁴⁴ | 5.586 | 8'5 |
| Austria | 2.475 | 33 | | Italia | 16.937 | 30'1 |
| Bélgica | 3.785 | 40'9 | | Liechtenstein | 6 | 35'3 |
| Chipre | 148 | 42'9 | | Luxemburgo | 243 | 63'9 |
| Dinamarca | 561 | 16'3 | | Malta | 99 | 35 |
| Eslovenia | 171 | 15'3 | | Noruega | 398 | 15 |
| España | 12.961 | 25'4 | | Portugal | 1.647 | 12 |
| Estonia | 1.660 | 35'8 | | República Checa | 1.743 | 10'3 |
| Francia | 11.518 | 21'5 | | Suecia ⁴⁵ | 1.390 | 21'4 |
| Grecia | 3.800 | 45'9 | | Suiza ⁴⁶ | 3.531 | 70'8 |

Fuente: Consejo de Europa, *SPACE 2002*.

En la tabla se han incluido las cifras de población extranjera reclusa de todos los países donde el porcentaje supera el 10%, con la excepción de Inglaterra y Gales que, pese a tener un porcentaje inferior, creo importante incluirlo al tratarse un uno de los grandes países de Europa. Se puede observar que en esta tabla encontramos representados con un porcentaje de extranjeros en prisión superior al 10% a todos los principales países europeos (en el sentido de más grandes o ricos), salvo Inglaterra y Gales, caso al que en seguida me referiré. Como he indicado, no se ofrecen cifras de población extranjera en el conjunto de las sociedades, lo que nos permitiría observar el grado de sobre-representación carcelaria de extranjeros respecto a su presencia en la sociedad. Pero a pesar de no poder hacer cálculos precisos, la existencia de sobre-representación en países como Alemania, España, Francia o Italia (por citar sólo los países que más extranjeros encarcelan en números absolutos) es patente, dado que en ninguno de ellos encontramos en la sociedad un porcentaje de extranjeros similar al de sus cárceles (entre el 20 y el 30%).

Las estadísticas del Consejo de Europa no contienen cifras de minorías étnicas encarceladas, probablemente porque muy pocos países europeos llevan a cabo este tipo

⁴³ Datos a 31 de marzo de 2001.

⁴⁴ Datos a 1 de septiembre de 2000.

⁴⁵ Incluye sólo los reclusos penados, no los preventivos.

⁴⁶ Cifra estimada.

de cómputo, como es el caso de España, donde este criterio no se utiliza. Es necesario que este criterio sea también tenido en cuenta, porque a medida que los extranjeros adquieran la nacionalidad dejarán de estar representados en las estadísticas actuales, pero puede suceder que como minorías étnicas sufran procesos de criminalización muy pronunciados, que es necesario conocer para poderlos combatir.

En Gran Bretaña, con una tradición inmigratoria menos reciente y basada en el modelo “multicultural”, sí se llevan a cabo cómputos bajo el criterio clasificatorio de las minorías étnicas, que en ocasiones se combina también con el criterio del estatus nacional.

Así, en Inglaterra y Gales la cifra media de población penitenciaria en 1999 fue de 64.529. De ellos, 12.120 pertenecían a minorías étnicas. Las minorías étnicas representaban el 18% de la población carcelaria masculina y el 25% de la femenina. De las minorías étnicas en prisión, el 26% de los hombres y el 49% de las mujeres eran extranjeras. Y, entre las mujeres extranjeras encarceladas, el 77% lo eran por delitos de drogas (BOWLING / PHILLIPS, 2002:197). Por consiguiente, pese a que en este país encontramos un porcentaje más reducido de extranjeros encarcelados, es preocupante observar un elevado porcentaje de encarcelamiento de minorías étnicas.

El criterio clasificatorio por grupos étnicos es el que se utiliza en EE.UU., donde usualmente se distingue entre tres grandes grupos: blancos, latinos y negros. En cuanto a las cifras de población reclusa, es muy recomendable visitar la página Web: www.prisonsucks.com, donde encontramos cifras actualizadas de población reclusa de los aludidos grupos étnicos, que incluyen el cálculo del índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes, lo que nos permite observar la brutal criminalización de la población negra. Se trata de una página no oficial, sino de grupos comprometidos con la defensa de los derechos humanos y la crítica al sistema penal.

En primer lugar se indica que en fecha 31 de diciembre de 2003 había en las cárceles Norteamericanas más de dos millones de personas presas (exactamente 2.085.331), que se traducía en un índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes de 714 (en España es de 131 y constituye uno de los más elevados de Europa). Pero este índice varía mucho en función de los diversos grupos étnicos. A 30 de junio de 2003, los índices de encarcelamiento eran los siguientes: población blanca: 376 presos por 100.000 habitantes; población latina: 997 presos por 100.000 habitantes; población negra: 2.526 presos por 100.000 habitantes. Como sabemos, los índices de encarcelamiento de las mujeres son siempre bastante contenidos, por lo que resulta

conveniente observar el índice de encarcelamiento correspondiente sólo a los hombres de los diversos grupos étnicos: hombres blancos: 681 presos por 100.000 habitantes; hombres latinos: 1.778 presos por 100.000 habitantes; hombres negros: 4.834 presos por 100.000 habitantes (www.prisonsucks.com, consultada a diciembre de 2004). Las cifras son escalofriantes. Más adelante nos referiremos detenidamente a la criminalización de los negros en EE.UU., pero ya se puede avanzar que las actuales políticas penales norteamericanas están poniendo entre rejas a una entera generación de jóvenes negros, lo que sin duda producirá un efecto amplificador de la exclusión social de la población negra en los años venideros. Y parece que en Europa estamos siguiendo un camino parecido, aunque la criminalización se refiere a otros grupos étnicos.

Muchos investigadores primero norteamericanos y luego europeos se han cuestionado acerca del por qué de la elevada sobre-representación carcelaria de los extranjeros o las minorías étnicas y han tratado de verificar o desmentir la hipótesis según la cuál éstos cometen más delitos o bien el sistema penal actúa de forma discriminatoria frente a estos grupos. A partir de la década de 1970 los criminólogos norteamericanos y ya entrados los '80 también de varios países europeos (Gran Bretaña, Alemania o Holanda, entre otros) han dedicado muchos esfuerzos a analizar empíricamente si la sobre-representación carcelaria de las minorías étnicas se debe a una mayor criminalidad o, en cambio, a la discriminación racial dentro del sistema penal.

En el Estado español este tipo de investigaciones son inexistentes, pese a que se constata una preocupante sobre-representación carcelaria de los extranjeros y a que la relación entre inmigración y criminalidad ha adquirido considerable relevancia pública en los últimos años, hasta el punto de colocarse en un lugar central de la agenda política.

Esta Tesis no pretende paliar la mencionada ausencia de investigación empírica sobre la relación entre inmigración y sistema penal ya que sería un objetivo enormemente ambicioso e inalcanzable. De hecho, la primera dificultad que encuentro al pretender investigar con herramientas empíricas la cuestión planteada es la ausencia de modelos o guías para desarrollar este tipo de investigación. La segunda dificultad, más grave, es la falta de acceso al material empírico con el que trabajar. En España, a diferencia de otros países europeos, no existe la tradición de generar y publicar datos oficiales por parte de las instancias del sistema penal (aunque hay que reconocer que en los últimos años se están haciendo avances muy importantes); y los intentos de los grupos de investigación de llevar a cabo investigaciones sobre el funcionamiento de

dichas instancias se encuentran a menudo con la resistencia y la censura de las instituciones oficiales –sobremanera del Ministerio del Interior-. Y, por supuesto, tampoco existe en España la tradición de transparencia propia de las más asentadas democracias liberales, las cuales atribuyen la función de investigar, producir y publicar datos sobre el funcionamiento del sistema penal a organismos independientes, que realizan de este modo cierta actividad de control⁴⁷.

Las mencionadas dificultades impiden emprender un análisis empírico en profundidad de la cuestión que me ocupa. Por otro lado, la casi absoluta ausencia de investigación empírica sobre el tema convierte en parcial cualquier iniciativa en ese sentido que se realice. Por todo ello, si bien no renuncio a trabajar ciertos aspectos con herramientas empíricas, considero necesario en primer lugar recurrir a las experiencias desarrolladas en otros contextos académicos, tanto europeos como americanos. Es decir, uno de los objetivos de esta Tesis consiste en exponer las investigaciones empíricas más importantes que se han realizado en otros países sobre el aludido tema de la relación entre inmigración o minorías étnicas y sistema penal, porque considero que todos estos trabajos pueden ser utilizados como antecedentes teóricos para analizar la actual actividad del sistema penal respecto a los extranjeros en el Estado español.

⁴⁷ En Gran Bretaña, por ejemplo, la problemática acerca de la posible existencia de discriminación racial en el sistema penal ha sido objeto de atención por parte del mismo Estado, lo que ha llevado a la creación de organismos independientes encargados de “monitorear” las posibles discriminaciones por razón de raza, etnia u origen nacional. Así, la *Race Relations Act* de 1976 creó la *Commission for Racial Equality*, con competencias para llevar a cabo investigaciones de las organizaciones sospechosas de practicar discriminación racial y para requerirles que cambien sus prácticas. También la *Royal Commission on Criminal Justice*, que periódicamente publica Informes en base a investigaciones sobre el funcionamiento del sistema penal. Asimismo, la Sección 95 de la *Criminal Justice Act* de 1991 prohíbe toda discriminación, directa o indirecta, en la actividad del sistema penal y establece la obligatoriedad del Ministerio del Interior de publicar las informaciones y estadísticas que permitan observar si se producen prácticas discriminatorias.

CAPÍTULO 6: RESEÑA DE LAS PRINCIPALES INVESTIGACIONES EMPÍRICAS EN EE.UU. Y EUROPA

1. Precisiones terminológicas y criterios analíticos utilizados

Este capítulo pretende presentar en España el debate, sobre todo anglosajón, acerca de si los inmigrantes o las minorías étnicas cometen más delitos o si, por el contrario, su mayor presencia en los diferentes estadios de actuación del sistema penal es debida a discriminación por parte del sistema penal (aunque ambos aspectos no son necesariamente excluyentes).

Este debate ha tenido lugar, como he dicho, con apoyo de una gran cantidad de investigaciones empíricas. A continuación reseñaré las principales investigaciones que analizan esa mayor presencia de extranjeros o minorías étnicas en los diversos estadios del sistema penal, centrandome especialmente mi atención en la verificación empírica de prejuicios y discriminación racial en las diversas instancias del sistema penal.

El hecho de focalizar mi atención en las investigaciones, datos y argumentos que demuestran la existencia de discriminación en el sistema penal es consecuencia de la perspectiva teórica que fundamenta mi investigación (y que ya he puesto suficientemente de manifiesto). Como he señalado, el objetivo de esta Tesis es realizar un análisis del funcionamiento del sistema penal –y de sus diversas instancias de aplicación- en relación a los extranjeros o minorías étnicas, para denunciar, en su caso, la existencia de discriminación racial.

Retomando las perspectivas criminológicas actuales comentadas en el último capítulo de la Parte I, en esta Parte II me referiré a los argumentos teóricos del debate acerca de si la sobre-representación de los extranjeros o minorías étnicas en el sistema penal puede ser atribuida a su mayor criminalidad o a discriminación por parte del sistema penal, prestando especial atención a las críticas realizadas a los instrumentos de medición de la criminalidad (estadísticas, encuestas y otros instrumentos de investigación social). En especial, trataré de poner de manifiesto que las estadísticas oficiales son adecuadas para cuantificar la actividad de las diversas instancias del sistema penal pero, en cambio, son incapaces de medir la criminalidad. Es decir, las estadísticas oficiales de las instancias del sistema penal (estadísticas policiales, judiciales, penitenciarias) no pueden ser consideradas como reflejo de la criminalidad, obviando el hecho que tales instancias tienen un papel “constitutivo” de la misma. Por

ello considero que no se puede estudiar la criminalidad de forma separada de la actividad de las instancias que la “producen”.

Las investigaciones sobre la representación de los diferentes grupos étnicos en las diversas instancias del sistema penal se inician aproximadamente a partir de mediados de la década de 1970, que es cuando empieza a introducirse en las estadísticas oficiales la referencia a la “raza” o etnia⁴⁸. El tema de “monitorear” la presencia de los diversos grupos étnicos en el sistema penal y de incluir en las estadísticas oficiales la mención a la “raza” fue muy controvertido, ya que no hay que olvidar que el Estado nazi recurrió a este tipo de registros para identificar a los judíos y llevar a cabo el exterminio. Por ello, tras la segunda Guerra Mundial, las referencias a la “raza” se eliminaron de todo tipo de registros oficiales.

También se utiliza como argumento para no llevar a cabo un cómputo de la presencia en el sistema penal de los diversos grupos étnicos el hecho que la publicidad acerca de la sobre-representación de determinados grupos étnicos puede generar actitudes racistas.

Pese a que estos argumentos son importantes, el hecho de no llevar a cabo ese tipo de cálculos y estadísticas puede ocultar en la práctica graves procesos de criminalización de determinados grupos étnicos y la posibilidad de una elevada discriminación racial del sistema penal (por ejemplo, el caso de las mujeres gitanas en España puesto de manifiesto por el Proyecto Barañí, que luego mencionaremos). Por ello en la actualidad la mayoría de los investigadores consideran necesario llevar este tipo de registros así como el desarrollo de investigaciones sobre el tema, ya que el primer paso para poner en práctica políticas tendentes a evitar la discriminación es tener conocimiento de la misma.

El problema que se plantea al llevar a cabo un cómputo y realizar investigaciones sobre la presencia de los diversos grupos étnicos en el sistema penal es el tema de las categorías y las clasificaciones. Ya hemos hablado en la Parte Introductoria de la inexistencia científica de las “razas”, debido a que la persona humana forma parte de un continuo, de manera que cualquier clasificación basada en diferencias fisiológicas es necesariamente arbitraria. Como asimismo es arbitrario pretender hacer una clasificación basada en el criterio de la etnia, ya que también este concepto constituye una construcción social. Sin embargo, también hemos dicho que la inexistencia

⁴⁸ Por ejemplo, en Gran Bretaña la policía empieza a hacer público un registro policial con distinción de “raza” en 1975.

científica de la “raza” no impide la existencia del racismo, y no tendría sentido negarnos a hacer un cómputo de la población “negra” en prisión e ignorar su sobre-representación con el argumento de la arbitrariedad de la categoría de “negro”.

Asimismo es problemática la categoría de inmigrante o extranjero. Algunos discursos –en especial en España- mencionan las estadísticas de extranjeros encarcelados para referirse a la criminalidad de los inmigrantes, utilizando ambas categorías como equivalentes. Sin embargo no lo son, ya que el índice de extranjeros encarcelados incluye a personas no residentes (sobre todo privadas de libertad en relación al tráfico de drogas), de modo que se imputa a la población inmigrada un índice de criminalidad más elevado.

En la práctica quienes finalmente establecen el criterio clasificatorio en muchos casos son las instituciones oficiales, al ser éstas las que generan los datos y los hacen públicos (aunque también los investigadores generan datos). Ello conlleva que los investigadores terminen utilizando la misma clasificación y terminología, ya que trabajan con esos datos. En ocasiones el investigador se encuentra ante problemas adicionales debido a que no todas las instituciones oficiales generan sus datos en base a un mismo criterio clasificatorio, lo que produce ciertas distorsiones en las tablas comparativas de datos (MATTHEWS, 2003:273-275).

En este capítulo voy a realizar un estado de la cuestión en Europa y EE.UU. de las investigaciones acerca de la sobre-representación de las minorías étnicas en el sistema penal, aunque mi foco principal de atención será Gran Bretaña, por ser el país donde he desarrollado una parte importante de mi trabajo. El hecho de reseñar las principales investigaciones empíricas me obligará a usar los términos y clasificaciones propios de esos ámbitos. Es decir, utilizaré las clasificaciones de grupos poblacionales a las que recurren los diversos análisis e investigaciones que reseño, pese a reconocer que las mismas son problemáticas y en muchos casos imprecisas e incluso arbitrarias.

En términos generales, las investigaciones empíricas desarrolladas en Gran Bretaña clasifican a las personas dentro de 3 grandes grupos poblacionales, que identifican con los siguientes términos: 1) “afro-caribeños” o “negros”, para referirse a las personas de origen africano o de las Indias Occidentales; 2) “asiáticos”, para referirse a las personas procedentes o con orígenes en ese continente⁴⁹; 3) “blancos”, para referirse al resto de

⁴⁹ Pese a que, como ha señalado FITZGERALD, esta categoría genérica incluye personas de varios grupos étnicos, como Indios, Pakistaníes o Bangladeshíes, con un perfil socio-económico bastante heterogéneo, lo que posiblemente se reflejaría en diferentes índices de criminalización si fuesen analizados en categorías separadas. También señala que asimismo se aprecian diferencias significativas

personas, en general de origen europeo. Se ha criticado acertadamente la arbitrariedad de esta clasificación que hace referencia en ocasiones a características fisiológicas - color de la piel- y en otras a procedencia geográfica (MATTHEWS, 2003:273).

Ya podemos avanzar que la mayoría de las investigaciones reflejan una sobre-representación de los “afro-caribeños” o “negros” en los diversos estadios del sistema penal con respecto a los “blancos” y, en cambio, una sub-representación de los “asiáticos”. Más adelante veremos cómo se han interpretado estos datos. Pero no sería de extrañar que los datos sobre “asiáticos” cambien en los años más recientes, sobre todo a partir de fines de 2001, como consecuencia de la guerra contra el terrorismo islámico y de la creciente consideración de la comunidad musulmana como “sospechosa”⁵⁰.

Pese a que en muchos casos me referiré a investigaciones desarrolladas en Gran Bretaña, a menudo las interpretaciones y reflexiones que haga serán generalizables a otros ámbitos, debido a que este tipo de investigaciones se han llevado a cabo en diversos países y los resultados obtenidos son siempre similares, con la única diferencia que la minoría étnica sobre-representada en el sistema penal es diferente en cada uno de los países estudiados, en función de su particular historia y del grupo étnico que está en una situación estructural de desventaja social: los “negros americanos” en EE.UU. (y en menor medida los “latinos”); los “afro-caribeños” en Gran Bretaña; los aborígenes y los inmigrantes negros en Australia; los indios nativos y los inmigrantes negros en Canadá; los surinameses, los turcos y los marroquíes en Holanda; los turcos y otros trabajadores inmigrantes en Alemania; los argelinos en Francia; los inmigrantes norte-africanos y del Este de Europa en Italia; los magrebíes y latinoamericanos en España.

Una vez realizadas las precisiones anteriores acerca de la terminología y los criterios clasificatorios, paso a referirme a los diversos aspectos que son objeto de atención por parte de las investigaciones empíricas que mencionaré, así como a las categorías

en la categoría de “afro-caribeños”, ya que mientras los de origen caribeño son ciudadanos británicos de las antiguas colonias, los de origen africano son inmigrantes o refugiados que están en el país de forma temporal (1993:3 y 32).

⁵⁰ En realidad, en el año 1993 FITZGERALD insinúa la posible relación problemática en Gran Bretaña de los musulmanes con el sistema penal, cuando señala que la estadística de prisiones de 1991 muestra que cerca del 60% de los presos asiáticos eran musulmanes (y no de las principales religiones indias) y que los pakistaníes estaban sobre-representados respecto a su presencia en la sociedad (1993:32). Cifras anteriores a 2001 ya vienen a confirmar estas sospechas: en Gran Bretaña, entre 1990 y 1999 el número de presos musulmanes se ha más que duplicado, pasando de 1.840 a 4.355 (BOWLING / PHILLIPS, 2002:82) y, según informaciones periodísticas recientes, en el último años los *Muslims* se han convertido en el objetivo prioritario del control policial, lo que eleva su cifra de criminalización.

analíticas que utilizaré para examinar la relación entre inmigrantes o minorías étnicas y sistema penal.

Dado que por sistema penal entendemos el conjunto de estrategias, instituciones y funciones mediante las que se ejerce el poder punitivo del Estado, englobando tanto el aspecto estático como el dinámico del sistema penal (BERGALLI, 1996b:VII-XII), el análisis se deberá extender a todas y cada una de estas instituciones y a las actividades que éstas desarrollan. De esta manera, habrá que tener en cuenta las distintas instancias del sistema penal y su actividad en las diversas fases del proceso penal, con el objetivo de comprobar la existencia o no de prejuicios y discriminación racial en su actuación. En concreto, me referiré a las diversas investigaciones clasificándolas en función de si las mismas se ocupan de la instancia policial, de la instancia judicial o de la instancia penitenciaria.

Por otro lado, en relación a cada una de las mencionadas instancias del sistema penal, en primer lugar me referiré a los análisis acerca de la existencia o no de prejuicios raciales y estereotipos negativos respecto de los inmigrantes o minorías étnicas entre los agentes de cada una de las instancias para, en segundo lugar, hacer referencia a si tales estereotipos y prejuicios raciales se trasladan a prácticas discriminatorias en el sistema penal.

Soy consciente que la distinción entre existencia de prejuicios y su plasmación en comportamientos racistas es un tanto artificiosa, debido a que nuestras actitudes necesariamente influyen en la forma en que nos comportamos. Además, a menudo la distinción no es clara, como en el caso del lenguaje racista, que es expresión de actitudes pero a la vez ya implica una forma de comportamiento. Sin embargo, por una parte considero que la distinción es útil a nivel analítico⁵¹ y, por otra, permite destacar la posible inconsistencia de algunas investigaciones que han concluido en la existencia de prejuicios que -según sostienen- no se reflejarían en conductas discriminatorias.

En relación a la discriminación racial en los diversos niveles del sistema penal, a su vez, trataré de establecer una distinción en función de las siguientes categorías analíticas: discriminación individual, discriminación institucional y discriminación estructural.

Para distinguir entre discriminación individual e institucional me remito a los conceptos que utiliza LEA, que pone el acento en el nivel en que se origina la acción

⁵¹ La misma ha sido utilizada en otras reseñas acerca de la investigación empírica disponible sobre el tema, como por ejemplo JEFFERSON (1988) y REINER (1989).

racista. Así, hablaremos de discriminación individual para hacer referencia a prácticas racistas individuales de agentes concretos que actúan en el marco de las instancias del sistema penal, siempre y cuando se trate de prácticas aisladas imputables a actitudes de personas individuales; es decir, en palabras de LEA, estamos ante casos de discriminación individual cuando

“las prácticas racistas tienen origen en el nivel de los comportamientos individuales, sin que ello se corresponda con las políticas formales y las actividades generales de la institución en la que el agente opera” (1986:149, *la traducción es mía*).

Las prácticas discriminatorias no necesariamente deben estar constituidas por conductas que impliquen la infracción de la norma aplicable en el caso concreto (p. ex. una detención policial manifiestamente ilegal) sino que pueden deberse a un distinto uso de la discrecionalidad (p. ex. estricta aplicación de la ley frente a minorías étnicas *vs.* mayor flexibilidad respecto a “blancos”). En este caso la práctica discriminatoria quizá no vulnera la regla legal aplicable, pero sí la prohibición constitucional de discriminación racial o étnica.

En cambio, según el mismo autor, identificaremos la existencia de discriminación institucional cuando

“las acciones racistas son desarrolladas en el marco de políticas o como formas de operar de las instituciones, con independencia de las actitudes de las personas que desarrollan las actividades de la institución” (LEA, 1986:148, *la traducción es mía*).

Un claro ejemplo lo constituyen las leyes racistas sobre inmigración, que se aplican con independencia de las actitudes personales hacia los inmigrantes que tengan los funcionarios concretos encargados de su aplicación. Pero también consideraremos que existe racismo institucional cuando las actitudes y prácticas racistas formen parte del código normativo de la institución (usando el concepto de “norma” en sentido sociológico), como puede suceder con determinada “cultura policial”.

A su vez, también resulta interesante establecer una ulterior clasificación dentro de la categoría de “discriminación institucional”, en función de si se trata de acciones abierta y conscientemente racistas –discriminación directa- o de acciones que producen un efecto discriminatorio sin que ese fuera el propósito inicial –discriminación indirecta- (LEA, 1986:148). La distinción entre discriminación directa e indirecta ha sido tomada en consideración en Gran Bretaña en diversas investigaciones, incluida una

investigación oficial acerca de la instancia policial –el Informe Macpherson-, que elaboró la siguiente definición de “racismo institucional”:

“El fracaso colectivo de una organización para suministrar un servicio apropiado y profesional a determinadas personas debido a su color, cultura u origen étnico. Puede manifestarse o ser detectado en procesos, actitudes y comportamientos que provocan discriminación a través de prejuicios inconscientes, ignorancia, desconsideración y estereotipos raciales desfavorables para las minorías étnicas” (citada por LEA, 2003:50, *la traducción es mía*).

LEA señala como aspecto positivo de esta definición el hecho que vaya más allá del nivel de las políticas abiertamente discriminatorias y considera que en las democracias liberales –que formalmente incorporan el principio de igualdad de trato y prohíben la discriminación por motivos raciales o étnicos- el análisis acerca de la existencia de “racismo institucional” precisamente debe poner el acento en las consecuencias involuntarias del funcionamiento de las instituciones, ya que difícilmente incorporarán políticas públicas consciente y deliberadamente racistas (2003:50).

Finalmente, podemos hablar de discriminación estructural cuando la discriminación racial ya no depende ni de prácticas individuales ni de las acciones racistas -directas o indirectas- de las instituciones, sino que se encuentra arraigada en la estructura de la sociedad y la actividad institucional lo reproduce aunque aplique políticas pretendidamente “neutrales” o incluso “anti-discriminatorias”. Estaremos en presencia de una sociedad estructuralmente racista cuando los inmigrantes o minorías étnicas conformen de forma desproporcionada los estratos inferiores de la estructura social, sobremanera cuando determinados grupos étnicos se perpetúen en ese estrato social con el transcurso de las generaciones, sin que se aprecie una sustancial posibilidad de movilidad y ascenso social. Este tipo de racismo es el que se intenta combatir con políticas sociales transformadoras, como por ejemplo la denominada “discriminación positiva” –mejor llamada “acción positiva”- en el acceso a la educación y al empleo.

En resumen, el criterio analítico que seguiré será el siguiente:

- Instancia policial: verificación de la existencia o no de prejuicios raciales y estereotipos negativos y análisis de si la actividad de la policía -que incluye tanto los controles callejeros (el denominado *stop and search*) como las detenciones de personas- revela prácticas discriminatorias; identificación, en su caso, de la existencia de discriminación individual, institucional o estructural.

- Instancia jurisdiccional: existencia o no de prejuicios raciales entre los jueces y comprobación de si la actividad de *sentencing* revela discriminación racial, ya sea ésta imputable a prácticas individuales, institucionales –tanto directas como indirectas- o a discriminación estructural.
- Instancia penitenciaria: existencia o no de prejuicios raciales entre los funcionarios penitenciarios y verificación de si esos prejuicios se traducen en una actividad discriminatoria en la ejecución de las penas de prisión, ya se trate de discriminación individual, institucional o estructural.

Al desarrollar este análisis deberemos tener en cuenta la interrelación entre las diversas instancias y fases del sistema penal, así como las consecuencias que la adopción de una decisión en una instancia puede tener en los estadios posteriores. En palabras de FITZGERALD, debemos ser conscientes que

“las decisiones de las agencias del sistema penal (y de otros actores relevantes, incluyendo los profesionales jurídicos y los “expertos” forenses) interactúan y se componen unas a otras. Ninguna de ellas puede ser analizada separadamente, debido a que aún cuando las diferencias étnicas sean pequeñas en cada una de las decisiones que se toman en el marco del proceso penal, su impacto acumulativo puede ser muy amplio” (1993:38, *la traducción es mía*).

Es decir, aunque en algunos estadios del sistema penal si los observamos de forma aislada la discriminación pueda parecer casi insignificante por su relativa pequeña proporción, la discriminación racial en las diversas fases se va acumulando hasta el punto de constituir un problema de gran envergadura. Además, hay que tener en cuenta, como señala SMITH -quien rechaza la tesis de la acumulación-, que

“las decisiones que se adoptan en el marco del sistema penal tienden a auto-validarse, de manera que las decisiones adoptadas en posteriores estadios pueden estar influenciadas por la necesidad de justificar una decisión anterior” (1997:142, *la traducción es mía*).

Esto significa que las posteriores decisiones de mantener el procesamiento de la persona dentro del sistema penal no necesariamente significan que la decisión que supuso su ingreso estaba justificada, sino que puede suponer que la decisión inicial tuvo un enorme efecto. Y puede ocurrir que esa decisión inicial de la policía -que luego tiene repercusiones a lo largo de todo el proceso penal- hubiese estado influenciada por los prejuicios raciales.

Las investigaciones realizadas que aquí reseñaré recurren a métodos de investigación social tanto cuantitativos como cualitativos. En algunos casos se trata de análisis de datos de estadísticas oficiales, mientras que otras investigaciones empíricas generan sus propios datos recurriendo al instrumento de la encuesta, de la entrevista, de la consulta de expedientes o a la observación directa. En todo caso, hay que tener en cuenta que la objetividad de las investigaciones siempre es relativa, ya que dependen del punto de vista y de la posición ideológica del investigador que la lleva a cabo.

En concreto, el método de las entrevistas ha servido especialmente para analizar la existencia de prejuicios raciales y estereotipos entre los funcionarios que trabajan en las diversas instancias del sistema penal, mientras que para verificar la existencia o no de prácticas discriminatorias se suele recurrir a métodos cuantitativos como las estadísticas y la consulta de expedientes, con el objeto de comparar los datos de las decisiones de las instancias del sistema penal respecto de los diversos grupos étnicos (comparativas de arrestos policiales, de prisión preventiva, de las sentencias condenatorias, etc.) para tratar de verificar si el factor “etnia” tiene efectos desfavorables.

Al analizar las estadísticas del sistema penal los investigadores advierten que hay que tener cierta cautela al comparar los datos de nacionales y extranjeros (o mayorías y minorías étnicas), debido a que la composición demográfica y social de la población inmigrante y de las minorías étnicas suele diferenciarse de la nativa⁵², caracterizándose por un mayor volumen de población masculina joven urbana y de clase trabajadora, grupo que tiene un mayor riesgo de criminalización. Pero aunque la comparación entre población criminalizada y censo poblacional se haga entre unas mismas franjas de edad y género, continúa existiendo una alarmante sobre-representación de los inmigrantes o minorías étnicas en las diversas instancias del sistema penal⁵³.

Por otro lado, cuando se analizan los datos de población reclusa es importante distinguir entre dos medidas de cómputo: las presencias carcelarias en una fecha determinada (o el promedio anual) y la cifra de admisiones en los centros penitenciarios.

⁵² Por ejemplo, en Gran Bretaña según el censo de 1991 un 5'5% de la población formaba parte de las minorías étnicas, mientras que si teníamos en cuenta la franja de edad de 16 a 24, el porcentaje se elevaba a 6'9% -y se reducía al 2'7% entre la población mayor de 45 años- (SMITH, 1997:108).

⁵³ El mismo autor señala que en 1993 el 11% de la población penitenciaria masculina era negra, mientras que esta minoría étnica constituía tan sólo el 1'8% de la población masculina entre 16 y 39 años; la sobre-representación carcelaria de las mujeres negras era todavía mayor: constituían el 20% de la población penitenciaria, mientras que sólo representaban el 2% de la población de entre 16 y 39 años –aunque una buena parte eran no residentes condenadas por introducir drogas en Gran Bretaña- (SMITH, 1997:126).

La distinción cobra especial importancia cuando se analizan datos por diversos delitos, debido a que los delitos leves suelen recibir condenas más breves; en cambio, los delitos de mayor gravedad (o muy severamente castigados) conllevan un largo período de encierro carcelario, lo que se traduce en un porcentaje mayor de la población penitenciaria. Esto significa que las cifras de población penitenciaria en una fecha determinada tienden a reflejar en mayor medida las condenas por delitos graves (o severamente castigados), que las cifras de admisiones a prisión, que reflejan por igual todas las condenas a prisión (MAUER, 1999:34; TONRY, 1995:25).

Finalmente, decir que no existe ninguna investigación de conjunto que haga un monitoreo étnico de todas las fases e instancias del sistema penal; o sea, no se ha realizado ningún estudio que haga el seguimiento de un número significativo de casos en las diversas fases del sistema penal, desde el arresto policial hasta el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Como señala HOOD, ello sería recomendable con el fin de identificar los puntos del sistema penal en los que se produce discriminación racial y para cuantificar su efecto acumulativo y su capacidad de explicar la proporción de minorías étnicas que están en prisión (1992:192).

2. Instancia policial

De entre las diversas instancias del sistema penal, la instancia policial y su relación con los extranjeros o minorías étnicas es la que más ha centrado la atención de los investigadores, porque se la considera la más relevante debido a su función de primera “selección” o “filtro” de las personas que entran en contacto con el sistema penal y, por tanto, es la más determinante.

Existencia de prejuicios raciales:

Varias investigaciones tanto en EE.UU. como en Gran Bretaña, desde fines de la década de 1960 en adelante, han constatado la existencia de prejuicios o estereotipos negativos en la policía -también en otras instancias del sistema penal, pero en menor medida- acerca de los extranjeros o las minorías étnicas. Tales prejuicios se ponen fácilmente de manifiesto en las entrevistas y a través de la observación directa, y pueden manifestarse bien a través de un lenguaje directamente racista o bien pueden consistir en creencias tales como que las minorías étnicas tienen una mayor tendencia a cometer delitos, tienen menor respeto a las instituciones de “ley y orden”, son hostiles a la policía y a la población blanca y, en general, constituyen la fuente de la mayoría de los

problemas. Este tipo de prejuicios no sólo se encuentran en miembros aislados de las fuerzas policiales, sino que están ampliamente extendidos en la instancia policial, hasta el punto de poder afirmar que forman parte de la “cultura policial”⁵⁴ (para una reseña en profundidad de esta literatura, ver REINER, 1985:149-187). Ello tiene efectos particularmente importantes, por ser la instancia policial la que en mayor medida determina la entrada en el sistema penal de una persona.

En Gran Bretaña, la existencia de prejuicios raciales en la instancia policial ha sido reconocida incluso a nivel oficial, primero en el Informe Scarman que lo definió como un problema de “bad apples” y luego en el Informe Macpherson que lo calificó de “racismo institucional”.

Lord Scarman reconoció la existencia de racismo en la policía, pero señaló que se trataba tan sólo de actitudes de miembros aislados. Es más, sugirió que los prejuicios raciales están extendidos entre los estratos inferiores de la escala jerárquica, pero que en cambio apenas se aprecian en los estratos superiores de la policía. Esto contrasta con los resultados de una investigación llevada a cabo por REINER en base a entrevistas con miembros de alto rango jerárquico del cuerpo policial, investigación en la que confirma la existencia de prejuicios raciales y estereotipos negativos también entre los oficiales, lo que le lleva a afirmar que tales prejuicios hunden sus raíces en toda la estructura de la instancia policial y se reproducen en todos sus niveles (1989:7-8 y 1993:8).

Por su parte, el Informe Macpherson condena el “racismo institucional” existente en la policía y señala que los prejuicios raciales y los estereotipos negativos, conscientes o inconscientes, forman parte de las normas y valores por medio de los cuales los agentes policiales definen su rol y la legitimidad de sus actividades, lo que provoca su gran extensión a lo largo de toda la institución policial. Pero además, los prejuicios y estereotipos se refuerzan debido a que los agentes policiales suelen tener un contacto limitado con la población –menos aún con las minorías étnicas- y tienden a reducir su socialización a las relaciones entre ellos (LEA, 2003:52).

Por tanto, no es sólo que algunos miembros de las fuerzas policiales tienen actitudes prejuiciosas frente a las minorías étnicas -lo cual sería normal ya que este tipo de prejuicios están extendidos también en la sociedad- sino que los prejuicios están más extendidos dentro de la policía debido a que, por una parte, esta profesión es posible que

⁵⁴ Ver, por todas, la relevante investigación acerca de la Policía Metropolitana de Londres llevada a cabo por SMITH y GRAY, donde señalan la profunda extensión entre los agentes del lenguaje racista y de los prejuicios raciales (1985:388-439).

tienda a atraer a individuos más conservadores y autoritarios y, por otra, los agentes policiales son posteriormente socializados en unas normas y valores (la “cultura policial”) que refuerzan el uso de los estereotipos y prejuicios raciales (REINER, 1985:174).

Pero incluso se puede dar un paso más allá y señalar que el recurso a estereotipos raciales no constituye una “deformación” de la actividad policial provocada por la aludida cultura policial racista, sino que forma parte de los métodos normales de operar de la institución policial. La actividad policial necesariamente implica el recurso a estereotipos, esto es, prejuzgar la conducta de una persona individual en función de su pertenencia a un grupo o categoría de personas -también artificialmente construido- al cuál se atribuyen determinadas características -p.ex. mayor criminalidad-. El peligro de los estereotipos es que fácilmente se transforman en “profecías auto-cumplidas” y generan círculos viciosos de imposible resolución: los estereotipos llevan a una mayor actividad de la policía en relación a los extranjeros, lo que resulta en un incremento en las estadísticas que, a su vez, refuerza los estereotipos. Aunque en realidad, dice LEA, la policía debe operar con generalizaciones sobre la criminalidad de determinados sectores de la población y no con estereotipos (1986:160-163).

Existencia de discriminación racial:

Si descendemos del nivel de los prejuicios raciales al de las prácticas discriminatorias, se puede sostener que estos prejuicios raciales y estereotipos negativos se traducen en la actividad policial mediante prácticas policiales discriminatorias⁵⁵. La mayor parte de autores que se ha ocupado de la actividad de la policía ha puesto de manifiesto que los extranjeros o minorías étnicas tienen más posibilidades que la población nativa o “blanca” tanto de ser paradas y revisadas en la calle (*stop and search*), como de ser arrestadas por la policía (REINER, 1989:6-8 y 1993; FITZGERALD, 1993:14 y ss.).

En cuanto a los datos relativos a *stop and search*, varias investigaciones realizadas en Gran Bretaña desde fines de los años '70 en adelante muestran índices muy superiores de los afro-americanos respecto de los blancos, así como índices inferiores entre los asiáticos: se puede decir que todas ellas concuerdan en poner de

⁵⁵ Aunque en general los agentes policiales niegan que tomen en consideración la raza o etnia de las personas en el desarrollo de su actividad y consideran que actúan de forma neutral e imparcial, como muestra la investigación de BRITTON (2000:639-658).

manifiesto que los jóvenes negros tienen como mínimo el doble de posibilidades de ser parados por la policía que los jóvenes blancos⁵⁶. Alguna investigación realiza análisis multifactoriales que tratan de comparar los datos de paradas policiales respecto a los diversos grupos étnicos teniendo en cuenta factores demográficos y sociales (edad, género, clase social), es decir, tratan de comparar grupos homogéneos, pero incluso así todavía verifican la existencia de diferencias significativas entre los diversos grupos étnicos. En términos generales, entonces, se puede decir que un volumen importante de investigación empírica pone de manifiesto que la policía hace uso de su poder de parar y revisar de forma abusiva en relación a los hombres jóvenes afro-americanos (FITZGERALD, 1993:15; REINER, 1989:13; SMITH, 1997:139).

Pese a que la década de 1980 ha presenciado la implementación en la instancia policial de numerosas políticas anti-discriminatorias (siguiendo las recomendaciones del Informe Scarman), la reciente investigación oficial realizada por Macpherson confirma la persistencia del abuso policial en el ejercicio de sus poderes de *stop and search*. Precisamente la discriminación policial en el uso de esos poderes fue uno de los aspectos más destacados por el aludido Informe para afirmar la existencia de racismo institucional, debido a que constató que según datos de 1997 y 1998 los negros tenían 5 veces más probabilidades de ser parados por la policía que los blancos (LEA, 2003:60).

La actividad policial de *stop and search* que, como sabemos, envuelve un amplio poder discrecional y se ha dirigido abusivamente a las minorías étnicas, tiene relevancia en cuanto a las cifras de personas que ingresan en el sistema penal. Aunque no está claro el porcentaje de arrestos policiales que son consecuencia de dicha actividad: mientras alguna investigación de inicios de la década de 1980 lo había cifrado en cerca de un 25%, investigaciones recientes muestran que en las últimas dos décadas el uso de los poderes de *stop and search* se ha incrementado exponencialmente, a la vez que ha aumentado su ineffectividad para la detección de delitos⁵⁷. En todo caso, es poco común que la actividad policial de *stop and search* derive en la imputación de un delito

⁵⁶ Por ejemplo, una de las investigaciones disponibles más recientes muestra que mientras la cifra media de personas paradas por la policía es del 10%, en su investigación ese porcentaje es del 9% entre los blancos, del 2% entre los asiáticos y del 28% entre los negros, de modo que los negros tienen tres veces más posibilidades de ser parados por la policía que los blancos. Sin embargo, como señalan todas las investigaciones, la gran mayoría de personas paradas por la policía son hombres jóvenes. En relación a éstos, los mencionados autores señalan que entre $\frac{1}{4}$ y $\frac{1}{3}$ de los hombres blancos menores de 35 años fueron parados por la policía en el transcurso de un año, mientras que la cifra aumenta a 9 de cada 10 entre los hombres negros menores de 35 (NORRIS / FIELDING / KEMP / FIELDING, 1992:212-213).

⁵⁷ Señala LEA que en 1996 la proporción de *stop and search* que terminan en arrestos se reduce al 10% (2003:62).

grave, y varias investigaciones señalan que la mayoría de *stop and search* que terminan en arresto policial es debido a la posesión de *cannabis*.

Por otro lado, parece haber acuerdo en que una vez parados, los afro-americanos tienen aproximadamente las mismas posibilidades de ser arrestados que los blancos. Pero obviamente, dado el mayor número de negros parados, ello se traduce en un número mucho más elevado de arrestos de jóvenes negros que de blancos. De acuerdo a la investigación de NORRIS / FIELDING / KEMP / FIELDING, el 31% de las paradas policiales de jóvenes blancos y el 40% de las de negros derivaron en una acción formal por parte de la policía, como el arresto. Teniendo en cuenta los datos de esta investigación citados anteriormente, ello supone que a lo largo de un año, aproximadamente uno de cada tres jóvenes negros menores de 35 años será objeto de alguna acción formal por parte de la policía, comparado con 1 de cada diez entre los jóvenes blancos (1992:222).

Por tanto, una parte -mayor o menor- de la sobre-representación de las minorías étnicas en el sistema penal podría ser explicada por el hecho que la policía usa sus poderes discrecionales de *stop and search* de forma desproporcionada respecto de estas personas.

Para reducir y controlar el abuso por parte de la policía de sus poderes de *stop and search* respecto a las minorías étnicas recientemente se ha reforzado y extendido la obligatoriedad –existente desde 1984- de rellenar un impreso cada vez que se lleva a cabo una actuación de este tipo. El formulario debe contener los motivos que provocaron la actuación policial, el resultado de la misma y el grupo étnico de la persona parada, a quien se debe entregar copia del mismo. Ello debería servir para reducir el abuso de estos poderes respecto a las minorías étnicas, sobre todo cuando no se usan en el marco de una investigación concreta, así como para permitir el “monitoreo étnico” constante de esta actividad. Pero no se debe ser muy optimista en cuanto a los resultados, ya que una investigación del año 2000 mostró que en algunas áreas hasta el 70% de las actuaciones que debían ser registradas no lo fueron (LEA, 2003:61 y 65).

Si examinamos datos de arrestos policiales, también aquí se pone de manifiesto una proporción muy superior de detenciones de personas de minorías étnicas respecto de las “blancas”. De nuevo los datos de Gran Bretaña muestran sobre-representación de afro-americanos y ligera sub-representación de asiáticos en la tasa de arrestos policiales, respecto de los blancos. Diferencias que también aquí pueden ser explicadas en parte por factores demográficos y sociales, pero aún comparando grupos sociales

homogéneos, sigue quedando una sobre-representación de los jóvenes afro-americanos sin justificar (FITZGERALD, 1993:16; STEVENS y WILLIS, 1979:17 y ss.).

A partir de los datos que muestran una importante sobre-representación de algunas minorías étnicas entre las personas detenidas por la policía, se ha generado un amplio debate acerca de si los mismos reflejan una mayor comisión de delitos por parte de éstas o discriminación racial en la actividad policial.

Resulta interesante tener en cuenta los casos en los que la policía actúa de forma pro-activa en los llamados “delitos sin víctima” o con víctima colectiva (tráfico de drogas, desórdenes públicos, etc.) y cuando la policía actúa de forma reactiva tras la denuncia de la víctima –delitos con víctima-. En este segundo caso, también es conveniente distinguir los casos en que la víctima puede identificar o describir al agresor. Asimismo se puede obtener información relevante si se desglosan los datos de detenciones policiales en función del tipo de infracción por la que se detiene a la persona (delito, falta, infracción administrativa en caso de los “sin papeles”), de la gravedad de los delitos imputados y del grupo étnico de la víctima, aunque no siempre estos datos son compilados.

En el caso de delitos sin víctima parece más obvia la posibilidad de una actuación discriminatoria de la instancia policial, debido a la existencia de mayor margen de discrecionalidad policial. Pero como veremos, también en caso de denuncia de la víctima hay que ser cauteloso con las cifras.

Algunas investigaciones de fines de los años 70 y principios de los 80 advirtieron que una mayor proporción de afro-americanos que de blancos eran arrestados por infracciones en las que hay mayor margen de discrecionalidad policial, por “delitos sin víctima” o como consecuencia de una actividad policial pro-activa (FITZGERALD, 1993:19; REINER, 1993:13; STEVENS y WILLIS, 1979:41). Y parece que la tónica se mantiene veinte años después, ya que una de las investigaciones más rigurosas realizadas en Gran Bretaña viene a confirmar tales advertencias. HOOD pone de manifiesto que los negros tienen muchas más posibilidades que los blancos de ser acusados por delitos relacionados con drogas -sobre todo por tráfico de *cannabis*-⁵⁸, que son los delitos que más claramente resultan de una actividad policial pro-activa (1992:53), y que una proporción mayor de negros que de blancos condenados por hurto

⁵⁸ Así, mientras que tan sólo un 1'7% de los blancos que llegan a juicio son acusados por tráfico de drogas, en el caso de los negros el porcentaje es del 14'5%. Además, señala HOOD que si se excluyera este delito, la proporción de hombres negros llegados a los tribunales en su investigación se hubiera reducido en un 20% -pasando del 17'2 al 13'7%- (1992:180).

o robo habían sido “descubiertos” por la policía (1992:144-145). Estos datos muestran que una mayor proporción de las acusaciones de negros que de blancos dependen tan sólo de las pruebas policiales, lo que genera en los investigadores serias sospechas sobre la existencia de discriminación racial en la instancia policial, como mínimo en el caso de los delitos en los que la policía actúa de forma pro-activa y tiene más margen para la discrecionalidad (FITZGERALD, 1993:19).

En el caso de actividad policial tras denuncia de la víctima, en términos generales las estadísticas ponen de manifiesto que las víctimas describen a su agresor como “negro” –u otra minoría étnica, dependiendo del país- en una elevada proporción de los casos (REINER, 1993:9; SMITH, 1997:136). Algunos investigadores interpretan estos datos como objetivos y, en base a ello, niegan la existencia de discriminación en la actuación policial: interpretan que de la misma manera que los delitos en los que la víctima puede describir a su agresor son mayoritariamente cometidos por extranjeros o minorías étnicas, es razonable inferir que también en el resto de delitos se dará esta proporción. A partir de este argumento, defienden la objetividad de las estadísticas sobre arrestos policiales (HINDELANG, 1978:105; LANGAN, 1985:683; con cierta cautela, también SMITH, 1997:136 y 148).

Pero como advierten varios investigadores, la fiabilidad de las descripciones hechas por las víctimas es muy relativa. Debido a que los estereotipos negativos respecto a las minorías étnicas no se encuentran tan sólo en la policía, sino que están extendidos en toda la sociedad, los delitos denunciados por las víctimas también pueden plasmar prejuicios raciales de los ciudadanos, de manera que las cifras sobre identificaciones y descripciones de las víctimas no deben ser interpretadas automáticamente como reflejo de la criminalidad.

En primer lugar, se ha apuntado la posibilidad que las víctimas tengan tendencia a identificar al agresor como extranjero o perteneciente a una minoría étnica –aunque en realidad no lo hayan visto con claridad- debido a sus propios prejuicios. En efecto, las investigaciones muestran que tan sólo en aproximadamente 1/3 de los delitos en los que hay encuentro entre víctima y victimario, ésta puede decir algo acerca de su agresor, debido a que a menudo las circunstancias en las que lo ha visto son muy deficientes (sólo vio al infractor cuando huía, éste llevaba máscara, era de noche, la víctima sufre *shock*, etc.). Por ello, se considera que las descripciones e identificaciones del grupo étnico del agresor hechas por la víctima a menudo son poco confiables y tienen un valor limitado (REINER, 1989:13 y 1993:10). Es más, debido al poco valor atribuido a las

identificaciones del grupo étnico realizadas por la víctima, la Policía Metropolitana de Londres desde 1985 ya no compila este dato en las estadísticas. Sin embargo, ello no significa que la descripción hecha por la víctima en la práctica no tenga influencia en la actividad de la policía tendente al arresto del presunto agresor (FITZGERALD, 1993:16).

En segundo lugar, también se ha sugerido la posibilidad que las víctimas sean más proclives a denunciar el delito cuando el agresor es extranjero o perteneciente a una minoría étnica. La investigación realizada por STEVENS y WILLIS confirmaría este extremo: en el 44% de los casos de agresiones cometidas por “no-blancos” denunciadas por la víctima, no se había producido daño físico; en cambio, en agresiones cometidas por “blancos” el porcentaje se reducía al 22%. El 11’5% de casos denunciados de agresiones cometidas por “blancos”, el daño fue serio o letal; mientras que el porcentaje se reduce al 6’5% en agresiones cometidas por “no-blancos” (1979:37).

Los argumentos y cifras mencionados sugieren que también en casos de actividad policial reactiva motivada por denuncia por parte de la víctima la policía tiene margen de discrecionalidad y puede plasmar en su actividad prejuicios raciales, propios y ajenos, mediante la atribución de más o menos valor a las descripciones de la víctima. Además, la actividad policial también puede ser relevante en cuanto a la “resolución del caso”, ya que, por ejemplo, la policía puede dedicar más esfuerzos a identificar y detener al infractor cuando se trata de un delito de “negro contra blanco” que a la inversa.

Finalmente, alguna investigación ha manifestado serias dudas acerca de si la calificación de los hechos realizada por la policía es distinta en función del grupo étnico del presunto agresor. Así, en una investigación sobre *sentencing*, HUDSON aporta argumentos para sospechar que en casos de “tirones” en la calle, los negros son acusados por robo mientras a los blancos se les imputa un hurto; es decir, ante unos hechos similares, a los negros se los acusa de un delito de mayor gravedad (1989:28). Ello se confirmaría en la investigación de HOOD, que muestra una mucho mayor proporción de negros que de blancos acusados de robo (19% vs. 6%), y una menor proporción de acusaciones por hurto (8% vs. 14%). Asimismo HOOD señala que en los delitos de robo los acusados blancos habían amenazado más frecuentemente a la víctima con una arma de fuego, mientras que los acusados negros con frecuencia no llevaban arma alguna; además la investigación pone de manifiesto que en el caso de acusados blancos se trataba más a menudo de robos planeados (23% vs. 15%), mientras que entre

los acusados negros con más frecuencia eran arrebatos con intimidación en la calle (20% vs. 15%) (1992:53-54).

En conjunto, todo lo anterior genera fundadas sospechas acerca de la posibilidad que una parte no desdeñable de la sobre-representación de los extranjeros o minorías étnicas en el sistema penal sea debida a la discriminación que ejerce la policía como instancia de selección de las personas y comportamientos que son procesados por dicho sistema. Es decir, la policía tiene amplios poderes para decidir frente a qué delitos “reacciona” y frente a cuáles no. Y es muy probable que en este proceso de “filtración” ejerza discriminación racial. Por un lado, encontramos que buena parte del trabajo policial es consecuencia de una actividad pro-activa, actividad en la que la instancia policial goza de una amplia discrecionalidad. Y por otro lado, la policía juega un importante papel en el proceso de “filtración” de los delitos denunciados por los ciudadanos. En palabras de BOWLING,

“En cada estadio del proceso que va desde la comisión de un delito hasta el arresto de un infractor hay un filtro que actúa para excluir algunos ‘delitos’ e incluir otros. Una amplia proporción de delitos en los que hay una víctima identificable no suscitan la atención de las agencias oficiales. Esto puede ser debido a que la víctima no quiere presentar denuncia ante la policía, bien porque tras el delito ya poco se puede hacer, o bien porque la persona no es consciente de haber sido victimizada. Del total de delitos que son denunciados a la policía, no todos serán registrados y tan sólo en una pequeña proporción el infractor será identificado” (1990:487).

Por tanto, como señala el mismo autor, es evidente que incluso en el caso que la instancia policial actuase de forma absolutamente equitativa, no existe correspondencia entre la cifra de arrestos policiales y la de “todos los delitos cometidos”, ya que siempre habrá ciertos tipos de delitos en los que se producen arrestos más a menudo, debido al aludido proceso de “filtración”. Pero además, es posible que este proceso de “filtración” que realiza la policía actúe *sistemáticamente* en detrimento de las minorías étnicas y sea responsable en buena parte de su sobre-representación en el sistema penal (BOWLING, 1990:487, *énfasis del autor*).

Pese a las anteriores evidencias que muestran la posible existencia de discriminación en los arrestos policiales, así como la falta de correspondencia entre arrestos policiales y delitos cometidos, tradicionalmente las estadísticas sobre arrestos (junto con las estadísticas penitenciarias) han sido el instrumento más usado para medir los índices de criminalidad, atribuyendo acríticamente a dicha fuente oficial un elevado nivel de objetividad y fiabilidad (en este sentido, la gran mayoría de autores

norteamericanos. Por todos, BLUMSTEIN, 1982:1259-81; HINDELANG, 1978:93-109; TONRY, 1985:71).

Más recientemente se ha recurrido también tanto a encuestas de victimización como a encuestas de auto-incriminación con el objeto de medir la criminalidad.

En general, las investigaciones empíricas realizadas en base a estadísticas oficiales de las instancias del sistema penal (de arrestos policiales, de población reclusa) y a encuestas de victimización, ponen de manifiesto una sobre-representación de las minorías étnicas. En cambio, las investigaciones que utilizan encuestas de auto-incriminación no encuentran diferencias significativas entre la proporción de minorías étnicas y mayorías que reconocen la realización de comportamientos delictivos.

Ante la falta de correspondencia entre los resultados de las encuestas de auto-incriminación y las estadísticas oficiales y encuestas de victimización, algunos investigadores interpretan que algunas minorías étnicas tienen menor tendencia que los nativos a reconocer sus delitos (HINDELANG, 1978:97; JUNGER, 1989:273-284 y 1990:493-502). En este sentido se pronuncia JUNGER (*op.cit.*) en Holanda respecto a los adolescentes de origen turco y marroquí, interpretación que fue acertadamente contestada por BOWLING (1990:483-492) -ver al respecto la interesante polémica sostenida en el *BJC*-.

Podemos señalar que a las encuestas de victimización les son aplicables todas las objeciones y advertencias realizadas más arriba respecto de las descripciones del infractor hechas por la víctima, además de las críticas por parcialidad (que comparten con las estadísticas oficiales), en el sentido que generalmente sólo hacen referencia a un tipo de criminalidad -la llamada criminalidad callejera- y desatienden la criminalidad de cuello blanco. Respecto de las encuestas de auto-incriminación, muchos investigadores ponen en duda su validez o fiabilidad como instrumento para medir la criminalidad (incluso los autores que recurren a estadísticas oficiales con el mismo propósito)⁵⁹.

Todos estos instrumentos, así como la misma pretensión de medición de la criminalidad, fueron sometidos desde los años '60 en adelante a una importante revisión crítica. Pero pese a las críticas recibidas, los instrumentos de medición de la criminalidad alcanzan un nuevo auge a partir de la década de 1980, coincidiendo con el desarrollo de la llamada “criminología administrativa”.

⁵⁹ SMITH, por ejemplo, señala que uno de los problemas viene dado ya por la misma muestra para realizar las encuestas, ya que es probable que los individuos que llevan a cabo una buena parte de las actividades delictivas no sean incluidos en la muestra por encontrarse en instituciones de encierro (1997:135).

A modo de resumen, podemos hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, se puede constatar respecto a la instancia policial la existencia de prejuicios raciales y estereotipos negativos acerca de las minorías étnicas, que afectan a todos los niveles jerárquicos de la institución policial. En segundo lugar, las investigaciones empíricas también han verificado que estos estereotipos y prejuicios se traducen en prácticas policiales discriminatorias, que implican un mayor número de revisiones (*stop and search*) y detenciones de personas extranjeras o pertenecientes a minorías étnicas.

Ambas constataciones nos llevan a reflexionar acerca de si la discriminación racial puede ser atribuida a actitudes y comportamientos individuales de miembros aislados de la instancia policial o, en cambio, debe ser calificada como institucional o estructural. Y hemos visto que en Gran Bretaña el informe resultante de una investigación oficial (Informe Macpherson) concluyó con el reconocimiento de “racismo institucional” en la policía. Pese a ello, como señala críticamente LEA, tal reconocimiento se sustentó en elementos “culturales” –se habló de la existencia de una “cultura policial” institucionalmente racista-, descuidando el análisis de aspectos estructurales y del mismo rol tanto de las leyes como de la policía en la sociedad. En este sentido, el mencionado autor llama la atención sobre las leyes de extranjería como expresión del racismo institucional: la propia ley construye la categoría de “inmigrante ilegal”, señalando a los extranjeros como objetivos del control policial.

De este modo, se ha señalado la insuficiencia de las interpretaciones que sitúan el racismo policial en las personalidades de sus agentes y se ha dicho que es la propia función policial y las circunstancias que rodean al trabajo de la policía las que explican la hostilidad existente entre minorías étnicas y policía.

La propia discriminación estructural que sufren las minorías étnicas en la sociedad, en el sentido de constituir los estratos inferiores de la estructura social, les atribuye las características que tradicionalmente han constituido el foco de atención privilegiado de la instancia policial: habitar en las zonas más degradadas de las ciudades, mayores tasas de desempleo, pasar mucho tiempo en la calle, mayor visibilidad, etc. Es decir, las minorías étnicas pertenecen en mayor medida a los sectores de población (jóvenes desempleados de clases bajas) que siempre han constituido el foco prioritario de la actividad policial de mantenimiento del orden (REINER, 1985:175).

Por tanto, además de los prejuicios propios de la “cultura policial”, podemos decir que la discriminación racial estructural existente en la sociedad se traduce y

amplifica a través de la práctica policial. La forma normal de operar de la policía incurre necesariamente en racismo institucional, aunque en ocasiones sea involuntario o indirecto.

3. Instancia judicial

Existencia de prejuicios raciales:

No se han realizado investigaciones que analicen las actitudes de los jueces respecto de las minorías étnicas, de modo que no es posible verificar empíricamente si entre éstos están extendidos los prejuicios raciales y estereotipos negativos. Pero pese a la ausencia de investigación en este campo, es fácil imaginar la existencia de prejuicios, debido a que los jueces en su inmensa mayoría son personas blancas, pertenecientes a la clase media y media-alta y de ideología tradicionalmente conservadora (MATTHEWS, 2003:284).

En este sentido, es motivo de preocupación la mínima proporción de jueces pertenecientes a minorías étnicas que se observa en Gran Bretaña⁶⁰ (por no hablar de otros países), así como la ausencia de formación específica de los jueces relativa al tema étnico (REINER, 1989:10).

Existencia de discriminación racial:

En cuanto a la existencia o no de prácticas discriminatorias, las investigaciones sobre los procesos decisorios en la instancia judicial son más escasas que las que se han ocupado de la instancia policial. Pese a ello, la limitada cantidad de investigaciones ha sido compensada por la calidad de la investigación desarrollada en Gran Bretaña por ROGER HOOD (1992) bajo el encargo de la *Commission for Racial Equality*, que constituye una de las investigaciones más destacadas sobre la relación entre “raza” y sistema penal. A diferencia de otros trabajos empíricos sobre enjuiciamiento que utilizan muestras reducidas o no toman en consideración una serie de variables relevantes⁶¹, la investigación de HOOD trabajó con una amplia muestra y desarrolló un complejo análisis multifactorial. Como veremos, la investigación mostró algunas

⁶⁰ En 1994 tan sólo había cuatro jueces en Inglaterra y Gales pertenecientes a minorías étnicas (MATTHEWS, 2003:284).

⁶¹ En Gran Bretaña tampoco es fácil llevar a cabo investigaciones sobre *sentencing* y minorías étnicas debido a que los datos oficiales que facilita el Ministerio del Interior son insuficientes, de modo que los investigadores necesitan disponer de un amplio equipo de trabajo para llevar a cabo la recolección de datos.

diferencias significativas en el enjuiciamiento de los hombres negros respecto de los blancos, de forma que permite inferir la existencia de prácticas discriminatorias en la instancia judicial, aunque no con la extensión verificada en la instancia policial.

Pero antes de hacer referencia al proceso de enjuiciamiento es conveniente detenerse en la posibilidad o no de discriminación racial en la decisión judicial relativa a la prisión preventiva, debido a que los datos muestran una importante sobre-representación de las minorías étnicas entre los acusados que sufren esta medida cautelar.

Algunas investigaciones en Gran Bretaña indican que la imposición de prisión preventiva está muy vinculada al tipo de delito del que se acusa a la persona, pero incluso manteniendo bajo control esta variable todavía se aprecia una mayor proporción de afro-americanos que de blancos privados preventivamente de libertad (FITZGERALD, 1993:19-20).

Ello se confirma en el trabajo de HOOD, quien realiza un análisis multifactorial para verificar si el mayor uso de la prisión preventiva respecto de los negros puede ser justificado en base a los factores legalmente relevantes para decidir entre prisión preventiva o libertad bajo fianza. Este autor toma en consideración factores legales como la seriedad del delito imputado y la reincidencia, junto a factores socio-económicos como domicilio estable, familia, empleo, etc. El resultado es que, incluso una vez controlados estos factores, los acusados negros todavía tienen más probabilidades de sufrir prisión preventiva que los blancos (1992:146-150).

Pero además, debemos tener en cuenta que la misma configuración de los mencionados criterios jurídicamente relevantes para la decisión judicial perjudica de forma desproporcionada a los extranjeros y minorías étnicas; es decir, los propios criterios normativos (dispuestos por leyes o costumbres) incluyen la consideración de factores legales y sociales para decidir acerca de la prisión preventiva que son desfavorables y discriminan a las minorías étnicas, lo cual si no puede ser imputado a racismo individual de los jueces, en cambio lleva a constatar la existencia tanto de racismo institucional como estructural.

La observada sobre-representación de las minorías étnicas en prisión preventiva es altamente preocupante ya que esta privación de libertad cautelar, además de constituir un “mal” en sí misma, dificulta la preparación de la defensa del acusado e impide mostrar enmienda de la conducta desde la comisión del delito, de modo que puede resultar en una mayor tasa de condenas a prisión. De hecho, la investigación de

HOOD pone de manifiesto, en primer lugar, que respecto de todos los grupos étnicos más del 80% de los acusados que han sufrido prisión preventiva son posteriormente condenados a pena privativa de libertad y, en segundo lugar, que incluso cuando se toman en cuenta todo el resto de variables legalmente relevantes, el hecho de haber sufrido prisión preventiva es uno de los factores más estrechamente asociados con la condena a pena privativa de libertad. Aunque el mencionado autor advierte que ello no demuestra necesariamente una relación causal entre prisión preventiva y posterior condena a prisión (1992:146). Sin embargo, no podemos dejar de recordar la reflexión de SMITH en el sentido de que las decisiones dentro del sistema penal tienden a “auto-validarse” (1997).

Ya en relación al contenido de las sentencias judiciales, es interesante fijarse en los índices de absoluciones, ya que se observan diferencias significativas en función del grupo étnico del acusado. Algunas investigaciones en Gran Bretaña han constatado que los afro-americanos tienen una tasa superior de absoluciones en juicio que los blancos - 15'3% y 9'5% respectivamente- (WALKER, 1988:447-450). Este aparente trato más favorable en juicio de los negros u otras minorías étnicas respecto de los blancos, lleva a algunos autores a negar la existencia de racismo en el sistema penal.

Sin embargo, la constatación de una mayor proporción de absoluciones de negros tras el juicio que de blancos, también encuentra interpretaciones más reflexionadas y cuestionadoras de los datos. En primer lugar, este fenómeno ha sido entendido como resultado de la discriminación contra los negros existente en estadios anteriores del proceso penal, esto es, que la policía o la fiscalía lleven a los negros ante los tribunales con menos pruebas que a los blancos, respecto de los cuales ya no presentan cargos en ausencia de pruebas (REINER, 1993:12; HUDSON, 1993:157; WALKER, 1988:456). El hecho que el índice de absoluciones de personas pertenecientes a minorías étnicas no sea elevadísimo (pese a ser ya superior al de las nativas) lleva a algunos autores a negar la existencia de discriminación racial masiva en instancias anteriores del sistema penal (en este sentido, SMITH, 1997:162).

En segundo lugar, el mayor índice de absoluciones también ha sido explicado por la menor tendencia de los afro-americanos a declararse culpables y conformarse con la pena (*guilty plea*). Varias investigaciones en Gran Bretaña han constatado una menor proporción de afro-americanos que se declaran culpables y aceptan una condena “negociada” respecto a los blancos. Ello produce el efecto que más afro-americanos lleguen a juicio, donde pueden lograr la absolución. La contrapartida de declararse no

culpables es que la posible condena a imponer es más severa, ya que la asunción de culpabilidad se “premia” con una reducción de pena (WALKER, 1988:456; HOOD, 1992:51 y 125).

En relación a las sentencias condenatorias, también se han encontrado diferencias en función del grupo étnico del condenado. Las investigaciones ponen de manifiesto un índice más elevado de condenas a pena privativa de libertad para los afro-americanos que para los blancos, y menor a ambos para los “asiáticos”. Además, cuando la condena es a pena privativa de libertad, las estadísticas muestran que ambas minorías étnicas mencionadas sufren condenas significativamente más largas que las personas blancas. Asimismo, parece haber acuerdo entre los investigadores en reconocer que los afro-americanos tienen menos posibilidades de obtener *probation* u otras penas o medidas alternativas que los blancos (FITZGERALD, 1993:22, HUDSON, 1989:29-30; WALKER, 1988:444-447).

Estos datos han generado un amplio debate acerca de si las diferencias en las sentencias son debidas a la “etnia” –y, por tanto, a discriminación racial- o pueden ser atribuidas a otros factores relevantes que deben ser tomados en cuenta, como la reincidencia, la edad del acusado, el tipo de delito y su gravedad, la asunción o no de culpabilidad, etc.

También se ha apuntado la posibilidad que la etnia de la víctima sea un factor de diferenciación de la severidad de las sentencias; es decir, que en caso de delitos de “negros contra negros” las condenas sean más leves debido a la falta de interés de las instancias del sistema penal cuando se trata de víctimas negras, y que en el caso de víctimas blancas y agresor negro la condena sea desproporcionadamente más elevada (REINER, 1993:12; HUDSON, 1993:157 y 1994:25). Esto nos hace recordar los relatos de MYRDAL sobre el intenso racismo del sistema penal estadounidense heredero de la tradición esclavista, de los que nos hemos ocupado en la Parte I de esta Tesis.

En general, hay acuerdo en que la gravedad del delito y los antecedentes penales del acusado explican en buena parte las diferencias. Así, tanto McCONVILLE y BALDWIN (1982) como CROW y COVE (1984) sostienen que las diferencias pueden ser explicadas por variables relevantes. En consecuencia, ambas investigaciones concluyen que en el proceso de *sentencing* no es posible identificar una discriminación

sustancial o sistemática basada en motivos raciales o étnicos (citados por FITZGERALD, 1993:23 y REINER, 1989:14 y 1993:12)⁶².

En cambio, otras investigaciones posteriores sostienen que los factores relevantes como la gravedad del delito o los antecedentes penales del acusado no explican en su totalidad las diferencias en el enjuiciamiento de los diversos grupos étnicos, de modo que concluyen afirmando la existencia de discriminación racial. En este sentido podemos destacar la investigación de HUDSON, quien señala que

“incluso ante delitos similares y con menos condenas previas que los blancos, los afro-americanos son en mayor medida condenados a pena de prisión y a penas alternativas más severas” (1989:32, *la traducción es mía*).

Además, esta autora pone de manifiesto que la mayor disparidad en las sentencias no se encuentra en los delitos más graves, sino en los de gravedad intermedia, los cuales permiten mayor discrecionalidad judicial en la imposición de pena de prisión o de alternativa no privativa de libertad (*ibidem*: 27 y 30).

Sin embargo, pese a la toma en consideración de los factores comentados más arriba, hasta 1992 no existía ninguna investigación basada en una muestra suficientemente amplia de sentencias y que tomase en cuenta conjuntamente los diversos factores relevantes para la decisión judicial⁶³. Por ello la investigación de HOOD aparece como una pieza clave en el aludido debate, ya que toma en cuenta la interacción de las diversas variables jurídicamente relevantes comentadas junto con otros factores socio-económicos que pueden influir en las decisiones judiciales. Este autor construye una tabla en base a un conjunto de variables legalmente relevantes (seriedad del delito, modo de enjuiciamiento, declaración de culpabilidad, uso de violencia, motivación, reincidencia, etc.⁶⁴) en la que establece la probabilidad de

⁶² McCONVILLE y BALDWIN señalaron que no habían detectado diferencias significativas por motivos de “raza” en el proceso de enjuiciamiento (1982); y la investigación de CROW y COVE concluyó que “los diversos grupos étnicos presentan similares patrones de criminalidad, sus casos son tratados de forma similar y son resueltos con sentencias parecidas” (1984). McConville y Baldwin (1982): “The influence of Race on Sentencing in England”, en *Criminal Law Review*; Crow y Cove (1984): “Ethnic Minorities and the Courts”, *Criminal Law Review* (Citados por FITZGERALD, 1993:23 y REINER, 1989:14 y 1993:12 No he podido acceder a los artículos porque los números de las respectivas revistas han sido extraviados en la British Library).

⁶³ La investigación de McConville y Baldwin tomaba en cuenta diversas variables, pero tiene el inconveniente de agrupar afro-caribeños y asiáticos en un mismo grupo, lo que distorsiona los resultados debido a que, como han mostrado la inmensa mayoría de investigaciones posteriormente, la sub-representación de los asiáticos en el sistema penal puede compensar en parte los datos relativos a los afro-americanos (FITZGERALD, 1993:29-30; HOOD, 1992:16).

⁶⁴ MATTHEWS llama la atención acerca de la falta de consideración de la situación de desempleo entre los “factores relevantes”. Asimismo, considera que una de las principales debilidades de la investigación

condena a pena de prisión, es decir, construye una escala para predecir el “riesgo de privación de libertad”, usando técnicas estadísticas de análisis multifactorial. A partir de dicha tabla, compara las sentencias para blancos, negros y asiáticos, teniendo en cuenta la edad y el género. El resultado es que las variables relevantes explican en buena parte la mayor probabilidad de los negros de ser condenados a pena de prisión, pero no totalmente⁶⁵. En conclusión, este autor encuentra que, en presencia de las mismas características, los hombres negros tienen un 5% más posibilidades de sufrir prisión que los blancos -porcentaje que no considera “residual”- (1992:65 y ss; 197 y ss.).

La investigación reseñada también confirma las sospechas de HUDSON de que las disparidades en las condenas entre hombres negros y blancos son mayores en los delitos de gravedad intermedia, donde existe mayor discrecionalidad judicial. En palabras de HOOD,

“los resultados sugieren que las diferencias en el uso de la prisión entre negros y blancos no eran evidentes en los casos de delitos más graves, donde por consiguiente había poca cabida para la discrecionalidad judicial en la elección de prisión o pena alternativa. En cambio, en los casos en que había cabida para ejercer una mayor discrecionalidad, los resultados sugieren que el factor racial se asocia con un uso de la prisión que produce desventaja a los negros” (1992:65, *la traducción es mía*).

En especial, este autor llama la atención acerca de la mayor proporción de negros que de blancos que son condenados a prisión en los delitos de robo en viviendas, hurto y tráfico de drogas, sobre todo cuando estos delitos son de gravedad intermedia. Estos datos refuerzan la idea según la cual las diferencias “raciales” se sitúan sobre todo en los casos de gravedad intermedia (1992:85-86).

Además, la investigación pone de manifiesto la importancia del factor socio-económico “desempleo” -que no es considerado como legalmente relevante-, factor que también había destacado HUDSON (1989:28-30). HOOD encuentra una fuerte correlación entre el hecho de ser desempleado y recibir una condena a pena privativa de libertad en el caso de los acusados negros, pero no en el de los blancos o asiáticos

de Hood es el hecho de asumir que los delitos o condenas previas constituyen un factor “racionalmente neutral” o imparcial (2003:286 y 287).

⁶⁵ HOOD había encontrado que entre los hombres con veredicto de culpabilidad, por cada 100 blancos condenados a pena de prisión, había 117 negros y 82 asiáticos –o lo que es lo mismo, cada uno de estos grupos étnicos tenía, respectivamente, el 48’4%, el 56’6% y el 39’6% de posibilidades de ser condenados a pena de prisión-, de forma que los negros tenían un 8’2% más posibilidades que los blancos de ser condenados a prisión (1992:41-42 y 194-195). Pero cuando las diversas variables relevantes son tomadas en consideración, el porcentaje de mayor probabilidad de pena de prisión de los negros respecto de los blancos se reduce a un 5%, mientras que la menor probabilidad observada para los asiáticos puede ser explicada casi en su totalidad por las aludidas variables legalmente relevantes (*ibidem*: 78 y 198).

(*ibidem*: 86). Teniendo en cuenta que el desempleo afecta en mucha mayor medida a los hombres negros, este factor adquiere mucha importancia y se convierte en ejemplo paradigmático de cómo el sistema penal amplifica la discriminación estructural existente en la sociedad.

También la declaración o no de culpabilidad tiene un efecto muy relevante en relación a la severidad de la sentencia judicial, en caso que sea condenatoria. Si el acusado es declarado culpable, la condena impuesta casi siempre implica pena privativa de libertad, ya que no obtiene el descuento de pena que lleva aparejada la asunción de culpabilidad. El efecto que esto produce es una mayor proporción de condenas a pena de prisión y una mayor duración de tales penas impuestas a las personas negras respecto de las blancas acusadas por un mismo delito, porque, como hemos dicho, las personas pertenecientes a minorías étnicas tienen menor tendencia a declararse culpables y obtener una reducción de pena mediante el “acuerdo” (WALKER, 1988:456; HOOD, 1992:51 y 125).

Esta diferenciación en el *sentencing* no puede ser atribuida a discriminación directa por parte del sistema penal (o discriminación individual del juez sentenciador). Sin embargo, sí puede ser interpretado como ejemplo de discriminación indirecta o estructural, ya que se trata de unas normas pensadas para ser aplicadas por igual a todas las personas pero que en la práctica se constata que favorecen a unos grupos étnicos y desfavorecen a otros (HOOD, 1992:182; HUDSON, 1994:8). Lo que ya no ha sido investigado es el por qué de esta diferencia en cuanto a la asunción de la culpabilidad por parte de las minorías étnicas, que podría deberse a que sean más a menudo acusadas de delitos que no han cometido y se resistan a admitir la culpabilidad aunque en ocasiones les pueda convenir (las cifras de una mayor tasa de absoluciones confirmarían el mayor porcentaje de acusaciones infundadas), a menos propuestas de conformidad por parte del Ministerio Fiscal, a que reciban diferente asesoramiento legal, a una mayor desconfianza respecto a las recomendaciones de sus abogados y de los agentes del sistema penal en general (la mayoría blancos), entre otras razones.

En cuanto a la duración de las condenas a pena de prisión, HOOD también muestra una disparidad entre los diversos grupos étnicos. Los factores que mayor impacto tenían en dicha disparidad eran la seriedad del delito y la declaración o no de culpabilidad del acusado (*guilty plea*). Cuando se tienen en cuenta estos factores, las diferencias se minimizan entre los acusados que se declaran culpables. En cambio, entre los que se declaran no culpables, la duración media de las sentencias era mayor para los

negros y los asiáticos⁶⁶. Teniendo en cuenta la mayor tendencia de las minorías étnicas a declararse no culpables, el resultado es una considerable mayor duración de las condenas a prisión para los negros y los asiáticos. En conclusión, la toma en consideración de las variables relevantes tampoco explica en su totalidad la mayor duración de las penas de prisión impuestas a los negros y a los asiáticos (1992:121-126).

La combinación de la mayor probabilidad de los negros de ser condenados a penas de prisión, junto con la mayor duración de las penas impuestas, obviamente repercute en la sobre-representación de esta minoría étnica en prisión, debido a que la población carcelaria no sólo viene determinada por el número de entradas en prisión, sino también por la duración de las condenas. Según apreciaciones de la investigación de HOOD, la sobre-representación de los negros en las cárceles puede ser explicada del modo siguiente: un 70% es consecuencia de la mayor proporción de hombres negros que llegan a los tribunales, que obviamente no sólo refleja los delitos cometidos sino también otras decisiones de las instancias del sistema penal, las cuales pueden incurrir en discriminación racial; un 10% depende de la gravedad del delito que se imputa y otras variables legalmente relevantes; y el 20% restante puede ser atribuido a un trato desigual (incluyendo la mayor duración de las penas impuestas a consecuencia de su tendencia a declararse no culpables) de los hombres negros en el proceso de *sentencing* (1992:130-131).

Las variables jurídicamente relevantes tampoco explican la mayor severidad de las condenas no privativas de libertad impuestas a los negros: los hombres negros reciben con menor frecuencia que los blancos una orden de *probation* y, en cambio, tienen más posibilidades de ser condenados a prisión en suspenso, pena considerada más severa que la *probation*. Y, como sucedía con las condenas a prisión, la diferencia de trato aumenta en los casos en que hay más discrecionalidad judicial (HOOD, 1992:132-142; HUDSON, 1989:29).

Los resultados mencionados llevan al autor a afirmar la existencia de discriminación directa de los hombres negros en el proceso de *sentencing*, aunque en un porcentaje reducido –lo cifra en un 5%- y no de forma sistemática⁶⁷.

⁶⁶ Una vez controladas todas las variables relevantes mediante análisis regresivos, HOOD encuentra que la duración media de las penas de prisión impuestas a los asiáticos que se declararon no culpables fue 9 meses mayor que la media impuesta a los blancos declarados no culpable, y que la de los negros era 3'4 meses más larga que la de los blancos (1992:126).

⁶⁷ Aunque hay que tener en cuenta que la investigación encuentra importantes diferencias entre los diversos jueces y tribunales, ya que mientras las sentencias de algunos son bastante equitativas entre los varios grupos étnicos, en otras se advierte una discriminación preocupante que no se aprecia en los datos

En cambio, la investigación de HOOD no encuentra diferencias significativas respecto a la probabilidad de las mujeres de los diversos grupos étnicos de ser condenadas a pena de prisión, una vez tomadas en cuenta las variables legalmente relevantes. Señala este autor que

“no hay pruebas de que las mujeres negras sean ‘doblemente discriminadas’, primero como mujeres y luego por ser negras. La conclusión es que, como mínimo en *West Midlands*, la sustancial sobre-representación de las mujeres negras entre las condenadas a pena de prisión es debida en su totalidad a la cifra de las mismas y a las características legalmente relevantes de sus casos vistos para sentencia en la *Crown Court* y no a discriminación alguna en la forma en que son tratadas por los tribunales” (1992:207, *la traducción es mía*).

Es decir, pese a que se observa una importante sobre-representación carcelaria de las mujeres negras, según el mencionado autor la diferencia podía ser explicada por las características de los casos, además de por el hecho que una parte importante de las mujeres negras en prisión son extranjeras condenadas por introducir drogas al país –si descontamos estos casos, el porcentaje de mujeres negras en prisión desciende del 24 al 13%, según datos de 1990- (1992:161-178). La investigación de HOOD, por tanto, parece mostrar la ausencia de discriminación individual respecto de las mujeres en la instancia judicial, pero ello no elimina en ningún caso la discriminación institucional y estructural que sufren las mujeres negras, tanto en el ámbito del sistema penal como en la sociedad británica en general.

Pese a que la investigación de HOOD centra su atención en verificar y cuantificar la discriminación directa que se produce en el proceso de *sentencing*, el autor también muestra preocupación por los efectos de la discriminación indirecta, especialmente debido a la “penalización” que sufren los hombres negros por no declararse culpables -que, como hemos dicho, les impide beneficiarse del descuento de pena-; es decir, este autor destaca que la toma en consideración de algunos factores aparentemente legítimos desde el punto de vista legal, como el hecho de sufrir una mayor condena por no admitir la culpabilidad, pueden constituir de manera indirecta discriminación racial (1992:179 y ss.).

En resumen, mientras que en relación a la instancia policial las investigaciones (incluso las oficiales) han podido verificar la existencia tanto de prejuicios raciales

globales (FITZGERALD, 1993:31). Debido a esta disparidad entre los diversos tribunales, MATTHEWS destaca la “relatividad” de los resultados concretos de la investigación –pese a reconocer la importancia de la misma-, en el sentido que una diversa confección de la muestra podría fácilmente incrementar el porcentaje del 5% que Hood identifica como “discriminación directa” (2003:286).

como de prácticas discriminatorias entre buena parte de los agentes policiales, lo que nos ha llevado a hablar tanto de racismo individual como institucional, debido a la misma existencia de una cultura policial racista, en el caso de la instancia judicial no hay investigaciones acerca de la existencia o no –y extensión- de prejuicios raciales entre los jueces y magistrados. En cuanto a las prácticas discriminatorias en la fase de enjuiciamiento, las investigaciones ponen de manifiesto la existencia de diferencias en las decisiones judiciales que no pueden ser explicadas por factores “legales” y que, por tanto, deben ser atribuidas a discriminación individual. Se trata sin embargo de un porcentaje reducido que, según la mayoría de investigaciones, no nos permiten hablar de la existencia de una discriminación racial sistemática.

Pero lo que algunas investigaciones ponen acertadamente de manifiesto es la existencia de “factores legales” en base a los cuales los jueces deben graduar la pena, que tienen una vinculación muy significativa con la cuestión étnica. Es decir, se trata de factores respecto de los cuales se aprecian diferencias muy significativas entre los diversos grupos étnicos, de forma que su toma en consideración en el proceso de *sentencing* producen un sistemático agravamiento de las condenas de determinada minoría étnica y, por tanto, una discriminación racial, como es el caso mencionado de la declaración o no de culpabilidad, pero que también sucede respecto de otras variables jurídicas o sociales (como el desempleo). La constatación de esta diferenciación no imputable a prácticas discriminatorias directas de los jueces lleva a algunos autores (HOOD, 1992; HUDSON, 1993) a hablar de la existencia de discriminación indirecta. Se trata en estos casos de discriminación institucional o estructural –es decir, no individual-, en función de si los factores que producen la discriminación son fundamentalmente jurídicos o socio-económicos (aunque en ocasiones no es fácil la distinción).

4. Instancia penitenciaria

La concreta actividad de los funcionarios penitenciarios en relación a las minorías étnicas ha sido poco examinada, a diferencia de la actividad policial, cuya discrecionalidad ha sido más analizada al considerarse que la discriminación racial en el estadio de entrada al sistema penal puede ser responsable en mayor medida de la sobre-representación carcelaria de las minorías étnicas.

Pero la actividad de la instancia penitenciaria también puede tener efectos muy relevantes en relación a la aludida sobre-representación, sobremanera en los países

donde existe un sistema de “pena flexible” o sistema penitenciario progresivo, como en el caso de Italia o España. Por ello es importante también analizar la existencia o no de prejuicios raciales y de prácticas discriminatorias entre los funcionarios penitenciarios, así como los criterios legalmente previstos para “progresar” en el sistema penitenciario a fin de, en este caso, constatar o no la existencia de discriminación institucional o estructural en la ejecución de las penas privativas de libertad. Sin embargo, no existen investigaciones empíricas que cuantifiquen el peso del “factor étnico” o de la “extranjería” en el “recorrido” penitenciario en un sistema progresivo.

En Gran Bretaña las pocas investigaciones empíricas realizadas en prisión sobre los efectos de la “etnia” se han centrado en la relación entre presos y funcionarios y en verificar la existencia o no de un trato cotidiano diferenciado de los presos en función de su origen étnico o nacional que sea imputable a prejuicios raciales de los funcionarios. Pero no se han desarrollado investigaciones empíricas comparativas sobre la concesión de la libertad anticipada (*parole*) a los diversos grupos étnicos, a fin de verificar si la existencia o no de discriminación en este estadio del sistema penal puede dar lugar a mayor tiempo de privación de libertad, lo que a su vez contribuiría a explicar la sobre-representación carcelaria de las minorías étnicas.

Hasta muy recientemente, uno de los pocos trabajos existentes sobre las “relaciones raciales” (*race relations*) en la cárcel era el llevado a cabo por Genders y Player (1989), que fue encargado y financiado por la *Home Office Research and Planning Unit*. Estas autoras señalan que cuando las minorías étnicas llegan a la cárcel, sufren una vez más discriminaciones por motivos raciales o étnicos. Para llegar a dicha conclusión trabajan tanto en el nivel de los estereotipos y prejuicios raciales como en un segundo nivel acerca de la plasmación de estos prejuicios en prácticas concretas de los funcionarios penitenciarios.

Recientemente la *Commission for Racial Equality* (2003) ha llevado a cabo una investigación formal sobre “igualdad racial en las prisiones”, en la que concluye que el Servicio de Prisiones es responsable de actos de discriminación racial, tanto contra funcionarios pertenecientes a minorías étnicas como contra presos. La investigación hace referencia tanto a actos de intimidación y de hostigamiento racial, como a cuestiones relativas a la vida cotidiana en prisión que suponen una discriminación encubierta (disponibilidad de dietas adecuadas a las diversas minorías étnicas, disponibilidad de determinados productos a la venta, etc.).

Existencia de prejuicios raciales:

Como he indicado más arriba, los prejuicios raciales o estereotipos negativos acerca de los extranjeros o minorías étnicas no afectan sólo a la instancia policial (aunque es la instancia en que está más documentado), sino que están extendidos entre muchos de los profesionales que trabajan en el sistema penal (abogados, jueces, fiscales, oficiales de *probation*, etc.) y, obviamente, también entre los funcionarios penitenciarios.

GENDERS y PLAYER muestran a través de entrevistas a funcionarios penitenciarios que los prejuicios raciales y los estereotipos respecto a las minorías étnicas están muy extendidos en la instancia penitenciaria (los funcionarios atribuyen determinadas características comportamentales a los presos en función del color de su piel).

Los funcionarios penitenciarios, sobre todo los uniformados, comparten opiniones comunes respecto a las actitudes y comportamientos de los presos de los diversos grupos étnicos. Concretamente llama la atención la extensión de los estereotipos negativos respecto a los presos negros, en contraposición con las opiniones favorables respecto de los asiáticos. La investigación de GENDERS y PLAYER muestra que la práctica totalidad de los funcionarios uniformados (todos salvo 6 de los 83 entrevistados) describió las actitudes y comportamiento de los presos negros recurriendo a alguna de las siguientes expresiones peyorativas: arrogantes, hostiles a la autoridad, alienados de las instituciones de “ley y orden”, alienados respecto a los valores asociados con el trabajo duro, ruidosos, beligerantes, problemáticos, vagos, demandantes, carentes de inteligencia, etc. Esta visión de los presos negros contrasta con la de los asiáticos, que en general son considerados como “presos modélicos” (limpios, trabajadores, obedientes), pese a que también se les considera culturalmente distantes de la sociedad “blanca” por tener sus propias costumbres y tradiciones. Es decir, también en este caso los estereotipos están muy extendidos, pero no son negativos (1989:48-53).

Además, más de la mitad de los funcionarios contestan que son partidarios de que hubiese un límite en la proporción de presos negros en un mismo centro penitenciario, debido a que consideran que son más problemáticos que los presos de otros grupos étnicos. Es interesante constatar que la mayoría de los funcionarios considera a los presos negros “problemáticos” debido a la forma en que interactúan con ellos, que califican de “arrogante”. Se trata casi siempre de problemas de poca entidad,

que no representan una amenaza seria dentro de la prisión; es decir, no se les atribuye la comisión de actividades como el contrabando y tráfico de bienes prohibidos, la extorsión de otros presos o un alto riesgo de fuga, actividades que en general los funcionarios atribuyen más bien a “gangsters blancos” o a “terroristas irlandeses” (GENDERS y PLAYERS, 1989:56-57).

Las mencionadas autoras también advierten que si bien los estereotipos negativos respecto de los presos negros están muy extendidos entre los funcionarios uniformados de las galerías, lo están mucho menos entre los gobernadores, los oficiales de *probation* y los educadores, quienes en términos generales no consideran a los presos negros especialmente problemáticos (*ibidem*:61).

De las entrevistas tanto a los funcionarios uniformados como a los presos se desprende que los primeros a menudo se refieren a los presos negros con términos peyorativos cuando hablan entre ellos, pero el lenguaje racista no es una práctica generalizada cuando se dirigen a los presos (aunque sí constatan casos aislados). Como mínimo, los presos negros en las entrevistas no emiten una queja en cuanto al lenguaje, aunque en una buena parte de los casos sí perciben un trato o actitud diferente, que no se pone de manifiesto abiertamente sino más bien a través de pequeños signos: menor tolerancia, mayor cautela, en una mayor rudeza en la comunicación, etc. (GENDERS / PLAYER, 1989:92).

Existencia de prácticas discriminatorias:

Respecto de las prácticas discriminatorias, GENDERS y PLAYER mencionan cuatro áreas en las que se comprueba la discriminación racial: en los procedimientos disciplinarios, en los informes evaluadores de los prisioneros, en la asignación de celda y en los destinos de trabajo y cursos formativos. Primeramente las autoras constatan algunas diferencias en la reacción de los funcionarios ante las faltas disciplinarias de blancos y negros: cuando la falta consiste en una confrontación con los funcionarios, éstos inician procedimiento disciplinario en el doble de los casos cuando se trata de un preso negro. Pero aún así, el índice de sanciones disciplinarias contra las minorías étnicas se corresponde con la proporción de éstos en la cárcel. En segundo lugar, si bien el lenguaje racista ha sido eliminado de los informes relativos al comportamiento de los presos, todavía se mantiene un amplio recurso a los estereotipos raciales negativos, que se traduce en una evaluación de los presos negros caracterizada por una mayor tendencia a presentar problemas comportamentales. En tercer lugar, los funcionarios

reconocen que en la asignación de celdas intentan dispersar a las minorías étnicas -sobre todo a los negros- y que cuando hay conflictos entre presos de diversos grupos étnicos a menudo los resuelven trasladando a los de las minorías étnicas, aunque no hayan sido ellos quienes iniciaron el conflicto. Finalmente, se constata que una mayor proporción de presos negros están desempleados o son destinados a los trabajos peor valorados de la prisión, mientras que en los mejor valorados apenas se encuentra representación de las minorías étnicas, debido tanto a preferencias de los supervisores como a presiones de los grupos dominantes de presos blancos (1989:111-127).

También se puede señalar que en prisión la diferencia entre las categorías de “minoría étnica” y “extranjero” cobra mucha importancia, debido a que los extranjeros no residentes o inmigrantes recientes –y no las minorías étnicas asentadas en el país- sufren especialmente el encierro carcelario debido a problemáticas específicas⁶⁸. En este sentido MATTHEWS destaca los problemas de comunicación que sufren como consecuencia de un deficiente conocimiento del idioma, la falta de información sobre el funcionamiento del sistema penal del país y la incertidumbre que ello genera acerca de los plazos del procedimiento y en general del tiempo de encierro, la ausencia de vínculos familiares y afectivos, que se traduce en pocas visitas y aislamiento, la a menudo deficiente asistencia jurídica, la carencia de bienes y servicios adecuados (como acceso a prensa y televisión del país de origen, literatura en lengua materna, dieta adecuada o acostumbrada), la carencia de recursos económicos, etc. (2003:291).

Las mencionadas investigaciones no hacen referencia al potencial de las discriminaciones constatadas (u a otras posibles) para traducirse en una mayor duración de la pena privativa de libertad, que es la problemática que aquí más me interesa por su capacidad para contribuir a explicar la sobre-representación carcelaria de las minorías étnicas. Pese a ello, en los sistemas penitenciarios basados en la pena flexible no es difícil deducir que un mayor rigor en los procedimientos disciplinarios o los informes desfavorables de los equipos de tratamiento producirán el efecto de alargar el tiempo de cumplimiento de la pena de prisión de las minorías étnicas, en relación a la población

⁶⁸ GENDERS y PLAYER analizan el perfil socio-demográfico de los presos en Gran Bretaña. Entre los datos que mencionan, me interesa destacar el lugar de nacimiento. Casi todos los presos jóvenes, con independencia de su “raza”, habían nacido en Gran Bretaña. En cambio, entre los adultos, casi la mitad de los presos negros habían nacido en Gran Bretaña (y los que no, habían emigrado antes de los 18 años), comparado con sólo uno de cada diez de los asiáticos, quienes en la mayoría de los casos habían entrado a Gran Bretaña de adultos. Esto pone de manifiesto que los presos negros acostumbran a ser “inmigrantes de segunda generación”, es decir, hijos de los inmigrantes que se establecieron en las décadas de 1950 y 1960, mientras que los asiáticos son la primera generación de inmigrantes (1989:73-74).

penitenciaria “blanca”, que gozará con mayor frecuencia de remisiones de pena y otros beneficios penitenciarios.

Una vez constatada la existencia de discriminación racial en el sistema penitenciario, hay que plantearse si la misma es debida a las prácticas individuales de algunos funcionarios, si forma parte de la misma “cultura carcelaria” y/o si tal discriminación traduce o traslada dentro del sistema penitenciario la discriminación racial estructural existente en la sociedad.

Hemos destacado como la investigación reseñada pone de manifiesto que los prejuicios raciales y estereotipos negativos están muy extendidos entre los funcionarios penitenciarios, sobre todo entre los uniformados encargados de la disciplina dentro de las cárceles; y también se ha constatado que estos prejuicios se traducen en prácticas discriminatorias concretas: mayor tendencia de algunos funcionarios a levantar parte disciplinario si el infractor pertenece a una minoría étnica, resistencia de algunos supervisores para reclutar en sus grupos de trabajo a miembros de minorías étnicas, etc.

Pero además de este primer nivel de discriminación racial individual, también podemos afirmar que el sistema penitenciario es institucionalmente racista debido a que, por un lado, se constata que los prejuicios raciales están tan extendidos y arraigados entre los funcionarios penitenciarios que se puede hablar de una “cultura funcional racista” y, por otro, como sugieren GENDERS y PLAYER (op.cit.:131), se puede decir que la discriminación racial es intrínseca a la “organización social de las prisiones” y actúa con independencia de que los concretos funcionarios compartan los prejuicios raciales.

En cuanto a la “cultura de los funcionarios carcelarios”⁶⁹, de forma similar al caso de la “cultura policial”, las mencionadas autoras apuntan a determinadas características del trabajo en prisión (recurso a la autoridad, disciplina, riesgo laboral) que facilitan la clasificación de los internos en base a estereotipos (negros, asiáticos, terroristas, agresores sexuales, etc.), los cuales constituyen formas de ordenar el entorno y de predecir los comportamientos ajenos. Pero además, buena parte de los funcionarios penitenciarios uniformados proceden de una orientación conservadora dentro del marco de la clase trabajadora (el 51% de los funcionarios de disciplina en 1985 habían previamente servido en el ejército). Finalmente, la extensión de los prejuicios y

⁶⁹ Para evitar críticas en el sentido de “estereotipar” la cultura funcional carcelaria, estas autoras ponen de manifiesto la distinción entre estereotipos y generalizaciones válidas: mientras que los primeros consisten en una distorsión de la realidad e incorporan un juicio peyorativo, las segundas están basadas en pruebas empíricas, tienen un objetivo clarificador y evitan la valoración moral (op.cit.:154).

estereotipos raciales en la “cultura de los funcionarios carcelarios” se refuerzan debido al contexto social en el que viven y trabajan estas personas, caracterizado por un considerable aislamiento social y un elevado grado de solidaridad interna (a menudo las relaciones sociales fuera del trabajo se realizan con miembros del mismo cuerpo funcional e incluso a veces viven en alojamientos del *Prison Service*), y estos prejuicios y estereotipos no pueden ser contrarrestados por la mínima proporción de funcionarios pertenecientes a minorías étnicas (GENDERS / PLAYER, 1989:153-157).

En cuanto al segundo de los aspectos mencionados, la organización social de las prisiones gira en torno a unos objetivos institucionales que en ocasiones pueden entrar en conflicto entre sí: el objetivo educativo y resocializador, el mantenimiento del orden y la disciplina, la igualdad de tratamiento de los presos con independencia de su grupo étnico, entre otros. Cuando los funcionarios perciben un conflicto potencial entre los diversos objetivos institucionales, dan prioridad a unos en detrimento de otros, lo que en general se traduce en la preeminencia de los objetivos de régimen y disciplinarios. En este sentido GENDERS y PLAYER señalan que para evitar la hostilidad de los presos blancos y posibles conflictos raciales, los funcionarios a menudo discriminan a los presos negros en favor de los blancos: en la asignación de celdas suelen dispersar a los presos negros en las diversas galerías, cuando se producen tensiones trasladan a los presos negros aunque hayan sido los blancos los iniciadores del conflicto, nunca atribuyen a presos negros destinos laborales que impliquen cierta autoridad sobre otros presos, etc. En estos casos la discriminación de los presos negros no es debida necesariamente a los prejuicios raciales de los funcionarios, sino que éstos trasladan en sus prácticas los prejuicios de los presos blancos con el fin de mantener el buen orden dentro del establecimiento, en detrimento de otro objetivo institucional como es la igualdad de trato (1989:131-134).

De modo que también aquí constatamos que la discriminación estructural existente en la sociedad se traslada en las prácticas de los funcionarios penitenciarios, reforzando de este modo el racismo institucional existente en la instancia analizada.

5. El debate acerca de la interpretación de las estadísticas. ¿Constituyen un instrumento válido para medir la criminalidad?

Se puede decir que hay acuerdo entre todos los investigadores sobre el hecho que las estadísticas y otros instrumentos de investigación social ponen de manifiesto que los extranjeros o las minorías étnicas se encuentran representados en el sistema penal de

forma desproporcionada respecto a su presencia en la sociedad. En lo que ya no hay acuerdo es sobre los motivos de esta sobre-representación. Es decir, como señala REINER, los datos que muestran una sobre-representación de los extranjeros o las minorías étnicas en las diversas fases del sistema penal son incuestionables; lo que es discutible, es la interpretación que se haga de tales datos (1993:2).

Más concretamente, y a modo de resumen del apartado anterior, podemos decir que la mayoría de investigadores concuerdan en las siguientes afirmaciones:

- los extranjeros o minorías étnicas tienen más posibilidades tanto de ser parados y revisados (*stop and search*), como arrestados por la policía;
- los extranjeros o minorías étnicas tienen más posibilidades de ser sometidos a prisión preventiva;
- los extranjeros o minorías étnicas con veredicto de culpabilidad tienen más posibilidades de ser condenados a penas privativas de libertad y de mayor duración (pero a la vez tienen más posibilidades de ser absueltos en juicio);
- los extranjeros o minorías étnicas tienen menos posibilidades de que se les aplique *probation* u otras penas alternativas a la privación de libertad;
- los extranjeros o minorías étnicas se encuentran desproporcionadamente representados en las cárceles.

Pero el consenso en cuanto a estas premisas no supone que haya acuerdo acerca de la interpretación de las mismas.

Fundamentalmente los datos sobre mayor presencia de extranjeros o minorías étnicas en los diversos estadios del sistema penal han sido interpretados por los investigadores en base a tres posturas diferenciadas:

1) los que atribuyen validez a las estadísticas oficiales como instrumento de medición de la criminalidad y señalan que estos datos ponen de manifiesto una mayor comisión de delitos por parte de los extranjeros o minorías étnicas (postura muy extendida en EE.UU., por todos BLUMSTEIN, 1982:1259-81; HINDELANG, 1978:93-109; LANGAN, 1985:666-683; TONRY, 1985:49-80; pero con seguidores también en Europa, como JUNGER, 1989:273-284 y 1990:493-502; SMITH, 1997:101-182). Aún a riesgo de simplificar excesivamente, agruparemos a sus partidarios bajo el nombre de “criminología oficial”;

2) los “socio-construccionistas”, que atribuyen la sobre-representación que reflejan las estadísticas a discriminación por parte del sistema penal, ya que el mismo

sería estructuralmente racista y sometería a un mayor control a estas poblaciones (por ejemplo, PAUL GILROY, 1987; GORDON, 1988; BOWLING, 1990 y 2002);

3) y una postura intermedia adoptada por los “realistas de izquierdas” a mediados de los años ‘80 (LEA / YOUNG, 2001), que ha ido ganando “adeptos” progresivamente (entre los que la apoyan, JEFFERSON, 1993; MATTHEWS, 2003:271-303; REINER, 1985:169 y 1993:14, entre otros). Estos autores, en principio, desconfían de las estadísticas oficiales, pero recurren a ellas para llamar la atención sobre el fenómeno de la “criminalidad inmigrada”.

La primera postura ha sido sostenida mayoritariamente en los EE.UU., tanto por parte de políticos y profesionales del sistema penal, como por parte del mundo académico (con alguna excepción, como MANN, 1993:25-36). En cambio, en Gran Bretaña, mientras que desde planteamientos políticos y de los profesionales de las instancias del sistema penal ha sido mantenida esta misma interpretación, la mayoría de los académicos ha sostenido que la sobre-representación de los extranjeros o minorías étnicas en el sistema penal se debe a las prácticas discriminatorias de un sistema estructuralmente racista (REINER, 1993:2).

Hay que tener en cuenta que Gran Bretaña ha tenido una tradición de una criminología académica de izquierdas, que desde los años 70 en adelante ha pretendido hacer frente a las propuestas políticas de la criminología de derechas. Y, como hemos visto en a Parte I de esta Tesis, es en ese mismo ámbito donde surge el realismo de izquierdas, con el objetivo de combatir a la criminología de derechas con propuestas posibilistas y políticas concretas (e incluso en ocasiones recurriendo a instrumentos semejantes).

No nos detendremos aquí excesivamente en ese debate porque los fundamentos teóricos de cada una de las mencionadas interpretaciones ya han sido analizados en profundidad en la Parte I. Por ello, aquí tan sólo me referiré al valor que cada una de estas opciones teóricas atribuye a las estadísticas y otros instrumentos de investigación social y, en especial, a si los consideran instrumentos idóneos para medir la criminalidad.

En primer lugar, desde la llamada “criminología oficial” o “criminología administrativa” se atribuye un alto grado de fiabilidad y neutralidad a los datos de las estadísticas oficiales y otros instrumentos de investigación social, y se recurre a los mismos como evidencia de la mayor criminalidad de los inmigrantes o minorías étnicas. En términos generales, estas interpretaciones desconocen las críticas acerca de las

limitaciones de las estadísticas como instrumentos para medir la criminalidad, debido a que parten de una perspectiva positivista que sostiene la objetividad del método científico.

De acuerdo con esta posición teórica (que ellos no admiten como tal, sino que consideran la única posible), la respuesta a la pregunta planteada acerca de la relación entre inmigración y sistema penal puede ser contestada mediante el desarrollo de una investigación adecuada. Y si tras el desarrollo de la investigación todavía quedan dudas acerca de la mayor criminalidad de las minorías étnicas, la solución viene dada por más investigación. A menudo, para demostrar la validez de los datos de estadísticas oficiales que pueden encubrir discriminación racial, recurren a cifras obtenidas mediante otros instrumentos de investigación social que incurren en iguales o mayores limitaciones que los primeros.

Así, por ejemplo, podemos mencionar la investigación de HINDELANG realizada en base a encuestas de victimización con el objetivo de “validar” los datos sobre arrestos policiales. Este autor analiza los datos relativos a tres delitos que implican confrontación entre víctima y victimario (violación, robo y agresión) y encuentra una significativa correspondencia entre la identificación del grupo racial del agresor realizada por la víctima y los porcentajes de población negra y blanca de las cifras de arrestos policiales. En base a ello, y pese a que advierte que los resultados no son extrapolables a otros delitos, él mismo los extrapola al atribuir reiteradamente la sobre-representación de la población negra en las estadísticas a su mayor índice de criminalidad y, por esta vía, negar que exista discriminación racial en la actividad policial (1978:93-109).

En un sentido similar, el conocido trabajo de BLUMSTEIN pretende demostrar la inexistencia de discriminación racial tras el arresto policial, para así afirmar que la sobre-representación carcelaria de la población negra en EE.UU. es consecuencia de una mayor actividad delictiva. A tal fin, el autor compara el porcentaje de población negra en las cifras de arrestos policiales con ese mismo porcentaje entre la población reclusa y concluye que gran parte de la sobre-representación carcelaria de los americanos negros se explica por su mayor índice de arrestos policiales⁷⁰. En base a ello niega que exista discriminación racial en el proceso de *sentencing* (1982:1259-81).

⁷⁰ BLUMSTEIN concluyó que en 1979 las cifras de arrestos policiales explicaban el 80% de la sobre-representación carcelaria de la población negra (1982:1267). Sin embargo, esta constatación por sí misma ya encierra graves problemas, debido a que ese 80% constituye el promedio. Si analizamos separadamente las cifras para los distintos delitos, observamos que hay más correspondencia entre las

Si bien como hemos indicado la investigación parte de las cifras de arrestos policiales, la validez de las mismas como instrumento para medir la criminalidad no es examinada. BLUMSTEIN se limita a citar el aludido trabajo de Hindelang para concluir que las cifras de arrestos policiales son representativas de los índices de criminalidad, es decir, se apoya en ese trabajo precedente para usar las cifras de arrestos policiales como reflejo de la criminalidad. Por tanto, dice, si no hay una discriminación sustancial en la actividad policial, y tampoco en el proceso de *sentencing*, el principal factor que explica la mayor proporción de población negra en prisión es su mayor comisión de delitos (op.cit:1277-8).

Por su parte, el trabajo de LANGAN señala explícitamente que pretende complementar los anteriores de Hindelang y Blumstein (1985:666-683). De entrada, asume las descripciones de las víctimas como reflejo de la criminalidad, de modo que sostiene que la población negra comete más delitos (op.cit.:676). Para verificar si esa mayor comisión de delitos explica en su totalidad la sobre-representación de los negros en prisión o, en cambio, puede existir también discriminación en el sistema penal, compara las descripciones raciales del agresor realizadas por la víctima en las encuestas de victimización con los porcentajes “raciales” de las entradas a prisión para diversos tipos de “delitos comunes”. La conclusión es que, pese a que para la mayoría de los delitos analizados el porcentaje de negros que entran en prisión es superior al de las descripciones de sus agresores realizadas por las víctimas, sólo en algunos casos las diferencias son estadísticamente significantes. Una vez agregadas las cifras para los diversos tipos delictivos, el porcentaje que queda sin justificar por la hipótesis de la mayor comisión de delitos se limita al 15% (LANGAN, 1985:679).

cifras de arrestos y las de prisión en los delitos de mayor gravedad que en los de gravedad intermedia: mientras que en los homicidios el porcentaje de población negra arrestada era del 51'6% y en prisión de 52'3%, quedando tan solo un porcentaje de encarcelamiento del 2'8% sin explicación, para los delitos contra la propiedad y tráfico de drogas el porcentaje sin explicación es mucho más elevado, rozando en algunos casos el 50% (esos porcentajes los extrae el autor a través de una compleja fórmula). Como señala TONRY –a propósito de criticar que la cifra que da Blumstein se refiere a datos nacionales sin distinguir entre los diversos Estados, de manera que los datos agregados pueden esconder importantes diferencias- el problema de los promedios es ilustrado por la triste historia del estadístico que se ahogó en un lago que en promedio tan sólo tenía tres pulgadas de profundidad (1995:68). Podemos señalar que los mismos datos que proporciona BLUMSTEIN permiten una diversa interpretación, en el sentido que si se analizan de forma desglosada para los diversos delitos, encajan bien en la interpretación que señala que la discriminación racial opera precisamente en los delitos de menor gravedad, donde existe un mayor margen de discrecionalidad judicial. En los delitos de mayor gravedad, como el homicidio u otros delitos violentos, la consecuencia jurídica consiste casi siempre en la condena a pena de prisión, mientras que en los delitos menos graves a menudo el juez puede optar entre la prisión o alguna pena alternativa. Y es en ese margen de discrecionalidad judicial donde puede operar la discriminación racial.

La conclusión a la que llega LANGAN es que “la sobre-representación de los negros entre los condenados que entran a prisión es debida a que los negros cometen un desproporcionado número de delitos castigados con la prisión” (1985:680). Así, ante las dos interpretaciones enfrentadas acerca de la sobre-representación carcelaria de las minorías étnicas (mayor criminalidad *vs.* discriminación racial), el autor señala que su investigación aporta evidencias que apoyan con fuerza la primera hipótesis.

Observamos que las tres investigaciones reseñadas incurren en el mismo defecto de tratar de verificar la neutralidad de las estadísticas oficiales, así como su capacidad para reflejar los índices de criminalidad, recurriendo a adicionales estadísticas o instrumentos de investigación social igualmente incapaces de medir la criminalidad. De esta forma se entra en una “circularidad” de las investigaciones, ya que se apoyan unas a otras con el fin de demostrar lo indemostrable, esto es, los mayores índices de criminalidad de las minorías étnicas a través de estadísticas oficiales.

Por otro lado, cuando se confronta a los criminólogos “oficiales” con la evidencia de un tratamiento diferenciado de los extranjeros o las minorías étnicas dentro del sistema penal (por ejemplo, imposición de una pena más severa ante delitos semejantes), sostienen que la constatación de un trato desigual no significa automáticamente que exista discriminación racial, sino que a menudo es explicada por factores diversos del origen étnico o nacional.

Para tratar de desentrañar si un diverso trato de los inmigrantes o minorías étnicas por parte de las instancias del sistema penal puede ser atribuido a discriminación, las investigaciones tratan de mantener bajo control todas las demás variables relevantes que pueden ser tomadas en cuenta en el proceso decisorio (sexo, edad, clase social, “factores legales”, etc.), para de este modo poner de manifiesto si la condición de extranjero o minoría étnica por sí sola tiene consecuencias desfavorables. Se trata de los denominados “análisis regresivos”. Mediante los *regression analysis* se intenta aislar el factor “raza o etnia”, para ver si cuando todas las otras variables legalmente relevantes para la decisión se mantienen constantes, es posible discernir un trato desigual que sea imputable a la etnia. Un buen ejemplo de este tipo de investigaciones es el trabajo sobre *Race and Sentencing* realizado por Roger Hood, que trató de expresar en términos estadísticos el peso específico de la “raza” o “etnia” en la sobre-representación de las minorías étnicas en la instancia judicial, una vez aislada de los factores “extra-raciales”.

HOLDAWAY ha criticado que en los *regression analysis* se parte de la asunción según la cual la “raza” es un objeto que puede ser aislado, desconectado de otros factores “no-raciales” y estudiado separadamente. Por el contrario, este autor sostiene que el área de residencia, el tipo de alojamiento, el índice de desempleo y todo el resto de factores que han sido aislados por los “análisis regresivos” no pueden ser considerados como variables “extra-raciales”, sino que deben ser correctamente interpretados en el marco de la historia y de la segregación racial de las personas negras y asiáticas en Gran Bretaña (1997:385).

Por su parte, REINER ha señalado que en las ciencias sociales, y tratándose de analizar comportamientos humanos, el intento de aislar variables con absoluta certeza de los efectos de cada una de ellas resulta imposible. Incluso en caso que se constate un trato diferenciado de los extranjeros o minorías étnicas respecto a los nativos que no pueda ser atribuido a “factores legales” (esto es, los que la ley permite tomar en cuenta: gravedad del delito, reincidencia, etc.), lo que se describe como discriminación racial puede constituir en primer lugar discriminación de clase, debido a que buena parte de los extranjeros o minorías étnicas forman parte de los estratos inferiores de la sociedad - lo que a su vez es consecuencia de un racismo estructural- (1989:11-12 y 1993:5).

Finalmente, no está de más decir que uno de los autores norteamericanos mencionados más arriba -PATRICK LANGAN- en el momento de escribir el trabajo reseñado era Director de la oficina de estadísticas del Departamento de Justicia de los EE.UU., de modo que constituye un claro exponente de la “criminología administrativa”, una criminología hecha desde el poder y con el objeto de legitimar el ejercicio de ese poder. Su trabajo, así como los de buena parte de los criminólogos que hemos calificado de “oficiales”, recurre a complejos análisis estadísticos mediante el uso de sofisticadas fórmulas con el fin de demostrar la poca incidencia de la discriminación racial (si es que tiene alguna) en la sobre-representación carcelaria de la población negra. Y tras esta pretendida verificación, parece que la política criminal de masivo encarcelamiento de jóvenes negros en los EE.UU. queda legitimada. El proceso histórico de varios siglos de sometimiento a esclavitud, explotación y segregación racial de la población negra en EE.UU. queda absolutamente al margen de los análisis de la criminología oficial o administrativa.

Por el contrario, los criminólogos “socio-construccionistas” sostienen la absoluta falta de idoneidad de las estadísticas oficiales como instrumento para medir la criminalidad. En primer lugar, señalan que tanto el concepto de “delito” como las

categorías de “raza” y “etnia” son una construcción social y, en segundo lugar, afirman que no es posible medir la delincuencia existente en la sociedad mediante las estadísticas oficiales ya que éstas sólo reflejan la actividad de las instancias del sistema penal, esto es, los procesos de criminalización. En otras palabras, sostienen que la actividad de las instancias del sistema penal tiene un papel constitutivo de la criminalidad, de manera que las estadísticas oficiales tan sólo miden el producto de dicha actividad del sistema penal (el número de personas detenidas, juzgadas y encarceladas), pero en ningún caso pueden reflejar la criminalidad existente en la sociedad, ya que la misma no pre-existe a la actividad de tales instancias.

En consecuencia con esta postura socio-construccionista de la criminalidad, interpretan la sobre-representación de inmigrantes o minorías étnicas en las estadísticas oficiales como prueba de la existencia de discriminación racial en el sistema penal, ya que la sobre-representación pone de manifiesto una mayor actividad de las instancias del sistema penal en relación con las minorías étnicas.

Desde esta perspectiva, y recurriendo a los trabajos de Sutherland sobre el delito de cuello blanco, se pone de manifiesto el clásico problema de las estadísticas y de la llamada “cifra oscura de la criminalidad”. No hay que pasar por alto que el tipo de delitos que centran todas las investigaciones realizadas es siempre el mismo: delitos contra las personas, contra la propiedad, tráfico de drogas, y pocos más; es decir, nunca se habla de los delitos de cuello blanco o delitos de los poderosos. Ello obviamente tiene una explicación lógica: las investigaciones se ocupan de los delitos que entran en el sistema penal y que, por tanto, aparecen en las estadísticas oficiales. El problema es que esto nos puede hacer perder de vista la existencia de la cifra oscura de la criminalidad y de los delitos de cuello blanco, y nos puede llevar a creer que los únicos delitos que existen son los llamados “delitos comunes o delitos callejeros”.

Las críticas a las estadísticas ponen de manifiesto que es imposible conocer la cifra de la criminalidad realmente cometida y, entonces, tampoco es posible saber si los extranjeros delinquen más. Lo único que podemos conocer es la actividad de las instancias del sistema penal, es decir, la cantidad de comportamientos previamente definidos como delitos que son detectados y “procesados” por las instancias del sistema penal (PAVARINI, 2002:168-173).

Además, los criminólogos socio-construccionistas señalan que la objetividad científica no existe. Las opciones teóricas o ideológicas de los investigadores, esto es, el marco interpretativo del que parten, necesariamente afecta al diseño de la concreta

investigación (a la selección de las variables consideradas relevantes, de las fuentes de información, a la metodología a desarrollar, etc.) como también a la presentación de los resultados una vez realizada la investigación empírica y a la interpretación de los mismos.

Finalmente, los realistas de izquierdas comparten las críticas a las estadísticas oficiales realizadas desde las perspectivas socio-construccionistas, pero señalan que negar los fenómenos de criminalidad inmigrada también es problemático porque implica desconocer los problemas sociales que hay detrás de la criminalidad, y ello impide la aplicación de políticas sociales para paliar tales problemas. Esta preocupación por los problemas sociales les lleva a adoptar un punto de vista “realista” acerca de la criminalidad, esto es, a tomarse en serio el delito. Y en ese afán de seriedad parecen olvidar las limitaciones de las estadísticas como instrumento para medir la criminalidad y terminan por aceptar la validez de algunos análisis de la “criminología oficial”.

LEA y YOUNG explican el desproporcionado índice de arrestos policiales de los jóvenes negros como consecuencia de dos procesos que se refuerzan mutuamente: por una parte, los extranjeros y minorías étnicas delinquen más, ya que al constituir los estratos inferiores de la sociedad sufren una mayor privación relativa; y por otra el sistema penal actúa de forma discriminatoria contra extranjeros y minorías étnicas. Ambos procesos llevan a la creación de un círculo vicioso que se retroalimenta y amplifica sus efectos (2001:131-182) [1984].

LEA describe este proceso amplificador, también denominado como “profecías auto-cumplidas”, en los siguientes términos:

“el etiquetamiento de un grupo étnico como proclive al delito conduce rápidamente a que un número desproporcionado de miembros de ese grupo sean parados y arrestados. Esto amplifica la participación originaria de ese grupo en la criminalidad. Este proceso magnificador, que se refleja en las estadísticas de arrestos policiales, sirve de confirmación de los estereotipos policiales de la criminalidad, y lleva a una ulterior concentración de los recursos policiales desplegados frente a ese grupo y a un ulterior aumento artificial de sus índices de arrestos” (1986:164, *la traducción es mía*).

En otras palabras, desde el realismo criminológico de izquierdas se ha señalado que hay que tener en cuenta que los inmigrantes y minorías étnicas en general constituyen grupos de mayor riesgo, tanto por edad (en promedio son más jóvenes), como por género (más hombres) y por clase social (estratos inferiores de la sociedad). A su vez, estos “factores sociales” convierten a los inmigrantes y minorías étnicas en

objetivo del sistema penal y los someten a posible discriminación por parte de sus instancias. De modo que las condiciones socio-económicas de los inmigrantes y minorías étnicas llevan a los realistas de izquierdas a explicar tanto la posible mayor criminalidad como la discriminación dentro del sistema penal.

En este sentido también MATTHEWS vincula la comisión de delitos a las condiciones socio-económicas, de modo que plantea el tema desde la óptica del “conflicto de clases”. Pero acoge asimismo planteamientos de la criminología de la reacción social al sostener que hay pruebas tanto de racismo institucional en las distintas fases del proceso penal como también de una mayor comisión de delitos por parte de las minorías étnicas, debido esto último a factores socio-económicos (MATTHEWS, 2003:271-303).

Y a los fines de llamar la atención acerca de los problemas sociales que sufren las minorías étnicas y la necesidad de desarrollar políticas sociales adecuadas, los realistas consideran conveniente aceptar la validez de las estadísticas oficiales. En este sentido lo reconoce REINER cuando señala que

“parece claro que el desproporcionado índice de arrestos de personas negras es producto de la privación que éstas sufren, de los estereotipos policiales y del proceso mediante el cuál cada uno de estos factores amplifica el otro. Es importante reconocer que las estadísticas policiales tienen cierta base en la realidad de la criminalidad negra, porque ello subraya el hecho que no basta con cambiar los erróneos prejuicios y estereotipos policiales, sino que algo más debe ser cambiado” (1985:169, *la traducción es mía*).

Como ya he puesto de manifiesto, la posición teórica que sustenta la presente Tesis doctoral cuestiona la validez de las estadísticas oficiales como instrumento para medir el conjunto de la criminalidad existente en la sociedad. Ello no significa negar la utilidad de las estadísticas oficiales y del recurso a la investigación empírica; al contrario, la investigación social aplicada permite ilustrar argumentos teóricos y verificar o desmentir hipótesis de trabajo con datos de la realidad social, cuestión de que parece de la mayor importancia. Pero hay que reconocer las limitaciones de los instrumentos y métodos de investigación que se utilicen.

En concreto, considero que las estadísticas oficiales de detenciones policiales, condenas judiciales y población reclusa son útiles para analizar la actividad de las instancias del sistema penal. En cambio, no pueden medir el conjunto de la criminalidad que se comete en la sociedad (obviamente en el caso de delitos como el homicidio se

aproximan más a la cifra “real” que en los delitos de tráfico de drogas). Considero que para acercarse al fenómeno de la criminalidad hay que recurrir a otro tipo de instrumentos empíricos (observación participante, encuestas de auto-incriminación, historias de vida, etc.) que no dependan de la selección de los comportamientos delictivos y de los “delincuentes” que realizan las instancias del sistema penal, y que no se limiten a estudiar los “delitos callejeros” sino que extiendan su objeto de estudio al conjunto de comportamientos definidos como delitos en el Código Penal.

Esta perspectiva no implica negar que las minorías étnicas cometan delitos. En la mayoría de los casos que terminan en condena judicial es muy probable que la persona haya cometido el delito por el que se la condena (salvo algunos casos escandalosos de condenas sin pruebas o de fabricación de pruebas falsas). Lo que se cuestiona es que el sistema penal persiga por igual todos los delitos, es decir, se sugiere que los delitos cometidos por las minorías étnicas son procesados por el sistema penal con mucha mayor frecuencia que los cometidos por otros grupos sociales, debido a que estas personas son sometidas a un control mucho más estricto.

De todo lo anterior podemos concluir que si bien la cuestión acerca de la posibilidad de una mayor criminalidad de los extranjeros permanece abierta o sin respuesta (ya que es imposible medir la criminalidad existente, sólo se puede cuantificar la detectada), un buen número de investigaciones constatan la existencia de discriminación en el sistema penal, en diversos grados en función de la instancia del sistema penal examinada.

Pero más allá de este debate acerca de si los extranjeros o minorías étnicas delinquen más o si su sobre-representación en el sistema penal es producto de la discriminación racial -que en el ámbito anglosajón ha sido calificado de “*either / or approach*”-, debate que en ocasiones se convierte en una discusión técnica entre “expertos” y se manifiesta estéril e incapaz de transformar la realidad, en el terreno de la práctica considero urgente poner en funcionamiento políticas dirigidas a eliminar la sobre-representación de las minorías étnicas en el sistema penal.

De acuerdo con MELOSSI, aun cuando se admitiese que los extranjeros contribuyen de forma considerable al total de las actividades delictivas –o más bien a un tipo de las mismas-, ello no excluiría la constatación de que existen elementos de discriminación “estructural” que se añaden a posibles comportamientos discriminatorios por parte de los representantes de las instancias del sistema penal y a la discriminación institucional que -directa o indirectamente- dicho sistema ejerce sobre los extranjeros.

Los elementos de discriminación “estructural” vienen constituidos por la particular debilidad de los extranjeros y su mayor visibilidad y exposición al peligro de criminalización (1999:41-44).

Sea como fuere, es decir, sea atribuible la mayor presencia de extranjeros en el sistema penal a mayor criminalidad de éstos o a discriminación en alguna o en todas las fases del sistema penal, lo que sin duda se pone de manifiesto es que el sistema penal añade una desventaja adicional o exagera la marginación de unos sectores sociales que ya sufren una importante discriminación y exclusión social (HUDSON, 1993:158). Por tanto, podemos hablar de un racismo estructural en la sociedad que el sistema penal colabora en reproducir. Lo que finalmente parece claro, es que una sociedad democrática que se pretende fundada en los valores de la igualdad y la libertad no se puede permitir una sobre-representación de los extranjeros o minorías étnicas en las cárceles cinco veces superior a su presencia en la sociedad. Por ello hay que diseñar políticas tanto destinadas a evitar la exclusión social de los extranjeros como a eliminar la discriminación racial dentro del sistema penal. La combinación de ambos tipos de políticas debe llevar a eliminar su sobre-representación en el sistema penal. A continuación nos referiremos a los diversos tipos de políticas anti-discriminatorias que han sido propuestas y/o implementadas.

CAPÍTULO 7: LAS POLÍTICAS ANTI-DISCRIMINATORIAS: ENFOQUES INDIVIDUALES VS. ENFOQUES ESTRUCTURALES

1. Políticas y estrategias. Igualdad de tratamiento vs. igualdad de resultado. La experiencia británica

En el terreno de las políticas concretas, sobre todo en los países anglosajones, se han puesto en práctica desde la década de 1980 en adelante las llamadas “políticas anti-discriminatorias”. En el ámbito del sistema penal, las estrategias más recurrentes en las que se han centrado este tipo de políticas consisten en la formación del personal de las diversas instancias, en una adecuada selección del mismo, en estrategias “manageriales”, en “monitoreos étnicos”, en intentos –no muy exitosos- de reclutamiento de personal perteneciente a minorías étnicas, entre otras.

Las políticas formativas consisten en general en la impartición de cursos a los profesionales que trabajan en las diversas instancias del sistema penal. Los cursos pueden consistir bien en cursos genéricos para suministrar información acerca de los principales rasgos culturales y religiosos de las minorías étnicas presentes en el país, o bien en cursos más prácticos que establecen objetivos y planes de acción concretos: eliminación en los informes escritos de los estereotipos sobre las diversas minorías étnicas, eliminación del lenguaje racista, identificación de necesidades y recursos a implementar en distintas instituciones (por ejemplo, introducción de dietas adecuadas a las diversas minorías étnicas en los centros penitenciarios, de literatura adecuada en sus bibliotecas, de productos de consumo en las cantinas, etc.).

Las estrategias “manageriales” consisten fundamentalmente en la creación de sistemas o canales de comunicación entre los diferentes niveles burocráticos dentro de cada una de las instancias del sistema penal, con el fin de obtener información acerca de la implementación de las políticas anti-discriminatorias y hacer un seguimiento de las mismas. Un ejemplo de este tipo de políticas es la creación en Gran Bretaña de la figura del *race relations liaison officer* en cada uno de los centros penitenciarios, que se coordinan a nivel regional y tienen funciones de coordinación y centralización de la información. Sin embargo, entre las funciones de este profesional destaca la ausencia de una capacidad sancionadora específica de los funcionarios que contravengan las políticas anti-discriminatorias (GENDERS / PLAYER, 1989: 29 y 145-147).

Los procedimientos de “monitoreo” consisten básicamente en el establecimiento de sistemas de control del funcionamiento de las políticas anti-discriminatorias, así

como en la introducción de *guidelines* y la reducción de la discrecionalidad en la actuación de las diversas instancias del sistema penal. Así, por ejemplo, para minimizar los efectos de los estereotipos a menudo se han diseñado políticas para tratar de reducir la discrecionalidad policial o de otros agentes del sistema penal. La reducción de la discrecionalidad (mediante controles externos o “monitoreos étnicos”, *guidelines*, establecimiento de criterios objetivos en la toma de decisiones para reemplazar los juicios subjetivos, etc.) y la formación del personal de las instancias del sistema penal son los dos aspectos más abordados por las políticas “anti-discriminatorias”; esto es, procesos para restringir la discrecionalidad y formación para educar la discrecionalidad (HUDSON, 1994:11).

Las políticas de reclutamiento de profesionales pertenecientes a minorías étnicas pretenden aumentar la confianza de estas comunidades en el funcionamiento del sistema penal y presuponen que los oficiales de minorías étnicas carecerán de prejuicios raciales y tratarán a sus “homólogos” con mayor sensibilidad de la que muestran los oficiales “blancos”. Asimismo, tienen el objetivo de aumentar la legitimidad y representatividad democrática del sistema penal, en el sentido que los agentes del mismo reflejen la diversidad de las comunidades a las que “sirven” (BOWLING / PHILLIPS, 2002:214).

Pese a que estas políticas deben ser bienvenidas, no es de esperar un gran impacto en la actuación de las instancias del sistema penal respecto a las minorías étnicas, a menos que se logren modificar las prácticas racistas institucionales que, como hemos visto, no dependen sólo de los individuos concretos que trabajan en el sistema penal, sino también y sobre todo de factores organizacionales y culturales de las diversas instancias, así como de la propia estructura social desigual.

El intento de reclutamiento de minorías étnicas se ha aplicado fundamentalmente a la instancia policial y, en menor medida, a la penitenciaria, con el fin de abordar el alarmante racismo inherente a la “cultura” propia de ambas instancias. En cambio, la instancia judicial no ha sido tradicionalmente motivo de especial preocupación, y ni siquiera ha sido estudiada la extensión de los prejuicios raciales entre los profesionales de esa instancia.

En Gran Bretaña en el año 2000 tan sólo el 2% de los agentes policiales pertenecían a minorías étnicas, lo que supone una considerable sub-representación. La sub-representación de las minorías étnicas en la instancia policial se agrava en los rangos superiores de la escala jerárquica. En cuanto a los trabajadores penitenciarios, en ese mismo año sólo el 3% de los funcionarios uniformados pertenecían a minorías

étnicas. Al igual que en el caso de la policía, ello supone una importante sub-representación respecto a su presencia en la sociedad y, sobremanera, respecto a la presencia de las minorías étnicas en prisión. En cambio, entre los oficiales de *probation* y *parole* los porcentajes de minorías étnicas eran mucho más amplios, alcanzando respectivamente el 10 y el 11% (BOWLING / PHILLIPS, 2002:213-232).

Como se pone de manifiesto, las políticas de reclutamiento de profesionales pertenecientes a minorías étnicas no siempre han sido muy exitosas en el caso de las instancias policial y penitenciaria, debido tanto a las reticencias de estas personas para incorporarse a un cuerpo profesional racista⁷¹, como a resistencias corporativas del mismo⁷². En el caso de otras profesiones menos estigmatizadas por su tradicional racismo, como oficiales de *parole* y *probation*, abogados y empleados de tribunales se observa mayor participación de las minorías étnicas.

Recientemente la Policía Metropolitana de Londres, que constituye el mayor cuerpo policial de Gran Bretaña, ha señalado la necesidad de llevar a cabo una política de “discriminación positiva” para favorecer el reclutamiento de minorías étnicas, con el fin de alcanzar en 2009 el objetivo de un 25% de sus miembros procedentes de minorías étnicas (actualmente es del 6’5%) y convertir a esa fuerza policial en representativa de la población londinense, ya que en esa ciudad ese 25% es la proporción de población perteneciente a minorías étnicas. Sin embargo, para ello es necesario modificar la *Race Relations Act*, ya que actualmente no permite la discriminación positiva -esto es, reclutar no sólo en función de los méritos sino también tener en cuenta la etnia- (*The Guardian*, 17/4/2004).

En Gran Bretaña las primeras legislaciones anti-discriminatorias se aprueban a mediados de la década de 1960, concretamente la *Race Relations Act* de 1965 y 1968, que prohibía la discriminación directa por motivos raciales. El racismo era definido como un problema de acciones discriminatorias individuales, sin tener en cuenta la

⁷¹ Alguna investigación ha destacado varios factores negativos que desincentivan el trabajo policial en el caso de minorías étnicas: trabajar en un ambiente racista, el aislamiento, la ausencia de soporte en situaciones peligrosas, la previsible dificultad de promoción dentro del cuerpo, la incomprensión y censura de familiares y amigos por “pasarse al bando contrario”, etc. Respecto al trabajo en prisión hay menos investigaciones, pero seguramente la experiencia no difiere demasiado (BOWLING / PHILLIPS, 2002:216).

⁷² Un extenso reportaje sobre la Policía Metropolitana de Londres (Met) publicado en la prensa muestra como el programa de reclutamiento de minorías étnicas ha sido boicoteado debido a la persecución y hostigamiento –incluyendo acusaciones infundadas por delitos, finalmente absueltas en los tribunales- de los miembros más activos de la *Black Police Association*. El hostigamiento ha sido tal que en noviembre de 2003 el Ministerio del Interior encargó una comisión de investigación (*The Guardian Weekend*, 20/3/2004).

discriminación institucional. Con la *Race Relations Act* de 1976 se extiende la prohibición también a la discriminación indirecta y se crea la *Commission for Racial Equality*. Sin embargo, en esa ley se preveía una excepción para la policía y otras autoridades públicas y por “actos realizados con el fin de salvaguardar la seguridad nacional”. Tras la recomendación del Informe Macpherson de 1999, la *Race Relations Act* fue enmendada para que se aplique también a la policía y se aprobó la *Race Relations (Amendment) Act* de 2000 (BOWLING / PHILLIPS, 2002:51-53).

Es precisamente la instancia policial la que más preocupaciones ha generado debido a la extensión de prejuicios raciales entre sus agentes y en la que se han centrado la mayoría de políticas anti-discriminatorias. Como ya se ha explicado, la relación entre la policía y las minorías étnicas se deterioró mucho a lo largo de la década de 1970 y desembocó en los disturbios urbanos de 1981. Estos hechos llamaron la atención sobre el tema de la relación entre la policía y las minorías étnicas. Desde el propio Estado se nombró una comisión de investigación sobre los hechos, que fue presidida por Lord Scarman y terminó con un Informe que identificaba prejuicios raciales en la instancia policial, aunque tan sólo en miembros aislados de las fuerzas policiales (un problema de “bad apples”).

Frente a este reconocimiento oficial de la existencia de prejuicios raciales, el Informe Scarman recomendó la aplicación de medidas “anti-racistas” concretas, como reclutamiento de minorías étnicas dentro de las fuerzas policiales, mejora en la selección policial, formación específica de los policías acerca de su actividad en una sociedad multi-racial, supervisión de posible discriminación racial en la actividad policial, etc.

El informe fue muy aplaudido desde todas las instancias oficiales, destacando su objetividad, pero desde sectores críticos se echó de menos la falta de reconocimiento del racismo institucional existente en la policía. Tras varios años de aplicación de las políticas recomendadas por el Informe Scarman no está claro que se haya reducido sustancialmente el prejuicio racial existente en la cultura policial y, desde luego, no ha desaparecido. Ello se pone de manifiesto con la realización de otra investigación oficial en 1999 –el Informe Macpherson– tras el asesinato de un adolescente negro, que encendió la luz de alarma acerca de la violencia racista, y cuya investigación policial fue manifiestamente defectuosa. El Informe Macpherson supone un cambio en el enfoque oficial acerca de la existencia de discriminación en el sistema penal, ya que condena las prácticas policiales y de otras instituciones de la sociedad británica por ser

“institucionalmente racistas” y recomienda la aplicación de la *Race Relations Act* a la instancia policial (BOWLING / PHILLIPS, 2002; 8-18).

Sin embargo, LEA es crítico también con este Informe, debido a que en las recomendaciones Macpherson propone cambiar la “cultura policial” a través de reclutamiento de minorías étnicas y cursos formativos –lo que supone una reiteración de las propuestas del Informe Scarman desarrolladas a lo largo de más de una década con un resultado poco exitoso. Macpherson se centra en aspectos culturales en vez de poner el acento en la posición estructural que las minorías étnicas ocupan en la sociedad y la desigualdad de recursos y poder (2003:52).

Por ello, pese al reconocimiento de la existencia de “racismo institucional” en la policía, LEA sostiene que el Informe Macpherson no localiza con suficiente precisión sus raíces dentro de la estructura y del funcionamiento policial ni evidencia claramente que el racismo que identifica es institucional –en oposición a individual-. Incluso cuando centra su atención en la institución policial y no en los individuos concretos, sitúa la raíz del racismo en la vida social y cultural de los agentes policiales, en vez de situarlo en las dinámicas de la actividad policial misma. El resultado -dice LEA- es que se ha perdido una gran oportunidad de establecer una agenda política adecuada para eliminar el racismo de la actividad policial (2003:48-51).

Este autor años atrás ya había acertadamente señalado que la eficacia de las políticas “anti-discriminatorias” está directamente relacionada con el tipo de racismo que se pretende combatir. Así, las políticas dirigidas a una adecuada selección de los agentes del sistema penal o los cursos formativos o de concienciación sobre *race relations*, pueden ser eficaces para combatir la existencia de prejuicios individuales entre agentes aislados del sistema penal, y como mucho pueden tener cierta utilidad para combatir el racismo inherente a la “cultura policial” o a la “cultura de los funcionarios carcelarios”, si lo entendemos tan sólo como “conflicto cultural” entre policía y minorías étnicas y no como modo de operar de la institución. Pero, por el contrario, este tipo de políticas anti-discriminatorias no tienen efectos relevantes para combatir el racismo institucional, y mucho menos el estructural (LEA, 1986:151 y ss.).

También PITTS reflexiona sobre la implementación de políticas anti-racistas en Gran Bretaña durante la década de 1980, que califica de “manageriales” y dice que descontextualizaron la opresión racial. A fin de los años ’80 cada institución y agencia del sistema penal (policía, servicio de *probation*, centros penitenciarios, etc.) -así como del *Welfare State*- estaba desarrollando políticas y estrategias anti-racistas. El tipo de

políticas anti-racistas implementadas no requerían un elevado gasto público, ni tampoco una redistribución de la riqueza o de las relaciones de poder existentes en la sociedad, sino tan sólo cambios de actitudes, mentalidades y comportamientos del personal de las instancias del sistema penal, algunos cursos formativos y reorganización de algunas instituciones. Ello es debido a que las políticas anti-racistas implementadas durante la década de 1980 consideraban el racismo institucional como un problema de mal funcionamiento de las instituciones que puede ser resuelto con “managerialism” (1994:103).

Se puede decir que el problema de la mayoría de políticas “anti-racistas” implementadas es que no se preocupan por el resultado final de la actividad del sistema penal, sino tan sólo por evitar que en las diversas fases del mismo se produzcan prácticas discriminatorias. De este modo, el objetivo de las políticas antidiscriminatorias se cumple aunque exista una elevada sobre-representación de las minorías étnicas en el sistema penal, siempre que no se produzcan prácticas de discriminación directa.

A este respecto considero de gran utilidad la distinción que destaca SMITH entre dos modelos opuestos de políticas anti-discriminatorias: el *individual justice model* y el *group justice model*. El objetivo del primero se limita a una “igualdad de tratamiento” de todos los grupos étnicos por parte de las diversas instancias del sistema penal, mientras que el segundo exige una “igualdad de resultado”, es decir, una misma proporción de presos de cada grupo étnico en relación a su presencia en la sociedad.

Según el *individual justice model*,

“el objetivo de la legislación es asegurar la reducción de la discriminación mediante la eliminación en los procesos decisorios de las consideraciones ilegítimas basadas en la raza que tienen consecuencias perjudiciales para los individuos. El modelo se concentra en la depuración del proceso decisorio y no en el resultado, excepto como indicador de un proceso defectuoso. Además tiene una orientación muy individualista: se concentra en asegurar un tratamiento justo para el individuo, pero no reconoce clases o grupos sociales. Y en general se expresa en términos universales y simétricos: negros y blancos gozan de una misma protección” (SMITH, 1997:105-106, *la traducción es mía*).

Por el contrario, el objetivo básico del *group justice model*

“es la mejora de la posición económica de los negros, reparar la subordinación y discriminación del pasado sin tener en cuenta en el presente un criterio de justicia distributiva... El modelo se basa en el reconocimiento de clases y grupos sociales. A menudo se expresa en términos asimétricos al centrarse en particular en la mejora de la población

negra y se preocupa menos en la protección de los blancos” (SMITH, 1997:105-106, *la traducción es mía*).

SMITH se decanta por una posición intermedia: no exige una igualdad de resultado, pero tampoco aboga simplemente por una aplicación neutral de las leyes existentes sin tener en cuenta sus efectos. Señala que es necesario revisar críticamente las normas existentes en función de sus efectos y valorar en cada caso la necesidad y legitimidad de mantener los criterios en la aplicación de las leyes que producen un mayor prejuicio a unos grupos étnicos que a otros. Esta posición de compromiso entre ambos modelos, por otro lado, es la que adopta la *Race Relations Act* de 1976 al incorporar el concepto de la “discriminación indirecta”, que tiene en cuenta el resultado desfavorable que la aplicación de determinada norma puede tener para un grupo étnico concreto, pero no la declara ilegítima si el criterio puede ser justificado⁷³ (1997:105-106).

El problema de las políticas anti-discriminatorias basadas en el *individual justice model* (y, en menor medida, de las posturas intermedias) es que parecen desconocer que los intentos de eliminar el racismo y la discriminación del sistema penal sin a su vez trabajar para eliminarlo de la sociedad resultan infructuosos, porque el sistema penal precisamente se caracteriza por reproducir y amplificar las desigualdades –raciales o sociales- existentes en la sociedad. Es decir, mediante la implementación de políticas “anti-racistas” basadas en el *individual justice model* se intentan combatir las prácticas individuales racistas y en menor medida el racismo institucional, pero ello no tiene efectos sustanciales sobre el racismo estructural, que está vinculado a la posición que ocupan las minorías étnicas en la estructura social.

Si se eliminasen todas las discriminaciones de las diversas fases del sistema penal, y la sobre-representación en el mismo de las minorías étnicas o de los extranjeros fuesen debidas sólo a su mayor comisión de delitos (lo cual es imposible de constatar), ello sería un gran logro de las políticas anti-discriminatorias que se hubiesen implementado, pero no significaría que el sistema penal fuese racialmente igualitario. Un sistema penal formalista y que restringe la discrecionalidad de sus diversas instancias sólo consigue institucionalizar las prácticas previas discriminatorias o racistas que existen en el mismo sistema y en la sociedad: desde la misma definición como

⁷³ Y define como “discriminación directa” la situación en que una persona es tratada menos favorablemente que otra en las mismas circunstancias debido a motivos raciales, la cual siempre es ilegítima.

delitos de determinados comportamientos y no de otros; a la pena prevista para los diversos delitos; a los criterios legalmente establecidos para aplicar penas alternativas a la prisión, etc. Aspectos todos ellos que comparten el resultado de aumentar la criminalización de las minorías étnicas.

En otras palabras, el anti-racismo “managerial” deja de lado todo enfoque materialista de la “cuestión racial”, descontextualiza el racismo, lo aísla de la estructura social clasista, pretendiendo eliminar la opresión racial simplemente con la eliminación de las prácticas racistas de las agencias del sistema penal.

2. La experiencia norteamericana de las penas determinadas y las *sentencing guidelines*: la ineficacia del *individual justice model* para combatir la discriminación institucional y estructural

Para ilustrar los efectos de la discriminación institucional y estructural, así como la poca eficacia de las políticas anti-discriminatorias basadas en el *individual justice model*, me parece oportuno referirme a la experiencia norteamericana de las penas determinadas y las *sentencing guidelines*, ya que en su pretensión de eliminar la discrecionalidad y, así, las prácticas individuales discriminatorias, creo que constituye un ejemplo paradigmático de los efectos que puede producir la discriminación institucional y estructural.

En 1984 el Congreso de los EE.UU. aprobó la Ley de Reforma del Sistema de Determinación de la Pena (*Sentencing Reform Act*), con el objetivo de reconducir las penas dentro de la legalidad y la seguridad jurídica, tras los “excesos” del sistema de penas indeterminadas. Se trataba de crear un sistema de determinación de la pena “eficaz” y “justo” y evitar las desigualdades mediante la aplicación de un mismo castigo a unos mismos actos. En cumplimiento de la mencionada Ley, la Comisión de Sentencias (organismo creado por el Congreso), estableció la llamada Tabla de Determinación de la Pena, que suministra las instrucciones para una aplicación casi mecánica de la pena, limitando el papel del juez a ser la “boca de la ley” (CHRISTIE, 1993:135-142).

Se trata de un sistema basado en la ideología del “justo merecimiento” (*just desert*), que sólo tiene en cuenta la culpabilidad de los actos delictivos y excluye la valoración de todo factor social.

Las teorías del justo merecimiento (*just desert theories*), que tienen su origen en los trabajos de 1970 del *Committee for the Study of Incarceration* y en el libro de

Andrew von Hirsch *Doing Justice* (1976), sostienen que son los crímenes, y no los criminales, los que deben ser castigados. Por ello, limitan la discrecionalidad judicial en la imposición de la pena a la consideración de la gravedad del delito y de los antecedentes criminales del delincuente. Los factores sociales y las circunstancias personales que rodean la vida del infractor deben quedar al margen de la consideración judicial. Esta limitación de la discrecionalidad judicial, dicen sus defensores, garantiza la igualdad en el *sentencing*, esto es, que los casos iguales sean tratados del mismo modo. Así se evita la posible discriminación judicial –tanto de raza como de clase- en la imposición de la pena.

Las primeras “guías” implementadas en Minnesota establecían como su más importante principio que “la sentencia debe ser neutral con respecto a la raza, el género y el estatus social y económico del acusado”. El objetivo de la *Minnesota Sentencing Guideline Commission* era reducir la desigualdad tanto racial como de clase, es decir, pretendían evitar que los jueces impusieran condenas menos severas a los blancos de clase media (HUDSON, 1993:161; TONRY, 1995:127).

Estos sistemas rígidos de determinación de la pena surgen como reacción a los sistemas de *sentencing* indeterminado, que habían prevalecido en la mayoría de Estados norteamericanos durante casi un siglo. En el sistema de penas indeterminadas la legislación establecía unas penas máximas muy elevadas (20, 30 o más años), y el Juez debía imponer un mínimo y un máximo de tiempo de encierro. El límite mínimo indicaba el momento a partir del cuál el condenado podría ser liberado anticipadamente, dependiendo de las apreciaciones que los equipos de tratamiento y otros funcionarios penitenciarios hicieran de sus perspectivas rehabilitadoras. Por tanto, pese a la larga duración “nominal” de las penas, el sistema de *sentencing* indeterminado permitía importantes reducciones por buena conducta, así como la liberación anticipada. Ello suponía que una condena a 30 años podía estar cumplida en un período de 10 a 20 años, dependiendo de la conducta del recluso. Pero a la vez, las reducciones del tiempo de cumplimiento de la condena dependían de la discrecionalidad de los trabajadores penitenciarios, lo que permitía un amplio potencial para la discriminación, los abusos y las injusticias. Y, de hecho, en la práctica eran comunes las decisiones que provocaban discriminación por razón de raza, género o clase social (MAUER, 1999:46; TONRY, 1995:43).

Estas reducciones de pena por buena conducta desaparecen con el sistema de penas determinadas, de forma que el tiempo de cumplimiento de la pena se aproxima

mucho más al período nominal impuesto en la sentencia –en el sistema federal, por ejemplo, una condena a 20 años implica como mínimo el cumplimiento de 17 años de pena- (TONRY, 1995:43).

El impulso para establecer un sistema rígido de determinación de la pena vino auspiciado tanto por teóricos liberales de izquierdas como de derechas. Los primeros estaban preocupados por la extensión del racismo entre los jueces y oficiales de *probation* y *parole* y por la probabilidad que la amplia discrecionalidad que les atribuía el sistema de penas indeterminadas se plasmara en discriminación racial. Por ello consideraban que la única vía para reducir tal discriminación era mediante la limitación y el control de la discrecionalidad.

A estos teóricos se unió la voz de los movimientos de derechos civiles que reclamaban un sistema penal justo y no discriminatorio. Y denunciaban el amplio potencial del sistema de penas indeterminadas para el uso arbitrario de los poderes discrecionales en sentido discriminatorio⁷⁴. Este potencial para el abuso quedó bien reflejado por el célebre caso de George Jackson -“Soledad Brother”-. Jackson era un líder radical negro del movimiento anti-carcelario de fines de la década de 1960 que había sido condenado a la edad de 18 años a una pena de 1 a 70 años por un delito menor. Sin embargo, su activismo y su actitud desafiante ante la autoridad y el sistema penitenciario convirtieron su condena en una cadena perpetua (MAUER, 1999:46).

Por su parte, los teóricos de derechas como Ernst van den Haag o James Q. Wilson reclamaban mayor certidumbre en el *sentencing* y un trato menos “blando” de los criminales por parte de jueces condescendientes. Criticaban las amplias posibilidades de liberación anticipada que permitía el sistema de penas indeterminadas, así como el fracaso del objetivo rehabilitador. Para estos autores, la respuesta ante el delito es el castigo, no el tratamiento; y por ello es necesario que los delincuentes cumplan íntegramente la pena que merecen por sus delitos.

⁷⁴ Por no hablar ya del uso racista de la pena de muerte, tanto históricamente como en la actualidad. En tiempos pasados, se ha verificado el uso racista de la pena de muerte en relación al delito de violación. Durante la primera mitad del siglo XX fueron ejecutados 455 hombres por el delito de violación, de los cuales casi el 90% (405) eran negros. Si tomamos en consideración la raza de las víctimas, se constata que no hay ningún caso en que se haya ejecutado a un hombre blanco por la violación de una mujer negra. Pero también en la actualidad se verifica que los corredores de la muerte encierran a negros de manera casi tan desproporcionada como las cárceles. Además, la raza de la víctima y del agresor tiene una relevancia muy significativa en la imposición de condena a muerte o a prisión: una investigación señala que los acusados de matar a una persona blanca tienen 4’3 veces más posibilidades de ser condenados a muerte que los acusados de matar a una persona negra; y otra investigación realizada en el Estado de Georgia mostró que los negros que habían matado a un blanco tenían 22 veces más posibilidades de ser condenados a muerte que los negros que habían matado a otro negro (MAUER, 1999:121 y 130; TONRY, 1995:42).

De esta manera, tanto desde posturas liberales y de izquierdas como conservadoras de derechas se abogó por una mayor determinación en la imposición de las penas. El único punto de desacuerdo hacía referencia a la longitud de las penas de prisión a imponer. Mientras que los liberales argumentaban en favor de una limitación del uso del encarcelamiento y de penas máximas de prisión de más corta duración (con máximos en general de 10 años), los conservadores hacían campaña por penas de mayor duración que cumplieran una función incapacitadora, ya que –decían– si la prisión no rehabilita a los delincuentes, al menos impide que durante el tiempo de encierro cometan delitos (MAUER, 1999:48 y ss.).

Pronto se puso de manifiesto que la forma que iban a adoptar los nuevos sistemas de penas determinadas y las *sentencing guidelines* serían las más severas auspiciadas por el movimiento conservador de *tough on crime*. La reforma se lleva a cabo en un contexto político marcado por el triunfo de las campañas conservadoras de “ley y orden”. Ya desde las elecciones presidenciales de 1968 Richard Nixon intenta explotar los miedos, temores, hostilidades y racismo subyacente de la clase media blanca, despertados por los disturbios urbanos que siguieron al asesinato de Martin Luther King. Y este uso electoralista de la política criminal va a llegar a nuestros días (MAUER, 1999:50-53).

Finalmente la reforma del sistema de determinación de la pena se lleva a cabo y se implementan progresivamente en la mayoría de los Estados las aludidas “guías” para la imposición de condenas. A nivel federal, como hemos dicho, se aprueba la *Sentencing Reform Act* en 1984 que crea una comisión federal de *sentencing* encargada de elaborar las correspondientes *guidelines*. Las primeras guías federales de 1987 ya se caracterizan por un amplio recurso al encarcelamiento y una limitación de las penas alternativas; esta severidad de las *guidelines* federales se manifiesta sobre todo en tema de drogas, como luego veremos.

Como se ha indicado, estas *sentencing guidelines*, tanto a nivel federal como de los diversos Estados, fundamentalmente eliminaron la discrecionalidad judicial en la imposición de la pena, con el fin de que la justicia se aplicase a todos por igual (*justice model*). Pero esto no significa que se eliminase toda la discrecionalidad del sistema penal. En realidad, la eliminación de la discrecionalidad es imposible, ya que la misma es consustancial al sistema penal y guía gran parte de las decisiones de los actores que intervienen en el mismo (desde la decisión de la policía de patrullar determinados barrios y no otros, a la decisión legislativa de definir unos comportamientos como

delictivos en vez de otros, o a la decisión de la fiscales de ofrecer una “negociación” de la pena).

MAUER denuncia que el sistema de penas determinadas en realidad no elimina la discrecionalidad en el proceso de imposición de la pena, sino que la misma se transfiere del órgano judicial al ministerio fiscal a través de los sistemas de “negociación de la pena” como premio al reconocimiento de la culpabilidad. Ello es debido a que si bien el legislador se preocupó por limitar la discrecionalidad judicial, no prestó atención a los poderes del fiscal en la calificación de los hechos o en la negociación de la culpabilidad y la pena. Esta transferencia de la discrecionalidad del juez al fiscal tiene además importantes consecuencias para los principios democráticos, ya que mientras el juez ejerce su discrecionalidad en la imposición de las penas a través de un proceso público sometido a control ciudadano, el ministerio fiscal lleva a cabo sus negociaciones haciendo amplio uso de la discrecionalidad a puerta cerrada⁷⁵ (1999:137-138).

La aplicación del sistema de penas determinadas y de las *sentencing guidelines* ha llevado a gran parte de los criminólogos norteamericanos a afirmar que en el sistema judicial norteamericano no existe discriminación racial. Sin embargo, es conveniente observar los efectos que este sistema de “penas justas” ha tenido en relación a la población carcelaria y, sobremanera, en su composición “étnica”.

Pese a que, como señala CHRISTIE, en principio la reforma del sistema de determinación de la pena y la instauración del *justice model* se originó en la voluntad de disminuir el uso del encarcelamiento, tales buenas intenciones no se tradujeron a la práctica. Más bien al contrario, ya que a fines de la década de 1970 e inicios de 1980 se inicia un alarmante incremento de la población carcelaria hasta situarse en la actualidad alrededor de los 2 millones (1993:135-142).

Pero además, el impacto de tal impresionante incremento no ha afectado a todos los grupos étnicos por igual, sino que se ha concentrado especialmente en la población negra. MAUER señala que en la actualidad más del 50% de la población reclusa en EE.UU. es negra, y otro 17% es hispana, porcentajes que no se corresponden en absoluto con su proporción en la sociedad. En 1990 uno de cada cuatro hombres negros

⁷⁵ Para una crítica a los mecanismos consensuales de imposición de penas, así como a la posibilidad de renuncia de las garantías que asisten al acusado y a los principios que conforman el proceso penal –en especial el principio de publicidad–, ver ANITUA (2003).

de entre 20 y 29 años estaba bajo alguna forma de supervisión de la justicia penal, es decir, en prisión, *probation*, *parole* o libertad provisional (1997:178 y 1999:119 y ss.).

Si bien el aumento de la población carcelaria no se puede atribuir tan sólo a la aplicación del *justice model*, lo cierto es que la introducción de estas medidas a comienzos de la década de 1980 coincide en el tiempo con el inicio del impresionante incremento, que golpea especialmente a la población negra. En realidad, MICHAEL TONRY (1995) sostiene que el incremento de la población penitenciaria es debido a la confluencia de las *sentencing guidelines* con la “guerra contra la droga” llevada a cabo por las administraciones Reagan y Bush (padre)⁷⁶. Aunque esa “guerra” constituye tan sólo la punta del iceberg de las políticas criminales de “guerra contra el crimen” emprendidas en esos años bajo el auspicio de los “criminólogos de la intolerancia” (cuyas “propuestas” hemos examinado en la Parte I de esta Tesis).

La confluencia de la introducción del *justice model* con la “guerra contra la droga” desembocó en un agravamiento continuo de las penas previstas para los pequeños traficantes en las *sentencing guidelines*. Año tras año las penas para los delitos relacionados con drogas fueron aumentando, hasta alcanzar la mayor severidad de la historia, pudiendo acarrear condenas de 10, 20, 30 años o cadenas perpetuas sin posibilidad de libertad condicional (*parole*), especialmente en la justicia federal y a menudo en casos que involucran pequeñas cantidades de droga.

En esta “guerra”, y como instrumento para poner de manifiesto la “voluntad punitiva” del gobierno de turno, la justicia federal se convierte en pionera. El uso “partidista” de la justicia federal se inicia con la Administración Reagan. Tras el éxito de una campaña electoral marcada por consignas de “ley y orden”, el gobierno federal advierte que en realidad el control del delito en su mayor parte se lleva a cabo a nivel de los diversos Estados (tan sólo el 10% de los delitos caen bajo la jurisdicción federal), quedando a la justicia federal un rol de asistencia a los gobiernos locales a través del FBI o la DEA (*Drug Enforcement Administration*). La vía que encuentra la Administración Reagan para expandir el papel del Gobierno federal en las políticas de control del delito, y así sacar réditos electorales mediante los mensajes morales de *tough*

⁷⁶ TONRY también se preocupa por rebatir la hipótesis según la cuál el incremento de la población penitenciaria es debido a un aumento de los índices de criminalidad. Por el contrario, este autor señala que la criminalidad no aumentó a lo largo de la década de 1980 y aporta como prueba datos policiales, centrandose especialmente su atención en los datos sobre homicidios, ya que son los que menos “cifra oscura” pueden encubrir (1995:20 y ss.).

on crime, es declarar una “guerra contra las drogas” –debido a que en los delitos de drogas la competencia es tanto estatal como federal- (MAUER, 1999:60).

La *war on drugs* y las políticas de *tough on crime* se traducen en un constante incremento de la población penitenciaria. En el transcurso de la década de 1980 la población carcelaria casi se triplicó. Y a fines de la década de 1990 encontramos medio millón de personas presas, bien condenadas o bien en espera de juicio, por delitos de posesión o tráfico de drogas (TONRY, 1995:92).

Pero la “guerra contra las drogas” afectó mucho más a los jóvenes negros. En primer lugar, porque para la policía es mucho más fácil arrestar a los jóvenes negros que trafican con drogas en la calle que a los blancos, que generalmente realizan sus ventas entre conocidos y en lugares cerrados. Y, en segundo lugar, porque las penas previstas en las leyes y en las *sentencing guidelines* son mucho más severas para las drogas que más a menudo consumen y distribuyen los negros –el crack- que para las que usualmente consumen y distribuyen los blancos –la cocaína-.

Pese a que ambas sustancias son farmacológicamente indistinguibles, las leyes y las *sentencing guidelines* federales establecieron una correspondencia de 100 a 1 en la cantidad de sustancia, es decir, indican a los jueces que multipliquen la cantidad de crack por 100 a los efectos de imponer la pena, de modo que el tráfico de un gramo de crack es castigado con la misma pena que el de 100 gramos de cocaína. Como consecuencia de esta correspondencia, los negros condenados por tráfico de crack reciben una pena mucho más severa que los blancos condenados por tráfico de cocaína (TONRY, 1995:41 y 188).

El impacto de estas políticas en la población negra ha sido brutal, hasta el punto que MARC MAUER habla de “una generación entera tras las rejas” (1999:124). Para 1991 las cárceles norteamericanas albergaban a más negros que blancos (53% vs. 46%), cuando la población negra en EE.UU. no llega al 13%. En 1991 por cada 100.000 americanos blancos, había 293 en prisión. Esa cifra ascendía a 1.895 presos por cada 100.000 americanos negros. Eso significa que en ese año las posibilidades de que un americano negro estuviera en prisión eran 6’5 veces más que para un americano blanco. También significa que 1 de cada 12 hombres negros de entre 18 y 54 años estaba en prisión (TONRY, 1995:4 y 61-62).

Las proporciones son peores si tomamos en consideración aisladamente a los jóvenes negros. Un estudio desarrollado por *The Sentencing Project* encontró que en 1989 casi uno de cada cuatro jóvenes negros de entre 20 y 29 años estaba bajo alguna

forma de supervisión del sistema penal. Para 1995, el porcentaje había aumentado a casi uno de cada tres jóvenes negros, lo que supone un aumento destacado en un período de tiempo tan breve. Es más, un niño negro nacido en 1991 tiene un 29% de posibilidades de ser encarcelado en algún momento de su vida, comparado con un 16% de posibilidades de un niño hispano y un 4% de un niño blanco (MAUER, 1999:124-125).

Pero además, el proceso de criminalización de los jóvenes negros se concentra especialmente en las zonas urbanas. Si observamos no sólo los datos agregados nacionales sino los de determinadas ciudades, comprobamos que el control de la población negra en las zonas urbanas se desarrolla fundamentalmente mediante el sistema penal. Una investigación del *Nacional Centre on Institutions and Alternatives* (NCIA) desarrollada en Washington encontró que en 1991 el 42% de los negros americanos de entre 18 y 35 años que vivían en el Distrito de Columbia estaban bajo alguna forma de supervisión penal (prisión, *probation*, *parole*, libertad condicional). Sobre la base de este cómputo en una fecha determinada, el NCIA estimó que los hombres negros de esa ciudad tenían entre el 80 y el 90% de posibilidades de ser encarcelados en algún momento de sus vidas. Cuando la misma investigación fue llevada a cabo en Baltimore, el porcentaje de hombres jóvenes negros bajo el sistema penal en una fecha determinada ascendía al 56% (MILLER, 1996:7-8).

A ese brutal encarcelamiento de la población negra no es ajena la “guerra contra las drogas”. En 1986 las cárceles estatales albergaban un 8% de condenados por tráfico de drogas entre la población blanca, frente a un 7% entre la población negra. Para 1991, el porcentaje entre los blancos había ascendido al 12%, mientras que entre los condenados negros, el 25% los era por tráfico de drogas. En cuanto a la justicia federal, a lo largo de la década de 1980 se concentra cada vez más en esa “guerra”: mientras en 1979 el 25% de los presos federales lo eran por delitos de drogas, en 1991 ese porcentaje se sitúa en el 56% (TONRY, 1995:42 y 113).

En su libro *Malign Neglect*, TONRY denuncia el devastador efecto que las guerras contra el crimen y las drogas han producido en las comunidades negras. Estas políticas criminales han encarcelado a una proporción muy elevada de los jóvenes negros (se habla de porcentajes que van del 25 al 50%, dependiendo de las ciudades), destruyendo los vínculos afectivos y los medios de subsistencia de innumerables familias, lo que necesariamente perpetuará la existencia de la *underclass*.

El hecho de encarcelar a buena parte de una entera generación de hombres negros produce un daño irreparable en las personas afectadas, así como a sus

comunidades de origen, que deben afrontar el constante flujo de ex-presos con mínimas o nulas perspectivas de reinserción social. Pero además, no resulta difícil prever el grave impacto que tales políticas tendrán en la siguiente generación, ya que uno de cada 14 niños negros tiene un progenitor en prisión. Los efectos de este encarcelamiento masivo de americanos negros en sus comunidades de origen están por ver, pero como pone de manifiesto MAUER los interrogantes no invitan al optimismo:

“¿Qué significa para una comunidad, por ejemplo, el hecho de saber que tres de cada diez chicos criados allí pasarán por la cárcel? ¿Qué consecuencias tiene para el tejido familiar y de la comunidad que dicha parte tal sustancial de sus hombres jóvenes esté involucrado en el sistema penal? ¿Qué imágenes y valores son transmitidos a los niños criados en comunidades donde el rol de prisionero es el modelo más destacado y extendido? ¿Qué efectos tiene en la capacidad de influencia política de la comunidad que una cuarta parte de los hombres negros en algunos Estados hayan perdido su derecho al sufragio a consecuencia de una condena penal? Es evidente que no se trata de desarrollos positivos” (1999:12, *la traducción es mía*).

Como señala TONRY, esas políticas criminales de *tough on crime* y *war on drugs* han minado los esfuerzos llevados a cabo en las últimas décadas para mejorar las condiciones de la población negra americana y lograr su incorporación a la vida social, política y económica norteamericana (TONRY, 1995).

De ello hay que culpar claramente a las administraciones Reagan y Bush, ya que ese masivo encarcelamiento de los jóvenes negros no fue un resultado inesperado, sino que cualquier agente de policía o el más inexperto de los criminólogos podía prever las consecuencias que esas políticas criminales de “guerra al crimen y a las drogas” tendrían sobre la población negra. Y sin duda sus “arquitectos” las previeron. Pero los réditos electorales que tales políticas criminales ofrecían no pueden ser subestimados. Quizá por ello tampoco la administración demócrata presidida por Clinton entre Bush-padre y Bush-hijo cambió de orientación en la política criminal (TONRY, 1995).

Ya hemos mencionado que a partir de la década de 1970 el slogan de “ley y orden” y de lucha contra el crimen se incorpora a las campañas electorales. Se constata que la explotación de los temores de la ciudadanía ante el delito tiene importantes réditos electorales, de modo que los políticos no dudan en entrar en una “subasta” en la severidad de las penas y el uso del encarcelamiento. El continuo endurecimiento de la legislación penal se legitima en las demandas de la ciudadanía. Pero lo cierto es que los miedos e inseguridades de los ciudadanos fueron ampliamente alentados. Y de forma

bastante deshonesto se construyó una imagen del “criminal” identificada con un joven urbano negro. Es dicha asociación de la delincuencia con la juventud negra la que permite que el enfoque punitivo de los problemas sociales obtenga el soporte de la ciudadanía, sobre todo de la *white middle class*, que es la que fundamentalmente ejerce el derecho al voto. Como señala MAUER, difícilmente hubiese existido esta complacencia con la creciente severidad penal si los casi dos millones de presos encerrados en las cárceles estadounidenses fueran los hijos e hijas de la clase media blanca (1999:12).

El impacto de esta política criminal sobre la participación política de la población negra tampoco puede ser desestimado. Norteamérica es una de las pocas naciones democráticas que restringe el derecho al sufragio de los condenados y ex-condenados, en ocasiones de por vida. Del total de Estados que conforman los EE.UU., 46 niegan el derecho al voto a las personas encarceladas, 32 de ellos extienden la prohibición a los condenados en *probation* o *parole*, y en 14 Estados las personas condenadas por un delito pueden perder el derecho al voto de por vida. Un estudio llevado a cabo por *The Sentencing Project* y *Human Rights Watch* en 1998 concluyó que 3’9 millones de americanos -1 de cada 50 adultos- había perdido temporal o permanentemente el derecho al voto a consecuencia de una condena penal. De ellos, 1’4 millones eran hombres negros, lo que representa el 13% del total de hombres negros americanos. En los Estados en que la condena penal lleva aparejada la pérdida permanente del derecho al sufragio (como Alabama, Florida, Mississippi, Nuevo México, entre otros), uno de cada cuatro hombres negros no puede votar. Por tanto, como señala MAUER,

“No sólo las políticas criminales producen un encarcelamiento desproporcionado de los americanos negros; el mismo encarcelamiento reduce la capacidad política de los negros para influir en el diseño de esas políticas” (1999:186, *la traducción es mía*).

En resumen, podemos señalar que el sistema de penas determinadas y de *sentencing guidelines* se diseñó para reducir la desigualdad en la imposición de las penas (y como reacción a las sentencias indeterminadas propias del positivismo) y pretendían ser justas y neutrales porque se aplican a “todos por igual”. Y, sin embargo, su confluencia con la “guerra contra la droga” ha provocado una sobre-representación carcelaria de la población negra sin precedentes.

El problema es que la estrategia de lograr una pena “justa e igual” a través de las *sentencing guidelines* se basa en una pretendida neutralidad del sistema penal que no existe en la realidad; es decir, parte de que el sistema penal es un instrumento puramente “reactivo” frente a la criminalidad, como si no tuviese nada que ver con la definición de la misma. Además, como ya se ha indicado, el establecimiento de penas determinadas no eliminó la discrecionalidad del sistema penal (lo que es imposible porque la misma es consustancial a la actividad de las instancias del sistema penal), sino que tan sólo eliminó la discrecionalidad de la instancia judicial, quedando un amplio margen de discreción tanto al ministerio fiscal como a la instancia policial.

La experiencia norteamericana pone de manifiesto que no es suficiente con garantizar una aplicación igualitaria de la ley en presencia de casos formalmente iguales para negar la existencia de discriminación racial en el sistema penal. Por mucho que las personas que trabajan en las diversas instancias del sistema penal carezcan de discrecionalidad para desarrollar prácticas racistas, habrá discriminación racial si en el momento previo de definición legal de los delitos y las penas en la instancia legislativa se recurre a criterios que, directa o indirectamente, produzcan discriminación racial.

Es decir, aunque las leyes parezcan formalmente iguales, habrá discriminación racial si los criterios previstos por la ley son desfavorables para las minorías étnicas: por ejemplo, si para conceder penas alternativas a la prisión se exige tener familia, disponer de vivienda, trabajo u otros criterios que los extranjeros o las minorías étnicas cumplen con mayor dificultad; si se imponen penas más graves a las personas que no se declaran culpables, cuando se constata la menor tendencia de las minorías étnicas a realizar tal declaración; cuando se castigan más severamente las conductas que más a menudo realizan las minorías étnicas, etc.

El tratamiento jurídico del tráfico de drogas nos ha servido para ilustrar perfectamente la posibilidad de discriminación racial pese a la aplicación del *justice model*. Como hemos visto, las *sentencing guidelines* castigan con mucha mayor severidad el tráfico de las drogas a las que accede la población negra (el crack), que el de las drogas que consume la población blanca y de clase acomodada (la cocaína). Y, sin embargo, estas normas si se observan en abstracto (esto es, sin tener en cuenta los efectos de su aplicación), no permiten entrever discriminación alguna. Por eso los tribunales norteamericanos han desestimado reiteradamente los recursos contra el distinto tratamiento punitivo del tráfico de crack y cocaína.

Así pues, constatamos que al analizar la existencia o no de discriminación en el sistema penal hay que prestar atención a los diversos momentos de actuación del sistema penal, esto es, al primer momento desarrollado en sede legislativa y consistente en la definición jurídica de los delitos y de las penas y al segundo momento de aplicación de esas normas por parte de las instancias del sistema penal. Estos dos momentos son los que BERGALLI define respectivamente como sistema penal estático y sistema penal dinámico (1996b y 1998).

Dada la complejidad del sistema penal y la imposibilidad de limitar su definición ni a las normas jurídicas contenidas en los Códigos ni a las conductas individuales de los actores que intervienen en el mismo, a la hora de analizar la posible discriminación racial es conveniente tener en cuenta el resultado que ese sistema penal produce en la realidad social. A tal fin es oportuno retomar la distinción realizada más arriba entre *individual justice model* y *group justice model*, que contraponen un modelo de “igualdad de tratamiento” frente a un modelo de “igualdad de resultado”. A la vez, estos modelos contraponen un enfoque “managerial” individualista *versus* una perspectiva estructural de clases o grupos sociales: mientras que el primero pretende la eliminación de la discriminación que hemos calificado como “individual” y, en parte, de la “institucional directa”; el segundo persigue la eliminación de la discriminación “institucional” y “estructural” existente tanto en el sistema penal como en la sociedad.

En otras palabras, la aplicación del *individual justice model* puede tener algún efecto para eliminar la discriminación racial individual de los actores del sistema penal, pero en cambio encubre la existencia de discriminación indirecta y, sobre todo, reproduce y amplifica la discriminación estructural existente en la sociedad. Ello es así porque incluso ante la hipótesis –imposible– de un sistema penal absolutamente igualitario, si el mismo se aplica a una realidad social estructuralmente desigual, el resultado necesariamente será la producción de desigualdad; esto es, la reproducción y amplificación de la desigualdad existente en la estructura social.

Con el transcurso de la década de 1990 se puso de manifiesto que las políticas manageriales anti-racistas basadas en el *individual justice model* no eliminaron la sobre-representación de las minorías étnicas en el sistema penal. Ello no significa que dichas prácticas no deban ser implementadas, lo que significa es que con esto no es suficiente.

No basta con reducir la discrecionalidad y establecer medidas para que las instancias del sistema penal no actúen de forma discriminatoria respecto a las minorías étnicas o los extranjeros (como formación, selección, incorporación de minorías étnicas

en las instancias), sino que es necesario hacer un replanteamiento de todo el sistema penal y punitivo dirigido precisamente a castigar con mayor severidad las conductas que realizan más frecuentemente estas personas y a considerar como agravantes los factores socio-económicos en los que se encuentran (HUDSON, 1993:161).

En EE.UU. un tal replanteo global –en el caso concreto en relación a la pena de muerte- como consecuencia de la consideración de los resultados globales del sistema penal (*group justice model*) fue desestimado por parte de la Corte Suprema en la sentencia *McCleskey v. Kemp* de 1987. Warren McCleskey fue condenado a pena de muerte por matar a un policía blanco en el transcurso de un robo a mano armada. En su defensa, argumentó ante la Corte Suprema que su condena debía ser revocada debido a la abrumadora evidencia de que la “raza” tiene una influencia decisiva en las condenas a muerte, para lo cual presentó las estadísticas correspondientes (citadas más arriba en nota al pie). Sin embargo, el Tribunal desestimó el caso arguyendo que las estadísticas que muestran la existencia de discriminación en el sistema penal en conjunto no implican necesariamente que la discriminación haya afectado al caso concreto. Es decir, las pruebas estadísticas de discriminación racial en la imposición de la pena de muerte no afectan al caso concreto, a menos que se muestren pruebas específicas para el caso de discriminación por motivos de raza. MAUER ha criticado acertadamente que las pruebas que demanda la Corte Suprema son virtualmente imposibles, debido a que ningún juez incluirá en los fundamentos de su sentencia una referencia a la “raza” como factor determinante de la imposición de la pena de muerte. Por el contrario, en la actualidad es más probable que la discriminación se produzca de forma inconsciente o, como mínimo, solapada (1999:130).

Pero seguramente la decisión de la Corte Suprema revela cierto temor a abrir al debate público un tema tan espinoso como los resultados discriminatorios del sistema penal frente a la población negra. En efecto, si la Corte hubiese abierto la puerta a la consideración de los resultados discriminatorios, y no sólo de la “igualdad de tratamiento” (*group justice model vs. individual justice model*), seguramente las consecuencias de la sentencia no se hubiesen limitado a la pena de muerte sino que hubiesen afectado al sistema penal en su totalidad, provocando un profundo replanteamiento del mismo. En su voto particular “Justice” Brennan escribe que el razonamiento de la mayoría de los miembros de la Corte “parece sugerir el temor a demasiada justicia” (MAUER, 1999:131).

3. ¿Racismo o clasismo en la criminología?

Existe una tensión entre entender los discursos y las prácticas criminológicas en relación con el “otro” –minoría étnica, extranjero- como motivados por ideologías y actuaciones racistas o clasistas. En general las minorías étnicas criminalizadas constituyen los estratos inferiores de la estructura social, lo que puede llevar a situar el problema en el marco más amplio de la discriminación de clase. Pero esta perspectiva corre el peligro de olvidar que además de la dominación de clase debemos estar atentos a la dominación de género y de “raza”.

Esta tensión está bien presente en las diversas perspectivas académicas que conforman la criminología crítica (entendida en sentido amplio, es decir, incluyendo el realismo de izquierdas). En general, los realistas de izquierdas han atribuido mayor peso al factor “clasista” en sus explicaciones tanto de la mayor criminalidad como de la discriminación del sistema penal frente a las minorías étnicas, sosteniendo que éstas cometen más delitos por su privación relativa (y no por factores “culturales”) así como que las instancias del sistema penal los someten a una mayor vigilancia por constituir los estratos inferiores de la estructura social.

Así por ejemplo, JOHN PITTS en relación a las causas de la criminalidad señala que la delincuencia juvenil, tanto negra como blanca, comparte una misma situación de marginación y exclusión social: desempleo, falta de expectativas de futuro, vivienda degradada en zonas marginales de la ciudad, etc.; y critica que los estudios criminológicos sobre delincuencia cometida por minorías étnicas (a diferencia de los estudios sobre población “blanca”) en general no toman en cuenta las variables de la clase social, la educación, el género, la edad, etc.; es decir, tratan a las minorías étnicas como un grupo poblacional homogéneo, cuando lo único que tiene en común es el origen étnico (1994:111).

Y en cuanto a la discriminación en la actuación de las instancias del sistema penal, a propósito de la policía, JEFFERSON sostiene la tesis según la cual “el racismo policial tiene que ver específicamente con la producción de un *criminal* Otro, y *no* con la otredad del color de la piel *en sí misma*” (1993:36, *la traducción es mía*).

Lo que sucede es que, en la actualidad, el “otro criminal” se identifica básicamente con los hombres negros jóvenes. Pero señala JEFFERSON que no todas

las personas negras son estigmatizadas como delincuentes, sino fundamentalmente las jóvenes y de sexo masculino; por tanto, hablando en términos generales, la juventud y la masculinidad constituyen factores más confiables para predecir la entrada en el sistema penal que la etnicidad (1993:31-32).

Si a todo ello añadimos el factor “clase” que, como es sabido, tiene una directa relación con la criminalización -según JEFFERSON- definitivamente la relación entre racismo y criminalización debe ser replanteada. Es decir, las estadísticas que muestran un mayor índice de arrestos de personas negras pueden ser explicadas por el hecho que estas personas habitan en las zonas más pobres de la ciudad donde, en general, es más común verse involucrado en procesos de criminalización (1993: 33-34).

En palabras del mismo autor,

“el hecho de ser negro puede agregar una dimensión adicional, pero lo que constituye la categoría genérica crucial es ser *toe-rag*⁷⁷; la cuál nos lleva a la quintaesencia del delincuente moderno, el tosco muchacho adolescente de clase trabajadora. De forma que el ‘porque son negros’ ahora debe ser leído como ‘porque son jóvenes, hombres, de tosca clase trabajadora y negros’. El problema que tienen los jóvenes negros es que todo su estilo de vida, también éste resultado de multitud de discriminaciones estructurales y culturales, no les permite escapar de la categorización de *toe-rag*. En otras palabras, todos los jóvenes negros son *toe-rags* a los ojos de los guardianes de la ley y el orden” (JEFFERSON, 1993:35-36, *la traducción es mía*).

Con esta perspectiva, el realismo de izquierdas no pretende negar la existencia de discriminación racial -al contrario, admite su existencia-, pero interpreta la discriminación racial como una expresión más de la sociedad clasista. Más en general, pretende situar el debate acerca de la criminalidad / criminalización de las minorías étnicas en el contexto más amplio de la discriminación estructural de clase y criminalización.

Esta perspectiva no difiere demasiado de las sostenidas por posturas marxistas del primer tercio del siglo XX. En 1928 el socialista HERBERT MILLER sostenía que lo que llamamos “problema racial” en realidad es una cuestión de clase

⁷⁷ Término muy usado por la policía para referirse a los miembros de grupos de clase baja marginal que ellos consideran potencialmente problemáticos, como por ejemplo alcohólicos, punks, sin-techo, etc.

y que la lucha por la igualdad racial debe ir de la mano con la lucha contra la opresión clasista. Señala este autor:

“Mi argumento es que las formulaciones de clase se desarrollaron primero, y fueron simplemente adaptadas cuando apareció la conciencia de la raza en su forma moderna. Lo que en realidad queremos decir con razas superiores e inferiores es clases superiores e inferiores, y el único papel que juega la raza ahí es el de simple etiqueta ante la cuál es difícil taparse los ojos. El culto racial y todo su vocabulario ha sido construido con el propósito de mantener la supremacía de clase” (MILLER, 1928:2, *la traducción es mía*).

Probablemente tiene razón cuando señala que las teorías racistas no se desarrollaron hasta que las relaciones raciales desembocan en un problema de clase. No es hasta el fin de la esclavitud que surgen las teorías racistas con el fin de justificar el mantenimiento de un sistema social basado en la dominación de unos grupos por otros. Pero la reducción del racismo a un conflicto de clases puede ocultar la existencia de otras relaciones de poder y dominación que se dan dentro de una misma clase social en base al género o la “raza”.

En cambio, desde los sectores socio-construccionistas de la criminología crítica se ha atribuido más peso al racismo como ideología que debe ser analizada separadamente de la discriminación clasista, esto es, no necesariamente mediatizada por el concepto de clase social. Estos criminólogos señalan que si bien es cierto que el sistema penal está dirigido sobre todo a las clases bajas, hay que tener en cuenta que los negros pertenecientes a clases medias tienen muchas más posibilidades de ser detenidos por la policía que los blancos de la misma clase social. Lo que caracteriza a la imagen de la “criminalidad negra”, es que no se limita sólo a las clases sociales bajas, sino que se extiende a todas las capas sociales, todos los negros son sospechosos y todos son sometidos a una estrecha vigilancia policial.

Como señalan BOWLING y PHILLIPS,

“En términos generales las minorías étnicas son consideradas como ‘poblaciones sospechosas’ en una forma que trasciende su posición de clase y que es específicamente definida por los agentes policiales en términos de características ‘raciales’ como individuos y como colectivo” (2002:166).

Estas perspectivas señalan que a lo largo de la historia es común encontrar ejemplos de estigmatización del “otro”, sobre todo en épocas de crisis económica,

donde se necesita un chivo expiatorio al que culpar de los problemas de la sociedad, y recuerdan que durante todo el siglo XIX los irlandeses (*Irish*) cumplieron ese rol de chivo expiatorio. En la actualidad este papel lo cumplen los inmigrantes y las minorías étnicas, a quienes se culpa de destruir la “cultura” nativa, del incremento del desempleo, de la escasez de recursos sociales, etc., prejuicios muy extendidos también entre la clase trabajadora.

Por tanto, al analizar la criminalización de las minorías étnicas, según estos autores hay que tomar en consideración tanto la posición que ocupan en la estructura social desde una perspectiva de clases como el análisis de las dinámicas del racismo. Es decir, no hay que subestimar el racismo como ideología.

En conclusión, además del factor clasista, en la discriminación que sufren las minorías étnicas en el sistema penal juega un relevante papel el factor étnico o racial. Aunque es difícil separar ambos factores debido a que la posición estructural de las minorías étnicas en la sociedad y la discriminación racial forman parte de un mismo proceso histórico, de modo que los factores “raza” y “clase” no pueden ser aislados artificialmente (HOLDAWAY, 1997).

El intento de incluir la problemática del racismo dentro del marco interpretativo marxista del conflicto de clases resulta bastante complicado, así como tampoco es fácilmente encuadrable en la teoría marxista la problemática de género.

La “raza” o “etnia”, la clase social y el género son tres variables en base a las cuales se han producido y se producen importantísimas discriminaciones; actúan de forma independiente y no pueden ser englobadas bajo la noción de clase. Las minorías étnicas y los extranjeros sufren una específica discriminación por el hecho de ser “extraños”, al igual que las mujeres la sufren por ser mujeres, más allá de la clase social a la que pertenezcan. Cuando las tres variables coinciden, la discriminación es mayor, como es el caso de las mujeres extranjeras de clases bajas.

Los análisis de género pueden ser interesantes a este respecto, ya que han puesto de manifiesto la doble discriminación que sufren las mujeres de clases bajas, y triple si además de pobres pertenecen a una minoría étnica. La relación entre sistema penal y mujeres pertenecientes a minorías étnicas ha sido analizada por CHIGWADA, concretamente en relación a las mujeres negras en Gran Bretaña. Esta autora señala que estas mujeres se encuentran en muchos casos en una posición muy

vulnerable dentro de la sociedad (desempleo, hijos a cargo, madres solteras, etc.), y que son objeto de una importante persecución y estigmatización por parte del sistema penal, donde el estereotipo de la mujer negra como prostituta, vendedora de drogas o inmigrante ilegal está muy extendido. En especial, la autora se refiere a la violencia y discriminación tanto racial como sexual que ejerce la policía contra estas mujeres, que ha sido descrita como “violencia sexual racista”. A su vez, las mujeres negras pobres también sufren el abuso y la violencia dentro de su familia o comunidad. Por tanto, las fuerzas de la “raza” o etnia, la clase y el género trabajan conjuntamente en detrimento de las mujeres negras pobres; son vulnerables tanto al racismo, como al machismo y al clasismo (1991:134-150).

Creo que es necesario analizar la interrelación de las variables etnia, género y estructura social a fin de poder explicar la sobre-representación de las minorías étnicas en el sistema penal, para de este modo poder desarrollar políticas dirigidas a combatir el racismo estructural existente en la sociedad, además del racismo institucional del sistema penal y de las prácticas individuales racistas de los actores que operan en el mismo.

Es decir, el debate sobre “raza”, minorías étnicas o inmigración y criminalidad debe ser situado en la perspectiva más amplia de la marginación y exclusión social dentro de la estructura social, sin que ello signifique subestimar los efectos de la ideología racista en la perpetuación de la marginación social de estas personas. El racismo y el clasismo actúan como ideologías justificadoras de las relaciones de poder actuales, que además se retroalimentan y refuerzan mutuamente.

CAPÍTULO 8: EL EXTRANJERO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL. ¿SELECTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL?

En España apenas existen investigaciones empíricas sobre la relación entre los extranjeros y el sistema penal. A diferencia de EE.UU. o Gran Bretaña, donde como hemos podido comprobar está bien documentada la existencia de discriminación racial en el sistema penal –en mayor o menor medida en función de la instancia y del momento procesal concreto-, en el Estado español carecemos de información empírica al respecto.

No sabemos cómo la policía se está relacionando con los inmigrantes, de qué manera los jueces y magistrados juzgan a estas personas, tampoco tenemos información acerca del tratamiento dispensado por las instituciones penitenciarias. Sin embargo, podemos sospechar que los profesionales de las instancias del sistema penal no son ajenos a los prejuicios raciales y a la xenofobia existente en la sociedad española, y tenemos elementos para imaginar que tales prejuicios se trasladan a las prácticas concretas de estos profesionales.

Pero además, el análisis jurídico de la legislación destinada a los extranjeros (análisis del que nos ocuparemos en la Parte III de esta Tesis), muestra sin lugar a dudas la existencia de discriminación institucional directa contra los extranjeros, que se manifiesta en una serie de leyes que establecen un tratamiento diferenciado entre españoles y extranjeros.

Y, en tercer lugar, la existencia de discriminación estructural de los extranjeros en España es absolutamente evidente. Es obvio que los extranjeros ocupan en España los estratos inferiores de la estructura social, que realizan los trabajos menos calificados y peor remunerados, que habitan los barrios y las viviendas más degradadas, que los servicios sociales a los que acceden son de menor calidad, etc. -en realidad, es sólo bajo estas condiciones que se les permite la entrada-. Y todas estas circunstancias con gran probabilidad hacen a los extranjeros más vulnerables frente a la policía y las demás instancias del sistema penal.

En suma, tenemos elementos para sospechar que el sistema penal actúa de forma discriminatoria frente a los extranjeros, pero apenas existen investigaciones empíricas que lo confirmen o lo refuten.

La ausencia en España de investigaciones empíricas no afecta tan sólo al tema del que aquí me ocupo, sino más en general podemos decir que apenas se realiza investigación sobre el funcionamiento del sistema penal y sobre la relación entre derecho y sociedad. La escasez en el Estado español de investigaciones empíricas de sociología del derecho es debida a la poca atención prestada a este tipo de conocimiento tanto desde las Facultades de Derecho como desde las de Sociología. La desatención tanto académica como institucional sobre esta disciplina se ha traducido en una ausencia casi absoluta de la misma en los planes de estudio de Derecho –sólo se contempla como asignatura optativa-, lo cuál redundará en una formación exclusivamente iuspositivista de los futuros profesionales del Derecho y en su desconocimiento acerca de los procesos de creación y aplicación de las leyes (BERGALLI, 1989: I-XXV; 1992: VII-XXVI).

Esta ausencia de información acerca del funcionamiento real del sistema penal podría ser revertida con la recién inaugurada licenciatura en criminología, siempre y cuando el propio sistema penal se convirtiese en uno de los objetos de estudio prioritarios de la disciplina ahora académica. En términos inversos, no será posible paliar la ausencia de investigación socio-jurídica sobre el sistema penal si la nueva licenciatura se limita a acoger una concepción puramente etiológica de la criminología, centrando su investigación en la persona del delincuente e ignorando la función constitutiva de la criminalidad que tienen las instancias del sistema penal.

Hasta la fecha los desarrollos académicos sobre el funcionamiento del sistema penal son escasos; por el momento pocos penalistas y criminólogos se han ocupado de la mencionada cuestión. La consecuencia inmediata de esta ausencia de investigación empírica –y también de elaboración teórica- es que los discursos que vinculan inmigración y delincuencia son hegemonizados por imprudentes opiniones no contrastadas empíricamente, entre las cuales han destacado las procedentes de instancias gubernamentales.

Pero tampoco hay que olvidar las dificultades materiales de desarrollar en España investigación de sociología del sistema penal. En primer lugar, la ya aludida falta de atención académica e institucional a dicha disciplina ha provocado una ausencia de personal con la formación necesaria para emprender este tipo de investigaciones. En segundo lugar, se trata de un ámbito de estudio que tradicionalmente no ha suscitado interés público ni oficial, de manera que los fondos económicos destinados a la investigación en este campo son absolutamente insuficientes (tanto los procedentes del Estado como de fundaciones privadas). En tercer lugar, la histórica falta de

transparencia en el funcionamiento de las instancias del sistema penal en España, que dificulta sobremanera –cuando no impide- el acceso a datos empíricos.

Sólo recientemente el Ministerio del Interior y el Poder Judicial empiezan a publicar una parte limitada de los escasos datos que respectivamente recogen. Las limitaciones de la información que se obtiene de fuentes oficiales (estadísticas oficiales) obliga a los investigadores a recabar ellos mismos datos sobre el funcionamiento real del sistema penal, pero para esto es necesario tanto disponer de fondos para contratar a los profesionales necesarios, como obtener autorización de la instancia que se quiere investigar para llevar a cabo el estudio –autorización que no se obtiene con facilidad-.

Como ya he indicado al inicio de esta Parte II, una Tesis doctoral por sí sola no puede resolver el problema de la ausencia de investigación empírica dirigida a verificar o refutar la existencia de discriminación en el sistema penal español. Mi intención en este capítulo es trabajar con la información empírica existente sobre el tema en el presente. Para ello, en primer lugar trabajaré con las estadísticas oficiales de las diversas instancias del sistema penal e indicaré sus limitaciones en cuanto a la información que suministran. En segundo lugar, me referiré a las pocas investigaciones empíricas que se han realizado sobre el tema que aquí me interesa. Con los datos procedentes de una y otra fuente trataré de verificar la existencia de discriminación en las diversas instancias y estadios del sistema penal español.

El capítulo tiene a la vez vocación de constituir un estado de la cuestión, en el que se pongan de manifiesto los ámbitos donde la información disponible es absolutamente insuficiente y debe ser profundizada en investigaciones futuras.

1. Algunos presupuestos previos

Generalmente se considera que las estadísticas oficiales tienen mayor validez como más cercanas están a la comisión del delito. Así, las estadísticas policiales tendrían mayor validez que las judiciales, y éstas a su vez mayor que las penitenciarias (por todos, COHEN / WOLFGANG, 1970:18; SELLIN, 1938). Esto se afirma desde una concepción de las estadísticas como instrumento de medición de la criminalidad y, en este sentido la cercanía respecto a la comisión del delito quizá pueda aumentar su fiabilidad. No obstante, la utilización de las estadísticas policiales como índice de los delitos cometidos genera serias dudas, dado que la inmensa mayoría de las investigaciones norteamericanas y británicas han indicado que la policía es la instancia

más discriminatoria y han reconocido, en mayor o menor medida, los efectos de la selección policial en los índices de las estadísticas policiales.

La instancia policial es la “puerta de entrada” al sistema penal, en el sentido que su actuación es la que en gran medida determina el ingreso de una persona al mismo, inicia el proceso de criminalización. Además, la policía se caracteriza por gozar de una amplia discrecionalidad en su actividad, que en parte es inherente a sus funciones –lo que no significa que no deba ser sometida a control-. Ello convierte a la actividad policial en un ámbito especialmente “sensible” en relación a los extranjeros y las minorías étnicas, debido al peligro que los prejuicios y estereotipos existentes en la sociedad y en la misma policía sobre los diversos grupos étnicos o nacionales se traduzcan a los procesos de selección policial. En otras palabras, existe el peligro que el margen de discrecionalidad en la actuación policial sea usado de forma discriminatoria respecto los extranjeros.

Además, la aceptación de las cifras policiales como indicadoras del volumen de criminalidad supone atribuir a la instancia policial una capacidad de definición de lo que constituye delito que le debería ser ajena. En un Estado de Derecho es la instancia jurisdiccional la única competente para determinar la existencia o no de un delito.

Pero más allá de estas discusiones, si se consideran las estadísticas oficiales como información acerca de la actividad de las diversas instancias del sistema penal – que es la posición sostenida en esta Tesis-, la precisión sobre la menor o mayor cercanía respecto de la comisión del delito pierde todo sentido. Desde esta perspectiva, nos interesan por igual las estadísticas policiales, las judiciales y las penitenciarias, ya que cada una de ellas nos suministra una información diferente, cual es la actividad desarrollada por la respectiva instancia del sistema penal.

Es más, partiendo de que las estadísticas oficiales nos informan acerca del funcionamiento del sistema penal, esto es, acerca de los procesos de criminalización secundaria, seguramente las estadísticas penitenciarias son las que más nos interesan a fin de tener información del resultado final de los procesos de criminalización.

En otros términos, si queremos verificar si los extranjeros sufren una mayor criminalización por parte del sistema penal, las estadísticas carcelarias son las que nos informan de la intensidad de la criminalización y de la comparación entre los diversos grupos étnicos o nacionales. La sobre-representación carcelaria de un determinado grupo étnico o nacional respecto a su presencia en la sociedad nos indica que el mismo ha sufrido un proceso de criminalización más intenso (lo que puede ser debido a una

mayor criminalidad, a discriminación en el sistema penal o a una combinación de ambas cosas).

Si además queremos verificar la existencia o no de discriminación en los diversos estadios e instancias concretas del sistema penal, será necesario acudir al resto de estadísticas oficiales y a otros instrumentos empíricos de investigación social. Este objetivo más amplio es el que me propongo en este capítulo, motivo por el cuál trabajaré con las diversas estadísticas existentes en el sistema penal (policiales, judiciales y penitenciarias), así como con la información adicional que pueda obtener de otras fuentes.

Las estadísticas oficiales del sistema penal las cruzaré con datos estadísticos sobre población extranjera que vive en España. A fin de cuantificar la sobre-representación en los distintos estadios del sistema penal de los diversos grupos de extranjeros respecto a su presencia en el territorio español, compararé las cifras del proceso de criminalización (cifras policiales, judiciales y penitenciarias) con las correspondientes cifras de residencia en el territorio español. Ello lo haré calculando el índice de criminalización por 100.000 habitantes para cada uno de los grupos nacionales, que permitirá conocer cuales son los colectivos que sufren en mayor medida los procesos de criminalización.

El principal problema que se plantea para realizar estos cálculos es la elección de la cifra de población extranjera que vive en España. El Ministerio del Interior publica anualmente las cifras de extranjeros que gozan de permiso de residencia legal en territorio español. Estos datos sobre inmigrantes “legales” o con residencia regular se pueden consultar en el *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior* (que contiene un apartado sobre inmigración) y también en el *Anuario Estadístico de Extranjería*. Ambos *Anuarios* se pueden descargar de la página Web del Ministerio del Interior (www.mir.es).

Pero sabemos que una buena parte de inmigrantes que viven en España carecen de permiso de residencia legal, debido a las dificultades para acceder al mismo. Son los comúnmente denominados inmigrantes “ilegales” o irregulares. Y, precisamente por estar condenados a vivir en la clandestinidad, no tenemos forma de conocer con exactitud su volumen. Tan sólo se pueden hacer cálculos aproximados. El principal instrumento para acercarnos a la cifra de extranjeros que efectivamente vive en España, tanto con permiso de residencia legal como sin él, es el padrón municipal de habitantes. Los datos del padrón municipal son suministrados anualmente por el Instituto Nacional

de Estadística y pueden ser consultados a través de la página Web (www.ine.es). Aunque hay que advertir que la fiabilidad de los datos del padrón tampoco es muy elevada; los mismos pueden contener duplicidades y no contemplar bajas, de modo que las cifras del total de población extranjera pueden ser exageradas.

Pese a todo, creo que las cifras del padrón municipal se ajustan más al volumen de población extranjera que vive en España que las de permisos de residencia del Ministerio del Interior. Por ello, a los fines de cuantificar la sobre-representación penal de los diversos grupos poblacionales mediante el cálculo de los índices de criminalización por 100.000 habitantes, trabajaré con los datos de población extranjera del padrón municipal.

Las cifras de la población extranjera que habita en España se presentan en la Tabla 1. En primer lugar incluyo los datos de la población que vive en España en fecha 1 de enero de 2003 (los últimos disponibles en el momento de elaborar este capítulo, en diciembre de 2004) procedentes del padrón municipal y consultados tanto en el “Anuario Estadístico de España 2004” del Instituto Nacional de Estadística como en la publicación del mismo organismo “España en cifras 2003-2004”. Como he señalado, estos datos son los que utilizaré a lo largo de todo el capítulo para los cálculos de los índices de criminalización por 100.000 habitantes. En segundo lugar, para facilitar la tarea de análisis a eventuales lectores que entiendan más adecuado realizar los cálculos en base a las cifras de residencia legal del Ministerio del Interior, las mismas se incluyen también en esta tabla. Se trata de las cifras de población extranjera con permiso de residencia legal en fecha 31 de diciembre de 2003, extraídas del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003*.

La Tabla muestra las cifras por continentes y principales países de procedencia de los extranjeros que viven en España, tanto regular como irregularmente. Las procedentes del padrón son considerablemente más elevadas que las del Ministerio del Interior, pese a que las mismas se refieren a un año antes (1 de enero 2003).

Como se puede observar, se incluyen las cifras de los principales países de procedencia de los extranjeros que viven en España, esto es, de los grupos nacionales que suman más de 50.000 personas según los datos del padrón. Adicionalmente se incluye la cifra de los extranjeros procedentes de Argelia, porque como veremos es uno de los colectivos más criminalizados, de modo que será conveniente calcular el índice de encarcelamiento. Los datos de la Unión Europea se refieren a 15 países (y no a los 25 actuales), ya que son anteriores a la ampliación de 2004.

TABLA 1: Población que vive en España, por continentes y principales países de procedencia.

| PROCEDENCIA | Instituto Nacional Estadística (datos a 1/1/2003) | | Ministerio Interior: residentes legales (datos a 31/12/2003) | |
|-------------------------------------|--|---------------------------|---|---------------------------|
| | Nº absolutos | % respecto extranjeros | Nº absolutos | % respecto extranjeros |
| Total habitantes España | 42.717.064 | - - - | No hay cifras | - - - |
| Españoles | 40.044.468 | 93'7% | No hay cifras | No hay cifras |
| Total extranjeros | 2.672.596 | 6'3% | 1.647.011 | No hay cifras |
| Unión Europea (15) | 587.972 | 22% | 406.199 | 25% |
| Europa extra-comunitaria | 347.438 | 13% | 154.001 | 9% |
| Total Europa (excepto españoles) | 935.409 | 35% | 560.200 | 34% |
| Total África | 523.829 | 19'6% | 432.662 | 26'3% |
| América Central y del Sur | 1.031.622 | 38'6% | 514.485 | 31'2% |
| América del Norte | 40.089 | 1'5% | 16.163 | 1% |
| Total América | 1.071.711 | 40'1% | 530.648 | 32'2% |
| Total Asia | 128.285 | 4'8% | 121.455 | 7'4% |
| Total Oceanía | 2.672 | 0'1% | 1.018 | 0'06% |
| No consta | 10.690 | 0'4% | 1.417 | 0'09% |
| Ecuador | 390.119 | 14'6% | 174.289 | 10'6% |
| Marruecos | 378.787 | 14'2% | 333.770 | 20'3% |
| Colombia | 244.570 | 9'2% | 107.459 | 6'5% |
| Rumania | 137.289 | 5'1% | 54.688 | 3'3% |
| Argentina | 109.390 | 4'1% | 43.347 | 2'6% |
| Perú | 55.881 | 2'1% | 57.593 | 3'5% |
| Bulgaria | 52.812 | 2% | 24.369 | 1'5% |
| China | 51.203 | 1'9% | 56.086 | 3'4% |
| Argelia | 35.863 (a 1/1/2002) | 1'3% | 23.785 | 1'4% |

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del *Instituto Nacional de Estadística* y del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003*.

Según el *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003*, a 31 de diciembre de 2003 residían regularmente en el Estado español, es decir, con permiso de residencia, 1.647.011 personas extranjeras. Sin embargo, la cifra de población extranjera residente en España -regular o irregularmente- un año antes (a 1 de enero de 2003) indicada por el Instituto Nacional de Estadística, y extraída de los datos del padrón municipal, superaba los 2'5 millones (exactamente 2.672.596). Si dicha cifra fuese ajustada, ello supondría que casi la mitad de los extranjeros residirían en España en situación administrativa

irregular y que la población extranjera en España se situaría en torno al 6% de los habitantes (incluyendo a los europeos comunitarios)⁷⁸.

Llama la atención que las divergencias entre las cifras del padrón y de permisos de residencia son muy acusadas en el caso de los europeos del Este y de los latinoamericanos y, en cambio, son reducidas para la población procedente de África y Asia. Esto puede ser debido bien a que los segundos tengan más reticencias a inscribirse en el padrón municipal cuando no gozan de permiso de residencia legal y, por tanto, que su volumen de población sea todavía superior al que muestran los datos del INE, o bien la poca divergencia puede ser debida a una menor proporción de irregulares entre los inmigrantes africanos y asiáticos. La segunda hipótesis también es factible si tenemos en cuenta que esta población sufre una mayor persecución policial, de modo que su permanencia en España en situación de irregularidad resulta más difícil y arriesgada.

No es posible extraer conclusiones definitivas respecto a lo apuntado, de la misma forma que tampoco podemos ofrecer una cifra exacta de la población extranjera residente en España (probablemente unos cálculos más fiables se podrán realizar cuando se cierre el proceso de regularización que prevé el nuevo reglamento de extranjería). Por el momento, como ya he dicho, utilizaré en este capítulo los datos del padrón expuestos más arriba.

Además de las estadísticas del sistema penal relativas al conjunto del Estado español, también prestaré atención específicamente a las cifras procedentes de Cataluña. En primer lugar, porque esta Tesis se ha realizado desde dicha Comunidad Autónoma (y con financiación de sus instituciones) y, en segundo lugar, porque es la única comunidad que tiene competencias en materia penitenciaria y una de las pocas que dispone de un cuerpo policial propio. Ello le atribuye cierto nivel de discrecionalidad en el ámbito de aplicación del sistema penal (aunque no en materia legislativa ni en la aplicación judicial de las leyes) que se podría reflejar en tendencias diversas a las del conjunto del Estado español.

Con la finalidad de analizar las estadísticas policiales y penitenciarias catalanas⁷⁹ y hacer los cálculos pertinentes para indicar los índices de criminalización por 100.000

⁷⁸ Pocos días antes de depositar la Tesis Doctoral se difunden cifras provisionales de empadronamientos del Instituto Nacional de Estadística, según las cuales a 1 de enero de 2005 habitarían en España 3'5 millones de extranjeros, que supondría un porcentaje del 8% de la población que vive en España. Del total de extranjeros, cerca de 2 millones gozan de tarjeta de residencia (según datos a 31/12/2004), por lo que aproximadamente un millón y medio de extranjeros residirían en condición de irregularidad administrativa –lo que supone el 43% del total de extranjeros- (*El País*, 10/2/2005).

habitantes, incluyo a continuación una tabla sobre la procedencia de los extranjeros que residen en Cataluña. No he podido obtener la cifra por nacionalidades de los extranjeros que viven en Cataluña según el padrón municipal (y que en consecuencia incluyan también a los inmigrantes irregulares), sino tan sólo las que ofrece el Ministerio del Interior en función de los permisos de residencia concedidos. Las mismas han sido obtenidas del *Institut d'Estadística de Catalunya* (www.idescat.es) y se refieren a los extranjeros que residían legalmente en la Comunidad Autónoma catalana en fecha 31 de diciembre de 2003. En cambio la cifra total de población que vive en Cataluña parece que ha sido extraída del padrón municipal ya que coincide con la indicada por el INE en referencia a enero de 2003. Estos desajustes restan exactitud a los índices de criminalización por 100.000 habitantes que luego calcularemos, pero no es posible acceder a datos más precisos.

En la tabla siguiente mostramos las cifras de extranjeros residentes en Cataluña relativas a los países de origen de la mayor parte de la población, así como las cifras totales por continentes de procedencia.

TABLA 2: Población extranjera residente en Cataluña, por países y continentes. Año 2003.

| PROCEDENCIA (por continentes) | Total residentes | PROCEDENCIA (principales países) | Total residentes |
|----------------------------------|------------------|-------------------------------------|------------------|
| Total hab. Cataluña | 6.704.146 | Argelia | 4.572 |
| Espanoles | 6.320.208 | Argentina | 9.724 |
| Total extranjeros | 383.938 | Colombia | 15.501 |
| Unión Europea (15) | 63.262 | China | 17.667 |
| Resto Europa | 25.052 | Ecuador | 25.114 |
| Total África | 147.288 | Marruecos | 117.752 |
| Total América | 103.265 | Pakistán | 11.720 |
| Total Asia | 44.702 | Perú | 18.083 |
| Total Oceanía | 233 | Rep. Dominicana | 10.372 |
| No consta | 136 | Senegal | 5.491 |

Fuente: *Institut d'Estadística de Catalunya*.

En otro orden de cosas, se ha advertido con frecuencia que puede no ser adecuado comparar las cifras de extranjeros involucrados en causas penales -ya sean cifras de detenciones policiales, de condenas judiciales o de población reclusa- con las

⁷⁹ No me detendré en análisis específicos de la actividad judicial en Cataluña porque no existe un cuerpo judicial independiente que genere resultados y estadísticas propias. Es decir, debido a la unidad del poder judicial en España, no parece posible que en Cataluña se produzcan resultados específicos y, en todo caso, los mismos no serían consecuencia de una planificación política.

de la población extranjera que vive en el país (regular o irregularmente), debido a que los primeros incluyen una proporción de “población flotante” que no es residente (ni regular ni irregular), constituida por turistas, personas en tránsito y viajes de negocios, incluyendo los “negocios delictivos” (como el tráfico de drogas o de personas). Sin embargo, no tenemos modo de saber cuál es la proporción, porque las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias de España no nos dan información al respecto. En las estadísticas penitenciarias de Cataluña sí se menciona lugar de residencia, de modo que volveremos sobre ello al ocuparnos de las mismas.

Pero además hay otros factores a tomar en cuenta al comparar e interpretar los índices de criminalización para españoles y extranjeros, y es el hecho que unos y otros presentan una diversa composición estructural de la población.

Todos los investigadores están de acuerdo en que cuando se analiza el “índice delictivo” de los extranjeros no es correcto comparar las cifras de nacionales y extranjeros sin tener en cuenta la diversa estructura de género y edad de estas poblaciones. En concreto, señalan que la población inmigrante se caracteriza por concentrarse en las franjas de edad propias de la población activa –resultando su media de edad inferior a la nacional- y por un mayor índice de masculinidad. Y estos dos factores -juventud y masculinidad-, siempre conllevan un índice delictivo más elevado. Ello significa que si se comparan sin más las cifras de extranjeros y nacionales, se corre el riesgo de atribuir una mayor criminalidad a factores “étnicos”, cuando en realidad los causantes de la mayor criminalidad son la edad y el género.

Como ya he señalado, no considero a las estadísticas criminales como instrumento idóneo para medir la criminalidad, sino tan sólo los procesos de criminalización o, en otras palabras, la actividad de las instancias del sistema penal. Pero al analizar la actividad de éstas, también es importante tener en cuenta que determinada edad y género en las personas son elementos que producen una mayor vulnerabilidad frente a los procesos de criminalización. Y ello sucede con la edad y el género que caracterizan a una mayor parte de la población inmigrante. Veamos algunos datos al respecto.

Según el *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*, a 31 de diciembre de 2003, la media de edad de la población extranjera con permiso de residencia (que es sobre la que tenemos mayor información) se sitúa en 34 años, encontrándose el 82’2% de la misma entre los 16 y los 65 años. Por géneros, el 45% eran mujeres y el 55% hombres. Por lo que se refiere a la población española, los datos del *Instituto Nacional*

de Estadística muestran que el porcentaje de población activa⁸⁰ se reduce a 68'5% y las mujeres constituyen el 51% del total de la población.

Si comparamos estos datos con los de la población reclusa, observamos que la estructura de la población inmigrante encaja en los criterios de “vulnerabilidad” en mayor medida que la española. La población reclusa en las cárceles españolas está conformada en un 92% por hombres y en un 8% por mujeres. En cuanto a la edad, los reclusos penados se concentran mayoritariamente en los grupos de edad 26-30 años (el 23'6%) y 31-40 años (el 38'1%), rozando la edad media de los reclusos condenados los 35 años.

En resumen, debido a que no es mi intención calcular ningún “índice de criminalidad” de los extranjeros, tomaré en cuenta el total de la población española al comparar los índices de criminalización por 100.000 habitantes, sin excluir a la población no-activa, porque me interesa conocer el volumen total de la sobre-criminalización de los extranjeros, más allá de la distinta estructura poblacional. Pero resulta adecuado tener en cuenta dicha estructura de mayor vulnerabilidad de los extranjeros a fin de interpretar los resultados de los procesos de criminalización.

Finalmente es conveniente advertir que conforme pasen los años las cifras de extranjeros pueden perder validez a fin de verificar la existencia o no de una sobre-criminalización de determinados colectivos. Conforme tengamos una generación de hijos de inmigrantes que tengan la nacionalidad española, el criterio de la nacionalidad no será suficiente para analizar los efectos que el sistema penal produce en los diversos grupos poblacionales⁸¹. Será necesario que tanto las instancias oficiales como los investigadores empiecen a generar información recurriendo al criterio clasificatorio de los grupos o minorías étnicas.

2. Instancia policial

El Ministerio del Interior publica anualmente las cifras de lo que denomina “delincuencia conocida”, así como las cifras de personas detenidas. Ello lo recoge en el

⁸⁰ En realidad el cálculo se ha hecho sobre la población de entre 15 y 65 años, que es sobre la que he podido obtener las cifras.

⁸¹ Ello ha sido puesto de manifiesto en la actualidad respecto del colectivo gitano. Una de las pocas investigaciones empíricas sobre la actividad del sistema penal en España demostró que el 25% de las mujeres reclusas eran de etnia gitana, mientras que las mismas sólo constituían un 1'4% en el conjunto de la sociedad (ver Proyecto Barañí, 2001). Esta sobre-criminalización de dicho colectivo pasa absolutamente desapercibida en las estadísticas oficiales acerca de la nacionalidad de la población reclusa.

Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, que a partir del año 1998 se puede obtener a través de su página Web (www.mir.es).

La recolección de datos estadísticos policiales se enmarca en el *Programa Estadístico de Seguridad*, creado por Orden del Ministerio del Interior del 27 de febrero de 1985, programa que se rige por la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública. A través de dos impresos normalizados, uno para contabilizar las actuaciones policiales y el otro los detenidos, se recogen los datos del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil, a los que luego se agregan los de la Policía Autonómica Vasca.

Al analizar los datos procedentes de las estadísticas policiales en primer lugar debemos tener claro lo que dichas estadísticas contabilizan. Como he indicado, en general las instituciones oficiales, la prensa y los investigadores mencionan dos categorías procedentes de las estadísticas policiales: la cifra de la “delincuencia conocida” y la cifra de “detenidos”. Examinemos cada una de estas categorías.

2.1. La “delincuencia conocida”

Las estadísticas policiales recogen información exclusivamente de la “delincuencia conocida” por las fuerzas y cuerpos de seguridad, es decir, de los hechos delictivos denunciados en las dependencias policiales, ya sea a instancias de la ciudadanía o de los agentes policiales.

La cifra de “delincuencia conocida” no es sinónimo del volumen de delitos que se han cometido a lo largo de un año determinado, porque no incluye los datos de la llamada “cifra oscura”, los delitos no denunciados o ni siquiera conocidos, como puso de manifiesto SUTHERLAND de forma pionera en sus investigaciones sobre el “delito de cuello blanco” (1993: 219-236 [1940]; 1999:59-69 [1949]).

La posible discrepancia entre “delincuencia conocida” y “delincuencia real” varía en función de los distintos tipos delictivos, implicando en general un nivel mínimo de divergencia en los delitos con resultado de muerte (homicidio, asesinato) y alcanzando un nivel máximo en delitos “sin víctima” o con víctima colectiva.

En los delitos cuyo “descubrimiento” depende de la actividad policial y existe un amplio margen de discrecionalidad de dicha instancia, el volumen de cifra oscura es muy elevado, de manera que la cifra de delincuencia conocida tiene muy poca relación con la “delincuencia real”. Es el caso de los delitos de tráfico de drogas, delitos contra la seguridad en el tráfico, delitos contra el orden público y buena parte de la criminalidad

económica de cuello blanco (evasiones impositivas, delitos societarios, blanqueo de capitales, etc.). En estos tipos delictivos podemos decir que la actividad policial tiene una función “constitutiva” de la delincuencia, ya que su “descubrimiento” depende de los medios y la eficacia de la instancia policial. Así, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad en el tráfico, la cifra de delincuencia conocida depende de la intensidad de los controles policiales en la vía pública (control de velocidad, control de alcoholemia). De la misma forma, el volumen de “delitos conocidos” de tráfico de drogas depende en gran medida de la persecución policial. Y en la mayoría de los casos los delitos contra el orden público (atentado autoridad, resistencia) dependen de la confrontación entre policía y ciudadano. En todos estos casos podemos hablar de una actividad policial “proactiva”, en contraposición a “reactiva”.

Por el contrario, en el caso de delitos graves contra las personas, la actividad policial tiene un carácter menos “constitutivo” de la criminalidad y la cifra de “delitos conocidos” depende en mayor medida de las denuncias de los afectados. Aquí la policía actúa de forma “reactiva” a partir de la denuncia de los afectados. Ello no significa que en este tipo de delitos no exista “cifra oscura”. En el caso del homicidio hay que suponer que el volumen de cifra oscura es casi inexistente (no es fácil deshacerse de un cadáver o hacerlo pasar por muerte natural), pero en delitos como la violencia de género (tanto los malos tratos y lesiones como los delitos contra la libertad sexual) sabemos que buena parte de los delitos no son denunciados, aunque obviamente desconocemos el volumen de “cifra oscura”.

En cuanto a los delitos “contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, el volumen de cifra oscura depende de diversas variables. En primer lugar, de la concreta tipología delictiva. Hay determinados tipos delictivos que por su complejidad, por falta de especialización policial, por falta de interés en su persecución o por tener víctimas colectivas apenas son perseguidos, de manera que el volumen de cifra oscura es enorme. Sería el caso por ejemplo de determinados delitos societarios (sabemos que gran parte de las empresas llevan una “contabilidad paralela”), de delitos contra la propiedad industrial o intelectual, determinadas estafas, insolvencias, blanqueo de capitales. Lo mismo podemos decir respecto de los delitos de falsedades, delitos contra la administración pública (prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversaciones, fraudes, etc.), defraudación impositiva, delitos contra los derechos de los trabajadores, contra el medio ambiente, ordenación del territorio, etc.

Los delitos contra el patrimonio que centran la actividad policial son los que se conocen como “delincuencia común o callejera” y en general su conocimiento depende de la denuncia de los afectados. En este tipo de delitos la cifra oscura es más reducida, porque los afectados suelen interponer denuncia, sobre todo si hay una compañía de seguros que se haga cargo de las pérdidas o cuando han sido sustraídos documentos personales (D.N.I., tarjetas de crédito, licencia de conducir, etc.). Pero pese a todo, el volumen de cifra oscura sigue siendo considerable. A modo de ejemplo, simplemente señalar que según la *Encuesta de seguridad ciudadana y victimización de Cataluña de 2002*, aproximadamente la mitad de los encuestados que habían declarado haber sido víctimas de un delito, indicaron que no lo habían denunciado.

No nos detendremos aquí a analizar en profundidad la mayor o menor cabida de “cifra oscura” para cada una de las tipologías delictivas contenidas en el Código Penal. Se trata de un tema sin duda interesante, pero nos desviaríamos demasiado de nuestro objeto de estudio, que son los procesos de criminalización de los extranjeros. Al hablar del volumen de detenciones policiales, respecto de las cuales tenemos cierta información acerca de la nacionalidad de los detenidos, ahondaremos un poco más en las reflexiones previas.

De todo lo señalado acerca de la divergencia entre “delincuencia conocida” y “delincuencia real” se deriva que el hecho que el volumen de “delincuencia conocida” de un año determinado sea superior o inferior al del año que le precede no significa necesariamente que la delincuencia haya aumentado o disminuido, sino que puede simplemente reflejar una mayor o menor actividad policial o una mayor o menor voluntad y facilidad de la ciudadanía para denunciar determinados hechos.

Por ejemplo, si observamos las tablas de evolución de la delincuencia conocida del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*, vemos que desde 1980 esa cifra se ha multiplicado por cuatro. Ello no significa necesariamente que se cometan cuatro veces más delitos ahora que hace 25 años. El incremento puede ser resultado también de multitud de otras variables: ampliación del número de efectivos de los cuerpos policiales; mayor profesionalidad y eficacia de los mismos; aumento de la confianza ciudadana en la policía a medida que se depuran los elementos franquistas, lo que tiende a aumentar el índice de denuncias; facilidad para denunciar (como la posibilidad de las denuncias telefónicas o por Internet), entre otras.

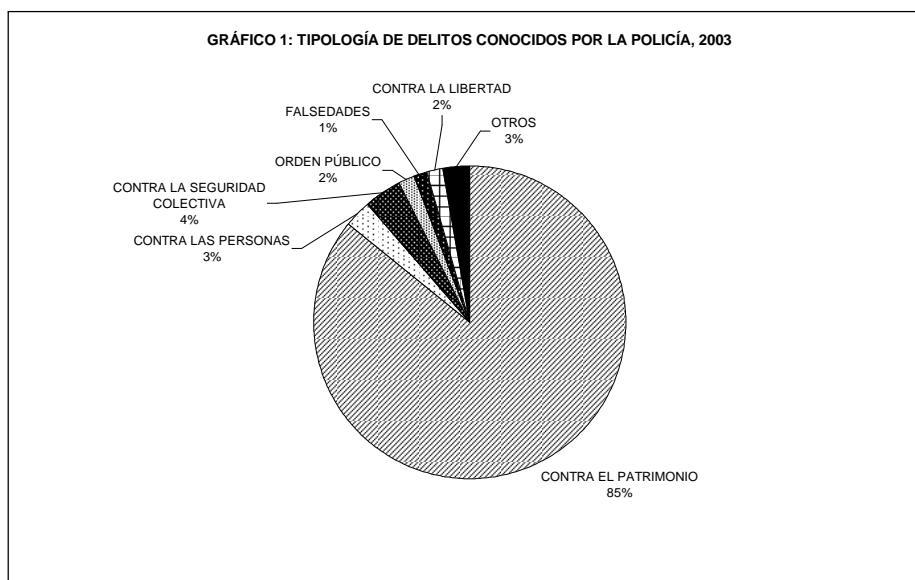
De hecho, una parte importante del incremento de la “delincuencia conocida” en los últimos 25 años es debida a las faltas que, como sabemos, consisten en infracciones

penales leves: en 1980 la cifra de faltas conocidas fue de aproximadamente 120.000, mientras que en la actualidad supera el millón. En cuanto a los delitos conocidos, se pasa de una cifra un poco superior a 400.000 en 1980 a la cifra de un millón en 1990, que desde entonces se ha mantenido relativamente estable, oscilando entre los 900.000 y el millón de delitos conocidos.

El apartado de “seguridad ciudadana” del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003* indica que a lo largo de ese año la policía (se refiere a la Guardia Civil, la Policía Nacional y la *Ertzaintza*) tuvo conocimiento de 2.003.665 infracciones penales, lo que supone un decremento de unas 70.000 infracciones respecto del año anterior.

Como decíamos, la cifra de la denominada “delincuencia conocida” incluye tanto delitos como faltas conocidos por la policía. En 2003 se tuvo conocimiento de 955.802 delitos y 1.047.863 faltas, lo que significa que más de la mitad de la “delincuencia conocida” consiste en infracciones penales leves en las que existe mayor margen de discrecionalidad policial. Respecto al año 2002, podemos destacar que la cifra total de faltas conocidas aumenta moderadamente (en poco más de 10.000 faltas), mientras que la de los delitos muestra un importante decremento (casi 81.000 delitos).

En cuanto a la tipología de los “delitos conocidos”, y a fin de mostrar cuales son los delitos que centran en mayor medida la actividad policial, a continuación se presenta un gráfico que hace referencia a los datos de 2003.



Se observa que los delitos que centran la actividad policial –como mínimo la consistente en recogida de denuncias- son los delitos contra el patrimonio, que constituyen el 85% de la “delincuencia conocida”. Además, dentro de la categoría de “delitos contra el patrimonio”, no se encuentran representados todos los tipos delictivos

contenidos en el Código Penal, sino básicamente la llamada “delincuencia callejera”, pero no los delitos socio-económicos. A continuación en la Tabla 3 se ofrecen cifras más detalladas de la “delincuencia conocida”.

TABLA 3: Tipología de delitos conocidos por la policía, 2003.

| Tipología delictiva | Volumen total | % delitos conocidos |
|---|---------------|---------------------|
| CONTRA EL PATRIMONIO | 820.201 | 85'81% |
| Hurtos | 114.191 | 11'95% |
| Robos con fuerza en las cosas (inmuebles) | 221.477 | 23'17% |
| Robos con fuerza en las cosas (vehículos) | 208.788 | 21'84% |
| Robos con violencia o intimidación | 89.440 | 9'36% |
| Sustracción vehículos | 124.946 | 13'07% |
| Resto | 61.359 | 6'42% |
| CONTRA LAS PERSONAS | 26.460 | 2'78% |
| Homicidio y asesinato | 1.300 | 0'14% |
| Lesiones | 11.149 | 1'17% |
| Malos tratos ámbito familiar | 13.439 | 1'41% |
| Resto | 572 | 0'06% |
| CONTRA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL | 7.548 | 0'79% |
| Agresión con penetración | 1.439 | 0'15% |
| Resto | 6.109 | 0'64% |
| LIBERTAD | 17.056 | 1'78% |
| RELACIONES FAMILIARES | 5.804 | 0'61% |
| CONTRA SEGURIDAD COLECTIVA | 36.611 | 3'83% |
| Seguridad en el tráfico | 21.944 | 2'3% |
| Tráfico de drogas | 10.851 | 1'13% |
| Resto | 3.816 | 0'4% |
| FALSEDADES | 11.072 | 1'16% |
| ADMINISTRACIÓN PÚBLICA | 404 | 0'04% |
| ADMINISTRACIÓN JUSTICIA | 8.204 | 0'86% |
| ORDEN PÚBLICO | 17.816 | 1'86% |
| RESTO CÓDIGO PENAL Y LEYES ESPECIALES | 4.626 | 0'48% |
| TOTAL DELITOS CONOCIDOS | 955.802 | 100% |

Fuente: *Anuario Estadístico Ministerio del Interior 2003.*

Como he apuntado, el volumen total de delitos conocidos a lo largo del año 2003 sufre una significativa reducción, concretamente en 80.914 delitos conocidos menos que el año precedente, que se traduce en un decremento del 7'8% del volumen de delitos conocidos. Dicha reducción se aprecia en la mayoría de las tipologías delictivas, excepto en las de mayor gravedad: aumentan discretamente los homicidios (en 0'54%),

de forma más significativa las violaciones (en 2'64%) y muy acusadamente los malos tratos en el ámbito familiar (más del 70%). Este aumento del 70% en los malos tratos en el ámbito familiar puede ser leído como un dato muy preocupante si se entiende que los casos de delitos de malos tratos han sufrido dicho incremento “real”. Pero también puede suceder que las campañas de sensibilización y de apoyo a las víctimas surtan efecto y provoquen un aumento de las denuncias de estos delitos o, en otros términos, que faciliten el afloramiento de este tipo de delitos que antes integraban en mayor medida la cifra oscura. Si este fuese el caso, el aumento del volumen de delitos conocidos de malos tratos puede ser leído como un dato positivo, ya que el conocimiento del problema es indispensable para intentar establecer vías de “solución” al mismo.

Para la elaboración de la tabla precedente se ha seguido el esquema de tipos delictivos utilizado en el *Anuario*, que se adecua a los capítulos del Código Penal de 1995. El apartado “Resto Código Penal” es una categoría “residual” utilizada en el mismo *Anuario* que incluye delitos tales como defraudación a la hacienda pública, delitos contra los derechos de los trabajadores y delitos contra el medio ambiente, entre otros. Su carácter “residual” es debido a la poca cantidad de delitos conocidos de dichas tipologías, lo que no significa que no se cometan este tipo de delitos. Más bien, resulta obvio que en estos tipos existe una inmensa cifra oscura (resulta difícil de creer que en un año tan sólo se hayan cometido 100 delitos de defraudación a la hacienda pública y a la seguridad social).

Otro capítulo cuyo volumen de delito conocido (404 en números absolutos) parece a todas luces ridículo es el de los delitos contra la administración pública. Si leyéramos la cifra de delitos conocidos como indicativos de la realidad, ello supondría que la administración pública del Estado español gozaría de una “salud” ejemplar, es decir, que apenas existiría corrupción en España (entendiendo por tal el tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, prevaricación, cohecho, etc.). Obviamente sabemos que no es así, de manera que la reducida cifra de delitos conocidos en este capítulo más bien debe ser leída como un dato preocupante, indicativo de la impunidad existente.

En la tabla y gráfico, como ya se ha dicho, se puede observar que la categoría de “delitos contra el patrimonio” engloba a la inmensa mayoría de los delitos conocidos (más del 85%), lo que indica la poca labor de investigación de determinado tipo de

delitos que realiza la policía y la fiscalía y su atención casi exclusiva a la “delincuencia común o callejera”.

Finalmente hay que puntualizar que la propia categoría de “delincuencia conocida” es incorrecta o poco precisa. Como hemos dicho, se refiere a las denuncias realizadas por los ciudadanos y por la policía de presuntos hechos delictivos, de acuerdo con las apreciaciones de la instancia policial. Del total de hechos denunciados, tan sólo en una pequeña parte se conoce o descubre al presunto infractor y se puede llevar a cabo un juicio penal, que es el que determinará la existencia o no del delito.

2.2. Las detenciones policiales

La segunda cifra que contienen las estadísticas policiales es la relativa a las detenciones policiales. También esta cifra requiere de algunas precisiones, aunque la mayoría de las realizadas respecto de la categoría de “delincuencia conocida” son también aplicables a las detenciones policiales. Nos limitaremos por tanto a señalar que el volumen de personas detenidas no es sinónimo del volumen de infractores de la ley penal en un año determinado (por no hablar ya de la categoría positivista de “delincuentes”). Las personas detenidas por la policía son tan sólo una pequeña parte de las que han infringido la ley penal (o más exactamente se presume que han infringido, para respetar la presunción de inocencia).

El hecho que la policía detenga a unos presuntos infractores y no a otros tiene que ver con su capacidad de esclarecimiento de los delitos (en la terminología del *Anuario*), que difiere en las diversas tipologías delictivas, pero también en gran medida con los procesos de “selección” policial de los infractores. En otros términos, por un lado, la policía carece de la formación o especialización y de los medios técnicos para perseguir la comisión de determinados delitos de elevada complejidad (como delitos organizados a nivel internacional para el blanqueo de capitales, tráfico de drogas, de armas, obras de arte, de inmigrantes, redes de prostitución, etc.). Pero por otro lado, los “delincuentes de cuello blanco” ejercen su poder para lograr desarrollar sus actividades con impunidad frente a la persecución del sistema penal, objetivo que alcanzan en la mayoría de los casos. Estas dificultades para perseguir los delitos de los poderosos –y la falta de interés político- provoca que la policía dedique sus esfuerzos a perseguir a los más vulnerables, cuyos delitos revisten poca complejidad (los denominados delitos callejeros) y cuya ausencia de poder para resistir la persecución penal no genera problemas a la policía (SUTHERLAND, 1999:64) [1949].

Estas advertencias deben ser tomadas en cuenta al analizar los datos de detenciones policiales, a fin de no tomar las cifras de detenciones de determinados colectivos y por determinados delitos como un reflejo de la única criminalidad existente. Más bien, hay que interpretar los datos tan sólo como lo que son, información acerca de la actividad policial en el proceso de criminalización.

Al observar la cifra de detenciones de extranjeros lo primero que hay que distinguir son las detenciones motivadas por infracciones penales, de las detenciones motivadas por infracciones de la ley de extranjería, que no tienen naturaleza penal sino tan sólo administrativa. La tabla sobre “detenidos extranjeros” que ofrece el *Anuario* incluye dentro del total de detenciones las motivadas en la ley de extranjería, que no tienen relación con la comisión de delitos o faltas. Por ello, aquí no nos referiremos a las mismas. Pero es importante tener en mente la distinción debido a que en alguna ocasión los responsables del Ministerio del Interior han contabilizado esta cifra para atribuir a los extranjeros una elevada actividad delictiva. Luego nos referiremos a los malos usos y las interpretaciones distorsionadas de las estadísticas.

Ocupándonos tan sólo de las detenciones motivadas por infracciones penales (delitos y faltas), observamos que en el año 2003 fueron detenidos por el total de infracciones 146.666 españoles y 74.357 extranjeros, lo que significa que uno de cada tres detenidos era extranjero.

En la tabla siguiente se muestran los datos de detenciones policiales realizadas a lo largo del año 2003 de extranjeros y españoles, para diversas tipologías delictivas. Hay que señalar que no se incluyen los datos de todos los capítulos del Código Penal respecto de los cuales se ofrecían más arriba cifras de la delincuencia conocida. Esta variación en cuanto a las categorías utilizadas en las diversas tablas es debida a que es el propio Ministerio del Interior en su *Anuario* el que limita la información respecto a las detenciones de personas extranjeras a las categorías que a continuación se refieren.

En la extracción del índice de detenidos por cada 100.000 habitantes he recurrido a las cifras de población extranjera que vive en España -de forma regular o irregular- del Instituto Nacional de Estadística que han sido incluidas en la Tabla 1. Se trata de cifras a 1 de enero de 2003, mientras que las de detenciones policiales comprenden las realizadas a lo largo de todo el año 2003.

TABLA 4: Detenciones policiales de españoles y extranjeros, por tipología delictiva (cifras absolutas y por 100.000 habitantes).

| Tipología delictiva | Detenidos españoles | Detenidos españoles por 100.000 hab. | Detenidos extranjeros | Detenidos extranjeros por 100.000 hab. |
|-----------------------------------|---------------------|--------------------------------------|-----------------------|--|
| Homicidio / asesinato | 1.155 | 2'9 | 440 | 16'5 |
| Lesiones | 5.414 | 13'5 | 2.737 | 102 |
| Otros | 6.454 | 16'1 | 2.534 | 94'8 |
| Total contra las personas | 13.023 | 32'5 | 5.711 | 214 |
| Robo con violencia o intimidación | 13.097 | 32'7 | 5.661 | 212 |
| Robo con fuerza en las cosas | 26.774 | 66'9 | 10.042 | 376 |
| Hurtos | 7.848 | 19'6 | 6.113 | 229 |
| Estafa | 3.846 | 9'6 | 1.738 | 65 |
| Otros | 18.269 | 45'6 | 9.579 | 358 |
| Total contra el patrimonio | 69.834 | 174 | 33.133 | 1.240 |
| Contra la libertad sexual | 2.662 | 6'6 | 1.856 | 69'4 |
| Tráfico de drogas | 10.163 | 25'4 | 5.818 | 218 |
| Falsedades | 2.249 | 5'6 | 5.740 | 215 |
| Otros delitos | 42.856 | 107 | 13.766 | 515 |
| Total delitos | 140.787 | 352 | 66.024 | 2.470 |
| Total faltas | 5.879 | 14'7 | 8.333 | 312 |
| Total infracciones penales | 146.666 | 366 | 74.357 | 2.782 |

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas policiales del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003* y de las cifras de población del INE.

El índice de detenciones por 100.000 habitantes nos permite comparar el uso de la detención policial entre españoles y extranjeros para los diversos tipos de delitos. En la tabla se observa que en el año 2003 fueron detenidos 366 españoles por cada 100.000, mientras que la tasa de detenciones en el caso de los extranjeros ascendía a 2.782. Ese índice –que se refiere al total de delitos y faltas- es 7'6 veces mayor para los extranjeros que para los españoles, es decir, los extranjeros tienen entre 7 y 8 veces más posibilidades que los españoles de ser detenidos acusados de la comisión de un delito o falta (y exactamente 7 si sólo tomamos en cuenta los delitos).

Es interesante comparar si existen divergencias entre la tasa de detenciones de españoles y extranjeros en función de si se trata de delitos que involucran una actividad más o menos proactiva por parte de la instancia policial o un mayor margen de discrecionalidad. Así, en el caso del delito de tráfico de drogas, la actividad policial es determinante para la propia existencia del delito (debido a que apenas existen denuncias de los ciudadanos por este delito), de modo que lo podemos situar entre los delitos que

dependen en mayor medida de una actividad policial proactiva. En cambio, los delitos de robo con fuerza en las cosas (sobremanera si se trata de robos en viviendas) o de robo con violencia o intimidación dependen más bien de la denuncia de los afectados, por lo que su descubrimiento no depende de la actividad policial. Eso no significa que no haya lugar a la discreción policial en estos casos y que la cifra de detenidos se ajuste a la de los autores de estos delitos. La policía puede llevar a cabo su actividad de investigación con mayor o menor eficacia y podría dedicar más esfuerzos a detener al autor del delito si la víctima lo ha descrito como extranjero. Por tanto, también en estos casos hay margen de discrecionalidad –y discriminación- policial, pero más reducida que en los delitos cuya averiguación depende absolutamente de la policía. Por su parte, en las faltas la potestad de detener es altamente discrecional (por no decir arbitraria), ya que en principio la comisión de una falta penal no debería dar lugar a detención.

De la tabla precedente se desprende que en los delitos contra las personas los extranjeros tienen 6'5 veces más posibilidades de ser detenidos que los españoles (ligeramente por debajo de la media de todos los delitos); en los delitos contra el patrimonio las posibilidades de detención se sitúan exactamente en el promedio de 7 veces más, aunque podemos distinguir entre los delitos de robo -6 veces más posibilidades de detención- y los de hurto, en que esas posibilidades aumentan a 11'5; también encontramos índices que superan el promedio en los delitos contra la libertad sexual -10'5-, los delitos de tráfico de drogas -8'5- y sobremanera en los delitos de falsedades, por los que los extranjeros tienen 38'5 más posibilidades de ser detenidos que los españoles; finalmente, en las faltas (infracciones penales leves), los extranjeros son detenidos 21 veces con más frecuencia que los españoles.

Para profundizar en este tipo de análisis sobre el uso de la detención policial, sería necesario conocer para cada tipología delictiva el volumen de detenidos como consecuencia de denuncia de los ciudadanos y el volumen de detenidos que resultan de la exclusiva actividad policial. Lamentablemente el *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior* no nos suministra ninguna información a este respecto, lo que nos impide desarrollar una comparación de las detenciones entre españoles y extranjeros en función del nivel de proactividad de la actividad policial.

La tabla del *Anuario* sobre detenidos extranjeros incluye unas columnas finales acerca de la situación regular o irregular de los extranjeros. Sin embargo, hasta el año 2003 dichas columnas se mantienen en blanco. Sería positivo que el Ministerio del Interior suministre en breve este tipo de información, a fin de conocer si los extranjeros

indocumentados sufren en mayor medida los procesos de criminalización. Varias voces han sostenido la hipótesis de una mayor criminalidad de los inmigrantes irregulares que de los documentados y han lamentado no poderla verificar a través de las estadísticas policiales (GARCÍA ESPAÑA, 2001:132 y 168; 2002a:142; VALENZUELA, 2003:527-540), aunque como hemos señalado, en realidad dichas estadísticas no reflejan la criminalidad existente sino más bien la actividad policial de criminalización (lo que no significa que los detenidos no hayan cometido delitos, pero sí que no todos los que han cometido delitos son detenidos por la policía). En concreto, a partir de un trabajo empírico con una muestra de expedientes penitenciarios y de entrevistas a extranjeros reclusos, GARCÍA ESPAÑA llegó a la conclusión que el 70% de los reclusos extranjeros se encontraban en situación administrativa irregular (2002a:142).

En cuanto a la nacionalidad de los detenidos extranjeros, el *Anuario* ofrece datos desglosados para diversas nacionalidades, aunque el criterio de inclusión en el listado de unas nacionalidades y no otras no está siempre del todo claro. Así, por ejemplo, no parece lógico que respecto del continente europeo no distinga entre UE y extra-comunitarios, dado que el diverso estatus de ciudadanía parecería el criterio más adecuado de distinción; esta ausencia de datos de conjunto de las detenciones de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea impide comparar si existen diversos patrones en el índice de detenciones entre estos “extranjeros de primera” y los de “segunda categoría” (los extra-comunitarios)⁸². Tampoco se entiende la ausencia de una adecuada distinción entre Latinoamérica y Canadá / EE.UU.

A continuación se ofrecen en la TABLA 5 los índices de detenciones por 100.000 habitantes para las diversas tipologías delictivas respecto de cinco grupos nacionales, que parecen ser los que en mayor medida concentran las detenciones policiales de extranjeros.

⁸² Menos lógico es que se incluya entre las procedencias nacionales la categoría de la desaparecida U.R.S.S., que además tiene muy poca relevancia por la reducida cifra de detenidos que ostentan dicho pasaporte.

TABLA 5: Nacionalidad detenidos, por tipología delictiva, 2003 (números absolutos y detenidos por 100.000 habitantes).

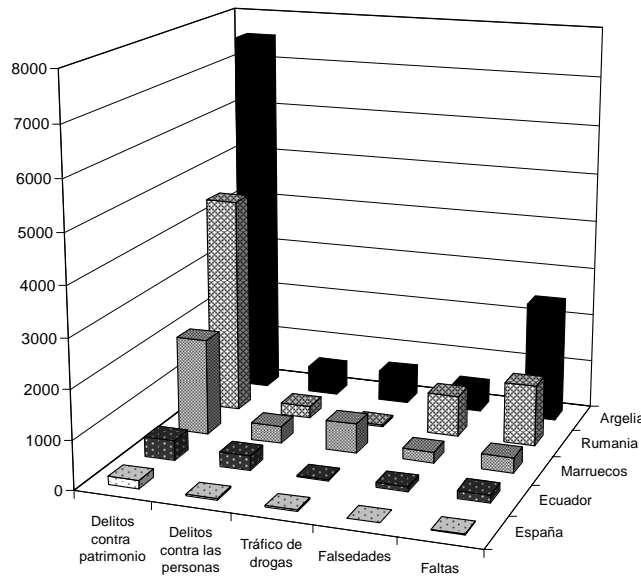
| Tipo delito | Números absolutos y detenidos por 100.000 habitantes | | | | | | | | | | | |
|----------------------------------|--|--------------|----------|--------------|---------|--------------|---------|---------------|-----------|--------------|-----------|-------------|
| | Rumania | | Colombia | | Ecuador | | Argelia | | Marruecos | | españoles | |
| | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 |
| Homicidio-asesinato | 24 | 17'5 | 51 | 20'8 | 41 | 10'5 | 18 | 50'2 | 119 | 31'4 | 1.155 | 2'9 |
| Lesiones | 179 | 130 | 196 | 80'1 | 398 | 102 | 108 | 301 | 822 | 217 | 5.414 | 13'5 |
| Otros | 132 | 96'1 | 223 | 91'2 | 725 | 186 | 71 | 198 | 395 | 104 | 6.454 | 16'1 |
| Total contra las personas | 335 | 244 | 470 | 192 | 1.164 | 298 | 197 | 549 | 1.336 | 353 | 13.023 | 32'5 |
| Robo violencia o intimidación | 418 | 304 | 266 | 109 | 519 | 133 | 534 | 1.489 | 2.338 | 617 | 13.097 | 32'7 |
| Robo con fuerza en las cosas | 2.645 | 1.927 | 244 | 100 | 222 | 56'9 | 1.099 | 3.064 | 2.309 | 610 | 26.774 | 66'9 |
| Hurtos | 1.739 | 1.267 | 195 | 79'7 | 318 | 81'5 | 637 | 1.776 | 655 | 173 | 7.848 | 19'6 |
| Estafa | 365 | 266 | 63 | 25'8 | 69 | 17'7 | 37 | 103 | 87 | 23 | 3.846 | 9'6 |
| Otros | 936 | 682 | 290 | 119 | 461 | 118 | 401 | 1.118 | 2.058 | 543 | 18.269 | 45'6 |
| Total contra patrimonio | 6.103 | 4.445 | 1.058 | 433 | 1.589 | 407 | 2.708 | 7.551 | 7.447 | 1.966 | 69.834 | 174 |
| Contra libertad sexual | 491 | 358 | 98 | 40'1 | 234 | 60 | 46 | 128 | 383 | 101 | 2.662 | 6'6 |
| Tráfico de drogas | 50 | 36'4 | 598 | 244 | 111 | 28'4 | 226 | 630 | 2.282 | 602 | 10.163 | 25'4 |
| Falsedades | 1.151 | 838 | 285 | 116 | 398 | 102 | 176 | 491 | 837 | 221 | 2.249 | 5'6 |
| Otros delitos | 1.002 | 730 | 691 | 283 | 1.479 | 379 | 695 | 1.938 | 4.041 | 1.067 | 42.856 | 107 |
| Total delitos | 9.132 | 6.652 | 3.200 | 1.308 | 4.975 | 1.275 | 4.048 | 11.287 | 16.326 | 4.310 | 140.787 | 352 |
| Total faltas | 1.704 | 1.241 | 153 | 62'5 | 613 | 157 | 871 | 2.429 | 1.189 | 313 | 5.879 | 14'7 |

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas policiales del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003* y de las cifras de población del INE.

En números absolutos los extranjeros de nacionalidad marroquí son los que concentran un mayor volumen de detenciones en la mayoría de las tipologías delictivas, destacando sobre todo en los delitos contra la propiedad y en el tráfico de drogas. Le siguen los procedentes de Rumania, que muestran un reducido índice de detenciones en delitos contra las personas y un elevadísimo índice en los delitos contra el patrimonio. Asimismo es muy elevado su índice de detenciones por delitos de falsedades. En tercer lugar por número de detenciones se sitúan los ecuatorianos, seguidos de cerca por los argelinos.

Este grupo se encuentra muy sobre-representado si se tiene en cuenta su cifra en el total de la población residente en España. Esto se pone de manifiesto con el índice de detenciones por 100.000 habitantes y se lo podemos visualizar gráficamente a continuación con un Gráfico en el que se representan dichos índices.

GRÁFICO 2: NACIONALIDAD DETENIDOS (por 100.000 hab) SEGÚN TIPOLOGÍA DELICTIVA, 2003



Salta a la vista un índice de detenciones por 100.000 habitantes elevadísimo para los nacionales procedentes de Argelia. Por cada 100.000 argelinos que viven en España, durante el año 2003 fueron detenidos por la policía 11.287 bajo la acusación de haber cometido un delito. Esto significa que por el conjunto de delitos los argelinos son detenidos 32 veces más que los españoles. La imputación de delitos a este colectivo es

elevadísimo en los tipos contra la propiedad (son detenidos con una frecuencia 43 veces superior a los españoles) y también en los delitos de falsedades (88 veces más detenciones que en el caso de españoles). Aunque en menor medida también los nacionales de Marruecos sufren una intensa criminalización: por la totalidad de delitos sufren 12 veces más detenciones que los españoles. Esta cifra se eleva especialmente en los delitos de tráfico de drogas -24 veces más detenciones que los españoles, cifra que comparten con los argelinos- y en los delitos de falsedades –con una tasa de detenciones 39 veces superior a la de los españoles. Las espectaculares cifras de detenciones policiales de la población argelina y marroquí pueden indicar una especial persecución policial de los extranjeros procedentes del norte de África.

El otro colectivo muy criminalizado es el de los nacionales de Rumania, que son detenidos por la totalidad de los delitos con una frecuencia 19 veces superior que los españoles. En este caso se observa un índice elevadísimo de detenciones por delitos contra el patrimonio, que es 25 veces superior al de los españoles. Pero es en las detenciones por delito de falsedades donde encontramos la mayor desproporción entre detenciones de extranjeros y españoles: la población rumana es detenida por delitos de falsedades 150 veces más que los españoles.

Hay elementos para sospechar que los rumanos que concretamente sufren unos altísimos índices de detenciones policiales son los de etnia gitana. Como ya he señalado, una de las pocas investigaciones empíricas existentes en España acerca de los procesos de criminalización de determinados colectivos o grupos étnicos es el llevado a cabo por el Equipo Baraní y publicado bajo el título de *Mujeres gitanas y sistema penal* (2001). Los investigadores demostraron que las mujeres gitanas en España sufren una alarmante sobre-representación carcelaria: constituyen el 25% de la población reclusa mientras que su presencia en el conjunto de la sociedad española es tan sólo del 1'4%. Si esta elevada criminalización es debida a la especial persecución de determinada forma de vida (el nomadismo) así como al secular racismo de la sociedad española respecto de la población gitana, hay motivos para pensar que estos mismos elementos en la actualidad están llevando a una especial persecución policial de la población rumana gitana.

Finalmente, tanto los nacionales de Colombia como de Ecuador tienen un índice de detenciones por 100.000 habitantes para la totalidad de los tipos delictivos que gira en torno a los 1.300, lo que significa que son detenidos por la policía con una frecuencia entre 3 y 4 veces superior que los españoles (dada la similitud, en el gráfico se han

incluido sólo las detenciones de ecuatorianos, por ser mayor su comunidad de residentes en España).

En el terreno de las faltas observamos todavía una mayor desproporción en las cifras de detenciones policiales que en el caso de los delitos: los argelinos son detenidos por simples faltas 165 veces más que los españoles, los rumanos 84, los marroquíes 21, los ecuatorianos 11 y los colombianos 4.

Otra cuestión interesante sobre la que el *Anuario* no ofrece información es la relativa a la nacionalidad de la víctima, con la finalidad de conocer si se da un predominio de detenciones por delitos intra-grupales o por el contrario las detenciones se centran en los delitos que se dirigen contra otros grupos nacionales.

2.3. Las estadísticas policiales en Cataluña

Las estadísticas policiales del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior* incluyen las cifras de la Guardia Civil, la Policía Nacional y la Ertzaintza, pero no las relativas a los *Mossos d'Esquadra*. Para analizar las cifras de delincuencia conocida y de detenciones policiales en Cataluña, por tanto, hay que acudir tanto al *Anuario* como a las estadísticas policiales de los *Mossos d'Esquadra*.

Estas últimas se generan mediante el proyecto “Explodades”, que recoge los datos sobre infracciones penales conocidas y detenciones efectuadas por la Policía de la *Generalitat*, y se difunden a través de la página Web de la *Generalitat de Catalunya* (www.gencat.net), acudiendo al departamento competente, que es la *Conselleria de l'Interior*.

Las estadísticas policiales de la *Generalitat de Catalunya* ofrecen datos anuales sobre delitos conocidos y detenciones policiales en el territorio donde ya se han desplegado los *Mossos d'Esquadra*, que todavía no abarca todo el territorio de la Comunidad Autónoma. El proceso de despliegue en curso dificulta comparar los datos de forma evolutiva a través de los años, dado que tanto la extensión del territorio como el volumen de población bajo competencia de los *Mossos* aumenta de un año a otro.

Tomando en cuenta los datos tanto del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior* (relativos a la policía nacional y la guardia civil) como de las estadísticas de los *Mossos d'Esquadra*, observamos que a lo largo de 2003 en Cataluña la cifra de infracciones penales conocidas fue de 345.721, que se dividen en 180.872 delitos conocidos (123.246 por los cuerpos policiales del Estado y 57.626 por los *Mossos d'Esquadra*) y 164.849 faltas conocidas (123.664 por los cuerpos policiales del Estado y

41.185 por los *Mossos d'Escuadra*). En cuanto a las detenciones policiales, a lo largo del año fueron detenidas en Cataluña 51.701 personas, 40.987 por las fuerzas de seguridad estatales⁸³ y 10.714 por los *Mossos d'Escuadra*.

Respecto de las detenciones efectuadas por la policía de la *Generalitat*, en las estadísticas no se indica qué porcentaje de las mismas está motivado por la presunta comisión de un delito, de una falta o de la infracción de la ley de extranjería. Entendemos que el volumen total que indican engloba los tres conceptos mencionados, aunque no se aclara expresamente.

Las estadísticas policiales de la *Generalitat de Catalunya* apenas nos suministran información acerca de la actividad de los *Mossos d'Escuadra* en relación a los extranjeros. Hasta el año 2002 tan sólo incluían un cuadro sobre el origen por continentes de procedencia de las personas detenidas. En las estadísticas de 2003 se añade una tabla donde se especifican los principales países de procedencia de las personas detenidas. Pero estos datos sobre procedencia de las personas detenidas no indican la cifra total de la Unión Europea, lo que es una ausencia remarcable. Tampoco indican las detenciones de las personas procedentes de Ecuador, lo que supone otra ausencia significativa por constituir uno de los grupos de inmigrantes más numerosos. Además, a diferencia de las estadísticas policiales del Ministerio del Interior, no se indica la tipología delictiva que motiva la detención y, como se ha dicho, ni siquiera se distingue entre detenciones por delitos, faltas o infracciones administrativas.

Los escasos datos sobre detenciones de extranjeros que suministran las estadísticas policiales catalanas se incluyen en la Tabla núm. 6, donde se indican las cifras absolutas, los porcentajes y el índice de detenciones por 100.000 habitantes (calculado a partir de los datos de la tabla 2).

⁸³ De éstos, 23.999 fueron detenidos por la presunta comisión de un delito, 3.891 de una falta, 7.911 por infracción de la Ley de Extranjería y 5.186 por estar reclamados.

TABLA 6: Origen de las personas detenidas por los *Mossos d'Escuadra* de Cataluña, por nº motivos de detención, 2003.

| Continentes / Países | Nº motivos de detención | % respecto total motivos detención | Nº motivos detenciones por 100.000 habitantes |
|-------------------------------|-------------------------|------------------------------------|---|
| Total motivos detención | 19.601 | 100% | 292 |
| Españoles | 11.550 | 58'9% | 183 |
| Total extranjeros | 8.051 | 41'1% | 2.097 |
| Total Europa (excepto España) | 2.602 | 13'3% | 2.946 |
| Total África | 3.969 | 20'25% | 2.695 |
| Total América | 1.061 | 5'4% | 1.027 |
| Total Asia | 186 | 0'95% | 416 |
| Total Oceanía | 8 | 0'04% | Cifras no significativas |
| No consta | 225 | 1'15% | - - - |
| Unión Europea ⁸⁴ | + de 1.023 | + de 5'2% | + de 1.617 |
| Rumania | 710 | 3'6% | No consta cifra población |
| Argelia | 336 | 1'7% | 7.349 |
| Marruecos | 3.080 | 15'7% | 2.616 |
| Senegal | 67 | 0'3% | 1.220 |
| Colombia | 193 | 1% | 1.245 |
| Rep. Dominicana | 107 | 0'55% | 1.032 |
| Perú | 77 | 0'4% | 426 |
| China | 60 | 0'3% | 340 |

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de las estadísticas policiales catalanas y de población del *Institut d'Estadística de Catalunya*.

Las estadísticas indican que en el año 2003 los *Mossos d'Escuadra* detuvieron a 10.714 personas, en 13.880 detenciones, como consecuencia de 19.601 motivos de detención. Este último ítem es el que toman para mostrar el origen nacional de los detenidos, lo que genera ciertas confusiones acerca de las cifras, sobre todo si en el caso de los extra-comunitarios se contabilizan dos detenciones cuando a la detención por presunta comisión de un delito se suma otro motivo de detención por infracción de la ley de extranjería. No está de más advertir que la ausencia de distinción entre detenciones por infracciones penales y administrativas convierte a la cifra de detenciones efectuadas por los *mossos* en una información absolutamente inidónea para conocer el volumen de delincuencia de los extranjeros, en mayor medida que la ya poco idónea -para dichos fines- información procedente de estadísticas oficiales.

⁸⁴ Las estadísticas no indican la cifra de detenciones de personas procedentes de la Unión Europea, limitándose a ofrecer los datos de algunos de los países miembros. La cifra que indico como detenciones de personas procedentes de la UE incluye tan sólo los siguientes países: Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda y Portugal. Es de suponer que las estadísticas incluyen sólo estos países por ser los que mayor volumen de detenciones aportan, pero es necesario tener en cuenta que la cifra total de detenciones de personas procedentes de la UE es superior a la indicada en la tabla.

En conclusión, las estadísticas policiales catalanas tan sólo nos ofrecen una información limitadísima acerca de la actividad de los *Mossos d'Esquadra* en relación a los extranjeros, que se concreta en una cifra no disgregada del total de detenciones efectuadas.

3. Instancia jurisdiccional

Del conjunto de estadísticas acerca de la actividad del sistema penal, las judiciales son seguramente las más deficientes en cuanto a la información que suministran para conocer la relación entre el sistema de justicia penal y los extranjeros; aunque el problema no es sólo respecto a los extranjeros, sino con los “justiciables” en general.

Existen tres fuentes distintas de estadísticas judiciales: las del Consejo General del Poder Judicial, los datos contenidos en la memoria anual de la Fiscalía General del Estado y las estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadística. Los tres tipos de estadísticas son distintas no sólo con respecto a la fuente, sino también con respecto a los datos, lo que ya es más grave. Los datos suministrados por los diversos organismos no siempre (o casi nunca) son coherentes entre sí.

Por lo que se refiere a las estadísticas judiciales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), este mismo organismo ha reconocido las deficiencias y en los años recientes ha iniciado un proceso de modificación y modernización. En la Memoria anual del año 2003, el CGPJ reconoce que la estadística judicial tradicionalmente ha estado muy ligada a las necesidades de inspección y cuantificación de los procedimientos, sin prestar atención a los aspectos referentes a la relación de los ciudadanos con la justicia. La información que dichas estadísticas recopilan se limita a cuantificar el volumen de procedimientos judiciales (grandes números acerca de los asuntos ingresados, resueltos, pendientes y sentencias dictadas) y está destinada al CGPJ, no a los usuarios de la justicia. No suministran información acerca del perfil de las personas implicadas en procesos judiciales, duración de los procesos, características de las sentencias, etc. Se puede afirmar que las estadísticas judiciales del CGPJ tienen muy poca relevancia para los intereses de la ciudadanía.

Consciente de estas deficiencias, en el año 2002 el CGPJ aprobó unas líneas de actuación para el desarrollo de la estadística judicial, con el objetivo de que la información estadística se convierta en un instrumento útil no sólo para la planificación interna de los órganos judiciales sino también para informar a la sociedad acerca del

funcionamiento de la justicia. Posteriormente estos objetivos se han concretado mediante la aprobación por el CGPJ del Reglamento núm. 6/2003, de 9 de julio, de la Estadística Judicial.

Las estadísticas judiciales del CGPJ se elaboran a partir de la información procedente de los diversos juzgados y tribunales. En la actualidad la información se recaba a través de unos “boletines” que deben cumplimentar trimestralmente los secretarios judiciales (que son unos formularios diseñados para que los órganos judiciales recopilen la información). La tarea es engorrosa, debido a que el poder judicial en España funciona como una burocracia decimonónica, no está informatizado (o su informatización es sólo incipiente a través de los sistemas de información de gestión procesal). Ello significa que los secretarios judiciales deben cumplimentar manualmente los aludidos boletines acudiendo a los libros de registro del juzgado, y a menudo se encuentran con problemas o dificultades debido a que los criterios de clasificación de los asuntos judiciales no son homogéneos. Además, los boletines del CGPJ no son los únicos datos que se solicitan a los secretarios judiciales⁸⁵.

En cuanto a la difusión de este tipo de estadísticas judiciales, tradicionalmente las mismas se publicaban a través de la Memoria anual del CGPJ, pero recientemente se han empezado a difundir los datos anuales y trimestrales a través de la página Web del Consejo (www.poderjudicial.es/CGPJ). A partir del año 2003 se creó una base de datos de estadísticas judiciales accesible a través de la mencionada página Web (y regulada por el citado Reglamento del CGPJ), que es elaborada por la Sección de Estadística Judicial del CGPJ con los datos que recaba de los juzgados y tribunales a través de los boletines estadísticos.

Pese a todos los recientes planteamientos y objetivos del CGPJ en el sentido de potenciar la difusión de las estadísticas judiciales, las mismas siguen teniendo un interés limitadísimo para los ciudadanos. Se han introducido algunas modificaciones a los

⁸⁵ El propio CGPJ reconoce todas estas dificultades en un documento denominado “Problemas de la Estadística Judicial y propuestas de actuación”, donde señala lo siguiente: “El actual diseño de las estadísticas judiciales producidas por el CGPJ ha estado inspirado por los objetivos de servir de base a la actuación de su Servicio de Inspección y para la elaboración de la Memoria anual. La información solicitada a través de los boletines estadísticos a los juzgados es esencialmente cuantitativa y centrada en las características procesales; pero no recaba datos sobre materias, duraciones, costes o participantes. Existe una duplicación de esfuerzos en la recogida y elaboración de información sobre la actividad judicial. Tribunales Superiores, Comunidades Autónomas, Ministerio de Justicia, INE y distintos servicios del CGPJ solicitan información a los juzgados. Todos ellos buscan legítimamente información para una mejor gestión, pero esta dispersión sobrecarga de trabajo a los juzgados y genera confusión y falta de credibilidad sobre los datos” (consultado en la página Web del CGPJ en fecha 10 de diciembre de 2003).

boletines estadísticos mediante los que se recaba la información, básicamente para adaptarlos a algunas modificaciones legislativas, aunque según la memoria del CGPJ 2003 también para recoger información sobre temas de preocupación social. Sin embargo, esto último se ha limitado a alguna cuestión acerca de la violencia doméstica. El propio Consejo reconoce que la tarea de convertir a la estadística judicial en un instrumento de información útil acerca del funcionamiento de la justicia es difícil y costosa, de manera que plantea la consecución de los objetivos fijados de forma evolutiva, que solo serán plenamente alcanzables cuando se generalicen y homogeneicen los sistemas de información de gestión procesal, que sustituirán la recogida manual de datos a través de los actuales boletines estadísticos.

En conclusión, y pese a las recientes modificaciones señaladas, las estadísticas judiciales del CGPJ en la actualidad no suministran ningún tipo de información para conocer la relación de los extranjeros con la justicia (aunque tampoco de los usuarios de la justicia en general). No suministran información alguna acerca del número total de condenados y absueltos según nacionalidades. Todavía menos de los datos de absoluciones, condenas y duración de las penas impuestas a extranjeros y españoles en función de los distintos tipos delictivos, ya que todos estos datos no se compilan en las estadísticas judiciales. En consecuencia, no permiten hacer ningún tipo de estudio comparativo entre las sentencias aplicadas a los extranjeros y las aplicadas a los españoles, a fin de ver si existe discriminación en el proceso judicial.

La segunda fuente de información de estadísticas judiciales aludida más arriba es la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado, que no he encontrado publicada en la página Web de la Fiscalía ni en la del Ministerio de Justicia. Pero estas Memorias anuales se reciben en las bibliotecas jurídicas (de las Facultades de Derecho, de los Colegios de Abogados).

En la Memoria de 2004 (que se refiere a las actividades del año 2003), el Fiscal General del Estado -recién estrenado en el cargo tras las elecciones de marzo- Cándido Conde-Pumpido retoma las reflexiones del Consejo General del Poder Judicial acerca de las deficiencias actuales de la estadística judicial en España, reflexiones plasmadas en el Reglamento 1/2002 de Estadística Judicial (Memoria FGE 2004:55 y ss.). Por tanto, se suma a los buenos propósitos cara al futuro. Pero por el momento los datos contenidos en la Memoria son muy deficientes.

La Memoria contiene unos anexos estadísticos con datos sobre causas penales en general. No se indica ninguna información respecto del acusado o condenado por el

delito (nacionalidad, sexo, edad, etc.), tampoco sobre la víctima, ni sobre la pena impuesta. Sólo se indica la cifra de diligencias previas incoadas en las diversas provincias españolas a lo largo del año. La cifra total de diligencias incoadas a lo largo del año 2003 roza los 4 millones (exactamente 3.971.339). Este dato no coincide ni con los ofrecidos por las estadísticas judiciales del Consejo General del Poder Judicial y ni con los del Instituto Nacional de Estadística. Como reconoce el propio Fiscal General del Estado en su Memoria, las cifras que suministran las diversas Fiscalías no son uniformes y a menudo contienen duplicidades, cuando por el mismo hecho se abren dos procedimientos, de manera que su fiabilidad no es muy elevada. Por lo demás, estas estadísticas de los anexos no contienen información alguna sobre la relación de los extranjeros con la justicia penal. En la parte descriptiva la Memoria se refiere a algunos datos muy parciales e incompletos sobre detenciones policiales, causas penales y expulsiones, que contabilizan sólo la actividad de algunas fiscalías (Memoria 2004:572-574), de manera que no tienen utilidad para el análisis de los extranjeros en el sistema penal.

Finalmente la tercera fuente de información de estadísticas judiciales es el Instituto Nacional de Estadística (INE). El INE tiene un apartado de estadísticas judiciales (que realiza en virtud de un convenio de colaboración con el CGPJ), donde se publican algunos datos estadísticos siguiendo la tradicional clasificación de los órdenes jurisdiccionales. En concreto, aquí nos interesa la sección denominada “estadística penal común”. Las estadísticas judiciales del INE son accesibles a través de la página Web de este organismo (www.ine.es), acudiendo al apartado correspondiente.

Estas estadísticas contienen una información muy limitada acerca de la relación de los extranjeros con la justicia penal, pero –a diferencia de las del CGPJ- como mínimo facilitan algún tipo de dato al respecto. La única información relativa a los extranjeros que suministran es la cifra de condenados por tipología delictiva, para algunos países o continentes de procedencia. La selección de los países respecto de los que se especifica la información no parece tener mucha lógica (salvo en el caso de Marruecos), ya que ni siquiera responde a los colectivos de inmigrantes más numerosos en España. Dada la irrelevancia de los datos específicos para algunos países, prefiero limitarme a incluir aquí las cifras totales por continentes de origen, con la excepción de Marruecos, que sí me parece relevante. Respecto a los continentes, no hay datos disgregados entre Norteamérica (EE.UU. y Canadá) y Latinoamérica, pero dada la reducida cifra de población norteamericana que vive en España, podemos entender que

las cifras se refieren a Latinoamérica. Por otro lado, el INE ofrece los datos agregados para Asia y Oceanía, pero de la misma forma al interpretar esos datos podemos simplemente atribuirlos a Asia. Finalmente, de nuevo hay que lamentar que no se distingan las cifras de la Unión Europea y la Europa extra-comunitaria, debido a que los datos agregados podrían esconder la compensación de una sub- y una sobre-representación respectivamente.

Los aludidos datos de condenas por tipología delictiva y continente de origen se muestran en la Tabla núm. 7, y proceden de las sentencias condenatorias de las audiencias provinciales y los juzgados de lo penal. Quedan fuera, por tanto, los datos de condenas de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y los datos de la Audiencia Nacional, pero dada la reducida cifra de condenas de estos tribunales la ausencia no es muy significativa. Los últimos datos de que dispongo en el momento de elaboración del capítulo (diciembre 2004) son de las condenas a lo largo del año 2002, publicados por el INE en fecha 30 de enero de 2004.

TABLA 7: Procedencia de los condenados (audiencias provinciales y juzgados de lo penal), por tipología delictiva. Números absolutos y tasa de condenas por 100.000 habitantes. Año 2002.

| TIPOLOGÍA DELICTIVA | Total españoles | | Total extranjeros | | EXTRANJEROS POR PROCEDENCIA | | | | | | | | | |
|-------------------------------------|-----------------|--------------|-------------------|--------------|-------------------------------------|--------------|---------------|--------------|--------------|--------------|-------------------------|--------------|-------------------------|--------------|
| | Nº | x 100.000 | Nº | X 100.000 | Total Europa (excepto Españoles) | | Total América | | Total África | | Específico Marruecos | | Total Asia y Oceanía | |
| | Nº | x 100.000 | Nº | X 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 |
| Homicidio y lesiones | 6.223 | 15'5 | 503 | 18'8 | 111 | 11'9 | 122 | 11'4 | 241 | 46 | 161 | 42'5 | 29 | 22'1 |
| Contra la libertad | 664 | 1'66 | 89 | 3'33 | 15 | 1'6 | 13 | 1'21 | 54 | 10'3 | 46 | 12'1 | 7 | 5'3 |
| Contra la libertad sexual | 922 | 2'30 | 135 | 5'05 | 36 | 3'85 | 33 | 3'08 | 65 | 12'4 | 50 | 13'2 | 1 | 0'76 |
| Omisión deber de socorro | 23 | 0'06 | 1 | 0'04 | 1 | 0'11 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Contra la intimidad | 52 | 0'13 | 4 | 0'15 | 3 | 0'32 | 0 | 0 | 1 | 0'19 | 1 | 0'26 | 0 | 0 |
| Contra el honor | 37 | 0'09 | 2 | 0'07 | 1 | 0'11 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0'76 |
| Contra relaciones familiares | 2.269 | 5'67 | 63 | 2'36 | 37 | 3'95 | 6 | 0'56 | 18 | 3'44 | 12 | 3'17 | 2 | 1'53 |
| Total contra las personas | 10.190 | 25'4 | 797 | 29'8 | 204 | 21'8 | 174 | 16'2 | 379 | 72'3 | 270 | 71'3 | 40 | 30'5 |
| Total contra el patrimonio | 33.645 | 84 | 4.299 | 161 | 1.145 | 122 | 598 | 55'8 | 2.380 | 454 | 1.304 | 344 | 176 | 134 |
| Contra la salud pública | 5.263 | 13'1 | 2.143 | 80'2 | 303 | 32'4 | 577 | 53'8 | 1.203 | 230 | 713 | 188 | 60 | 45'8 |
| Contra seguridad tráfico | 26.462 | 66'1 | 1.739 | 65'1 | 626 | 66'9 | 644 | 60'1 | 433 | 82'7 | 331 | 87'4 | 36 | 27'5 |
| Otros contra la seguridad colectiva | 72 | 0'18 | 6 | 0'22 | 2 | 0'21 | 0 | 0 | 4 | 0'76 | 2 | 0'53 | 0 | 0 |
| De las falsedades | 1.431 | 3'57 | 371 | 13'9 | 64 | 6'84 | 161 | 15 | 129 | 24'6 | 54 | 14'2 | 17 | 13 |
| Contra el orden público | 3.153 | 7'87 | 431 | 16'1 | 147 | 15'7 | 62 | 5'8 | 205 | 39'1 | 116 | 30'6 | 17 | 13 |

Tabla 7 (continuación)

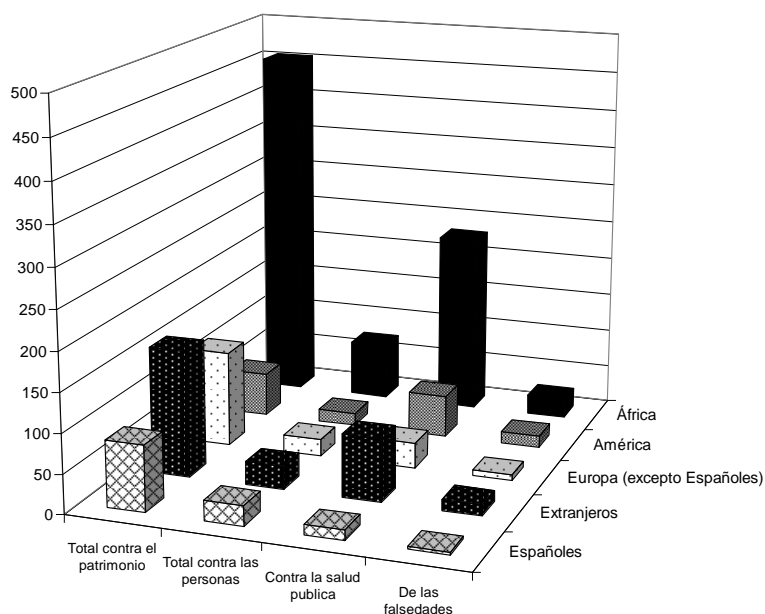
| TIPOLOGÍA DELICTIVA | EXTRANJEROS POR PROCEDENCIA | | | | | | | | | | | | | |
|---|-----------------------------|------------|-------------------|------------|----------------------------------|------------|---------------|------------|--------------|------------|----------------------|------------|----------------------|------------|
| | Total españoles | | Total extranjeros | | Total Europa (excepto Españoles) | | Total América | | Total África | | Específico Marruecos | | Total Asia y Oceanía | |
| | Nº | x 100.000 | Nº | X 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 | Nº | x 100.000 |
| Contra administración pública | 115 | 0'29 | 3 | 0'11 | 2 | 0'21 | 0 | 0 | 1 | 0'19 | 1 | 0'26 | 0 | 0 |
| Contra administración justicia | 3.205 | 8 | 98 | 3'67 | 30 | 3'21 | 22 | 2'05 | 38 | 7'25 | 23 | 6'07 | 8 | 6'1 |
| Contra medio ambiente y ordenación territorio | 134 | 0'33 | 3 | 0'11 | 1 | 0'11 | 0 | 0 | 2 | 0'38 | 2 | 0'53 | 0 | 0 |
| Contra la Constitución | 80 | 0'20 | 6 | 0'22 | 0 | 0 | 0 | 0 | 6 | 1'14 | 6 | 1'58 | 0 | 0 |
| Contra la paz e independencia | 32 | 0'08 | 1 | 0'04 | 0 | 0 | 1 | 0'09 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Contra comunidad internacional | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Concurso de delitos | 6.835 | 17'1 | 817 | 30'6 | 232 | 24'8 | 163 | 15'2 | 401 | 76'5 | 244 | 64'4 | 21 | 16 |
| No consta | 626 | --- | 74 | --- | 15 | --- | 17 | --- | 37 | --- | 29 | --- | 5 | --- |
| Total | 91.243 | 228 | 10.788 | 404 | 2.771 | 296 | 2.419 | 226 | 5.218 | 996 | 3.095 | 817 | 380 | 290 |

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadística y cifras de población del mismo organismo.

En la tabla se refleja para el conjunto de los delitos una tasa cercana al doble de condenas para los extranjeros que para los españoles. Si observamos la “contribución” de cada uno de los continentes al dato precedente, vemos que en realidad son los nacionales procedentes de África los que están sobre-representados en los datos globales de condenas judiciales. Mientras los nacionales de los otros continentes tienen un índice de condenas igual o poco superior al de los españoles, los africanos son condenados entre 4 y 5 veces con mayor frecuencia que los españoles.

Esta sobre-representación se muestra gráficamente a continuación mediante el índice de condenas por cada 100.000 habitantes, en los delitos que mayor desproporción de condenas generan entre españoles y extranjeros.

GRÁFICO 3: PROCEDENCIA DE LOS CONDENADOS (por 100.000 hab) SEGÚN TIPOLOGÍA DELICTIVA, 2002



Por tipologías delictivas, la sobre-representación en el índice de condenas de los extranjeros de origen africano se concentra en los delitos contra el patrimonio (5'4 veces más condenas que los españoles) que constituyen la mayor parte de las condenas de africanos, junto al tráfico de drogas (ambos tipos suman casi el 70% de las condenas de africanos). En las condenas por tráfico de drogas todos los extranjeros se encuentran sobre-representados, pero mientras para los europeos el índice de condenas supera en 2'5 veces al de los españoles, y para los americanos y asiáticos en 4 veces, para los africanos el índice de condenas por drogas de los españoles se multiplica por 17. En los

delitos contra el orden público encontramos asimismo una elevada sobre-representación de los africanos (5 veces más condenas); en este tipo también los extranjeros procedentes de Europa y Asia se encuentran sobre-representados, aunque en menor medida (doblan el índice de los españoles). En el delito de falsedades los africanos multiplican por 7 el índice de condenas de los españoles, mientras que los americanos y asiáticos lo multiplican por 4 y los europeos por 2. Finalmente, en el delito contra la seguridad en el tráfico, que conlleva un número significativo de condenas de los españoles (casi el 30%), no encontramos sobre-representación de los extranjeros (sólo los africanos superan ligeramente el índice de condenas de los españoles, mientras que los europeos y los americanos lo igualan y el de los asiáticos no alcanza la mitad). Pero en realidad en este tipo delictivo los extranjeros (en concreto los extracomunitarios) deberían estar muy sub-representados, debido a que probablemente su tenencia y uso de vehículos es mucho más reducido que el de los españoles.

En resumen, se puede señalar que en el caso de las condenas judiciales la sobre-representación de los extranjeros no es tan pronunciada como en el caso de las detenciones policiales. Sin embargo, hay que tener en cuenta por una parte que las cifras son de un año antes que las de las estadísticas policiales y, por otra, que desde el momento de la detención hasta el de la condena judicial hay un transcurso de tiempo que es mayor o menor dependiendo de los casos y del tipo de delito. En consecuencia, el aumento a lo largo de los últimos años de la cifra de detenciones policiales (debido seguramente tanto al incremento de la población inmigrante en España como de la alarma generada en torno a la criminalidad de los extranjeros) es probable que se refleje en las cifras de condenas de los próximos años. Esto será cierto en especial en el caso de los latinoamericanos, que en la tabla comentada muestran un índice de condenas exactamente igual al de los españoles (tengamos en cuenta que el índice por 100.000 habitantes ha sido calculado con los datos de población a 1 de enero de 2003 y a lo largo de 2002 parece que la inmigración latinoamericana aumentó mucho; esto se ha reflejado en unos índices de condenas muy contenidos).

Las estadísticas judiciales no contienen información acerca de la situación administrativa –regular o irregular- de los extranjeros condenados, ni tampoco sobre si los mismos vivían o no en España con anterioridad a la condena. A este respecto obtenemos cierta información de una reciente investigación socio-jurídica sobre *Inmigración y Justicia* (2002) desarrollada por CALVO, GASCÓN y GRACIA, entre otros, aunque la misma no se limita a los inmigrantes condenados, sino que se refiere a

la participación de los inmigrantes en diversos roles, y no sólo en el orden penal. Centrándonos en el ámbito penal, que es el que aquí me interesa, esta investigación indica que en el 66% de los expedientes consultados (en los que están implicados inmigrantes bien en calidad de denunciadores/víctimas bien en calidad de denunciados/detenidos) no consta la situación legal del inmigrante, en un 22% aparece como regular y en un 11% como irregular (2002:74 y 86-87). Lamentablemente en la investigación no se disgregan los datos en función del rol procesal del inmigrante, pero de todos modos el elevado porcentaje conjunto en los que no consta la situación legal es un indicio del poco interés de la jurisdicción en averiguar la situación administrativa del imputado a los fines de una eventual expulsión⁸⁶.

Además de las cifras de condenados por tipologías delictivas que acabamos de analizar, las estadísticas judiciales del INE ofrecen datos acerca de la naturaleza y de la duración de la pena impuesta en la condena, también por tipologías delictivas (en cuanto a la duración, clasifican las penas de prisión por grupos: de 6 meses a 4 años, de 4 a 10 años y de más de 10 años). Sin embargo, no es posible hacer una comparación del tipo y la duración de las penas impuestas a nacionales y extranjeros porque en las estadísticas no se disgrega el dato de la nacionalidad. Es decir, existe una tabla estadística acerca del tipo y duración de las penas impuestas para las diversas tipologías delictivas, pero no se distingue entre españoles y extranjeros.

No obstante, en base a esa tabla puede ser interesante indicar el tipo y duración de las penas impuestas para las tipologías delictivas que mayor proporción de condenas reciben (en concreto, delitos contra el patrimonio, contra la seguridad en el tráfico y tráfico de drogas). Ello nos permitirá entender en parte la elevadísima sobre-representación carcelaria de los extranjeros, especialmente de algunos colectivos.

La tipología delictiva que mayor proporción de condenas recibe, tanto de españoles como de extranjeros (entre el 35 y el 40% en ambos grupos), son los delitos contra el patrimonio. Las penas para estos delitos mayoritariamente consisten en prisión de 6 meses a 4 años y, en menor medida (20% aprox.) en multa o arresto de fin de semana. La imposición de una pena de prisión de 6 meses a 4 años puede tener unos resultados muy diversos en función de si el juez concede la sustitución o la suspensión

⁸⁶ Como veremos en la Tercera Parte de la Tesis, la no averiguación judicial de la situación legal del inmigrante debiera revertirse a partir de una modificación del Código Penal y de la Ley de Extranjería de setiembre de 2003 (L.O. 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros), que impone de forma preceptiva –eliminando la discrecionalidad judicial– la expulsión de los extranjeros irregulares imputados y condenados.

de la pena de prisión en las condenas de máximo 1 y 2 años respectivamente. Las estadísticas judiciales no contienen ninguna información acerca de la aplicación de las penas o medidas sustitutivas a la prisión. No se indica ni para el total de los condenados ni para los extranjeros el volumen de suspensiones y sustituciones de pena acordadas judicialmente; por consiguiente no tenemos modo de saber si los extranjeros condenados por delitos contra el patrimonio incrementan las estadísticas penitenciarias en mayor medida que los españoles.

La segunda tipología delictiva por número de condenas son los delitos contra la seguridad en el tráfico, que suponen el 28% del total de condenas judiciales en España a lo largo del año 2002. Pero en este caso encontramos grandes divergencias entre la proporción del total de condenados españoles que lo son por este delito (el 29%) y la de extranjeros (el 16%). Sólo en el 2'5% de las condenas por delitos contra la seguridad en el tráfico se impuso una pena de prisión, mientras que en el resto las penas consistieron fundamentalmente en la privación del permiso de conducir, algunas multas y unos pocos arrestos. Esto significa que cerca del 30% de los condenados españoles directamente no aparecen en las estadísticas penitenciarias, mientras que en el caso de los extranjeros esta cifra se reduce a la mitad.

La tercera tipología delictiva que mayor cantidad de condenas judiciales implica, aunque a distancia de las anteriores, es el tráfico de drogas (técnicamente delitos contra la salud pública). Las condenas por este delito suponen poco más del 7% de las condenas del año 2002, pero si disgregamos esta cifra entre nacionales y extranjeros, la divergencia es muy acusada: en los primeros el porcentaje no alcanza el 6%, mientras que en los segundos es del 20%. Como es sabido, las penas por delitos de tráfico de drogas son muy severas: las estadísticas judiciales muestran que el 82% de las condenas por drogas del año 2002 lo fueron a prisión de 6 meses a 4 años y un 15% de 4 a 10 años; dado que el tipo básico de drogas impone una privación de libertad de 3 a 9 años de prisión, la pena impuesta siempre superará los dos años y, por tanto, no será suspendida. Teniendo en cuenta la mayor proporción de extranjeros condenados por esta tipología delictiva castigada con largas penas privativas de libertad, que son las que incrementan en mayor medida los índices de población reclusa, se explica en parte la elevada sobre-representación carcelaria de los extranjeros.

Las estadísticas no ofrecen ninguna información acerca del volumen de autos judiciales de prisión preventiva durante la instrucción de los procedimientos, ni para el total de las causas con acusado, ni para los acusados extranjeros. Por consiguiente, en

base a las estadísticas judiciales no tenemos modo de verificar si la prisión preventiva se aplica con mayor frecuencia a los extranjeros. Volveremos sobre ello al trabajar con las estadísticas penitenciarias.

Finalmente hay que señalar que las estadísticas judiciales del INE (como tampoco las del CGPJ) no contienen datos acerca de la aplicación judicial de la expulsión de extranjeros irregulares como sustitutivo penal previsto en el artículo 89 del Código Penal, ni en caso de sustitución total cuando se impone una condena de prisión de hasta 6 años, ni en caso de sustitución parcial para las condenas de mayor duración, una vez cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la pena. Las estadísticas judiciales tampoco contienen datos del volumen de causas archivadas por aplicación del artículo 57.7 de la Ley de Extranjería, que indica al juez que autorice una expulsión administrativa interrumpiendo el proceso penal. El caso pasa a integrar la cifra de causas archivadas, pero las estadísticas judiciales no mencionan el volumen de causas archivadas por este motivo.

4. Instancia penitenciaria

En relación a la instancia penitenciaria trabajaremos sobre dos aspectos susceptibles de indicar la existencia de discriminación de los extranjeros. En primer lugar, analizaremos las cifras que suministran las estadísticas penitenciarias con el objetivo de cuantificar y apuntar algunas líneas de interpretación de la sobre-representación carcelaria de los extranjeros. En segundo lugar, nos referiremos a los diversos aspectos y ámbitos del régimen y tratamiento penitenciario en los que se puede producir discriminación de los extranjeros durante su encierro carcelario.

4.1. La sobre-representación carcelaria de los extranjeros

Al examinar las cifras de extranjeros en prisión distinguiremos entre las estadísticas penitenciarias de la *Dirección General de Instituciones Penitenciarias* del Ministerio del Interior, referidas al conjunto del Estado español (incluida Cataluña, salvo que se indique lo contrario), y las estadísticas penitenciarias de la *Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil, del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya*, por ser ésta la única Comunidad Autónoma que tiene transferidas las competencias penitenciarias (además de ser la C.A. desde la que se ha realizado esta Tesis Doctoral).

4.1.1. Los extranjeros en las cárceles españolas

Los datos sobre población reclusa que se mencionarán en este epígrafe proceden de las estadísticas oficiales penitenciarias que desde 1997 publica anualmente el Ministerio del Interior como parte de su *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*. A partir del año 1998 dichos Anuarios se pueden obtener en la página Web del Ministerio (www.mir.es).

Sin embargo, los datos sobre población reclusa extranjera que allí se contienen son insuficientes para analizar en profundidad la sobre-representación carcelaria de los extranjeros, destacándose algunas ausencias (como la cifra de preventivos y la tipología delictiva por la que cumplen condena los extranjeros) que imposibilitan la comparación con la población reclusa española a fin de verificar o no la existencia de discriminación. Tampoco encontramos información sobre la aplicación del régimen penitenciario progresivo (permisos de salida, terceros grados, libertad condicional) a españoles y extranjeros, ni cifras sobre la aplicación de la expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal como medida “sustitutiva” para los extranjeros irregulares condenados a penas de prisión superiores a los 6 años una vez se accede al tercer grado o cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena.

Estas informaciones, entre otras, las he solicitado por escrito al Gabinete Técnico de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en carta certificada de fecha 25 de noviembre de 2004, solicitud que ha sido puntualmente atendida mediante contestación de fecha 9 de diciembre de 2004. Sin embargo, la información suplementaria obtenida es limitada, debido a que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias no recoge o compila adecuadamente muchas de las informaciones que resultarían relevantes.

Como he señalado al inicio de este capítulo, considero que las estadísticas penitenciarias tienen gran interés porque muestran el resultado final del proceso de criminalización. Además, y desde el punto de vista de las personas involucradas, en cuanto fuente de sufrimiento, estigmatización y exclusión la pena carcelaria tiene efectos mucho más duraderos que la mera detención policial o el proceso judicial. La cárcel tiene un gran impacto en las personas afectadas y en la realidad social, en el sentido de reproducir y amplificar la marginación y exclusión social. Por ello el volumen de extranjeros encarcelados es de sumo interés, porque entre otras cosas refleja

la exclusión social que los extranjeros sufren en el presente y permite anticipar su evolución en el futuro.

Al examinar las cifras de población reclusa en España la primera conclusión que alcanzamos es que los extranjeros se ven afectados en mayor medida por los procesos de criminalización, conclusión que –no está de más advertirlo- no prejuzga su volumen de criminalidad.

Las cifras de población reclusa muestran una elevada sobre-representación carcelaria de los extranjeros respecto a su presencia en la sociedad. A 31 de diciembre de 2003 el porcentaje de extranjeros en las cárceles españolas (incluyendo las catalanas) era del 27%, mientras que constituían alrededor del 6% del total de la población que vive en España. En otros términos, uno de cada cuatro reclusos en las cárceles españolas es extranjero, cuando en la sociedad sólo es extranjera 1 de cada 16 personas.

En la Tabla 8 se muestran las cifras de población reclusa española y extranjera, distinguiendo en función de su situación procesal-penal. Como ya he indicado, el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior no disgrega la cifra de población preventiva entre españoles y extranjeros. Esta última cifra ha sido obtenida del Gabinete Técnico de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en respuesta a una solicitud efectuada.

TABLA nº 8: Población reclusa española y extranjera en las cárceles españolas, según situación procesal-penal. Año 2003 -2004.

| | Presos españoles | Presos extranjeros | Total presos | % extranjeros |
|------------------|------------------|---------------------|--------------|---------------|
| Preventivos | 5.628 | 6.648 ⁸⁷ | 12.276 | 54'1% |
| Penados | 35.263 | 8.557 | 42.744 | 20% |
| Total | 40.891 | 15.205 | 56.096 | 27'1% |
| Tasa preventivos | 13'8% | 43'7% | 21'9% | - - - |
| Tasa penados | 86'2% | 56'3% | 76'2% | - - - |

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas penitenciarias del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003* y de las cifras (de fecha 30 de noviembre de 2004) facilitadas por el Gabinete Técnico de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

En números absolutos, en fecha 31 de diciembre de 2003, había un total de 56.096 presos en las cárceles españolas, integrados por 51.686 hombres (el 92'1%) y 4.410 mujeres (el 7'9%). Del total de los reclusos, 42.744 lo estaban como condenados a pena de prisión (el 76'2%), 12.276 en concepto de preventivos (el 21'9%) y el resto en otras

⁸⁷ Cifra a fecha 30 de noviembre de 2004.

situaciones (medidas de seguridad, arrestos de fin de semana, impago de multas, tránsitos).

La cifra de población reclusa extranjera en esa fecha era de 15.205, que supone el 27'1% de la población en las cárceles españolas; de los mismos, 14.022 eran hombres y 1.183 mujeres. Del total de extranjeros reclusos, casi un 44% lo está en situación preventiva, frente a una tasa de preventivos españoles de poco menos del 14%. Esto significa que los extranjeros integran en mucha mayor medida que los españoles el índice global del 22% de población preventiva en las cárceles españolas. De hecho, del total de la población preventiva, más de la mitad es extranjera. Por consiguiente, se verifica que los extranjeros son enviados a prisión preventiva en una proporción mucho mayor que los nacionales, debido a que su menor arraigo en España lleva a los jueces a apreciar un mayor peligro de fuga.

El elevadísimo índice de reclusos en situación preventiva entre los extranjeros es un dato preocupante, debido a que los procesos de mayor criminalización de los extranjeros se anuncian primeramente en las cifras de prisión preventiva. Como hemos indicado al comentar investigaciones criminológicas británicas, en ese país la gran mayoría -más del 80%- de las personas que sufren prisión preventiva reciben en el juicio una sentencia condenatoria (HOOD, 1992:146), cifra que no debe ser muy distinta en España, pese a que no hay investigaciones al respecto. Este hecho puede ser debido a que los jueces imponen prisión preventiva cuando hay elementos fuertemente incriminatorios, pero también a que la prisión preventiva dificulta la preparación de una buena defensa jurídica (contacto con el abogado, búsqueda de pruebas de descargo, etc.), así como a la mencionada tendencia del sistema penal a auto-validar las decisiones adoptadas previamente.

La cifra de extranjeros encarcelados ha ido aumentando anualmente, y no sólo en números absolutos sino también su porcentaje respecto a los españoles. La evolución de las cifras de la población reclusa española y extranjera desde 1996 nos permite constatar un progresivo incremento de todas las cifras, que se acentúa en el caso de los extranjeros.

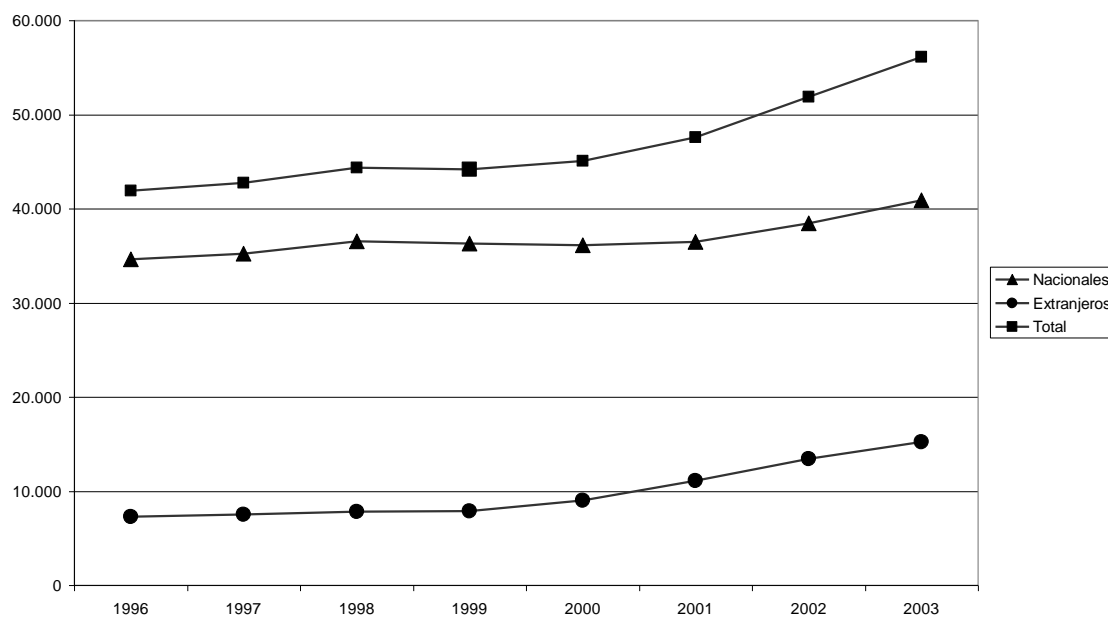
TABLA 9: Evolución de la población reclusa española y extranjera (datos a 31/12/)

| Año | Espanoles | Extranjeros | Total | % extranjeros |
|------|-----------|-------------|--------|---------------|
| 1996 | 34.640 | 7.263 | 41.903 | 17'33% |
| 1997 | 35.220 | 7.536 | 42.756 | 17'63% |
| 1998 | 36.520 | 7.850 | 44.370 | 17'69% |
| 1999 | 36.297 | 7.900 | 44.197 | 17'87% |
| 2000 | 36.114 | 8.990 | 45.104 | 19'93% |
| 2001 | 36.476 | 11.095 | 47.572 | 23'32% |
| 2002 | 38.469 | 13.413 | 51.882 | 25'85% |
| 2003 | 40.891 | 15.205 | 56.096 | 27'1% |

Fuente: *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003*.

Las cifras de la Tabla 9 se reflejan a continuación de forma gráfica, donde se observa que en los últimos años el aumento de la población reclusa es muy pronunciado.

GRÁFICO 4: EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN RECLUSA EN CÁRCELES ESPAÑOLAS



Como puede observarse en la tabla y el gráfico, a mediados del año 2002 se superó la barrera de los 50.000 reclusos en las cárceles españolas. Ello constituyó un hecho insólito y sin precedentes en la democracia española; sólo se había alcanzado tan elevada cifra de presos en las cárceles españolas tras la guerra civil, con el masivo encarcelamiento de prisioneros políticos. Y desde 2002 la población reclusa ha continuado aumentando a un ritmo alarmante, superándose a fines del 2003 los 56.000 presos. Creo que estos datos nos deberían llevar a reflexionar sobre el modelo de

sociedad en el que queremos vivir, debido a que estamos avanzando peligrosamente hacia un modelo basado en la punición y la exclusión social. Entre los excluidos, claro está, un lugar destacado lo ocupan los extranjeros.

A lo largo del año 2003 la población reclusa aumentó en 4.214 personas, lo que supone un incremento del 8'1% respecto al año anterior, que afecta casi enteramente a la población masculina. El índice de incremento anual de la población reclusa extranjera (del 13'4% en 2003) es considerablemente superior al de la población española (del 6'3% en 2003), que también aumenta. Del aumento total de la población reclusa en 2003, el 42'5% era extranjera (exactamente 1.792 internos).

La tabla que se presenta a continuación muestra el incremento anual de reclusos (en algunos casos decremento) respecto del año precedente. Los datos se presentan para españoles, para extranjeros y para el total de la población reclusa. En relación a cada uno de los grupos se muestra tanto la cifra absoluta de incremento (o decremento) respecto del año precedente, como su representación en términos porcentuales, esto es, el porcentaje de incremento que supone respecto de las cifras de la respectiva población reclusa del año precedente. En la última columna se presenta la proporción en la que los extranjeros participan del incremento anual del total de la población reclusa.

TABLA 10: Incremento anual población reclusa española y extranjera (datos a 31/12)

| AÑO | Espanoles | Incremento anual | Extranjeros | Incremento anual | Total | Incremento anual | % extranjeros |
|------|-----------|------------------|-------------|------------------|-------|------------------|---------------|
| 1997 | 580 | 1'7% | 273 | 3'8% | 853 | 2% | 32% |
| 1998 | 1.300 | 3'7% | 314 | 4'2% | 1.614 | 3'8% | 19'4% |
| 1999 | - 223 | - 0'6% | 50 | 0'6% | -173 | - 0'4% | - 29% |
| 2000 | - 183 | - 0'5% | 1.090 | 13'8% | 907 | 2% | 120'2% |
| 2001 | 362 | 1% | 2.105 | 23'4% | 2.467 | 5'5% | 85'3% |
| 2002 | 1.993 | 5'5% | 2.318 | 20'9% | 4.311 | 9'1% | 53'8% |
| 2003 | 2.422 | 6'3% | 1.792 | 13'4% | 4.214 | 8'1% | 42'5% |

Fuente: elaboración propia a partir de las cifras de los *Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior*.

En la tabla se observa que de 1997 a 2001 la tasa de incremento anual del total de la población reclusa es muy variable -siendo para un año (1999) incluso negativa-, pero mantiene un crecimiento relativamente contenido. A partir de 2002 el índice de crecimiento de la población reclusa inicia una tendencia de fuerte crecimiento. Los datos disgregados entre españoles y extranjeros muestran tendencias considerablemente diversas. En el caso de la población reclusa española, observamos que de 1997 a 2001

(con la excepción solamente de 1998) la tasa de crecimiento interanual es mínima e incluso decreciente; en cambio, en los dos últimos años la población reclusa española inicia un aumento muy destacado. En relación a la población reclusa extranjera podemos señalar que el incremento de la población se dispara con dos años de antelación respecto de los españoles –esto es, en el 2000-, situándose el índice de crecimiento interanual en un porcentaje que duplica, triplica y en ocasiones cuadruplica el crecimiento de la población reclusa nacional. En los años 2000 y 2001 el contraste entre la evolución de la población reclusa nacional y extranjera es especialmente acusado, ya que mientras la primera se mantiene casi constante, la población reclusa extranjera crece a un ritmo alarmante (del 14 y del 23%).

Podemos hacer algunas conjeturas a fin de interpretar las tendencias observadas respecto al incremento -y decremento- de la población reclusa. Como sabemos, en 1995 se produce un importante cambio legislativo con la aprobación de un nuevo Código Penal, que entra en vigor en mayo de 1996. Una modificación de la ley penal puede producir de forma inmediata descensos bruscos de la población reclusa si la nueva regulación reduce la severidad punitiva, pero parece que esta posibilidad no se ha confirmado. Más bien, en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 la población reclusa se mantiene relativamente estable, iniciándose un fuerte incremento a mediados del año 2001.

Esta tendencia inflacionista de la población reclusa en los últimos dos años puede ser en parte el resultado de la aplicación del Código Penal de 1995, debido a que en la actualidad la inmensa mayoría de la población penada ya ha sido juzgada conforme al nuevo Código. Si esto fuera cierto, significaría que el “Código Penal de la Democracia” aumentó la severidad punitiva del anterior y por tanto significó un cambio regresivo, como ya sostuvo en ese momento MUÑAGORRI (1997:105-121).

No obstante, como hemos señalado reiteradamente a lo largo de esta Tesis, los procesos de criminalización dependen tanto de la definición normativa de los delitos y de las penas (criminalización primaria), como de la concreta actuación de las instancias del sistema penal (criminalización secundaria), de manera que este segundo elemento también puede haber tenido una influencia decisiva en el incremento de la población reclusa. El Gobierno conservador del Partido Popular en las elecciones nacionales del año 2000 (donde obtiene la mayoría absoluta) instaló en el debate público las campañas de “ley y orden” a las que unas décadas atrás había recurrido la derecha británica y norteamericana para conquistar el poder. Y el hecho de situar el tema del delito y la

seguridad ciudadana en el centro del debate público produce efectos en la actuación de las instancias del sistema penal (pese a que los mismos sean difíciles de cuantificar). Expresiones como “barrer las calles de delincuentes” emitidas por el entonces presidente del gobierno José María Aznar sin duda tienen influencia tanto en la actuación de la policía y las instituciones penitenciarias, agencias dependientes del gobierno que obedecen instrucciones del Ministerio del Interior, como en la actividad jurisdiccional de jueces y magistrados, aunque los mismos sean más difíciles de verificar en virtud de su reconocida independencia respecto del poder ejecutivo.

Un tercer factor que también puede haber contribuido al incremento de la población reclusa en los últimos tres años, y que ha sido sostenido insistentemente por las instancias oficiales, sería un aumento de la “delincuencia real”. Este dato, como ya hemos advertido, es imposible de cuantificar para la totalidad de los delitos, debido a que en una buena parte de los mismos la actividad de las instancias del sistema penal tiene un papel “constitutivo” del propio delito (delitos tributarios, medio-ambientales, falsedades, seguridad viaria, tráfico de drogas, orden público, etc.) Uno de los pocos índices fiables es el de los homicidios, aunque obviamente las variaciones en el mismo no son extrapolables al resto de delitos. Además, presenta el inconveniente que esta tipología delictiva es absolutamente residual respecto del total de condenas a prisión impuestas (que se concentran en las tipologías de delitos contra la propiedad y tráfico de drogas), por lo que no tiene apenas incidencia en el volumen de la población reclusa.

Centrándonos ahora en la información sobre los reclusos extranjeros, el *Anuario de 2003* suministra algunos datos acerca de la nacionalidad de los reclusos extranjeros en cárceles españolas. Como datos más significativos, destaca que del total de extranjeros presos, los pertenecientes a países de la UE constituían el 11’9%, los de Marruecos el 30’4%, de Colombia el 13’1% y de Argelia el 7’8%.

Para conocer la sobre-representación carcelaria de cada uno de los grupos nacionales respecto a su presencia en la sociedad española hay que comparar las cifras de encarcelamiento con las correspondientes cifras de residencia en España. A partir de ahí podemos obtener el índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes para cada una de las procedencias o nacionalidades. Dicho índice nos permite observar si entre el colectivo de extranjeros, que ya sabemos que se encuentra muy criminalizado, – constituyen el 27% de la población reclusa cuando sólo representan el 6% de la población-, podemos identificar ciertos grupos que sufran de forma especial dicha criminalización.

Seguidamente se exponen las cifras de las principales nacionalidades de la población reclusa en las cárceles españolas a 31 de diciembre de 2003 y se incluye el cálculo del índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes. Estos datos se presentan en la Tabla 11.

TABLA 11: Principales nacionalidades de la población reclusa en cárceles españolas (números absolutos, porcentajes e índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes). Año 2003.

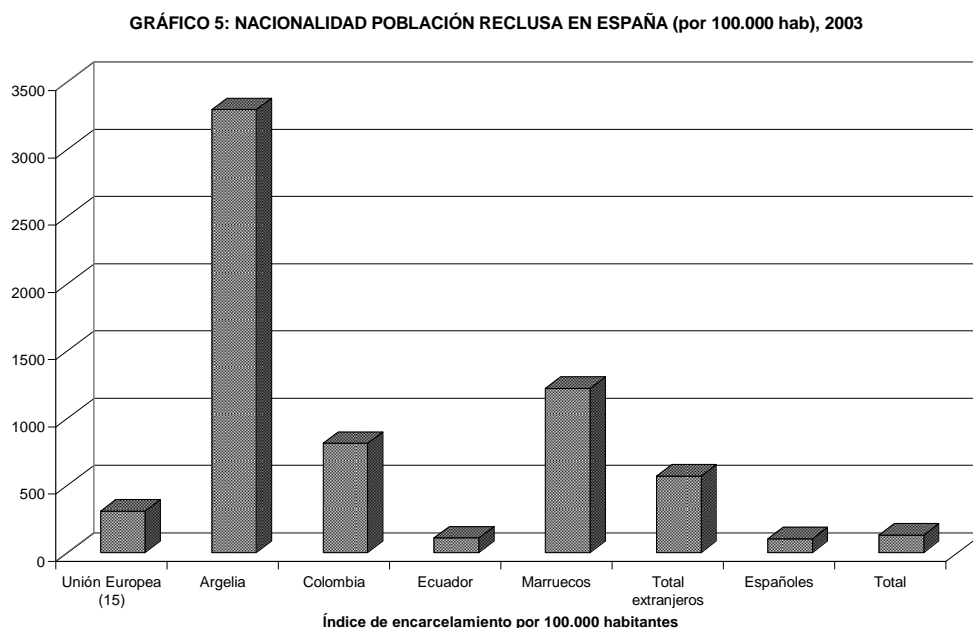
| Nacionalidad | Nº reclusos | % respecto extranjeros | % respecto total presos | Índice encarcelamiento por 100.000 habitantes |
|--------------------|-------------|------------------------|-------------------------|---|
| Unión Europea (15) | 1.812 | 11'9% | 3'2% | 308 |
| Argelia | 1.181 | 7'8% | 2'1% | 3.293 |
| Colombia | 1.985 | 13'1% | 3'5% | 812 |
| Ecuador | 427 | 2'8% | 0'8% | 109 |
| Marruecos | 4.625 | 30'4% | 8'2% | 1.221 |
| Otros extranjeros | 5.174 | 34% | 9'2% | - - - |
| Total extranjeros | 15.205 | 100% | 27'1% | 569 |
| Espanoles | 40.891 | - - - | 72'9% | 102 |
| Total | 56.096 | - - - | 100% | 131 |

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas penitenciarias del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003* y de las cifras de población del INE.

En la tabla se observa que el índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes de los españoles es de 102 personas, mientras que el del total de los extranjeros asciende a 569. Eso significa que los extranjeros son encarcelados entre 5 y 6 veces más que los españoles. Pero dicho índice no se distribuye de forma uniforme entre los extranjeros de todas las procedencias nacionales. Por el contrario, destaca de manera muy acusada el índice de los argelinos, que tienen 32 veces más posibilidades de sufrir la cárcel que los españoles. Los nacionales de Marruecos se encuentran asimismo muy criminalizados - 12 veces más que los españoles- y, en menor medida, también superan el promedio de criminalización del total de los extranjeros los nacionales de Colombia. Por el contrario, el índice de encarcelamiento de los europeos comunitarios se sitúa considerablemente por debajo del promedio de los extranjeros, aunque multiplica por 3 el índice de los españoles. Un caso anómalo parece el de los nacionales procedentes de Ecuador, que tienen un índice de encarcelamiento igual al de los españoles y, por tanto, muy inferior al del conjunto de los extranjeros. Ello puede ser debido a que la inmigración procedente de Ecuador ha aumentado mucho en el último año, mientras que los índices de encarcelamiento reflejan tendencias a más largo término –hipótesis que se confirmaría atendiendo al índice de detenciones policiales de este mismo año, que

igual a al de los colombianos-. También podría suceder que estos nacionales sufran en menor medida que otros colectivos latinoamericanos los procesos de criminalización, aunque el motivo de esta última hipótesis aparecería difícil de explicar. En todo caso, habrá que ver la evolución de este índice en los próximos años.

La sobre-representación carcelaria de los diversos colectivos de extranjeros se muestra gráficamente a continuación, mediante la representación de los índices de encarcelamiento por 100.000 habitantes.



El *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior* también ofrece datos acerca de la tipología delictiva por la que se encuentran cumpliendo condena los reclusos penados. Estos datos son de gran interés para conocer quién son los “clientes” de la cárcel o, en términos más jurídicos, cuales son las infracciones por las que efectivamente se cumple pena de prisión, más allá de las previsiones del Código Penal. En otras palabras, si bien el Código Penal define una multitud de delitos a los que atribuye una pena de prisión, en la práctica la mayoría de los reclusos están cumpliendo condena por unos pocos delitos que pertenecen a sólo dos categorías: delitos “contra el patrimonio y el orden socio-económico” (hurto, robo con violencia o intimidación, robo con fuerza en las cosas, etc.) y delitos “contra la salud pública” (o sea, tráfico de drogas).

A diciembre de 2003 en las cárceles españolas un poco más de la mitad (el 52,7%) de los hombres penados cumple condena por delitos contra la propiedad, y el

porcentaje de los condenados por tráfico de drogas se sitúa en el 28'5%. Ambas tipologías delictivas comprenden al 81'2% de los hombres condenados a prisión por el Código Penal de 1995 (en números absolutos suman 29.276 sobre un total de 36.038). En el caso de las mujeres las cifras son mayores, sobremanera en los delitos de tráfico de drogas: el 51'2% de las reclusas están condenadas por tráfico de drogas y el 39'6% por delito contra la propiedad. Ambas categorías comprenden el 90'8% de las condenas a prisión de mujeres por el nuevo Código Penal (ascienden a 2.783 de un total de 3.066).

Las cifras anteriores ponen de manifiesto que las cárceles en la mayoría de los casos no encierran a personas condenadas por “delitos graves”, entendiendo por tales los delitos que afectan la indemnidad y libertad de las personas (homicidio y sus formas, lesiones, delitos contra la libertad y contra la libertad sexual). Incluso teniendo en cuenta los datos de los reclusos todavía condenados por el Código Penal derogado (cuyo porcentaje en diciembre de 2003 era del 8'5%), que por tratarse de largas condenas concentran una mayor proporción de delitos graves, el porcentaje total de reclusos condenados por delitos que he calificado como “graves” asciende a 14'6% (en números absolutos suman 6.250 de un total de 42.744)⁸⁸. Esto significa que desde un planteamiento minimalista del sistema penal -y de la institución carcelaria en particular- podríamos reducir en un 85% nuestro sistema penitenciario (o lo que es lo mismo, reducir la población reclusa a algo más de 6.000 personas) sin que las calles se llenaran de “peligrosos delincuentes” como podría temer un ciudadano medio poco informado de la realidad carcelaria española.

Volviendo al tema del encarcelamiento de extranjeros, lamentablemente en las cifras sobre la tipología delictiva de la población penada el *Anuario* no desagrega los datos de españoles y extranjeros, de manera que no tenemos modo de saber en qué medida los extranjeros contribuyen a las cifras citadas y si la tipología delictiva por la que cumple condena la población extranjera coincide con la de los españoles. Así, por ejemplo, sospecho que el elevadísimo porcentaje de mujeres que cumplen condena por tráfico de drogas está conformado en gran medida por extranjeras, pero al presentar el *Anuario* los datos agregados para españolas y extranjeras no permite verificar dicho extremo.

⁸⁸ En el caso sólo de las mujeres dicho porcentaje se reduce al 6'2%, sumando 204 las presas condenadas por “delitos graves”, de un total de 3.285.

Una investigación empírica desarrollada desde la Universidad Autónoma de Barcelona viene a confirmar las sospechas al señalar que la mayor parte de las mujeres extranjeras presas corresponde al perfil de las “correos” o “mulas”: mujeres detenidas en los aeropuertos por transportar pequeñas cantidades de drogas⁸⁹ en el equipaje o en el propio cuerpo, que constituye el eslabón de la cadena del tráfico de drogas más vulnerable a la criminalización. Aunque la investigación también identifica el perfil de mujer “inmigrante” (ALMEDA / BODELÓN / RIBAS, 2003:146-171).

El *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior* también incluye datos que muestran que en fecha 31 de diciembre de 2003 el 75% (31.984) de la población reclusa condenada estaba clasificada en segundo grado de tratamiento, el 12% (5.104) en tercer grado, el 2’5% (1.092) en primer grado y el 10’5% restante (4.564) estaba en esa fecha sin clasificar. Sin embargo, no nos ofrece datos distinguiendo entre nacionales y extranjeros. Ello es de lamentar, debido a que sospechamos que una menor proporción de extranjeros que de españoles está clasificado en tercer grado, pero no disponemos de cifras para verificarlo. Tampoco tenemos datos, ni para los españoles ni para los extranjeros, respecto al acceso a los permisos de salida y a la libertad condicional. Toda esta información fue solicitada expresamente a la DGIP, pero no me ha sido suministrada, debido seguramente a que la propia institución no tiene compilados o sistematizados tales datos⁹⁰.

Finalmente, el *Anuario* no ofrece datos de la aplicación de la expulsión de los extranjeros irregulares como “medida sustitutiva” de la pena inferior a 6 años de prisión o del tercer grado o libertad condicional en caso de condenas de mayor duración (art. 89 CP). Esta información fue asimismo solicitada y se me ha comunicado que desde enero a octubre de 2004 se ha aplicado la expulsión prevista en el art. 89 del Código Penal a 1.056 penados extranjeros como medida sustitutiva de condenas a prisión de hasta seis años y a 12 penados extranjeros como medida sustitutiva de la libertad condicional en

⁸⁹ Pese a que efectivamente estas mujeres transportan pequeñas cantidades de drogas (menos de un kilo), el criterio jurisprudencial de la cuantía de la droga incautada lleva a menudo a apreciar la agravante de notoria cantidad, de modo que reciben penas de prisión de larga duración que alcanzan los 10 años. A ello se suma que no acceden a la eximente de drogadicción porque usualmente las mujeres extranjeras implicadas en el tráfico de drogas no son consumidoras. La investigación mencionada pone de manifiesto que la propia regulación penal del tráfico de drogas –la criminalización primaria- es discriminatoria respecto a las mujeres extranjeras, porque está diseñada desde una perspectiva etnocéntrica y masculina (ALMEDA / BODELÓN / RIBAS, 2003:164).

⁹⁰ Tan sólo se me informa que desde enero a octubre de 2004 se ha concedido la libertad condicional a 546 extranjeros (272 para su disfrute en el país de origen y 274 para su disfrute en España). No me informan de la cifra de concesión de libertad condicional correspondiente a los españoles –a pesar que ello fue solicitado-, de manera que no tengo forma de verificar la sospecha de que la misma se concede con mayor frecuencia a españoles que a extranjeros.

caso de condenas superiores a seis años de prisión, es decir, una vez se accede al tercer grado o cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la pena.

Si recordamos que a lo largo del año 2002 el volumen de condenas judiciales de extranjeros fue de 10.788 -y suponiendo que la cifra de 2004 no difiera mucho de eso- ello significaría que cerca del 10% de los condenados extranjeros son expulsados del territorio español. Como veremos en la Parte III de esta Tesis, dicha expulsión a partir de septiembre de 2003 se convirtió en la regla general, de modo que probablemente 2004 es el primer año en que la cifra de expulsiones constituye un porcentaje relevante de las condenas judiciales de extranjeros.

4.1.2. Los extranjeros en las cárceles catalanas

Como es sabido Cataluña tiene un sistema penitenciario propio, es la única Comunidad Autónoma con competencias en materia penitenciaria, que le fueron transferidas en 1983. Ello nos permite analizar independientemente el encarcelamiento de extranjeros en las cárceles catalanas (aunque las cifras expuestas respecto a España incluyen también los datos de Cataluña) con el objetivo de verificar si los datos difieren de algún modo respecto a las tendencias observadas en el conjunto del Estado español.

La *Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil* de la *Generalitat de Catalunya* elabora mensualmente un *dossier* con una serie de datos acerca de la población reclusa en las cárceles catalanas. Estas estadísticas penitenciarias se pueden consultar en la biblioteca del *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya* (C/ Ausias March, núm. 40, Barcelona). Además encontramos datos anuales sobre la población reclusa en la *Memoria del Departament de Justícia i Interior*, a la que se puede acceder a través de Internet (www.gencat.net/justicia).

Las estadísticas penitenciarias catalanas ofrecen algunas informaciones adicionales respecto a las españolas, como la cifra de reclusos extranjeros preventivos y penados y el lugar de residencia de los extranjeros. Pero todavía quedan muchos datos sin compilar que serían relevantes para la investigación socio-jurídica acerca de los procesos de criminalización de los extranjeros, como por ejemplo la información relativa a la aplicación del régimen penitenciario progresivo.

La Tabla nº 12 nos muestra la evolución del porcentaje de la población reclusa extranjera en las cárceles catalanas desde 1985 hasta la actualidad.

TABLA 12: Porcentaje extranjeros en cárceles catalanas (1985-2004)

| Año y mes | % extranjeros | Año y mes | % extranjeros |
|--------------|---------------|------------|---------------|
| octubre 1985 | 13'7% | marzo 1995 | 17'5% |
| octubre 1986 | 12'1% | marzo 1996 | 17'4% |
| octubre 1987 | 13'2% | marzo 1997 | 18'2% |
| octubre 1988 | 17'1% | marzo 1998 | 19'1% |
| octubre 1989 | 17'6% | marzo 1999 | 19'4% |
| marzo 1990 | 17'2% | marzo 2000 | 20'4% |
| marzo 1991 | 17'4% | abril 2001 | 23'3% |
| marzo 1992 | 16% | marzo 2002 | 26'2% |
| marzo 1993 | 14'8% | enero 2004 | 29'8% |
| marzo 1994 | 17'2% | julio 2004 | 30'8% |

Fuente: *Justidata* núm.1 (1992), núm.26 (2000) y estadísticas *Generalitat de Catalunya*.

El porcentaje de extranjeros en las cárceles catalanas es superior al de las cárceles españolas, y en junio de 2004 supera el 30% de la población reclusa. Ello significa que casi uno de cada tres presos en las cárceles catalanas son extranjeros, lo que no se corresponde con su presencia en la sociedad catalana⁹¹.

Al comparar esa cifra con la del conjunto del Estado español, hay que tener en cuenta que en Cataluña se sitúa la segunda ciudad española por número de habitantes y con una elevada concentración de inmigrantes. Es posible que en Madrid también el índice de encarcelamiento de extranjeros supere al del conjunto del Estado, pero no dispongo de datos al respecto para contrastarlo.

Sea como fuere, la sobre-representación carcelaria de los extranjeros en las cárceles catalanas ha aumentado de forma preocupante en los últimos cuatro años. Desde el año 2000 hasta la actualidad se ha pasado de un porcentaje del 20% de extranjeros en las cárceles catalanas a un porcentaje que sobrepasa el 30%. Este importante incremento nos lleva a plantearnos la hipótesis según la cual los extranjeros podrían estar sustituyendo a los nativos como “clientes” de la cárcel. A estas reflexiones nos dedicaremos más adelante.

A continuación se muestra una tabla más detallada de la evolución de la población reclusa en las cárceles catalanas desde 1985 hasta 2004, distinguiendo entre españoles y extranjeros, e indicando el porcentaje de incremento o decremento anual para cada uno de ellos, así como para el total de la población reclusa.

⁹¹ Según el *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*, el 31 de diciembre de 2003 residían en Cataluña con permiso de residencia 383.938 personas extranjeras, lo que supone un 5'7% del total de la población que habita en Cataluña. No obstante, la mencionada cifra no incluye a los residentes irregulares (como ya hemos señalado el *Institut d'Estadística de Catalunya* no contiene la cifra procedente del padrón municipal), de modo que el porcentaje del 5'7% es inferior al real.

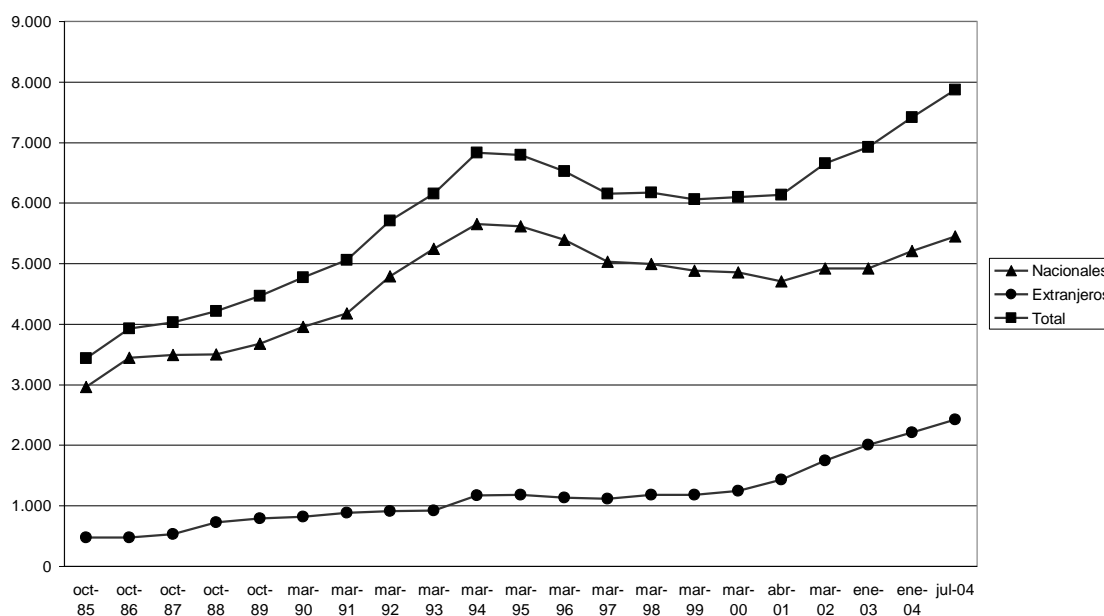
TABLA 13: Evolución presos españoles y extranjeros en cárceles catalanas. Cifras absolutas y porcentaje de incremento o decremento anual (1985-2004).

| Año y mes | Españoles | | | Extranjeros | | | Total presos | | |
|--------------|-----------|------------------|--------------------|-------------|------------------|--------------------|--------------|------------------|--------------------|
| | Nº presos | Incremento anual | % Incremento anual | Nº presos | Incremento anual | % Incremento anual | Nº presos | Incremento anual | % Incremento anual |
| octubre 1985 | 2.964 | - - - | - - - | 471 | - - - | - - - | 3.435 | - - - | - - - |
| octubre 1986 | 3.445 | 481 | 16'2% | 476 | 5 | 1% | 3.921 | 486 | 14'1% |
| octubre 1987 | 3.492 | 47 | 1'4% | 533 | 57 | 12% | 4.025 | 104 | 2'6% |
| octubre 1988 | 3.496 | 4 | 0'1% | 721 | 188 | 35'3% | 4.217 | 192 | 4'8% |
| octubre 1989 | 3.675 | 179 | 5'1% | 785 | 64 | 8'9% | 4.460 | 243 | 5'8% |
| marzo 1990 | 3.952 | 277 | 7'5% | 821 | 36 | 4'6% | 4.773 | 313 | 7% |
| marzo 1991 | 4.176 | 224 | 5'7% | 879 | 58 | 7'1% | 5.055 | 282 | 5'9% |
| marzo 1992 | 4.790 | 614 | 14'7% | 913 | 34 | 3'9% | 5.703 | 648 | 12'8% |
| marzo 1993 | 5.240 | 450 | 9'4% | 914 | 1 | 0'1% | 6.154 | 451 | 7'9% |
| marzo 1994 | 5.655 | 415 | 7'9% | 1.172 | 258 | 28'2% | 6.827 | 673 | 10'9% |
| marzo 1995 | 5.610 | - 45 | - 0'8% | 1.181 | 9 | 0'8% | 6.791 | - 36 | - 0'5% |
| marzo 1996 | 5.389 | - 221 | - 3'9% | 1.134 | - 47 | - 4% | 6.523 | - 268 | - 3'9% |
| marzo 1997 | 5.031 | - 358 | - 6'6% | 1.116 | - 18 | - 1'6% | 6.147 | - 376 | - 5'8% |
| marzo 1998 | 4.993 | - 38 | - 0'7% | 1.178 | 62 | 5'5% | 6.171 | 24 | 0'4% |
| marzo 1999 | 4.878 | - 115 | - 2'3% | 1.177 | - 1 | - 0'1% | 6.055 | - 116 | - 1'9% |
| marzo 2000 | 4.854 | - 24 | - 0'5% | 1.244 | 67 | 5'7% | 6.098 | 43 | 0'7% |
| abril 2001 | 4.708 | - 146 | - 3% | 1.428 | 184 | 14'8% | 6.136 | 38 | 0'6% |
| marzo 2002 | 4.913 | 205 | 4'3% | 1.742 | 314 | 22% | 6.655 | 519 | 8'5% |
| enero 2003 | 4.922 | 9 | 0'2% | 2.002 | 260 | 15% | 6.924 | 269 | 4'1% |
| enero 2004 | 5.209 | 287 | 5'8% | 2.207 | 205 | 10'2% | 7.416 | 492 | 7'1% |
| julio 2004 | 5.442 | 233 | 4'5% | 2.424 | 217 | 9'8% | 7.866 | 450 | 6'1% |

Fuente: elaboración propia a partir de las cifras procedentes de *Justidata* nº1 (1992) y nº26 (2000) y de estadísticas penitenciarias de la *Generalitat de Catalunya*.

Puede observarse que las cifras del total de la población reclusa muestran un constante incremento desde 1985, que alcanza un pico en 1994 para luego decrecer levemente y mantenerse unos años en torno a la cifra de 6.000 reclusos. Esta tendencia constante se rompe a partir de 2002, en que la cifra de presos se dispara. La columna de la población reclusa española reproduce con una curvatura más moderada la misma tendencia. Si nos fijamos ahora en los datos relativos a la población reclusa extranjera, vemos que se produce un aumento progresivo de 1985 a 1994, en ese año la cifra se estabiliza entre mil cien y mil dos-cientos presos extranjeros hasta el año 2000 y luego se inicia un incremento muy acusado que lleva a casi doblar la población extranjera en tres años. Estas tendencias se muestran gráficamente a continuación.

GRÁFICO 6: EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN RECLUSA EN CÁRCELES CATALANAS



Como ya hemos indicado, uno de los aspectos positivos a destacar de las estadísticas penitenciarias catalanas es el hecho que contienen cifras desgregadas entre españoles y extranjeros respecto de la situación procesal-penal de los presos, esto es, nos indican cuántos españoles y cuántos extranjeros se encuentran en situación de prisión preventiva. La tabla nº 14 muestra las aludidas cifras.

TABLA 14: Población reclusa española y extranjera en las cárceles catalanas, según situación procesal-penal. Año 2004.

| Datos a julio 2004 | Presos españoles | Presos extranjeros | Total presos | % extranjeros |
|--------------------|------------------|--------------------|--------------|---------------|
| Preventivos | 673 | 823 | 1.496 | 55% |
| Penados | 4.769 | 1.601 | 6.370 | 25'1% |
| Total | 5.442 | 2.424 | 7.866 | 30'8% |
| Tasa preventivos | 12'4% | 34% | 19% | - - - |
| Tasa penados | 87'6% | 66% | 81% | - - - |

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas penitenciarias de la *Generalitat de Catalunya*.

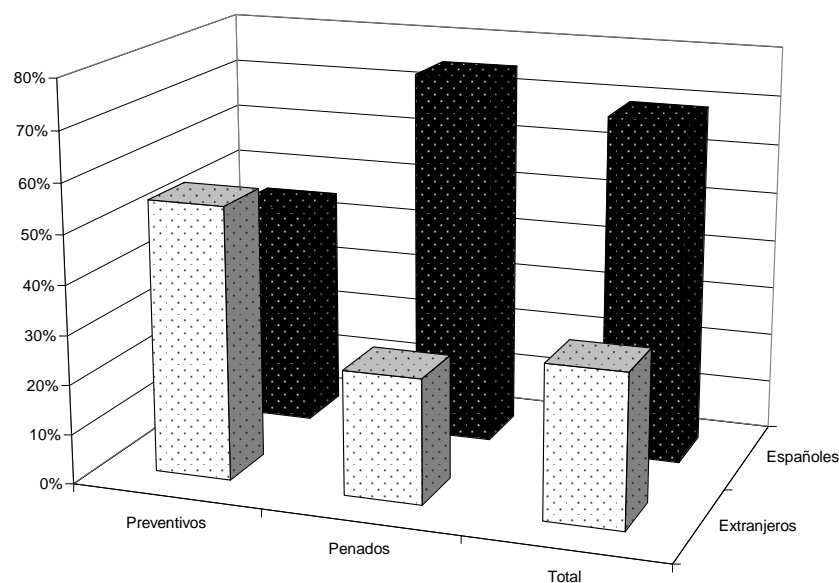
El dato más destacable de la tabla precedente es que más de la mitad de los presos preventivos son extranjeros, de manera que el instrumento de la prisión preventiva se está aplicando en mucha mayor medida a los extranjeros que a los españoles. En otros términos, en el conjunto de las cárceles catalanas encontramos un 19% de presos preventivos, frente a un 81% de penados. Esto indicaría un recurso a la prisión preventiva por parte de la magistratura relativamente contenido. Sin embargo, al disgregar los datos entre españoles y extranjeros, observamos que la cifra de presos preventivos está integrada en su mayor parte por extranjeros. La cifra global de prisión preventiva esconde un uso muy acusado del encarcelamiento preventivo de extranjeros.

Así, observamos que la tasa de prisión preventiva entre los españoles encarcelados se sitúa en el 12'4%, mientras que el porcentaje de presos preventivos entre el grupo de los extranjeros se eleva al 34%. Por lo tanto, podemos decir que la prisión preventiva se utiliza casi tres veces más en caso que el imputado sea extranjero, lo que se justifica a menudo alegando falta de arraigo y peligro de fuga.

Por otro lado, hemos indicado que a 1 de julio de 2004, el 30'8% (2.424) del total de los presos en las cárceles catalanas son extranjeros; ello supone un porcentaje muy elevado si tenemos en cuenta su presencia en la sociedad. Pero el porcentaje de extranjeros es más elevado si nos fijamos en la población preventiva: un 55% (823) del total de presos preventivos de las cárceles catalanas son extranjeros.

Las cifras anteriores las podemos observar representadas de forma gráfica a continuación.

GRÁFICO 7: PORCENTAJE DE EXTRANJEROS ENTRE LA POBLACIÓN RECLUSA EN CATALUÑA, SEGÚN SITUACIÓN PROCESAL



En las tablas anteriores se han mostrado datos de la sobre-representación carcelaria de los extranjeros, sin hacer distinciones de género. A continuación se incluyen las cifras de julio de 2004 referidas a las mujeres presas tanto españolas como extranjeras, así como a su situación procesal. No considero necesario referirme a las cifras de los hombres aisladamente porque apenas mostrarán variación respecto de las del conjunto de la población carcelaria, debido a que las mujeres representan un porcentaje muy reducido de las personas presas (y, por consiguiente, apenas alteran los datos relativos a los hombres cuando se presentan las tablas de conjunto).

TABLA 15: Mujeres presas españolas y extranjeras en las cárceles catalanas, según situación procesal-penal. Año 2004.

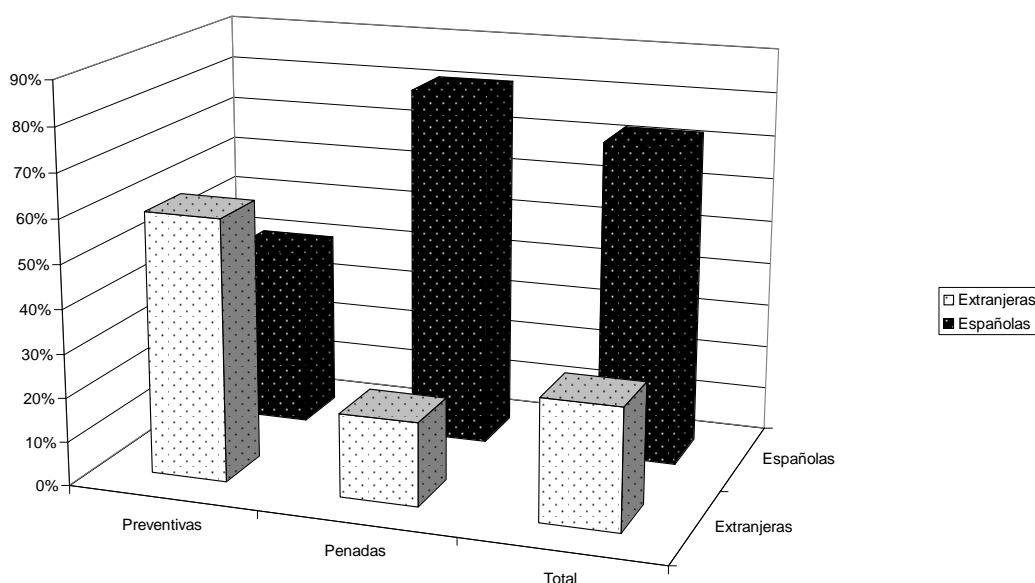
| Datos a julio 2004 | Presas españolas | Presas extranjeras | Total presas | % extranjeras |
|--------------------|------------------|--------------------|--------------|---------------|
| Preventivas | 55 | 68 | 114 | 59'6% |
| Penadas | 342 | 79 | 418 | 18'9% |
| Total | 397 | 147 | 532 | 27'6% |
| Tasa preventivas | 13'9% | 46'3% | 21'4% | --- |
| Tasa penadas | 86'1% | 53'7% | 78'6% | --- |

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas penitenciarias de la *Generalitat de Catalunya*.

De los datos anteriores podemos destacar que en fecha 31 de julio de 2004 las mujeres constituyen una proporción muy reducida -el 6'8%- del total de la población

reclusa en las cárceles catalanas. El porcentaje de extranjeras entre las mujeres presas es un poco inferior al de la población masculina, situándose en el 27'6%. Al igual que entre los hombres extranjeros, ese porcentaje aumenta de forma muy pronunciada cuando observamos los datos sobre prisión preventiva: del total de la población carcelaria femenina en prisión preventiva, el 59'6% es extranjera, lo que supone un porcentaje que incluso supera al de los hombres. De nuevo mostramos estas cifras de forma gráfica a continuación.

GRÁFICO 8: PORCENTAJE DE EXTRANJERAS ENTRE LAS MUJERES RECLUSAS EN CATALUÑA, SEGÚN SITUACIÓN PROCESAL



De la misma forma que las estadísticas penitenciarias del conjunto del Estado español, las relativas a las cárceles catalanas también nos suministran información acerca de la nacionalidad de los extranjeros presos.

En la Tabla nº 16 se incluyen las cifras de población extranjera en las cárceles catalanas, por principales nacionalidades de origen. Se hace referencia expresa a todos los grupos nacionales con una población reclusa superior a 35 personas, salvo en el caso de los países pertenecientes a la UE, respecto de los cuales se presentan los datos agregados. Además de las cifras absolutas, se incluyen los porcentajes que representan tanto entre los reclusos extranjeros como entre el total de reclusos, y se calcula el índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes.

TABLA 16: Nacionalidad de la población reclusa en cárceles catalanas (cifras absolutas, porcentajes e índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes). Julio 2004.

| Nacionalidad | Nº presos | % sobre presos extranjeros | % sobre total presos | encarcelamiento por 100.000 hab. |
|----------------------------------|-----------|----------------------------|----------------------|----------------------------------|
| Argelia | 195 | 8% | 2'5% | 4.265 |
| Argentina | 37 | 1'5% | 0'5% | 380 |
| Bolivia | 47 | 1'9% | 0'6% | No consta ⁹² |
| Brasil | 38 | 1'6% | 0'5% | No consta |
| Colombia | 186 | 7'7% | 2'4% | 1200 |
| Ecuador | 95 | 3'9% | 1'2% | 378 |
| Marruecos | 792 | 32'7% | 10'1% | 673 |
| Rep. Dominicana | 37 | 1'5% | 0'5% | 357 |
| Rumania | 59 | 2'4% | 0'75% | No consta |
| Unión Europea (15) ⁹³ | 245 | 10'1% | 3'1% | 387 |
| Otros extranjeros | 693 | 28'6% | 8'8% | - - - |
| Total extranjeros | 2.424 | 100% | 30'8% | 631 |
| Espanoles | 5.442 | - - - | 69'2% | 86 |
| Total | 7.866 | - - - | 100% | 117 |

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas penitenciarias de la *Generalitat de Catalunya* y de las cifras de población del *Institut d'Estadística de Catalunya*.

En la tabla se observa una alarmante sobre-representación carcelaria de los nacionales procedentes de Argelia, que presentan un índice de encarcelamiento 50 veces superior al de los españoles. También los nacionales procedentes de Colombia destacan por su elevado índice de encarcelamiento (14 veces superior al de los españoles). En cuanto al conjunto de la población extranjera, se observa en la tabla precedente que tienen un índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes más de 7 veces superior al de los españoles. Además, todos los colectivos o grupos nacionales de extranjeros superan ampliamente la tasa de encarcelamiento de los españoles, incluidos los procedentes de la Unión Europea. No obstante, hay que tener en cuenta que estos índices de encarcelamiento por 100.000 habitantes se han calculado teniendo en cuenta exclusivamente la población extranjera con residencia legal en Cataluña, por lo que dicho índice se encuentra sobre-dimensionado (como se ha indicado, el *Institut d'Estadística de Catalunya* no suministra cifras del padrón de habitantes, que incluye tanto a extranjeros con residencia regular como irregular).

⁹² El *Institut d'Estadística de Catalunya* no incluye la cifra de población residente en Cataluña procedente de Bolivia, Brasil y Rumania, de manera que no es posible calcular el índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes.

⁹³ Pese a que para julio de 2004 la Unión Europea ya estaba integrada por 25 países, se incluyen aquí sólo las cifras de reclusos de los 15 países miembros anteriores a la última ampliación, a fin de poder extraer el índice de encarcelamiento para 100.000 habitantes confrontando las cifras penitenciarias con las de población residente a 31 de diciembre de 2003.

Puede resultar interesante observar las cifras de población reclusa por nacionalidades con distinción de género –aspecto que no se disgrega en las estadísticas de España-, ya que los resultados a menudo son divergentes entre hombres y mujeres de un mismo origen nacional. A continuación se presentan las cifras de población reclusa por nacionalidades con división de género y se indican los correspondientes porcentajes sobre el total de reclusos extranjeros.

TABLA nº 17: Nacionalidad de la población reclusa en cárceles catalanas, por géneros

| Datos a julio 2004 | Nº Reclusos | | % sobre reclusos extranjeros | |
|--------------------|-------------|---------|------------------------------|---------|
| | Hombres | Mujeres | Hombres | Mujeres |
| Argelia | 194 | 1 | 8'5% | 0'7% |
| Argentina | 33 | 4 | 1'4% | 2'7% |
| Bolivia | 38 | 9 | 1'7% | 6'1% |
| Brasil | 21 | 17 | 0'9% | 11'6% |
| Colombia | 154 | 32 | 6'8% | 21'8% |
| Ecuador | 88 | 7 | 3'9% | 4'8% |
| Marruecos | 781 | 11 | 34'3% | 7'5% |
| Rep. Dominicana | 34 | 3 | 1'5% | 2% |
| Rumania | 49 | 10 | 2'1% | 6'8% |
| Unión Europea (15) | 230 | 15 | 10'1% | 10'2% |
| Otros extranjeros | 655 | 38 | 28'8% | 25'8% |
| Total extranjeros | 2.277 | 147 | 100% | 100% |

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas penitenciarias de la *Generalitat de Catalunya*.

Los datos de la tabla anterior ponen de manifiesto unos patrones muy divergentes entre el encarcelamiento de hombres y mujeres en función de la procedencia nacional. Llama la atención en estos datos la reducida cifra de encarcelamiento de mujeres procedentes del Magreb en comparación con la cifra de los hombres de la misma procedencia. Pero quizá es aun más sorprendente la impresionante cifra de encarcelamiento de mujeres procedentes de Latinoamérica, frente a una cifra relativamente contenida en los hombres de la misma procedencia. Sería interesante ver si dichos porcentajes se corresponden con los de la población residente en Cataluña o si, en cambio, de los mismos podemos extraer algunas conclusiones acerca de la mayor vulnerabilidad de las mujeres latinoamericanas -y menor de las magrebíes- frente a los procesos de criminalización. Lamentablemente, el *Institut d'Estadística de Catalunya* no ofrece datos de la población extranjera residente en Cataluña con distinción de

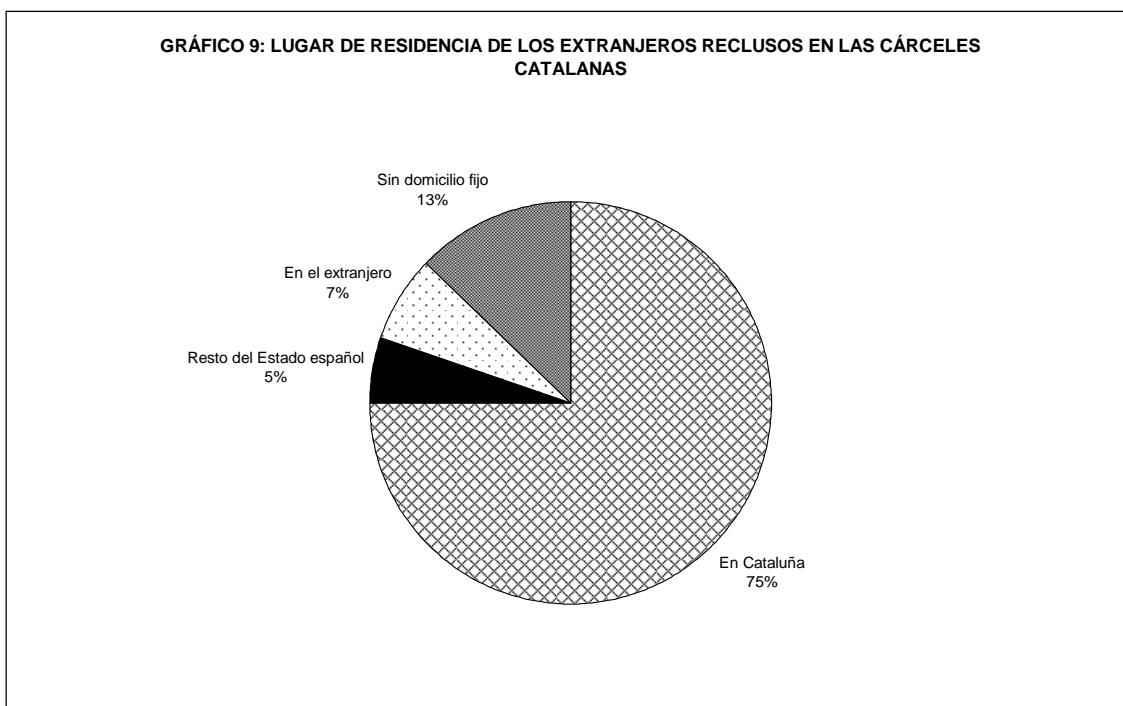
géneros, de manera que no podemos calcular el índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes.

Una cuestión importante a tener en cuenta al analizar el índice de encarcelamiento de extranjeros respecto de la población residente es la posibilidad que una parte importante de la población reclusa extranjera no estuviese residiendo en ese lugar inmediatamente antes de la comisión del delito. Ello puede suceder a menudo por ejemplo en el caso de condenas por el delito de tráfico de drogas, cuando la persona es detenida al intentar introducir drogas en España, y parece que es la situación de buena parte de las mujeres extranjeras presas, según la investigación mencionada más arriba (ALMEDA / BODELÓN / RIBAS, 2003:146-171).

Las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias del Estado español nunca hacen mención a la condición de residente o no del extranjero, y tampoco a si dicha residencia es regular o irregular. Ello ha sido lamentado por algunos investigadores (ver GARCÍA ESPAÑA, 2001:168 y 2002a; VALENZUELA, 2003:536; WAGMAN, 2002), por el hecho que los extranjeros no residentes en España detenidos, juzgados y condenados a prisión incrementan la cifra de la población reclusa extranjera –aunque desconocemos en qué medida-, y dicha “delincuencia” se imputa a los inmigrantes.

Las estadísticas penitenciarias catalanas incluyen un apartado acerca del lugar de residencia de los extranjeros presos, aunque no se indica si la categoría “residencia” se refiere tan sólo a la residencia legal en España o incluye también la irregular (por las cifras parece más probable la segunda opción). Las estadísticas indican que del total de 2.424 extranjeros reclusos en las cárceles catalanas, 1.819 residían en Cataluña (75%), 130 en el resto del Estado español (5’4%), 165 en el extranjero (6’8%) y 310 carecían de domicilio fijo (12’8%). Estas cifras indicarían que la denominada “población flotante” (personas en tránsito, turistas, personas en “viajes por delito”, etc.) no supone una proporción muy relevante de la población reclusa extranjera en las cárceles catalanas⁹⁴. Estos porcentajes se representan a continuación.

⁹⁴ Y contrastarían con la conclusión alcanzada por GARCÍA ESPAÑA tras su trabajo empírico -a partir de una muestra de extranjeros encarcelados- según la cual “el número de hispanoamericanos y africanos en prisión está representado en mayor medida por población flotante, más que por inmigrantes de esas procedencias residentes legalmente o no en el país” (2002b:166). Claro que su trabajo se sitúa entre los años 1994 y 1997, de modo que la situación podía ser diferente en ese entonces. Asimismo, las cifras acerca de la limitada población no residente en las cárceles también contrastarían con la elevada proporción de mujeres extranjeras condenadas por actuar como “correos” de drogas señalada por ALMEDA/BODELÓN/RIBAS (2003:146-171), pero hay que tener en cuenta que la reducida proporción de mujeres en las cárceles hace que los datos de conjunto sin distinción de géneros oculten las específicas características de la criminalización de mujeres.



Al igual que las estadísticas penitenciarias del conjunto de España, las catalanas también suministran información acerca de la tipología delictiva de la población reclusa, tanto penada como preventiva. Respecto de los preventivos dicha información no se incluye en las estadísticas españolas, y es interesante para saber cuáles son los presuntos delitos en los que los jueces están imponiendo prisión preventiva. Lamentablemente tampoco aquí se contiene información distinguiendo entre preventivos españoles y extranjeros, lo que nos permitiría saber si en el caso de los extranjeros (debido a la falta de arraigo y peligro de fuga) se está aplicando la prisión preventiva por delitos en los que los españoles esperan juicio en libertad.

Otra novedad respecto a las estadísticas españolas es que en las tablas sobre tipología delictiva de la población penada, las estadísticas catalanas contienen información también acerca de las penas de prisión impuestas judicialmente (agrupadas en intervalos temporales) para las diversas tipologías delictivas, de manera que se podrían hacer comparaciones acerca de la “severidad punitiva” de los jueces para diversos grupos poblacionales. Una tal comparación podría realizarse respecto a las penas impuestas a hombres y mujeres, ya que este *item* se encuentra desgregado en las estadísticas. En cambio, no es posible hacerlo respecto de españoles y extranjeros porque las estadísticas sobre tipología delictiva de la población reclusa no desagregan los datos para unos y otros.

Para terminar, veamos qué tipo de información nos ofrecen las estadísticas penitenciarias catalanas acerca del tratamiento penitenciario. Las mismas contienen datos acerca de la clasificación de los reclusos penados en los diversos grados de tratamiento. Sin embargo, al igual que las relativas al conjunto del Estado español, no especifican estos datos para españoles y extranjeros, de manera que no tenemos forma de verificar si los extranjeros se encuentran con mayores restricciones en el acceso al tercer grado. En fecha 1 de julio de 2004, en las cárceles catalanas había 172 penados clasificados en primer grado (163 hombres y 9 mujeres), 3.957 clasificados en segundo grado de tratamiento (3.756 hombres y 201 mujeres), 1.474 clasificados en tercer grado (1.312 hombres y 162 mujeres) y los 767 restantes estaban sin clasificar. Además, había 679 condenados cumpliendo la última parte de la condena en régimen de libertad condicional (603 hombres y 76 mujeres), pero tampoco en este caso se suministra información sobre la nacionalidad de los afectados. Asimismo las estadísticas ofrecen información acerca del número de presos que han obtenido permisos de salida (ordinarios, de fin de semana y extraordinarios) en el mes de junio de 2004, pero de nuevo no se especifica el porcentaje de los mismos que son extranjeros. Finalmente, no se indica nada en cuanto a si se han efectuado expulsiones de extranjeros irregulares en aplicación del artículo 89 del Código Penal.

Como conclusión del análisis de las cifras de población extranjera reclusa en las cárceles catalanas, podemos señalar que no parece que la administración penitenciaria catalana lleve a cabo políticas que difieran de las del conjunto del Estado español. Los datos parecen indicar con claridad que en Cataluña (pese a contar con policía e instituciones penitenciarias propias) la actuación de las instancias del sistema penal respecto de los extranjeros no difiere en absoluto de la del conjunto del Estado español.

4.2. La discriminación de los presos extranjeros en el tratamiento penitenciario

Como hemos podido observar, las estadísticas penitenciarias en España se limitan a compilar el volumen de población carcelaria, distinguiendo entre preventivos y penados y clasificando a la población reclusa con criterios como la edad, el género o la nacionalidad. En cambio, no nos suministran información acerca del funcionamiento del tratamiento penitenciario, a fin de valorar si existe discriminación. No tenemos información acerca del volumen de población extranjera clasificada en los diversos grados, en comparación con la nativa, de los permisos de salida otorgados, las libertades condicionales, etc.

La cuestión es trascendente, y no sólo desde un punto de vista humanitario, sino también para entender el volumen de sobre-representación carcelaria de los extranjeros, en aras de analizar socialmente al sistema. En el Estado español existe un régimen progresivo de ejecución penal orientado hacia los principios constitucionales de reeducación y reinserción social. Ello significa que durante el tiempo de ejecución de la pena de prisión se puede ir transitando dicho régimen de progresividad en función de los progresos en el tratamiento (apreciados por los equipos de tratamiento), los cuales tienen efectos directos en la duración efectiva de la pena de prisión. En otras palabras, nuestro sistema penitenciario instauró un régimen de “pena flexible” -en la terminología usada por PAVARINI (1996b:291 y ss.)-, lo que significa que la pena impuesta en la sentencia y la efectivamente cumplida no necesariamente coinciden, y las divergencias existentes pueden ser mayores o menores en función de las concretas personas o de sus características, como por ejemplo su origen nacional.

Lo que nos interesa saber es si precisamente el criterio de la “extranjería” está siendo aplicado para denegar avances en el régimen progresivo, de manera que se refleje en la duración final de la pena cumplida.

Como hemos señalado, carecemos de estadísticas para verificar dicho extremo, de forma que deberemos limitarnos a examinar las previsiones legales acerca del tratamiento de los extranjeros en prisión y los análisis de los autores que se han ocupado del tema.

La Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, no establece distinciones por razón de la nacionalidad de los reclusos en cuanto a la regulación de la ejecución de la pena de prisión. Su artículo 3 prohíbe expresamente toda discriminación por razón de raza, religión, condición social o circunstancias análogas, declaración luego reiterada en el Preámbulo del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), que dice incorporar las recomendaciones del Consejo de Europa relativas a los reclusos extranjeros. Por lo tanto, en principio a los extranjeros presos se les aplica la misma regulación que a los nacionales.

Sin embargo, al prestar atención a la puesta en práctica concreta del tratamiento penitenciario en el caso de los reclusos extranjeros, advertimos que existen grandes dificultades para que realmente se pueda hacer efectiva la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, proclamada por la Constitución española (art. 25).

A pesar que en principio la ley no hace distinciones entre presos nacionales y extranjeros, en la práctica los extranjeros condenados a penas privativas de libertad sufren una serie de discriminaciones consistentes en la privación de muchos derechos y beneficios penitenciarios, que convierten la pena de cárcel en una “doble condena”. Existen varios trabajos acerca de los problemas específicos y las discriminaciones que sufren los extranjeros en prisión. Concretamente, las discriminaciones a las que se refieren dichos trabajos hacen referencia al derecho de los extranjeros encarcelados a la información y a la defensa jurídica, al régimen de comunicaciones y visitas, a la posibilidad de obtener permisos de salida, terceros grados y libertad condicional y a las posibilidades de su reinserción social una vez extinguida la condena (GARCÍA ESPAÑA, 2002:172-181; GIMÉNEZ-SALINAS, 1994:136-137; HEREDIA / FÁBREGA, 1997:25; MANZANOS, 1994: 169-188; SANCHEZ YLLERA, 1990:65-70; VARONA, 1994:63-87).

Me referiré muy brevemente a estas cuestiones, remitiéndome para un tratamiento más profundo a los trabajos correspondientes. Aquí me interesa detenerme especialmente en los efectos de las discriminaciones que sufren los extranjeros en el acceso a los instrumentos del tratamiento penitenciario progresivo, porque las mismas se traducen en una mayor duración de la pena de prisión y tienen virtualidad para explicar en parte la sobre-representación carcelaria de los extranjeros.

En efecto, es en el ámbito de las “salidas” de la cárcel, bien temporales, bien definitivas, donde encontramos que la condición de “extranjero” tiene más consecuencias en cuanto a generar diferencias respecto al resto de los reclusos. Al gozar de menos arraigo en el país, no tener familiares próximos o no disponer de permiso de trabajo y residencia, el extranjero encuentra grandes dificultades y restricciones para transitar por el régimen penitenciario progresivo que prevé la legislación española como camino para recobrar la libertad. Y veremos que es la propia orientación a la reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad la que se pone en entredicho en el caso de los presos extranjeros.

a) Derecho a la información y a la defensa

En lo que se refiere al derecho a la información de los presos extranjeros, se plantea el problema que una parte de los reclusos extranjeros desconoce el idioma

castellano o tiene un dominio insuficiente del mismo, lo cual le lleva a padecer una situación de aislamiento. La administración penitenciaria no dispone de intérpretes para posibilitar la comunicación de los extranjeros con los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, funcionarios)⁹⁵. Ello provoca que el recluso extranjero en muchos casos no tenga información sobre su situación personal, procesal y penitenciaria, y no pueda hacer efectivos sus derechos de defensa y las garantías procesales que le asisten en el ámbito penitenciario (GARCÍA ESPAÑA, 2002b: 172-174; GIMÉNEZ-SALINAS, 1994:136-137; MANZANOS, 1994:179; SANCHEZ YLLERA, 1990:65).

b) Comunicaciones y visitas

En cuanto al régimen de comunicaciones y visitas, los presos extranjeros, al estar en muchas ocasiones alejados de su núcleo familiar y afectivo, no reciben visitas de familiares y amigos. Además, la administración penitenciaria suele poner trabas para autorizar las visitas de personas pertenecientes a asociaciones de apoyo a presos, con el argumento de que no se acreditan suficientemente los vínculos de la relación. Por otro lado, al carecer en muchos casos de recursos económicos, los presos extranjeros no pueden comunicar telefónicamente con sus países de origen, por lo que puede suceder que muchos extranjeros tan sólo mantengan comunicaciones escritas con sus familiares y amigos. Ello provoca un gran aislamiento de estas personas, que se suma al general aislamiento que supone la pena carcelaria, lo que afecta negativamente al proceso de integración y a la futura reinserción social (MANZANOS, 1994:181; SANCHEZ YLLERA, 1990:66; VARONA, 1994:70-71).

c) Permisos de salida

Los permisos de salida son un instrumento del tratamiento penitenciario que tienen la finalidad de preparar la futura vida en libertad y, por lo tanto, se vinculan

⁹⁵ Dicha carencia de intérpretes provoca por otro lado la violación del art. 49 LOGP, que establece la obligación del centro penitenciario de facilitar información al interno sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. Este precepto está desarrollado en el artículo 52 del Reglamento Penitenciario, que prevé la colaboración de los servicios consulares del Estado a que pertenezca el extranjero en caso que no sea posible de otro modo la información prevista en el art. 49 LOGP. Sin embargo, MANZANOS señala que esta obligación legal de la administración penitenciaria es sistemáticamente incumplida, y para justificar tal incumplimiento se recurre a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los “derechos de aplicación progresiva”, en el sentido que son derechos que dependen de las posibilidades de la administración en cada momento (1994:179).

directamente con el mandato constitucional de orientar las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social. Además, son muy importantes a fin de obtener en un futuro una clasificación en tercer grado, paso previo a su vez para la libertad condicional.

La L.O.G.P. no establece ninguna especialidad en cuanto a la posibilidad de los penados extranjeros de obtener permisos de salida. La Ley tan sólo dice que se podrán conceder permisos de salida a los presos que hayan cumplido $\frac{1}{4}$ parte de la condena, estén clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento y no observen mala conducta (en el sentido de ausencia de sanciones disciplinarias). Sin embargo, los requisitos “implícitos” o “reglamentarios” hacen que la administración penitenciaria deniegue sistemáticamente los permisos de salida a la población reclusa extranjera, por considerar que la falta de arraigo familiar constituye un factor de riesgo que hace aumentar las probabilidades de fuga del penado o hace prever que el preso extranjero no haría buen uso del permiso (GIMÉNEZ-SALINAS, 1994:136-137; HEREDIA / FÁBREGA, 1997:25; SANCHEZ YLLERA, 1990:69; VARONA, 1994:71-72).

Esta consideración de la “extranjería” como variable de riesgo está recogida en la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 22/1996, de 16 de diciembre, sobre permisos de salida, que distingue entre extranjeros procedentes de países miembros de la Unión Europea con apoyo institucional, extranjeros que puedan acreditar vínculos personales o el apoyo de alguna asociación que tutele permisos de salida y extranjeros insolventes y sin vinculación en España. Los extranjeros en esta tercera situación, considerada de máximo riesgo, en la práctica no van a gozar de permisos de salida (GARCÍA ESPAÑA, 2002b:175-177).

d) Tercer grado penitenciario y régimen abierto

Como hemos señalado, el sistema penitenciario español está organizado en un sistema progresivo distribuido en grados. La clasificación del recluso en el tercer grado conlleva el acceso a un régimen de cumplimiento abierto o de semilibertad, que pretende hacer efectivo el objetivo resocializador que establece la Constitución, ya que tiende a la reinserción socio-laboral del penado.

Existen dos modalidades de cumplimiento de tercer grado: el régimen abierto ordinario y el régimen abierto restringido. El primero consiste en el trabajo en el exterior durante el día y la pernoctación en la cárcel. El segundo, que está previsto, entre otros casos, para cuando “exista imposibilidad de desempeñar un trabajo en el exterior”,

conlleva una limitación de las salidas al exterior y mayores controles durante las mismas (art. 82 RP).

En el caso de los reclusos extranjeros, la imposibilidad de obtener un trabajo en el exterior existirá casi siempre, al carecer la persona de permiso de residencia y de trabajo. Y ello porque la Ley de Extranjería prevé como motivo de no concesión de los permisos el hecho de haber sido condenado (para la renovación, “se valorará en función de las circunstancias de cada supuesto”, art. 31.4 Ley Extranjería).

El hecho que el régimen abierto del tercer grado se vincule al desarrollo de una actividad laboral en el exterior, impide que puedan acceder al mismo los penados extranjeros. Pero además, también para el acceso al régimen abierto restringido el extranjero encuentra dificultades, ya que el mismo argumento que se utiliza para denegar los permisos de salida a los penados extranjeros –el riesgo de fuga por carecer de arraigo y vínculos familiares- se aplica para no conceder el tercer grado penitenciario (GARCÍA ESPAÑA, 2002b:177-179; MANZANOS, 1994; VARONA, 1994:72).

Las dificultades de los presos extranjeros para ser clasificados en tercer grado tendrán reflejos posteriormente en el acceso a la libertad condicional, lo que en la práctica se traducirá en una mayor duración de la pena de prisión efectivamente cumplida. Para evitar lo que sin duda constituye discriminación institucional -aunque sea de forma indirecta- habría que remover los obstáculos que impiden a buena parte de los extranjeros ser clasificados en tercer grado, ya sea desvinculando el tercer grado de la realización de una actividad laboral en el exterior (permitiendo, por ejemplo, realizar cursos formativos en el exterior), ya mediante la concesión a los reclusos extranjeros de un permiso especial de residencia y trabajo como parte del tratamiento penitenciario, como propuso SANCHEZ YLLERA hace ya varios años (1990:70).

Pero no es esta vía la que ha seguido el legislador. Por el contrario, la reforma del art. 89 del Código Penal realizada en septiembre de 2003 por L.O. 11/2003 amplía el plazo de expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a penas iguales o superiores a seis años, señalando que se procederá a la expulsión no sólo cuando el penado haya cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, sino también en caso que acceda al tercer grado. Al ocuparnos del análisis jurídico de la expulsión en la Parte III de la Tesis volveremos sobre este extremo.

e) Libertad condicional

La libertad condicional (también llamado cuarto grado) puede ser obtenida cuando el penado ha cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena -o excepcionalmente las $\frac{2}{3}$ partes-, siempre y cuando la persona se encuentre clasificada en tercer grado, haya observado buena conducta y exista un pronóstico favorable de reinserción social (art. 90 Código Penal).

Los reclusos extranjeros tienen serias dificultades para que les sea concedida la libertad condicional. En primer lugar, porque uno de los requisitos para acceder a la misma es estar clasificado en tercer grado, y ya hemos señalado los problemas y restricciones frente a las que se encuentra el penado extranjero para obtener dicha clasificación. En segundo lugar, porque en la práctica se supedita la concesión de la libertad condicional a la existencia de patrocinio de algún particular o institución, es decir, alguien que se haga cargo de mantener al penado durante el tiempo de la libertad condicional (y aún con el patrocinio a los penados extranjeros en muchos casos se les exige también una carta de trabajo, lo que dificulta más la concesión de la libertad condicional). En tercer lugar, un argumento que se usa para denegar la libertad condicional es que la falta de documentación de la persona extranjera impide realizar el “pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”, porque al carecer de permiso de residencia no podrá llevar a cabo una vida socio-laboral de plena integración (MANZANOS, 1994:192-183; VARONA, 1994:72-73); finalmente, en el momento de cumplir las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, el artículo 89 del Código Penal dispone la expulsión si el extranjero carece de permiso de residencia, expulsión que vendría a sustituir la concesión de la libertad condicional.

El criterio de la Administración Penitenciaria es intentar que la libertad condicional sea cumplida en el país de origen del penado (MANZANOS, 1994:op.cit.). Ello se puede lograr bien con la conformidad de la persona condenada, bien sin su conformidad con el instrumento de la expulsión. El art. 197.1 del Reglamento Penitenciario permite el cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia. Se trata de una previsión que se fundamenta en la finalidad de reinserción social del penado en su lugar de residencia, y exige siempre el consentimiento del afectado. En cambio, el segundo apartado de ese mismo precepto se refiere a una medida totalmente diversa, como es la expulsión.

f) La expulsión y su vulneración del objetivo de la reinserción social

En 1996 la Dirección General de Instituciones Penitenciarias dictó la Instrucción 25/1996, de 16 de diciembre, sobre normas generales para internos extranjeros. La misma empieza mencionando el derecho de los internos extranjeros a no ser discriminados y declara tener la finalidad de “paliar aquellas circunstancias de la vida penitenciaria que pueden influir más directamente en estos internos”. Sin embargo, de la lectura de la Instrucción podemos comprobar que el verdadero objetivo de la misma es facilitar la aplicación de las medidas de expulsión de los extranjeros imputados o condenados por un delito en los distintos momentos procesales en que ésta se prevé, que son muchos. Son las exigencias de la política de extranjería las que pasan a primer plano, sin tener en cuenta las finalidades resocializadoras de la institución carcelaria.

El art. 89 del CP prevé la expulsión de los extranjeros irregulares que hayan sido condenados a penas de prisión superiores a seis años, una vez accedan al tercer grado o hayan cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena. Para su aplicación, el art. 197.2 del Reglamento Penitenciario establece que las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros se comunicarán al Ministerio Fiscal con antelación suficiente, con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el art. 89 del Código Penal.

La expulsión prevista en el art. 89 CP no tiene en cuenta las posibilidades o necesidades de reinserción social del penado, y puede ser adoptada en contra de la voluntad del afectado, aunque el mismo tuviese arraigo en España. Se trata de una medida claramente discriminatoria, ya que se sustituye el tercer grado o la libertad condicional por la expulsión del territorio español, que es una pena más gravosa.

Además, esta previsión de “expulsión sustitutiva” hace absolutamente ilusoria la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reinserción social. A las dificultades para que la administración penitenciaria conceda permisos de salida y terceros grados a los presos extranjeros, el art. 89 CP añade la amenaza de la expulsión. En estas condiciones es imposible que la pena de prisión cumpla su función constitucional orientada a la reinserción social y tan sólo podrá tener funciones preventivo-generales y retributivas. Y ello porque ni los propios trabajadores penitenciarios de los equipos de tratamiento saben para qué sociedad deben preparar la reinserción del penado (RODRIGUEZ CANDELA, 1998:59-60). En la Parte III de la Tesis volveremos más detenidamente sobre este aspecto.

Si por algún motivo no se logra aplicar la expulsión sustitutiva una vez el penado acceda al tercer grado o haya cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, en la práctica el extranjero irregular cumplirá íntegramente su condena en prisión, lo que se traduce en una duración efectiva de las penas en el caso de condenados extranjeros superior en un 25% respecto de los españoles. Sin duda ello contribuye a incrementar la sobre-representación carcelaria de los extranjeros.

Cuando el extranjero extinga su condena, la autoridad gubernativa intentará de nuevo expulsarlo por carecer de residencia legal. Con este objetivo, el art. 25 del Reglamento Penitenciario insta a la administración penitenciaria a comunicar a la autoridad gubernativa con tres meses de antelación la fecha probable de liberación definitiva del penado extranjero que carezca de residencia legal, a los fines que puedan llevar a cabo una expulsión administrativa.

Pero también en el caso de los extranjeros con residencia legal en España parece difícil que durante la ejecución de la pena se desarrolle un tratamiento penitenciario orientado a la reinserción social, debido a que el art. 57.2 de la Ley de Extranjería establece como causa de expulsión el hecho de haber sido condenado por delito doloso a pena de prisión superior a un año. Ello implica que una vez el penado extranjero extingue su condena, si su pena no ha sido anteriormente sustituida por la expulsión, quede permanentemente bajo la amenaza de una expulsión administrativa.

Las discriminaciones mencionadas no tienen que ver con el trato individual que los reclusos extranjeros reciben por parte de los funcionarios, asunto sobre el que se requeriría un trabajo de campo cualitativo en el interior de la cárcel para verificar o no su existencia. Más bien hablamos de discriminaciones que se manifiestan a través del simple análisis de las regulaciones legales de diverso rango, que dejan translucir una regulación del tratamiento penitenciario y unos requisitos para el acceso a los derechos y beneficios penitenciarios que afectarán negativamente a los extranjeros. Por tanto, incluso antes de descender al nivel de las prácticas individuales, podemos afirmar que se produce discriminación de los extranjeros durante el desarrollo del tratamiento penitenciario. En los aspectos relativos al tratamiento penitenciario se trataría de discriminación institucional indirecta, ya que si bien las leyes no establecen directamente un trato discriminatorio, los criterios que imponen para progresar en el tratamiento (arraigo, familia, trabajo, domicilio fijo, etc.) afectan negativamente a los extranjeros en mayor medida que a los españoles. Así lo ha sostenido el GRUPO DE

ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL al afirmar en su “Manifiesto sobre diversidad cultural y política criminal” que

“Estas regulaciones y prácticas constituyen una manifestación de racismo institucional porque en estos casos el Estado actúa como ente legitimador de la exclusión de la comunidad política de ciertas minorías” (1996:1086 y 1998:18)

En cambio, en el caso de la previsión del artículo 89 del Código Penal que dispone la expulsión de los extranjeros irregulares cuando accedan al tercer grado o cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, se trata de un caso de discriminación institucional directa.

Como conclusión podemos decir que en España no existe ninguna investigación empírica sobre las relaciones entre funcionarios y presos extranjeros destinada a verificar la existencia o no de prejuicios raciales entre los funcionarios penitenciarios, ni a comprobar si estos prejuicios –en caso que existan- se trasladan en prácticas discriminatorias por parte de los funcionarios (lo que constituiría el supuesto de discriminación individual).

El *Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona* desarrolló una investigación sobre condiciones de vida en las cárceles catalanas, en la que dedica un capítulo al tema de los extranjeros (2004:171-176). Sin embargo, el alcance empírico de dicha investigación fue limitado debido a la negativa de la administración penitenciaria del gobierno de entonces a autorizar el ingreso de investigadores a las cárceles.

Pero lo que podemos afirmar sin ninguna duda es la existencia de discriminación tanto institucional como estructural. La propia ley establece condiciones para transitar por el régimen de progresividad de la pena que excluye de forma directa o indirecta a los extranjeros (como la exigencia de trabajo en el exterior para acceder al tercer grado). Pero además hay otras condiciones de tipo estructural que impiden a los extranjeros acceder a los derechos e instituciones del régimen progresivo, como la disponibilidad de propiedades, familia y trabajo para demostrar el arraigo social.

Lamentablemente no hay ninguna investigación que cuantifique el efecto de tales discriminaciones en la duración efectiva de las penas de prisión de los extranjeros, en comparación con la de los nacionales.

4.3. ¿Hacia un sistema penal de dos vías?

Lo que sí queda verificado en este capítulo, es que los extranjeros constituyen cada vez una mayor proporción de la población carcelaria española, y parecería que están sustituyendo a los nativos como clientes de la cárcel. Esta advertencia ha sido realizada por PALIDDA respecto a Italia, quien ha sostenido que se está produciendo un proceso de sustitución de la población encarcelada local por población inmigrante (2001:65-73). También PAVARINI señaló que se está produciendo un “coloramiento”⁹⁶ de la población reclusa (2002:168-173).

Las cifras de las estadísticas carcelarias que hemos analizado parece que irían en esta dirección, ya que el porcentaje de extranjeros encarcelados aumenta año tras año. Aunque podemos observar que tampoco disminuye en cifras absolutas la población reclusa autóctona, por lo que el sistema carcelario en su conjunto está aumentando. Sin embargo el crecimiento de la población reclusa extranjera es mucho más rápido, constituyendo cada vez un porcentaje mayor del total de la población encarcelada.

En realidad, -como han señalado MELOSSI (2002:161-167) y MATTHEWS (2003:272), entre otros- parece que se está construyendo un sistema penal de dos vías, una para ciudadanos y otra para extranjeros. Los primeros serían los destinatarios de los circuitos de alternatividad a la pena privativa de libertad. Para los segundos estaría reservada la cárcel, no habría posibilidad de libertad provisional, de medidas alternativas, de terceros grados ni de libertad condicional. El análisis de la discriminación institucional de los reclusos extranjeros en el tratamiento penitenciario apunta a la confirmación de estos extremos.

Del mismo modo que existe una fuerte selectividad del sistema penal que culmina con porcentajes cada vez mayores de extranjeros encarcelados, también esta selectividad se reflejaría en los porcentajes de salidas de la cárcel mediante las “medidas alternativas”. Los extranjeros estarían excluidos del goce de estas alternativas, debido a que la falta de arraigo en el país y la carencia de medios económicos aumentarían las probabilidades de fracaso (ya sea por reincidencia o quebrantamiento de condena). Por lo tanto, las medidas alternativas a la cárcel serían aplicables sólo a los ciudadanos, que son los que pueden reintegrarse a la sociedad, ya que con los extranjeros no tendría

⁹⁶ Con esta expresión el autor pretende remarcar que los extranjeros encarcelados son fundamentalmente los extracomunitarios. Por otro lado, también se indicaría que el racismo no es extraño a esta problemática de la sobre-representación de los extranjeros. De hecho, en otros ámbitos como Estados Unidos o Gran Bretaña, el problema de la sobre-representación carcelaria se refiere a las minorías étnicas, más que a la extranjería, porque muchos de los encarcelados poseen la nacionalidad por ser descendientes de colonizados e inmigrantes (voluntarios o forzados, como en el caso de los esclavos).

sentido intentar una reinserción en una sociedad de la que nunca se les permitió formar parte plenamente.

La hipótesis del sistema penal de dos vías es coherente con el hecho que no disminuya la población carcelaria autóctona. COHEN hace años nos alertó del peligro que las llamadas medidas alternativas a la cárcel contribuyesen a extender las redes del sistema penal (1988:69-135). Y PAVARINI señaló que a menudo las alternativas no lo eran en realidad a la privación de libertad sino más bien a la libertad (1996b:31-56). Cada vez más población autóctona entraría en los circuitos de alternatividad a la pena privativa de libertad, a diferencia de la población extranjera, que no tendría acceso a tales circuitos “blandos”. Ello no significa que la población autóctona deje de entrar en prisión. Por el contrario, sigue entrando, de modo que sumados a los beneficiarios de las medidas alternativas se extiende el control del sistema penal a un número mayor de población. No obstante, entre los autóctonos que entran en prisión y los extranjeros, también existen diferencias de movilidad, en el sentido que los primeros pueden acceder con más facilidad a las “salidas” de la cárcel, ya sean temporales o definitivas.

5. Las interpretaciones en España de la relación entre inmigración y sistema penal

5.1. Los datos estadísticos de 2001 y su distorsión por instancias gubernamentales

En los primeros meses del año 2002 se disparó una polémica con gran cobertura mediática acerca del incremento de la delincuencia –en realidad de la “registrada”- a lo largo de 2001, que fue atribuida en gran medida al aumento de la inmigración, planteándose una interesada identificación entre inmigración y delincuencia.

En la atribución del aumento de la delincuencia a los inmigrantes tuvieron un papel destacado los responsables del Ministerio del Interior (a cargo entonces de Mariano Rajoy), quienes aventuraron la peligrosa conclusión de que los extranjeros delinquen más que los españoles. Las temerarias declaraciones de varios integrantes del Gobierno en el sentido indicado tuvieron una amplia repercusión en la prensa.

El motivo de dichas declaraciones fue la difusión pública de datos de “delincuencia conocida” del año 2001, según los cuales la criminalidad registrada habría aumentado aproximadamente en un 10% respecto del año anterior. La oposición se apresuró a señalar el fracaso del Plan Policía 2000 implantado por el Gobierno del Partido Popular, y para defenderse de tales acusaciones, éstos no dudaron en buscar una “cabeza de turco”, atribuyendo a la inmigración el aumento de la criminalidad.

Así, desde el Ministerio del Interior se afirmó que el 50% de los delitos conocidos fueron cometidos por extranjeros, reforzando este argumento con cifras de población reclusa: los extranjeros constituían el 25% de la población reclusa penada y el 46% de la preventiva en espera de juicio. Además -señaló el Ministro del Interior- el 89'99% de las personas que ingresaron en las cárceles de forma preventiva entre enero y febrero de 2002 eran extranjeras. Ante las acusaciones de fomentar el racismo y la xenofobia, desde el Gobierno señalaron sin complejos que se remitían a “datos objetivos”, indicando que “los datos no crean xenofobia, sino el conocimiento de la realidad”⁹⁷.

Como vemos, el Gobierno apoyó sus declaraciones en “datos objetivos”, afirmación que es absolutamente cuestionable. En primer lugar, ya se ha señalado que de las cifras de población detenida o encarcelada no se puede sacar automáticamente la conclusión de que los extranjeros delincan más; y, en segundo lugar, como pone de manifiesto WAGMAN (2002) en un magnífico trabajo, lo más grave es que los datos y conclusiones presentados por el Gobierno eran en gran medida erróneos, cuando no manifiestamente falsos (también en este sentido, INSTITUT ESQUERRA XXI, 2003:43-47).

WAGMAN desvela la falacia del argumento del entonces Ministro del Interior que atribuía el 50% de la “criminalidad” del año 2001 a los inmigrantes, mostrando que del total de detenciones policiales de extranjeros en realidad sólo la mitad tenían su origen en la imputación de un delito, mientras que un porcentaje reducido era por faltas y el resto por carecer de permiso de residencia, que no es un delito, sino sólo una cuestión administrativa. A ello añade una serie de acertados argumentos que demuestran la ineptitud de las estadísticas oficiales para medir la criminalidad (*op.cit.*).

Además de falsos -como también señala este autor- los mencionados discursos favorecen la difusión de prejuicios sobre la inmigración en la sociedad en general y promueven determinada “selección” en la actividad de las agencias del sistema penal. De este modo entramos en un círculo vicioso, debido a que la policía someterá a las poblaciones inmigrantes a un control y vigilancia más estrictos, lo que seguramente llevará a que “se descubran” más delitos entre las mismas, como consecuencia del más estricto control. Y el hecho que se contabilicen más delitos lleva a su vez a un refuerzo

⁹⁷ Este seguido de declaraciones cada vez más subidas de tono se reflejaron en la prensa diaria. Así, por ejemplo, puede seguirse la polémica en el diario *El País* consultando los ejemplares de las siguientes fechas: 3/1/2002; 11/2/2002; 5/3/2002; 7/3/2002; 20/3/2002; 25/4/2002.

de los estereotipos y de los prejuicios sociales e institucionales, lo cuál de nuevo se traduce en un mayor control selectivo. El resultado de este círculo vicioso o profecía auto-cumplida es que la inmigración, sobre todo la irregular, pasa a constituir el objeto privilegiado del control punitivo.

El funcionamiento de los aludidos círculos viciosos se comprueba a través de las declaraciones de los propios miembros de las instancias de aplicación del sistema penal. En un reportaje periodístico sobre el aumento de la población carcelaria de los primeros meses de 2002 se señalaba que un portavoz autorizado de Interior –no se indicaba quien- sostenía que tal aumento se debe a la eficacia policial: “estamos deteniendo a mucha gente” aseguraba. También en el ámbito de la magistratura se atribuyen los “méritos”. Un magistrado –tampoco identificado- aseguraba que “los jueces estamos también preocupados por el aumento de la criminalidad y la sensación de impunidad que existe, así que en algunos casos estamos utilizando la prisión preventiva para evitar que delincuentes reincidentes y sin domicilio fijo –extranjeros sobre todo- se fuguen y esperen su juicio en prisión” (*El País*, 3/3/2002). A ello podemos añadir una instrucción de la Fiscalía General del Estado en la que se pide a los fiscales que soliciten a los jueces el encarcelamiento preventivo de los extranjeros delincuentes que residan ilegalmente en España a fin de asegurar su posterior expulsión del territorio nacional (*El País*, 29/4/2002). Es lógico que este tipo de “políticas” por parte de las instancias del sistema penal tenga como consecuencia un aumento de la población reclusa extranjera.

Otra causa que alega el propio Gobierno para justificar el incremento de la delincuencia -y que confirma la inidoneidad de las estadísticas policiales como instrumento de medición de la criminalidad- es la facilidad para denunciar. El Gobierno puso en marcha un sistema de teledenuncias, que permite realizar denuncias por vía telefónica, sin necesidad de acudir a una comisaría de policía. La cuestión es que más de un 11% (la cifra es de 238.500) de los delitos conocidos en el año 2001 fueron denunciados por este sistema. También se estableció un sistema de denuncias vía Internet, pero aún no ha tenido tanto éxito (*El País*, 5/3/2002). Parece que la introducción de tales innovaciones para dar imagen de garantizar la seguridad ha tenido un efecto *boomerang* para el Gobierno. Pero lo paradójico es que los propios responsables políticos implícitamente reconozcan que la delincuencia conocida es sólo una parte de la existente cuyo afloramiento puede depender de algo tan simple como las facilidades para denunciar, y a la vez en otras ocasiones apelen a la “neutralidad de las estadísticas”.

Las personas que tienen responsabilidades de gobierno deberían medir mucho sus declaraciones y, sobre todo, evitar hacer una “gestión” del fenómeno migratorio con la finalidad de sacar rédito electoral. Pero lo que es absolutamente inaceptable (y no sólo inaceptable sino directamente delictivo) es la manipulación de los datos realizada desde el Ministerio del Interior en el año 2002 y la apelación a los prejuicios y sentimientos xenófobos de la ciudadanía.

No obstante, este tipo de “debates” e imprudentes opiniones de nuestros responsables políticos acerca de la relación entre inmigración y criminalidad no constituyen un fenómeno exclusivo de España. También el contexto italiano se caracteriza por un uso “populista” de la cuestión migratoria y de la cuestión criminal, apelando al racismo latente de parte de la población y alimentándolo al presentar a los inmigrantes como competidores que “nos acabarán echando de nuestro país”. El propio presidente del gobierno italiano promueve abiertamente el racismo mediante declaraciones que identifican inmigrante y criminal⁹⁸. Y desde el Ministerio del Interior italiano se ha hablado de operaciones de control de la inmigración irregular como parte de la “guerra al clandestino” que se propone llevar a cabo el Gobierno (*El País*, 20/2/2002). Este lenguaje bélico no puede menos que asustar, ya que recuerda los momentos más trágicos de la historia de Europa. También en el Estado español hemos escuchado este tipo de lenguaje, aunque hasta el momento con menor intensidad.

5.2. Investigaciones desarrolladas desde la academia o centros de investigación

En el ámbito académico encontramos pocos trabajos que se han ocupado de la relación entre inmigración y sistema penal.

El de mayor entidad es la Tesis Doctoral de ELISA GARCÍA ESPAÑA, publicada bajo el título *La delincuencia de los inmigrantes en España: análisis criminológico* (2001). La autora trabaja tanto con argumentos teóricos como con materiales empíricos para tratar de cuantificar el volumen de la delincuencia de los inmigrantes en España e intentar explicar sus causas.

Desde un punto de vista teórico, GARCÍA ESPAÑA realiza una interpretación etiológica, a partir de la teoría del control o del arraigo social de Hirschi, según la cuál la ausencia de vínculos sociales (o de control social informal) debilita los frenos

⁹⁸ En un programa televisivo de uno de sus canales Berlusconi justificó la necesidad de “parar y registrar” a los inmigrantes “porque existen graves problemas de criminalidad”, añadiendo que “de lo contrario, la llegada masiva de clandestinos nos echará de nuestro país” (*El País*, 30/3/2002).

inhibidores de los comportamientos delictivos. Esta teoría la combina con la indicación de que las situaciones de irregularidad producidas por la ley de extranjería ponen al inmigrante en una situación de mayor riesgo delictivo (2001:126-129).

En el terreno empírico, trabaja con estadísticas oficiales del sistema penal con el objetivo de cuantificar la delincuencia cometida por los extranjeros. Es decir, pretende calcular la “tasa de delincuencia” de los extranjeros en España a partir de una serie de cálculos con datos de detenciones policiales y de población residente. Asimismo, realiza investigación empírica propia consistente en consultas de expedientes penitenciarios y entrevistas a un colectivo de inmigrantes reclusos a fin de conocer el perfil y características de estas personas (procedencia continental, lugar de residencia, situación administrativa, tipología delictiva, duración pena impuesta, motivación migratoria y criminal).

Se trata de un trabajo comprometido con la defensa de los derechos de los inmigrantes y su inserción social. Al señalar como factores de la criminalidad de los extranjeros los problemas sociales, económicos y sobre todo legales con los que se enfrentan –y no el hecho en sí de ser “extranjero”–, plantea como alternativa un marco legal de la inmigración menos restrictivo y excluyente y una profundización de las políticas sociales dirigidas a estas personas. Si bien coincido con la autora en cuanto a la pertinencia de este tipo de políticas para fomentar la integración (aunque se podría ir incluso más allá de sus propuestas), desde un punto de vista científico difiero tanto de su marco teórico como de su uso de los instrumentos empíricos de investigación social.

En mi opinión, el principal problema de este trabajo es la consideración de las estadísticas oficiales de detenciones, condenas y población reclusa como instrumentos de medición de la criminalidad de los extranjeros. El mismo problema se traslada luego a la investigación empírica propia que desarrolla en el interior de algunas cárceles. El tratamiento cuantitativo de la información obtenida a partir de su muestra presenta diversos problemas debido a su marco interpretativo⁹⁹. El planteamiento teórico del investigador siempre se transluce en los trabajos empíricos que desarrolla, guía el propio diseño de la investigación, la selección de las fuentes de información, de las variables relevantes, y la interpretación de los resultados. Por ello es de lamentar que

⁹⁹ Como por ejemplo cuando tras su trabajo empírico muestra que el tráfico de drogas es la tipología delictiva por la que cumplen mayoritariamente condenas los extranjeros en España, y habla de “delito más frecuentemente cometido” (2002:167), cuando ni siquiera es el tipo por el que más condenas se dictan, sino que la sobre-representación en la cárcel se debe a la severidad de las penas, que implican largas condenas.

una de las pocas veces que se hace investigación empírica sobre la relación entre sistema penal e inmigración, con el esfuerzo que ello supone, los resultados no tengan la merecida relevancia a causa de un diseño de la investigación guiado por un objeto imposible: cuantificar la criminalidad de los inmigrantes recurriendo a las estadísticas del sistema penal y al estudio de la población reclusa, donde encontramos a la población criminalizada, la cual no se identifica con los “delincuentes”.

Aunque no se refiere al colectivo de extranjeros, sino que se trataría de minorías étnicas, el ya mencionado trabajo del Equipo Barañí¹⁰⁰ (Gabriela HERNÁNDEZ, Elixabete IMAZ, Teresa MARTÍN, María NAREDO, Begoña PERNAS, Aysel TANDOGAN, Daniel WAGMAN) acerca de la sobre-representación carcelaria de las mujeres gitanas constituye una remarcable investigación empírica sobre los procesos de selectividad del sistema penal. En efecto, el libro *Mujeres gitanas y sistema penal* (2001) es el resultado de una amplia investigación sociológica basada en encuestas y entrevistas a cerca de 300 gitanas presas y más de 150 entrevistas a personas relacionadas de un modo u otro con la problemática estudiada (policías, jueces, funcionarios penitenciarios, personal de los servicios sociales, de ONG's y asociaciones, etc.).

El marco teórico de la investigación parte del paradigma del control o de la definición, de manera que no plantean el trabajo desde la perspectiva de “la mujer delincuente”, sino que analizan y denuncian los procesos selectivos y discriminatorios del sistema penal que arrojan como resultado una alarmante criminalización de las mujeres gitanas, quienes sufren una triple marginación por el hecho de ser mujeres, de etnia gitana y pobres. El Proyecto Barañí indica como causas de dicha elevada criminalización a los estereotipos y prejuicios que se vislumbran en los discursos de los operadores jurídicos (funcionarios penitenciarios, jueces, fiscales, abogados y policías), la intensa vigilancia policial a que es sometido este colectivo, la defectuosa defensa jurídica de la que gozan, la mayor dificultad en el otorgamiento de la libertad provisional y en el acceso a las llamadas medidas alternativas, entre otros factores.

Pero el libro no se limita a denunciar este proceso de criminalización que sufren las mujeres gitanas, sino que incluye toda una sección de recomendaciones o líneas de actuación orientadas a frenar las espirales de exclusión, criminalización y cárcel. Estas recomendaciones intentan mostrar que el derecho penal no es la solución adecuada para

¹⁰⁰ Palabra del *caló* que significa “cárcel de mujeres”.

gestionar los problemas sociales, de modo que la investigación se puede incluir entre aquellos análisis que sostienen que no sólo hay que buscar penas alternativas, sino alternativas a las penas y al derecho penal.

También en el ámbito de los estudios criminológicos o sociológicos de género encontramos el Proyecto de investigación “Rastreado lo invisible: Mujeres inmigrantes en las cárceles” llevado a cabo durante los años 2000 y 2001 por un equipo de trabajo de la Universidad Autónoma de Barcelona: Elisabet ALMEDA, Natalia RIBAS, Encarna BODELÓN, Alexandra MARTÍNEZ, Lluís FLAQUER, Fabià DÍAZ y Sonia GARCÍA (2003:146-171). La investigación trabaja con métodos cuantitativos (estadísticas) y cualitativos (entrevistas en profundidad a extranjeras reclusas y profesiones del sistema penal y estudios de caso de mujeres extranjeras encarceladas) para desarrollar un análisis sociológico de las mujeres extranjeras penadas en España, que incluye tanto el perfil sociológico y criminológico de las mujeres como las políticas penales y penitenciarias que se les aplican.

La investigación concluye que la condición de mujer extranjera reclusa implica una mayor vulneración de sus derechos –lo que supone discriminación- debido a la intersección de las diversas lógicas de la política punitiva, la política de extranjería y la política antidroga, que las convierte en especialmente vulnerables. Las investigadoras se refieren a las diversas discriminaciones que sufren las mujeres extranjeras tanto en el ámbito penal como en el penitenciario (largas condenas, aislamiento en prisión, exclusión de los circuitos de alternatividad o rehabilitación, entre otras que hemos mencionado anteriormente) y nos recuerdan que la mayoría de ordenamientos jurídicos actuales admiten que la discriminación no sólo se puede producir por un trato desigual en casos iguales, sino también por un trato igual en situaciones desiguales.

También podemos destacar una investigación socio-jurídica acerca de la incidencia de la inmigración en el ámbito de la administración de justicia, desarrollada por Manuel CALVO, Elena GASCÓN y Jorge GRACIA (junto a otros colaboradores del *Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza*), bajo el encargo del Consejo General del Poder Judicial (2002). Los investigadores consultaron una amplia muestra de expedientes judiciales (en total 8.182) en los diversos órdenes jurisdiccionales (con predominio del orden penal, con un 50% del total de registros), con el fin de extraer información tanto sobre el perfil sociodemográfico de los inmigrantes que entran en contacto con la justicia (género, edad, nacionalidad, situación administrativa –regular o irregular- en España), como acerca de la aplicación del

derecho por parte de los jueces y tribunales. El trabajo contiene datos e informaciones muy interesantes¹⁰¹, aunque en ocasiones echamos de menos otros elementos que serían de gran utilidad (como una comparación con datos muestrales relativos a los españoles) a fin de verificar si se está produciendo una desigual aplicación del derecho. Los mismos autores indican que se trata de una investigación de carácter exploratorio -que ante la ausencia de investigaciones empíricas previas debió ser diseñada un tanto “a ciegas”-, uno de cuyos objetivos era poner de manifiesto los ámbitos en los que resultaría importante profundizar en la investigación (2002:90).

En suma, se trata de uno de los pocos trabajos empíricos acerca de los inmigrantes y la justicia –también penal, que es la que aquí me interesa-, que ha podido desarrollar una investigación de envergadura (gracias a la obtención de financiación, cosa que no resulta fácil en España), la cuál aporta valiosos resultados y suministra importantes herramientas a fin de profundizar en el camino emprendido.

Quizá está de más decir –por tratarse de un laboratorio de sociología jurídica- que el marco teórico del que parten es el propio de la sociología del derecho, en el sentido que hacen una adecuada interpretación de los datos empíricos obtenidos acerca del funcionamiento de la justicia, sin pretender extraer conclusiones acerca de los índices de criminalidad de los inmigrantes (como hacen muchos criminólogos), cuestión que requeriría una metodología absolutamente diversa.

Además de estas investigaciones empíricas, existen algunos trabajos de menor extensión que se ocupan de analizar las estadísticas oficiales del sistema penal. Es el caso por ejemplo de los artículos de VALENZUELA (2003:527-540), de WAGMAN (2002) y de SERRANO GÓMEZ (2002:399-413).

El primero hace un minucioso análisis de los datos de detenciones policiales y de población reclusa extranjera del año 2001. Tiene la virtud de no confundir estadísticas del sistema penal con delincuencia; es decir, expone con claridad las cifras que arrojan las estadísticas policiales y penitenciarias sin pretender con ello haber cuantificado la delincuencia de los extranjeros. Por otro lado, se trata del trabajo de un economista y carece de marco teórico para interpretar los resultados. El artículo no contiene ninguna referencia bibliográfica y la única mención doctrinal es a “los analistas que mantienen

¹⁰¹ Así, pone de manifiesto que el inmigrante no sólo es sujeto pasivo (imputado) de la jurisdicción penal, sino también en similares proporciones usuario de la justicia penal en calidad de denunciante o víctima. Esta conclusión permite romper con el estereotipo de “inmigrante delincuente” y con las estadísticas de detenciones policiales y población reclusa como única fuente de información acerca de la relación del inmigrante con la justicia (2002:95-96).

que las prácticas policiales discriminan a los extranjeros”, opinión frente a la cuál VALENZUELA disiente sosteniendo que “no sería justo acusar a la policía de inventarse cargos para los extranjeros que detiene” (2003:537). Parecería que no advierte que la discriminación policial no se limita a la invención de cargos (actividad que sería constitutiva de un grave delito), sino que en los procesos de selección propios de la actividad policial existe un amplísimo campo para la discriminación. En resumen, el artículo comentado desarrolla un buen análisis de las cifras, pero no hace aportaciones en el ámbito teórico a fin de interpretarlas.

El artículo de WAGMAN hace un lúcido análisis de las cifras de delincuencia conocida y de detenciones policiales del año 2001 con el objeto de poner de manifiesto los errores y las falaces interpretaciones que hizo el gobierno, la oposición y los medios de comunicación en ese entonces (y que han sido comentadas en el epígrafe anterior). Además ofrece una serie de criterios alternativos para el análisis de la relación entre sistema penal e inmigración, a fin de evitar tratamientos alarmistas sobre el tema que pueden tener un efecto muy negativo para el presente y futuro de nuestras sociedades.

El artículo de SERRANO GÓMEZ expone unos cuantos datos de detenciones policiales de menores extranjeros con la intención de poner de manifiesto “que existe una realidad criminal relacionada con los movimientos migratorios, y en especial posiblemente con la inmigración ilegal” (2002:400). El artículo transmite cierto alarmismo acerca de la seguridad ciudadana, critica la falta de planificación de la política migratoria española e incluye unas desafortunadas citas a *La sociedad multiétnica* de Sartori, un libro de contenido altamente xenófobo. Desde la perspectiva empírica, de nuevo encontramos un recurso a las estadísticas del sistema penal con pretensiones de cuantificar la delincuencia.

Como ya he sostenido a lo largo de todo mi trabajo, las estadísticas que muestran una sobre-representación de los extranjeros en los diversos estadios del sistema penal no pueden ser interpretadas en el sentido de considerar que los extranjeros cometen más delitos. Insisto en que dichas estadísticas lo que miden es la actividad de las instancias del sistema penal, y su relación con la “delincuencia real” en la mayoría de los casos es muy lejana.

De ello nos advirtió de forma pionera SUTHERLAND [1940 y 1949] –y posteriormente los criminólogos críticos y de la reacción social¹⁰²–, al mostrar el papel

¹⁰² Ver por todos BARATTA, 1993:101-104; BERGALLI / BUSTOS / MIRALLES, 1983:99-103; TAYLOR / WALTON / YOUNG, 1997:29-39.

deslegitimador de las estadísticas (como instrumentos de medición de la criminalidad) que tienen las investigaciones sobre criminalidad de “cuello blanco” y sobre la llamada “cifra oscura”. No todos los delitos que se cometen encuentran reflejo en las estadísticas, sino que existe una “cifra oscura de la criminalidad” que está constituida por todos los delitos que nunca llegan a entrar en el circuito del sistema penal, bien por no ser descubiertos, bien por no ser seleccionados. De manera que las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias no pueden considerarse como el fiel reflejo de la criminalidad que se ha producido, sino que más bien muestran la actividad de las distintas instancias del sistema penal, es decir, la actividad de la policía, de la judicatura y de las instituciones penitenciarias respectivamente, así como el resultado de todo el proceso de criminalización, que se pone de manifiesto particularmente en las estadísticas carcelarias.

Dichas estadísticas tampoco se refieren a los “delincuentes”, sino tan sólo a los criminalizados, que son una pequeña parte (normalmente los más vulnerables) de los infractores de la ley penal. Difícilmente las instancias del sistema penal atrapan a los delincuentes de cuello blanco, porque disponen de mayores recursos para garantizar la impunidad de sus delitos.

Aplicados a la relación entre inmigración y sistema penal, estos planteamientos nos llevan a sostener que del análisis de las estadísticas oficiales no se puede deducir una mayor actividad delictiva por parte de los extranjeros. Estas cifras nos dicen poco sobre la comisión de delitos por parte de los extranjeros y casi nada respecto del volumen total de la “delincuencia real”. Lo que nos muestran las estadísticas es la actividad de las instancias del sistema penal frente a los extranjeros, lo que podemos denominar los “procesos de criminalización” de los extranjeros (MELOSSI, 1999:50; PAVARINI, 2002:168-173).

Con ello no pretendo decir que estos procesos de criminalización no obedezcan a la comisión de delitos por parte de los extranjeros. No estoy sosteniendo que la sobre-representación de los extranjeros sea atribuible exclusivamente al hecho que las instancias del sistema penal actúen de forma selectiva y discriminatoria frente a los extranjeros. Pero lo que sí es posible sostener es que las estadísticas que muestran una sobre-representación de los extranjeros no necesariamente reflejan una mayor comisión de delitos. Puede que así sea, pero también puede ser que no. Estas cifras no nos sirven para afirmar ni una cosa ni la otra (INSTITUT ESQUERRA XXI, 2003:38-52).

En realidad puede ser que los extranjeros cometan más delitos del tipo que la policía persigue con mayor eficacia. En cambio, como bien señala WAGMAN, no parece que tengan muchas oportunidades para cometer delitos societarios o estafas como la de Gescartera, ni tampoco delitos de prevaricación o en general reservados a los funcionarios públicos, debido a su imposibilidad de acceso a la función pública (2002).

No es fácil concluir hasta qué punto la sobre-representación es consecuencia de una mayor criminalidad de los extranjeros y hasta qué punto de la selectividad del sistema penal. No es posible cuantificar el peso de cada uno de estos procesos, y lo más probable es que se refuercen mutuamente. La sobre-representación de los extranjeros en las estadísticas del sistema penal puede producir y a su vez ser producto de un círculo vicioso. Si existe una creencia en la sociedad en general, y en las instancias del sistema penal en particular, acerca de la existencia de un estrecho vínculo entre inmigración y criminalidad, tal creencia comportará que la policía ejerza un control más intenso sobre los inmigrantes, los cuales pasan a constituir el objetivo privilegiado del control penal. De este mayor control sobre los inmigrantes se derivará un mayor “descubrimiento” de delitos cometidos por ellos, de modo que aumentarán las estadísticas sobre comisión de delitos por parte de los inmigrantes. Y estas estadísticas vendrán a confirmar la percepción de que los inmigrantes delinquen más, lo que a su vez reforzará el control sobre este colectivo, generándose un círculo vicioso difícil de desvirtuar.

Repito que con este planteamiento no quiero negar que los inmigrantes cometan delitos. Al negar la criminalidad de los inmigrantes se corre el peligro de ignorar las situaciones de marginalidad en las que viven muchos de ellos. Sólo reconociendo que existe malestar es posible articular políticas sociales destinadas a ponerle remedio, que son el tipo de políticas que deberían aplicarse, antes que las represivas. Pero creo que es necesario insistir una y otra vez sobre la correcta interpretación de las estadísticas, que no miden la criminalidad sino la actividad del sistema penal.

6. Recapitulación

A lo largo de este capítulo he presentado una serie de tablas y gráficos que ponen de manifiesto una acusada sobre-representación de los extranjeros en los diversos estadios e instancias del sistema penal. He señalado que la instancia policial en la mayoría de los casos actúa como puerta de ingreso en el sistema penal, de manera que

una sobre-representación de los extranjeros en las detenciones policiales necesariamente se transmitirá a las posteriores instancias. Aunque no conocemos bien cómo funciona este proceso de transmisión, porque no existe ninguna investigación –ni en España ni en Gran Bretaña, que son los dos ámbitos que más he estudiado- sobre la actividad de conjunto del sistema penal respecto a los extranjeros.

A continuación incluyo una tabla comparativa sobre las cifras absolutas, porcentajes e índices por 100.000 habitantes de detenciones policiales, condenas judiciales y encierros carcelarios de españoles y extranjeros (además de las cifras para el total de extranjeros, se presentan las de Marruecos, única procedencia relevante de la que disponemos de datos de condenas).

TABLA 18: Comparativa detenidos, condenados y presos extranjeros y españoles. Año 2002-2003.

| Nacionalidad | Detenidos | | | Condenados | | | Presos | | |
|-------------------|-----------|------|---------------|------------|------|---------------|--------|------|---------------|
| | Nº | % | x100.000 hab. | Nº | % | x100.000 hab. | Nº | % | x100.000 hab. |
| Total | 206.811 | 100 | 484 | 102.031 | 100 | 239 | 56.096 | 100 | 131 |
| Espanoles | 140.787 | 68'1 | 352 | 91.243 | 89'4 | 228 | 40.891 | 72'9 | 102 |
| Total extranjeros | 66.024 | 31'9 | 2.470 | 10.788 | 10'6 | 404 | 15.205 | 27'1 | 569 |
| Marruecos | 16.326 | 7'9 | 4.310 | 3.095 | 3'1 | 817 | 4.625 | 8'2 | 1.221 |

Fuente: estadísticas policiales y penitenciarias del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003; estadísticas judiciales del INE del año 2002 y estadísticas de población del INE de 2003.

Se puede observar que en todos los estadios encontramos a los extranjeros sobre-representados respecto a su presencia en la sociedad, lo que se comprueba al comparar sus índices de detenciones, condenas y encierros carcelarios por 100.000 habitantes con los respectivos para los españoles. Pero mientras en la instancia policial los extranjeros tienen 7 veces más posibilidades de ser detenidos, en la judicial las posibilidades de ser condenados no llegan a doblar las de los españoles y en la penitenciaria los extranjeros son encarcelados entre 5 y 6 veces con mayor frecuencia que los españoles.

Estas cifras son más acusadas en el caso de los extranjeros procedentes de Marruecos, que tienen 12 veces más posibilidades de ser detenidos que los españoles, entre 3 y 4 veces más posibilidades de ser condenados y de nuevo 12 veces más posibilidades de ser encarcelados.

Hay que advertir que las cifras de condenas judiciales proceden de un año anterior que las de detenciones y las carcelarias y, además, que los procesos judiciales

suelen demorar un período de tiempo más o menos prolongado, de manera que un mayor índice de detenciones policiales en un año determinado puede reflejarse en el índice de condenas con uno o dos años de retraso. De todos modos, los índices de detenciones policiales de inmigrantes, si bien aumentan año tras año, no han variado de forma abrupta en los últimos dos años¹⁰³.

Este mismo argumento temporal podría aplicarse a las cifras de población reclusa, que deberían depender más del volumen de condenas judiciales que del de detenciones. Sin embargo, observando la tabla núm.18 vemos que no es así. El elevado índice de reclusión de extranjeros en relación a su índice de condenas puede ser explicado por dos factores: en primer lugar, el uso desmedido de la prisión provisional en el caso de imputados extranjeros, que explicaría un importante porcentaje de la sobre-representación carcelaria de los extranjeros; en segundo lugar, las largas penas a las que son condenados muchos extranjeros como consecuencia de las tipologías delictivas por las que son detenidos y juzgados. El efecto de las largas condenas se observa sobremanera en el delito de tráfico de drogas, que si bien constituye sólo el 7'7% de los detenidos por la policía y el 7'3 % de las condenas judiciales, asciende a casi el 30% de los reclusos penados en las cárceles españolas. Si tenemos en cuenta que 1 de cada 3 condenas por drogas afecta a un extranjero, el funcionamiento de las largas condenas nos permite entender otra parte (difícil de cuantificar) de la sobre-representación carcelaria de los extranjeros.

Sin embargo, quedan muchas preguntas abiertas, y los datos que nos ofrecen las estadísticas oficiales todavía son insuficientes para obtener una visión detallada del funcionamiento de los procesos de criminalización de extranjeros. Las estadísticas penitenciarias no ofrecen datos de españoles y extranjeros por tipología delictiva, ni tampoco tenemos información sobre el tipo y duración de las penas impuestas a españoles y extranjeros, entre muchas otras cuestiones.

Todavía menos información tenemos acerca de la “transmisión” de los procesos de criminalización de una instancia a otra. Así, por ejemplo, no sabemos qué proporción de las detenciones policiales terminan en condena, ni para extranjeros ni para españoles. La investigación de CALVO, GASCÓN Y GRACIA indica que un 23% de los inmigrantes denunciados/detenidos (no se limita por tanto a detenciones policiales) son sobreseídos judicialmente. Del 77% que son sentenciados, un 60% son condenados

¹⁰³ En el año 2001 el volumen de detenciones de extranjeros acusados de un delito fue de 58.190, y en el 2003 esa cifra aumenta hasta los 66.024.

(2002:104-105). En esta investigación las sentencias penales estudiadas se refieren en buena parte a juicios de faltas, cuyas particularidades no permiten fácilmente extender las conclusiones a los procesos por delito. Como los mismos autores reconocen, se requieren estudios específicos dirigidos a confirmar o matizar los resultados obtenidos en este trabajo exploratorio.

En conclusión, hace falta en España mucha más investigación empírica acerca de la relación entre los extranjeros y el sistema penal. Sería interesante una investigación que tuviera en cuenta los diversos estadios e instancias del sistema penal, a fin de obtener una visión global de los procesos de criminalización de los extranjeros. Pero un trabajo empírico de tal envergadura requeriría un equipo investigador y una financiación que por el momento no está disponible en nuestro ámbito, porque las instituciones públicas y privadas no parecen estar interesadas en invertir en investigación socio-jurídica.

Por otro lado, he mostrado que en otros contextos -como en el caso de Gran Bretaña- se han desarrollado una serie de políticas y programas con el objetivo de combatir la discriminación en el sistema penal. También he sostenido que su eficacia es siempre relativa si no se combaten los procesos estructurales de discriminación social de las diversas minorías, lo que no significa que dichas políticas y programas no deban ser implementados. Son necesarios, aunque no suficientes.

En el Estado español el problema de la discriminación de los extranjeros en el sistema penal es un ámbito todavía muy inexplorado y desatendido por parte de las instituciones. No tengo conocimiento de la existencia de políticas anti-discriminatorias en el sistema penal.

En una solicitud de datos a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias pregunté acerca de la existencia de programas para atender necesidades específicas (lingüísticas, alimenticias, religiosas, educativas, etc.) de los reclusos extranjeros; de cursos formativos dirigidos al personal de instituciones penitenciarias a fin de combatir prejuicios y evitar prácticas discriminatorias; y de la existencia o previsión de introducir cupos de trabajadores pertenecientes a minorías étnicas. No se me informó de la existencia de ninguno de estos programas anti-discriminatorios, de manera que es probable que los mismos no existan o tengan dimensiones muy reducidas. Sólo indican que recientemente se ha creado una comisión de especialistas penitenciarios que trabaja en la programación de un Plan de intervención específica con internos extranjeros en materia de educación.

En Cataluña existe un Plan Interdepartamental de Inmigración que en el ámbito de prisiones se concreta a partir del año 2002 en la incorporación de mediadores interculturales y de imames para la atención religiosa de la población reclusa musulmana, así como en programas educativos de atención a la diversidad cultural (OSPDH, 2004:173).

Del mismo modo, en el ámbito policial lo único que existe es algún tipo de curso formativo en temas de multiculturalidad. Así, por ejemplo, en la *Memòria del Departament de Justícia i Interior de la Generalitat de Catalunya* se indica que el Centro Unesco de Cataluña ha organizado un curso de formación práctica en temas de multiculturalidad, estructurado en 4 módulos: Magreb, pueblo gitano, América Latina y países de África subsahariana. También entre las actividades de la *Escola de Policia de Catalunya* encontramos cursos de formación continuada y de formación para la promoción sobre “policía y diversidad cultural”, “introducción a la cultura y sociedad del mundo árabe” o “prácticas sobre interculturalidad”.

Si los contenidos de dichos cursos se limitan a ofrecer a los agentes policiales cierta información estereotipada acerca de las costumbres, alimentación y religiones de dichos grupos, no parece que vayan a tener mucha incidencia en los procesos de discriminación policial. En mi opinión, más que prestar atención a las características específicas de los diversos grupos humanos (que pueden ser más o menos reales), hay que ocuparse de los prejuicios y estereotipos negativos sobre los diversos grupos étnicos presentes en los agentes del sistema penal y, más en general, en el conjunto de la sociedad. Es decir, trabajar sobre los propios prejuicios, y no sobre las características de los otros que difieren de las nuestras, siguiendo el planteamiento del trabajo clásico de GUNNAR MYRDAL.

Antes de cerrar esta Parte II de la Tesis puede ser conveniente recordar que en la misma he pretendido centrar la atención en los probables procesos discriminatorios que sufren los extranjeros o minorías étnicas en los sistemas penales europeos y norteamericanos, de modo que el objeto de estudio ha sido la actividad del sistema penal.

He dejado fuera de la delimitación del objeto de estudio –tanto de esta Parte como del conjunto de la Tesis- el análisis de las actividades delictivas de los extranjeros, aspecto que reviste gran interés pero cuya investigación exigiría adentrarse en el ámbito del trabajo de campo del sociólogo. He insistido en que los criminólogos con demasiada frecuencia se han caracterizado por un uso inadecuado de las

metodologías de investigación social, pretendiendo cuantificar la criminalidad con estadísticas que en realidad miden la actividad del sistema penal.

Existen otros instrumentos para acercarnos al estudio de la criminalidad desde una perspectiva cuantitativa que resultarían más adecuados que las estadísticas de detenciones, condenas y población reclusa. Como he señalado, las mismas sólo cuantifican de manera bastante fiable la producción de unos pocos delitos (como sería el caso de los homicidios), pero no de la gran mayoría y, mucho menos, de la criminalidad como categoría abstracta. Para cuantificar la criminalidad se ha recurrido a menudo a las encuestas de victimización o a las encuestas de auto-incriminación. Las primeras han sido utilizadas en nuestro ámbito de forma bastante superficial, mientras que las segundas todavía tienen muy poca implantación. Ambos instrumentos presentan diversos inconvenientes que reducen su fiabilidad, aunque el principal hecho a destacar es que siempre se utilizan para cuantificar un mismo tipo de delitos –los denominados comunes o callejeros- y casi nunca para acercarse a otros comportamientos delictivos que permanecen inexplorados.

En mi opinión, si queremos estudiar el hecho social de la delincuencia –sea del colectivo que sea (extranjeros pobres, gerentes de multinacionales, políticos y empleados de altos organismos internacionales, integrantes de grupos criminales transnacionales, etc.)-, resulta más enriquecedor acercarse al objeto de investigación a través de métodos cualitativos de investigación social, o de herramientas cuantitativas que ofrezcan una mayor riqueza de información y matices. Además, el comportamiento infractor de normas penales, al igual que cualquier otro tipo de comportamiento, debe ser estudiado en el ámbito en el que se produce, que son las interacciones sociales en el gueto, en la empresa, en las oficinas de los políticos, etc., en función del tipo de comportamiento que queramos observar. Es un error tratar de estudiar la criminalidad dentro de los muros de las prisiones, así como confundir a los criminalizados con los “delincuentes”.

Los investigadores de la Escuela de Chicago a principios del siglo XX suministraron excelentes ejemplos de trabajos de campo con novedosas metodologías de investigación social que permitían acercarse al fenómeno de la inmigración en las grandes urbes norteamericanas de aquel entonces, y que incluían el estudio de los comportamientos delictivos. Ese tipo de trabajos aportan una rica información sobre el objeto de estudio que de ninguna manera podemos obtener a través del examen de las estadísticas oficiales.

Por tanto, según mi punto de vista, si queremos estudiar la actividad del sistema penal respecto a los extranjeros las estadísticas del sistema penal nos pueden resultar de gran utilidad, porque nos permiten conocer las dimensiones del problema y comparar el tratamiento penal de los diversos grupos nacionales o étnicos. Pero si lo que queremos es acercarnos al fenómeno de la delincuencia de los extranjeros, será necesario acudir a otros instrumentos de investigación social que aparezcan como adecuados para la investigación concreta que se quiera desarrollar.

Algunos ejemplos recientes de investigación social acerca de las actividades delictivas de los inmigrantes pobres, siguiendo la mencionada tradición sociológica de Chicago, los encontramos en el ámbito italiano. Sin ánimo de ser exhaustiva, quiero mencionar por una parte las investigaciones sobre inmigración y seguridad desarrolladas en la región de Emilia-Romagna en el marco del Proyecto *Città sicure* y, por otra parte, las coordinadas por Salvatore Palidda en el marco de la fundación Cariplo-Ismu.

Como pone de manifiesto MELOSSI (1999:37-75), estos trabajos sociológicos sitúan la cuestión migratoria en el marco más amplio de la reestructuración de la economía y del mercado de trabajo conocida como “postfordismo”, que ha supuesto la pérdida de centralidad de la producción fabril en favor del sector de los servicios, y la desorganización política de la clase obrera. En el contexto de la flexibilidad y desprotección laboral emerge una nueva clase obrera muy dividida, más joven, pobre, femenina y con un elevado porcentaje de población inmigrante. En este marco, las investigaciones italianas identifican la existencia de un proceso de sustitución de los nativos por inmigrantes en los sectores más depreciados del mercado de trabajo, tanto legal como ilegal.

En concreto, los trabajos coordinados por PALIDDA analizan el rol que ocupa el inmigrante en el mercado de trabajo, y señalan como tesis central que los inmigrantes están sustituyendo a los nativos en varias ocupaciones, tanto en el mercado de trabajo legal como en el ilegal. Del mismo modo que en el mercado de trabajo legal encontramos a los inmigrantes realizando los trabajos que no quieren realizar los nativos (en el campo, en la construcción, etc.), también en el mercado ilegal de trabajo se produciría un fenómeno similar. Los investigadores constatan que la venta de drogas a pequeña escala y la prostitución en la calle son actividades realizadas básicamente por

inmigrantes. En estas actividades han desplazado o sustituido a los nativos¹⁰⁴. Por lo general, este tipo de actividades conllevan un mayor riesgo de criminalización –de ahí que los nativos se presten cada vez menos a realizarlas-, lo que a su vez podría explicar la sobre-representación de los inmigrantes en los diversos estadios del sistema penal. (2001:56-63 y 80-85).

Por otro lado, es importante destacar que la investigación enmarcada en el Proyecto de *Città sicure* sobre inmigración y seguridad empieza trabajando sobre los prejuicios de la población italiana acerca de los inmigrantes, y no sobre los comportamientos delictivos pretendidamente diversos de los segundos, como es habitual en algunas tradiciones criminológicas.

Los sociólogos italianos nos alertan sobre el error de considerar este tipo de actividades delictivas o desviadas como un fenómeno de criminalidad de los inmigrantes, por el mero hecho de que las mismas sean realizadas por inmigrantes. Por el contrario, señalan que se trata de fenómenos locales, en los que los inmigrantes sólo ocupan el papel que antes ocupaban los nativos. El fenómeno en sí es responsabilidad de la sociedad “de acogida”. De hecho, en general las personas que adquieren estos servicios que ofrecen los inmigrantes (drogas, prostitución) son los nativos. Ello les lleva a hablar de la “función espejo” que desarrollan los inmigrantes: nos encontramos frente a determinados comportamientos delictivos o desviados de algunos extranjeros como frente a un espejo, y vemos una imagen que no nos gusta (MELOSSI, 2002:161-167; 1999:37-75).

Estas investigaciones parten de la premisa que no es posible estudiar separadamente la desviación y la reacción social a la misma, sino que ambos forman parte de un mismo proceso. Y por ello mismo trabajan de forma conjunta los procesos de desviación de los inmigrantes y los de criminalización de las agencias del sistema penal, a través de metodologías de investigación social que trascienden el mero uso de estadísticas oficiales, a fin de acercarse al fenómeno objeto de estudio desde enfoques que no se limiten a la visión de la “delincuencia de los inmigrantes” que proyecta el sistema penal. En este sentido, la criminología en España que pretende conocer el fenómeno de la delincuencia de los inmigrantes debería tomar nota de estas experiencias.

¹⁰⁴ Este tipo de sustitución de los nativos por inmigrantes ha sido constatado en el centro y el norte de Italia, pero no en el sur, donde tales actividades las siguen realizando los jóvenes autóctonos, los cuales a su vez continúan siendo el objeto principal de la actividad de las instancias del sistema penal.

PARTE III: ANALISIS SOCIO-JURÍDICO.
LA POLÍTICA MIGRATORIA EN EL ESTADO ESPAÑOL.
EN CONCRETO, EL CONTROL REPRESIVO DE LA INMIGRACIÓN

Esta Tercera Parte de la Tesis está dedicada al análisis socio-jurídico del tratamiento penal y represivo de la inmigración diseñado por la ley en nuestro ámbito.

El derecho es un instrumento con una elevada capacidad de conformación de la realidad social, cuya eficacia puede ser puesta al servicio de los derechos humanos o, por el contrario, puede servir como instrumento de dominación y de sometimiento del débil frente a los intereses de los grupos más poderosos.

Aplicando esta dicotomía al tema que aquí me interesa, el derecho puede constituir un recurso “positivo” o integrador si mediante el reconocimiento de la igualdad de derechos se contribuye a la efectiva equiparación de la posición social estructural de los extranjeros y los nacionales; pero también puede constituir un instrumento “negativo” de dominación si se utiliza para crear, reproducir y amplificar situaciones de desigualdad.

Pese a todo, como señala DE LUCAS (2000:3-11), si bien una buena ley migratoria es un punto de partida imprescindible para la integración social de los inmigrantes, no es por sí sola suficiente. Los desafíos que plantea la inmigración no pueden ser abordados simplemente con la aplicación de la ley, aunque se tratase de un instrumento técnico irreprochable. La ley puede formalmente garantizar la igualdad y el reconocimiento de derechos a los extranjeros, lo que constituye un presupuesto necesario para la integración social, pero la eficacia de la integración depende en gran medida del apoyo social. Como advierte MELOSSI a propósito del garantismo, en los análisis acerca de la relación entre derecho y sociedad hay que evitar caer en el punto de vista del “jurista ingenuo”.

Lo cierto es que la ley por sí sola no garantiza la integración social de los inmigrantes, pero en función de su orientación garantista-integradora o policial-represiva tendrá una función positiva o negativa en relación a la integración de los inmigrantes.

En esta última parte de la Tesis me propongo analizar esa otra función del derecho que he denominado “negativa”, y que consiste en el establecimiento de impedimentos o dificultades a la equiparación entre españoles y extranjeros mediante la creación y posterior aplicación de normas jurídicas.

Trataré de mostrar que a pesar que la Ley de Extranjería lleva por nombre “Ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en realidad no contribuye a la integración de los extranjeros. Por el contrario,

constituye una norma de policía que impone a los extranjeros-inmigrantes desventajas adicionales que dificultan su proceso de inserción socio-laboral en España.

En especial me centraré en dos instituciones aplicables tan sólo a los extranjeros que ejemplifican claramente esa función negativa del derecho a la que me he referido: la expulsión del extranjero del territorio nacional y la privación de libertad en los centros de internamiento para extranjeros durante la tramitación de un expediente administrativo de expulsión.

Pero en primer lugar me ocuparé brevemente de la política migratoria de la Unión Europea, que constituye el marco en el que se inserta la política migratoria del Estado español.

CAPÍTULO 9: MARCO EUROPEO: LA POLÍTICA MIGRATORIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En la actualidad nos encontramos ante un momento pretendidamente constituyente de la Unión Europea. El pasado 12 de enero de 2005 el Parlamento Europeo aprobó el Proyecto de Tratado de Constitución Europea (previamente aprobado por los representantes de los diversos Estados miembros). El texto ha sido elaborado por la Convención presidida por el Sr. Valéry Giscard d'Estaing, una reconocida figura de la derecha francesa tradicional. La Constitución europea debe ser ahora ratificada por los Estados miembros de la UE siguiendo los procedimientos establecidos en sus legislaciones internas respectivas. En algunos países ello exigirá el sometimiento a referéndum de la población, en otros países dicho referéndum se hará para atribuir mayor legitimidad al texto, mientras que otros se limitarán tan sólo a una aprobación parlamentaria del Proyecto.

En este capítulo veremos cómo se ha ido construyendo la política migratoria comunitaria hasta el estadio actual y trataremos de reflexionar acerca de si el nuevo instrumento constitucional abre la puerta a nuevas oportunidades de integración de los inmigrantes o, por el contrario, supone un nuevo mecanismo de control, represión y exclusión de estas personas.

Lo primero que hay que decir en relación con este Proyecto de Constitución es que el mismo es fruto de un proceso de escasa calidad democrática (PEDROL / PISARELLO, 2004:27-35). El texto se ha elaborado absolutamente al margen de la voluntad y participación popular. No ha tenido lugar un verdadero proceso constituyente, en ningún momento se han sometido a discusión y participación pública los debates acerca del modelo de Europa que se quiere construir. No es aquí el lugar para entrar en estos temas, pero sí quiero dejar sentada la falta de legitimidad popular con la que nace esta Constitución Europea, que es más deudora de las negociaciones entre tecnócratas que de la voluntad de los pueblos europeos de unirse bajo un mismo paraguas constitucional. La aludida falta de legitimidad democrática de este proyecto constitucional se intentará paliar en diversos países mediante el sometimiento a referéndum del texto constitucional; es decir, se pedirá a las poblaciones europeas que emitan un “sí” o un “no” en relación al texto constitucional, en las discusiones del cuál no habrán intervenido.

Pero incluso la atribución de esta legitimidad formal se verá devaluada debido a que una parte considerable de la población residente en Europa quedará al margen de

esta consulta popular: los inmigrantes, que suman casi 20 millones de la población europea. Estas personas constituyen cerca del 10% de la población de algunos países de la UE y, como término medio, alcanzan alrededor del 6% de la población europea. Residen en territorio de la UE, contribuyen con su trabajo al desarrollo económico, pagan sus impuestos y se van a ver afectados por el texto constitucional pero, sin embargo, no serán llamados a consulta popular.

Digo que se van a ver afectados –y aquí entro en el tema que me interesa- porque la Constitución Europea otorga rango constitucional a la política migratoria de la UE que se ha ido gestando en los últimos 20 años a través de acuerdos secretos, grupos de trabajo de expertos y convenios absolutamente carentes de legitimidad democrática. El hecho que ahora esta política migratoria forme parte del texto constitucional, le otorga un status de permanencia y legitimidad y la “blinda” frente a la posibilidad de ensayar modelos alternativos de regulación de los flujos migratorios.

Pero veamos cómo se ha ido configurando la política migratoria europea para, luego, examinar cómo queda plasmada en el Proyecto de Constitución Europea. De este modo podremos verificar si la futura Constitución supone un salto cualitativo en relación al tratamiento de la inmigración o, por el contrario, como ya he sostenido anteriormente (MONCLÚS, 2004b:105-122), no hace más que “constitucionalizar” un modelo continuista de limitación de derechos y garantías a los “no-ciudadanos”¹⁰⁵ y de configuración de políticas migratorias restrictivas y excluyentes.

1. Schengen y la cooperación policial en el control de las fronteras

Desde el fin de la segunda guerra mundial la cuestión migratoria ha estado muy presente en varios países del norte y centro de Europa como Francia, Gran Bretaña, Alemania o Países Bajos, que reclutaron importantes contingentes de trabajadores bien entre los ciudadanos de sus antiguas colonias o bien con un régimen de *guest workers*. Con la crisis económica de principios de la década de 1970 se frena la demanda de mano de obra y los gobiernos de estos países aprueban leyes restrictivas de la inmigración, que en algunos casos incluyeron deportaciones de inmigrantes ya establecidos. Estas dificultades, junto con un rápido desarrollo económico de los países del sur de Europa (Italia, España, Portugal, Grecia), que hasta entonces habían sido

¹⁰⁵ Ver DAL LAGO, quien señala que las políticas europeas de lucha frente a la inmigración (militarización de fronteras, centros de internamiento, expulsiones generalizadas, etc.) están generando una división de la población entre ciudadanos y “no-ciudadanos”; estos últimos son los extranjeros ilegítimos, que carecen de derechos y garantías (1999:7-18).

exportadores de mano de obra, provoca que los flujos migratorios sigan también esas nuevas direcciones. Sin embargo, estos nuevos países de inmigración pronto se armarán también de una batería de medidas para restringir la inmigración. En el caso de España, la primera Ley de Extranjería se aprueba el mismo año en que ingresa en la Comunidad Europea (1985) y, de ahí en más, nuestra política migratoria estará condicionada por el hecho de constituir una de las fronteras sur de Europa (BORRÁS, 1995).

La década de 1980 protagoniza el inicio de un importante impulso a la integración europea, estableciéndose el objetivo de un mercado común europeo libre de fronteras interiores. El Tratado de Roma de 1957 había creado ese mercado común europeo, que incluía la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y trabajadores dentro del territorio de las Comunidades Europeas, pero el Acta Única Europea de 1987 puso fecha a la desaparición de las fronteras interiores para hacer efectiva esa libre circulación: 31 de diciembre de 1992.

Sin embargo, la desaparición de los controles fronterizos internos generaba cierta inquietud, ya que se decía que podía afectar a la seguridad interna de los Estados, debido a que los criminales, terroristas, traficantes de armas y drogas y los inmigrantes ilegales también hallarían menos obstáculos para moverse por el territorio de la Comunidad. Por ello se pensó que la desaparición de las fronteras internas debería ser compensada con otras medidas de seguridad (las llamadas “medidas compensatorias”). A tal fin se crearon grupos de trabajo específicos para preparar la sustitución de las fronteras por otros medios de control: el Grupo Ad Hoc sobre Inmigración, formado por los Ministros del Interior de los Estados miembros, con el soporte de una secretaría permanente (1986)¹⁰⁶; los grupos de trabajo que prepararon las bases para los Acuerdos de Schengen (1985 y 1990). Al mismo tiempo, el Grupo Trevi, que era un instrumento de cooperación intergubernamental creado a mediados de la década de 1970 para luchar contra el terrorismo y el extremismo, incluyó entre sus objetivos el control de las fronteras y de la inmigración ilegal (DEN BOER, 1995:92).

El hecho que se incluya en un mismo saco la lucha antiterrorista, la lucha contra el tráfico de drogas y la criminalidad organizada y el control de los flujos migratorios ya transmite una idea del enfoque que se va a dar al fenómeno migratorio. La inmigración irregular va a ser considerada como una amenaza para la seguridad interior de los Estados, de la misma forma que lo son las formas de criminalidad organizada

¹⁰⁶ Que elaboró los borradores del Convenio de Dublín sobre Asilo de 1990 y del Convenio sobre el cruce de fronteras externas.

mencionadas. Se perfila de este modo una identificación entre inmigración y criminalidad, prejuicio que veremos extenderse rápidamente en todos los Estados miembros de la UE.

Es entonces a partir de 1985 que se empiezan a poner las bases de la política migratoria comunitaria. El Acuerdo de Schengen de 1985 tenía como objetivo adelantar la abolición de las fronteras interiores entre los Estados firmantes del mismo¹⁰⁷, a la vez que constituye un instrumento esencial para el control de las fronteras exteriores y anticipa en la práctica las previsiones que luego se introducirán en el Tratado de la Unión Europea de 1992 y en el Tratado de Ámsterdam de 1997. Se puede decir que en ese momento se empieza a gestar la política comunitaria represiva y de control policial de la inmigración en Europa.

Las consecuencias concretas del Acuerdo de Schengen respecto a los extranjeros extracomunitarios (técnicamente denominados en la jerga comunitaria “nacionales de Terceros Estados”) se pondrán de manifiesto en 1990, con la aprobación del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que ya regula específicamente el cruce de las fronteras exteriores de la Comunidad Europea por parte de los extranjeros extracomunitarios y establece condiciones particularmente restrictivas¹⁰⁸.

Además, la coordinación policial en el control de las fronteras se garantiza mediante el llamado Sistema de Información de Schengen (SIS), que consiste en una base de datos para el almacenamiento e intercambio de información relativa a extracomunitarios “peligrosos” que puede ser consultada desde todos los Estados parte. Si la policía de un Estado considera que un extranjero puede constituir una amenaza para el orden público o la seguridad nacional, lo puede incluir en el listado de “no admisibles” y ello supone automáticamente que la persona verá denegado su acceso al territorio de todos los Estados contratantes¹⁰⁹.

La referencia al orden público y a la seguridad nacional puede hacer pensar que el SIS está destinado a contener datos relativos a personas muy peligrosas, como

¹⁰⁷ Inicialmente Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo y Holanda. En la actualidad lo han firmado todos los Estados miembros de la UE, excepto Gran Bretaña e Irlanda.

¹⁰⁸ Para estancias inferiores a tres meses se requiere: además del pasaporte, poseer un visado cuando éste sea exigido -se crea el “visado uniforme” Schengen, válido para el territorio de todas las partes contratantes para estancias de tres meses como máximo-; obligación de presentar los documentos justificativos de la estancia y de acreditar medios de subsistencia; no estar incluido en la lista de “no admisibles”; no suponer un peligro para el orden público o la seguridad nacional de alguno de los países contratantes (art. 5).

¹⁰⁹ Esto significa que un “no” de un país –o una expulsión- supone un “no” de los 25 Estados Miembros de la Unión Europea. En cambio, un “sí” de un país es tan sólo un “sí” de uno, sin que se conceda al extranjero extra-comunitario libertad de residencia por todo el territorio de la Unión.

terroristas internacionales, traficantes de drogas o de armas. Pero ello no es necesariamente así, ya que el convenio permite incluir en la lista de “no admisibles” a los extracomunitarios por el simple hecho de haber sido condenados a un pena de prisión superior a un año¹¹⁰ o por apreciar indicios serios de actividades delictivas graves¹¹¹, así como por haber sido objeto de una medida de expulsión por el incumplimiento de la normativa de entrada o residencia de extranjeros¹¹² (art. 96). No está de más decir que la decisión de incluir a un extracomunitario en el listado de “no admisibles” queda en las exclusivas manos de las diversas policías estatales, sin que se prevea ningún tipo de control judicial de tal decisión, ni siquiera por la vía de posteriores recursos (DE GIORGI, 2005:92).

Por tanto, para tener acceso a esta “Europa Fortaleza” los extracomunitarios deben demostrar que no constituyen un peligro para el “orden público” mediante el cumplimiento de una serie de condiciones que no se exigen a los ciudadanos europeos. El elevamiento del estándar de exigencia para los extracomunitarios se irá repitiendo a lo largo de todo el proceso migratorio, y la infracción de las condiciones se verá sancionada con la expulsión, a fin de recordar continuamente a estas personas que no son ciudadanos. Además, la reglamentación del cruce de fronteras y de la expedición de visados de Schengen pone de manifiesto una vez más la concepción del extranjero extracomunitario como sujeto potencialmente peligroso, que desemboca fácilmente en una confusión entre inmigrante y delincuente.

¹¹⁰ La primera crítica es que no se hace referencia a si la condena debe ser por un delito cometido en un país europeo o, como mínimo, castigado también en Europa (donde, por otro lado, no existe un Código Penal unitario), de modo que –por poner sólo un ejemplo- en base a este artículo se puede incluir en la lista de “no admisibles” a una mujer que haya sido condenada en su país de origen por adulterio. Pero aunque se exigiera una condena por delito existente en Europa, por poco que se consulte cualquier Código Penal europeo se comprobará que la gran mayoría de “delitos de poca monta” superan la pena de un año. Si a quien se quería vetar el acceso a Europa era a los “delincuentes internacionales peligrosos”, se podía perfectamente hacer mención a los delitos de criminalidad organizada.

¹¹¹ En este caso se trata, ni más ni menos, que del ya conocido principio de la “peligrosidad” tan denostado por la arbitrariedad que permite a la policía, ya que no exige una previa sentencia judicial de condena para adoptar medidas restrictivas de derechos. Vemos entonces reaparecer este principio, ahora para ser aplicado a los extracomunitarios.

¹¹² Y en este tercer caso ya es obvio que la inscripción en la lista de “no admisibles” no tiene nada que ver con criterios de “orden público o seguridad nacional”, sino que se realiza por el mero hecho de ser un “extranjero ilegal”. Se confirma una vez más que las medidas excepcionales destinadas a combatir determinadas emergencias, se acaban generalizando como instrumentos ordinarios de gestión, en este caso de los flujos migratorios.

2. De la cooperación intergubernamental (Maastricht) a la política migratoria comunitaria (Ámsterdam)

Como hemos dicho, con los Acuerdos de Schengen se inicia la política migratoria comunitaria, cuyo diseño queda en manos de los expertos y altos cargos policiales de los Ministerios del Interior de los países comunitarios. Este inicio absolutamente marcado por la preocupación acerca de la seguridad y basado en la mera cooperación policial se extiende a los desarrollos sobre el tema en el Tratado de la Unión Europea de 1992, y dejará una pesadísima herencia a la política migratoria europea, que permanece todavía en el Proyecto de Constitución Europea, centrado en los aspectos del control de la inmigración y no de su integración.

En 1992 la política migratoria pasa a formar parte de la estructura institucional de la Unión Europea. El Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 de la Unión Europea crea el llamado “tercer pilar”, que tiene como objetivo la cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior (Título VI del Tratado). En este marco, el art. K.1 se refiere a los ámbitos “de interés común” de los Estados Miembros, entre los que se mencionan la política de asilo¹¹³, las normas relativas al cruce de las fronteras exteriores de la UE y la política de inmigración. Respecto a esta última, se hace referencia en concreto a: 1) las condiciones de acceso y de circulación por el territorio de los Estados miembros de los extracomunitarios; 2) las condiciones de residencia de los extracomunitarios en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar; 3) la lucha contra la inmigración, la residencia y el trabajo irregulares de los extracomunitarios en el territorio de los Estados miembros.

Esto significa que la política migratoria y de asilo, tradicionalmente reservada a los Estados, se convierte a partir de Maastricht en un ámbito de cooperación intergubernamental, profundizando de este modo la cooperación política entre los Estados que ya se venía realizando. Pero no pasa a ser materia de competencia comunitaria, salvo la política de visados, para la que se prevé un mecanismo comunitario en el art. 100 C del Tratado¹¹⁴.

¹¹³ En materia de asilo hay que tener en cuenta la existencia ya del Convenio de Dublín, de 15 de junio de 1990, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de una petición de asilo presentada en uno de los Estados miembros de la Comunidad, aunque no entra en vigor hasta 1997.

¹¹⁴ En ejercicio de esa competencia se aprobó el Reglamento nº 2317 de 1995 del Consejo de la UE, que contiene la “lista común de los países cuyos ciudadanos deben obtener un visado para atravesar las fronteras exteriores de los Estados miembros”. De este modo se logra ya una armonización de la política de visados entre todos los Estados de la UE, que establece la exigencia de visado para los nacionales de más de 100 países, así como visas de tránsito aéreo para los nacionales de los países que más demandas de asilo generan.

El hecho que las políticas sobre control migratorio quedasen en el ámbito de la cooperación intergubernamental implica que los actores que las diseñan y las llevan a cabo son altos funcionarios y expertos de los Estados y de la UE que se mueven en un ámbito burocrático alejado de la participación ciudadana y sus demandas o necesidades. Además, estas políticas, así como las instituciones que las ponen en práctica (Europol, policías estatales) quedan al margen del control del Parlamento Europeo y del Tribunal de Justicia de la UE, de modo que la falta de transparencia y de control ciudadano es notable (DEN BOER, 1995:93).

Pero además, la inclusión de la política migratoria en el ámbito de la cooperación intergubernamental, que exigía unanimidad de todos los Estados miembros y de las Instituciones de la UE, hizo que el intento de avanzar en el terreno de una política migratoria comunitaria fuera inefectivo. Más concretamente, se dijo que la política migratoria de la UE carecía de unos objetivos claros y de un calendario para alcanzarlos, así como de los instrumentos legales adecuados para hacer cumplir los acuerdos que se lograsen (JORDAN / STRATH / TRIANDAFYLLIDOU, 2003:209).

Estos inconvenientes fueron resueltos en el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, que declara la competencia comunitaria sobre migración y asilo al incorporar un Título específico (Título IV del Tratado Comunidad Europea) dedicado a “Visas, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. En relación a la política migratoria, este Título atribuye al Consejo Europeo la competencia para adoptar medidas en los siguientes ámbitos: 1) condiciones de entrada y de residencia de los extracomunitarios y procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y permisos de residencia, incluidos los de reunificación familiar; 2) lucha contra la inmigración ilegal y la residencia irregular, incluida la repatriación; 3) medidas que definan los derechos y condiciones bajo las cuales los extracomunitarios que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros.

Además, se incluye entre los objetivos de la Unión Europea el de “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia” (art. 2 TUE).

Por tanto, en el Tratado de Ámsterdam de 1997 la política de inmigración y asilo se sitúa por primera vez en el centro de la agenda de la UE. Y ya aparece explícitamente el

vínculo, que luego encontramos en el Proyecto de Constitución, entre la libre circulación de personas dentro de la Unión y la necesidad de controlar la inmigración.

Pero lo que interesa remarcar aquí es que a partir de 1997 la política migratoria ya no es un área de interés común de los Estados miembros en la que se deba potenciar la cooperación intergubernamental, sino que se convierte en objetivo político de la Unión y se atribuye a ésta la competencia en materia migratoria.

También es importante destacar que el Tratado de Ámsterdam incorpora los Acuerdos de Schengen dentro del Tratado de la Unión Europea mediante el “Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea”, de modo que toda esa política migratoria basada en el control policial que había sido elaborada a puerta cerrada por altos cargos de los Ministerios del Interior y de la que se había criticado su absoluta falta de legitimación democrática, pasa ahora a formar parte plenamente de la Unión Europea.

A partir de la inclusión de la política migratoria dentro de los objetivos de la Unión, las instituciones comunitarias han dedicado bastantes esfuerzos en desarrollar una política migratoria común. Ello se ha plasmado en algunas propuestas de directivas de la Comisión Europea desde el año 2000 en adelante¹¹⁵ que, sin embargo, aún no han sido aprobadas. Tan sólo ha sido aprobada una Directiva sobre reunificación familiar, que destaca precisamente por la restricción de este derecho respecto a las normativas nacionales previamente existentes en varios Estados Miembros¹¹⁶. Por tanto, se puede decir que todavía no existe una política migratoria coherente y armonizada de la Unión Europea, pese a los constantes intentos de diseñarla desde 1992 en adelante, pero que las pocas normas comunes que se han aprobado van en un sentido restrictivo (JORDAN / STRATH / TRIANDAFYLLIDOU, 2003:207).

3. La “constitucionalización” de una política migratoria represiva

De esta forma llegamos al actual Proyecto de Constitución Europea, que se refiere de forma genérica a las competencias comunitarias sobre la política migratoria y de control de fronteras exteriores, estableciendo tan sólo las líneas maestras de esa política

¹¹⁵ Como es el caso, por ejemplo, de la propuesta de directiva de la Comisión Europea de 11/7/2001 sobre las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros Estados con el fin de desarrollar trabajo asalariado o actividades económicas autónomas, o la propuesta de directiva de 28/8/2001 relativa al estatus de los nacionales de terceros Estados que son residentes de larga duración.

¹¹⁶ La Directiva restringe hasta tal punto el derecho de reunificación familiar y establece tantos obstáculos que el mismo Parlamento Europeo se plantea solicitar su anulación ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo por vulneración de derechos fundamentales (Plein Droit n° 58, décembre 2003, Édito).

(a diferencia del detalle con que reglamenta las políticas relativas a la economía). La ausencia de concreción es debida a que todavía no se ha llegado a un acuerdo entre los Estados miembros ni sobre el control de las fronteras exteriores, ni sobre una política común en la expedición de permisos de residencia de larga duración, así como tampoco acerca del reconocimiento de la libertad de circulación y residencia de los extracomunitarios en el territorio de otros Estados miembros distintos al de su residencia. Pero aunque generales, las pautas maestras que establece el Proyecto de Constitución van en la línea de una continuidad con el diseño excluyente y represivo de control de los flujos migratorios iniciado con Schengen.

El Proyecto de Constitución incorpora en su Parte II la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, con el fin de dar apariencia de Constitución a un nuevo Tratado que pretende “blindar” el modelo de Europa Fortaleza asentado en un concepto de ciudadanía excluyente. El reconocimiento de derechos a los inmigrantes en la Carta se limita a lo imprescindible, esto es, a las referencias obligadas por anteriores compromisos internacionales.

El art. II-78 de la Carta reconoce el derecho de asilo de acuerdo a las normas de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Por su parte, el art. II-79 establece una mínima protección en caso de devolución, expulsión y extradición, que consiste en la prohibición de expulsiones colectivas y en la garantía de no devolución, expulsión o extradición de una persona a un Estado en el que corra grave riesgo de ser sometida a pena de muerte, torturas u otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Este artículo, por tanto, no constitucionaliza un derecho, sino una garantía aplicable a una restricción de derechos, de forma que, por la vía de establecer una mínima protección, la Carta de Derechos Fundamentales implícitamente reconoce la constitucionalidad de las devoluciones, expulsiones y extradiciones como instrumento de control de la inmigración.

Ya en la Parte III del Proyecto de Constitución, dedicada a las políticas y al funcionamiento de la Unión, el Capítulo IV del Título III lleva como título “Espacio de libertad, seguridad y justicia” y, entre otras cuestiones, señala que la Unión desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores (art. III-257). Ello se desarrolla posteriormente en la Sección Segunda (arts. III-265 a III-268) titulada “políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración”. En relación a la política migratoria comunitaria, el art. III-267.1 establece que “La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una

gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y lucha reforzada contra ambas”.

A continuación, el segundo párrafo de este mismo artículo, en una redacción muy similar a la del Tratado de Ámsterdam, señala que mediante leyes o leyes marco europeas se establecerán las medidas en los ámbitos siguientes:

- a) las condiciones de entrada y residencia y las normas sobre expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;
- b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;
- c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación irregular;
- d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

El artículo habla claramente de la expulsión y la repatriación como instrumentos de la política común de inmigración destinados a luchar contra la inmigración ilegal¹¹⁷. Y también prevé la posibilidad que la UE firme acuerdos de readmisión con los países de procedencia de los flujos migratorios, a fin de facilitar las medidas de expulsión y repatriación de extranjeros irregulares.

En cambio, no forma parte de la política migratoria comunitaria el establecimiento directo de políticas destinadas a la integración de los inmigrantes, sino que tan sólo se prevé la posibilidad que la UE dicte leyes destinadas a fomentar o apoyar la acción de los Estados en este sentido (art. III-267.4).

De todo lo examinado, parece deducirse que la política migratoria de la UE que ahora adquiere rango constitucional no hace más que continuar el enfoque previamente aplicado por los Estados de pretender regular el proceso migratorio mediante el control policial de las fronteras exteriores y los instrumentos de las expulsiones y

¹¹⁷ No habla en cambio de los centros de internamiento, cuestión que podría ser esgrimida en un futuro para alegar su inconstitucionalidad, aunque esta ausencia no garantiza el éxito de la impugnación, como hemos podido comprobar en relación a contextos nacionales.

repatriaciones. Y ello pese a que esta forma de abordar el proceso migratorio se ha revelado ineficaz a lo largo de los últimos años y con un coste humano elevadísimo.

Pero si la Unión Europea se propone el objetivo de aumentar la eficacia en la vigilancia de las fronteras exteriores y en el control de las personas (como señala el art. III-265), no hay que subestimar tal objetivo. Seguramente puede lograr esa mayor eficacia mediante la creación de una fuerza policial fronteriza europea, involucrando nuevos actores en el control migratorio (como las compañías de transporte), imponiendo a los países de origen de inmigración acuerdos de readmisión si quieren recibir fondos de cooperación al desarrollo, extendiendo la exigencia de visados para acceder a Europa, creando “zonas internacionales” en aeropuertos para retener a los pasajeros a quienes se deniega la entrada a Europa sin acceso a abogados ni organizaciones defensoras de los Derechos Humanos, creando centros de internamiento para extracomunitarios a un lado y otro de las fronteras europeas¹¹⁸, destinando elevados recursos económicos para poner la tecnología al servicio de ese control (radares y sensores nocturnos en las fronteras exteriores, sistemas informáticos centralizados como el SIS), en vez de destinar todos estos recursos a la integración social de los inmigrantes y al desarrollo económico y social de los países de origen.

Aunque esta mayor eficacia en todo caso se logrará al precio de fortalecer las mafias y redes de inmigración ilegal y al precio asimismo de la restricción del estándar de derechos humanos respecto a los inmigrantes. Por no hablar ya de la ausencia absoluta en la Unión Europea –y en el Proyecto de Constitución- de una perspectiva humana en la regulación de los flujos migratorios. Es decir, al acoger la Constitución Europea un enfoque puramente continuista elude hacer frente a una realidad que no puede ser resuelta mediante policía, control y represión, a menos que estemos dispuestos a pagar el coste en derechos, libertades y garantías que supondría convertir Europa en un Estado-Fortaleza policial.

El Proyecto de Constitución europea ensalza el valor de la libertad, pero se trata tan sólo de una libertad -sobre todo de mercado- para unos cuantos privilegiados, con

¹¹⁸ Recientemente Tony Blair ha propuesto la creación de centros de retención para solicitantes de asilo fuera de las fronteras europeas, a fin que estas personas no puedan permanecer en Europa y convertirse en inmigrantes ilegales si su solicitud de asilo es rechazada. Por otro lado, los centros de internamiento para extranjeros están muy extendidos por toda la geografía europea, e incluso empiezan a convertirse en un nuevo “negocio”: ya existen algunos centros gestionados por empresas privadas, como es el caso del centro de detención de *Büren* (Alemania), antiguo cuartel militar y actualmente prisión para ilegales más grande de Europa, donde los detenidos son custodiados por el servicio privado de seguridad *Kötter Security* (De Stoop, 1999:40-45). También en Gran Bretaña existen Centros para inmigrantes gestionados por empresas privadas, como el *Bedford*, a cargo de la empresa privada *Group 4* (*El País*, 17/2/2002).

exclusión de los “no-ciudadanos”. La contrapartida de este mercado sin fronteras interiores, donde las mercancías, servicios, capitales y personas gozan de libertad de movimiento, es el reforzamiento de las fronteras exteriores de la Unión y el establecimiento con rango “constitucional” de una política migratoria restrictiva basada en el control fronterizo y en la expulsión como instrumentos de lucha contra la inmigración ilegal.

4. La consolidación de una ciudadanía excluyente

Otro aspecto destacable –vinculado a la política migratoria- que se inicia con el Tratado de Maastricht y que ahora adquiere rango constitucional es la creación de la “ciudadanía europea”, que se atribuye en base al criterio de la nacionalidad de uno de los Estados miembros y no al criterio de la residencia en el territorio de la Unión. Es decir, la ciudadanía europea se hace depender absolutamente de la atribución de nacionalidad por parte de algún Estado miembro (los criterios para tal atribución difieren mucho en las diversas leyes civiles nacionales), sin que se prevea una vía autónoma de adquisición de tal ciudadanía, como podría ser un determinado tiempo de residencia.

La discusión sobre la “ciudadanía europea” no es incidental, porque su creación supone un distinto grado de reconocimiento de derechos entre los ciudadanos europeos y los extracomunitarios (ver art. I-10 Constitución). Esta diferenciación se pone de manifiesto por ejemplo en el reconocimiento del derecho al sufragio (activo y pasivo) en las elecciones locales –y también al Parlamento Europeo- para los europeos que residan en otro Estado, derecho del que son excluidos los extracomunitarios¹¹⁹. Pero la gran diferencia de derechos entre ciudadanos europeos y extracomunitarios, es que los segundos no gozan de la libertad de circulación y residencia en cualquiera de los

¹¹⁹ El hecho que los extracomunitarios residentes en la Unión Europea no puedan votar en las elecciones entra en contradicción con el principio de sufragio universal en que se basan las democracias representativas que conforman Europa. En la actualidad ya hay un considerable porcentaje de la población residente en la Unión que carece de representación democrática –porcentaje que sin duda se incrementará con el aumento de la población inmigrante, por muchos controles migratorios que se establezcan-, lo que necesariamente deberá producir un déficit de legitimidad democrática; ¿por qué quienes contribuyen igual con su trabajo al sostenimiento y a la riqueza comunes y están sujetos a las leyes, no han de tener los mismos derechos? (DE LUCAS, 1994:135-136). Además, el reconocimiento del derecho al voto para los inmigrantes supone su inclusión en la comunidad política, lo que produce efectos tanto simbólicos como prácticos nada desdeñables de cara a combatir el racismo y la xenofobia – los partidos políticos tratarían de atraer el voto inmigrante con propuestas incluyentes en lugar de apelar a una xenofobia latente en muchos ciudadanos- (GUTIERREZ GUTIERREZ, 2001:21).

Estados de la Unión, sino que su permiso de residencia se limita al territorio del Estado que le ha otorgado tal permiso¹²⁰.

La creación de la “ciudadanía europea” supone una redefinición de las identidades políticas de los ciudadanos de los Estados miembros, cuya contrapartida es la exclusión del “otro”. Es decir, el Proyecto de Constitución Europea culmina la creación de una nueva identidad política –la de “ciudadano europeo”–, que se define por contraste con los ciudadanos de “Terceros Estados” (los extracomunitarios), esto es, de todos aquellos que son excluidos de esta nueva “comunidad política” y que constituyen el objeto de la política migratoria y de control de fronteras de la Unión Europea.

De esta forma se constata que la progresiva construcción de la Unión Europea no ha supuesto una superación de la categoría de Estado-nación basado en la soberanía sobre un territorio que suponía, por una parte, el control fronterizo en función del cuál el Estado podía decidir quien entra en su territorio y quien no y, por otra, la atribución de “ciudadanía” a las personas pertenecientes a ese Estado-nación. Por el contrario, como hemos visto, en primer lugar los controles fronterizos no han desaparecido, sino que tan sólo se desplazan a la periferia de Europa; y, en segundo lugar, la ciudadanía europea se ha definido como una ciudadanía dependiente de la posesión de la nacionalidad de uno los Estados miembros.

Por consiguiente, la creación de la “ciudadanía europea” no supone un paso adelante respecto de la noción de ciudadanía surgida con la aparición de los Estados-nación, que se basó en la contraposición entre nacionales y extranjeros, y en la exclusión de estos últimos. Por el contrario, la “ciudadanía europea” es más que nunca una ciudadanía excluyente o, como señala DE LUCAS,

“los extranjeros representan hoy de forma especial –en tanto que exclusión ‘natural’- un vestigio histórico de la evolución de las nociones de Estado y ciudadanía: el camino recorrido por la burguesía primero, y por los asalariados después, aún no ha sido transitado por ellos, que continúan en una situación más parecida a la de súbditos –siervos- que a la de ciudadanos” (1994:118).

También FERRAJOLI, quien postula la superación del carácter ilimitado de la soberanía estatal y defiende un constitucionalismo mundial que disocie los derechos

¹²⁰ Pese a que en la Cumbre de Tampere de 1999 los Jefes de Estado y de Gobierno de los Quince se pronunciaron a favor de un “trato equitativo” de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión –y esta declaración se repite en el Proyecto de Constitución (art. III-267)- basado en la libre circulación y en su integración social, pocos esfuerzos se han hecho en este sentido, más bien al contrario (Plein Droit n° 58, décembre 2003, Édito).

fundamentales de la ciudadanía, pone de manifiesto el carácter históricamente ambivalente –que puede servir para incluir o excluir- de la noción de ciudadanía al afirmar que

“la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, más que –como sucedió en el origen de los estados modernos- de inclusión e igualdad, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales” (1992:68).

En otras palabras, esta construcción supranacional cuyos últimos ladrillos se están poniendo en un contexto mundial global, caracterizado por una absoluta internacionalización de la economía y un sustancial aumento de los movimientos poblacionales, no implica la creación de un espacio “post-nacional”, basado asimismo en una forma de ciudadanía post-nacional no dependiente del concepto de Estado-nación.

Así pues, en realidad, los Estados europeos tan sólo están desplazando la elaboración de las políticas migratorias y su aplicación a una instancia “supranacional” de la que forman parte (recordemos que la Constitución habla de ciudadanos y Estados de Europa, art. I-1), así como también traspasan responsabilidades de ejecución a terceros actores, públicos y privados, a los que convierten en agentes del control migratorio (entes locales, ONGs, sindicatos, empleadores, compañías de transporte - sobre todo aéreas¹²¹-, etc.), con el fin de incrementar la eficacia de los controles migratorios (LAHAV, 1998:675-694).

De manera que esta Europa que el preámbulo de la Constitución adorna con expresiones que apelan a los derechos humanos, la democracia, la igualdad, la libertad, la diversidad, la paz, la justicia, la solidaridad mundial, entre otras “buenas

¹²¹ El papel de las compañías aéreas como agentes migratorios es sin duda el más destacado, tanto en el control de los desplazamientos internacionales como en el de los internos a la UE. El traspaso de la responsabilidad en el control de pasaportes o documentos de identidad ha sido tal que convierte a la ausencia de control de pasaportes dentro del territorio de la Unión en algo irrelevante. Este traspaso de responsabilidad lo encontramos en todos los Estados Miembros de la UE, mediante leyes que establecen elevadas sanciones económicas y obligan a la compañía aérea a transportar de vuelta al país de origen a los pasajeros que carezcan de los documentos de viaje necesarios. Pero también los otros actores mencionados adquieren funciones de agentes migratorios: piénsese en los datos de empadronamiento y otros certificados que emiten los Ayuntamientos; en el establecimiento de sanciones administrativas y penales para los empresarios que contraten inmigrantes irregulares; en las sanciones previstas para las personas u organizaciones que faciliten o fomenten la inmigración ilegal; en los acuerdos neo-corporativistas entre Gobiernos, patronales y sindicatos para llevar a cabo programas de *guest-workers* para la contratación de cuotas de trabajadores extracomunitarios temporales (LAHAV, 1998:675-694).

intenciones”, y que -no lo olvidemos- debe su desarrollo y potencial económico en buena parte a la explotación colonial y post-colonial de gran parte del planeta, se está refundando en base al modelo “fortaleza”, a fin que unos pocos seres humanos podamos gozar “con libertad y seguridad” de las comodidades y la prosperidad que nos brinda ese desarrollo.

Podemos entonces concluir señalando que si finalmente resulta ratificado este Proyecto de Constitución Europea, se perderá una oportunidad histórica de superación del concepto de ciudadanía basado en la “pertenencia” a un Estado, ya que la Constitución no está creando un concepto de ciudadanía universal portadora de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, sino un concepto de ciudadanía europea excluyente, que se define por contraposición a los “no-ciudadanos”. Y asimismo, la aprobación de este Proyecto de Constitución supondrá el reconocimiento a nivel “constitucional” de un modelo neoliberal de Europa-Fortaleza basado en una política migratoria excluyente y represiva, en detrimento de otro modelo alternativo de una Europa para las personas que en los últimos tiempos ha sido exigido en las calles de varias ciudades europeas.

CAPÍTULO 10: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA

1. Marco constitucional: el artículo 13 de la Constitución y la interpretación del Tribunal Constitucional (TC)

En este capítulo nos ocuparemos del estatuto jurídico de los extranjeros en España a través del análisis del texto constitucional –y su interpretación jurisprudencial– y de su reglamentación en la Ley de Extranjería. Se trata de examinar si la Constitución y la ley reconocen a los extranjeros una igualdad de derechos respecto de los españoles o, por el contrario, admiten la posibilidad de un tratamiento jurídico diferenciado o discriminatorio.

El objetivo del capítulo es ofrecer un marco jurídico y constitucional a los posteriores análisis sobre el tratamiento penal-punitivo de los extranjeros en España, que constituye el objeto de esta Tercera Parte de la Tesis. No es mi intención, por tanto, desarrollar en profundidad los debates acerca del estatuto jurídico de los extranjeros en España, tema sobre el que existen algunas tesis doctorales y trabajos específicos de constitucionalistas, internacionalistas y filósofos del derecho.

La primera fuente del derecho a la que debemos acudir para conocer el tratamiento jurídico de los extranjeros en España es la Constitución española de 1978, que es la base de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la Constitución dice poco respecto al estatuto jurídico de los extranjeros en España, remitiéndose a una posterior configuración legal. El artículo 13 establece lo siguiente:

- “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.
2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

El apartado primero de este artículo reconoce a los extranjeros el goce de las “libertades públicas” contenidas en el Título I de la Constitución, en los términos que establezcan los tratados y la ley. Pese a la referencia a las “libertades”, la mayoría de la doctrina, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está de acuerdo en que

hay que interpretar esta expresión de forma amplia, englobando todos los derechos y libertades contenidos en el Título I de la Constitución, e incluso otros que se desprendan del articulado del texto constitucional. Así lo señaló la STC 107/1984, de 23 de noviembre, al afirmar que “el término libertades públicas no tiene obviamente un significado restrictivo”.

Al margen de esta fórmula, es interesante recordar –como hace SAGARRA (1991:30)- que el texto del anteproyecto de Constitución y de la ponencia se refería a los “extranjeros residentes”, de manera que el acceso de los extranjeros a los derechos y libertades se condicionaba a una autorización administrativa de residencia. Tan sólo Peces Barba advirtió la flagrante contradicción de dicha redacción con la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 14) y abogó por la supresión del término “residentes”. La enmienda del diputado socialista finalmente prosperó.

A lo largo de los debates constitucionales también fueron variando otros principios relativos al estatuto jurídico de los extranjeros en España. Al inicio el texto del anteproyecto establecía el principio de reciprocidad para el reconocimiento de derechos, pero afortunadamente en la redacción definitiva se adoptó el principio de equiparación –aunque “restringida”- de los extranjeros con los españoles. El tercer aspecto que fue objeto de amplios debates es el relativo a los derechos políticos, que finalmente se concretó en el apartado segundo del artículo 13 (SAGARRA, 1991:24-39).

En suma, el artículo 13 reconoce a los extranjeros, tanto residentes como no residentes, la equiparación de derechos con los nacionales –salvo el derecho de participación política del art. 23- “en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

La Constitución contiene una remisión a los tratados y la ley para la regulación del régimen jurídico de los extranjeros, aunque ya podemos adelantar que no se trata de una remisión en blanco, el legislador no tiene libertad absoluta para regular los derechos de los extranjeros. No obstante, la discusión acerca del alcance de esta remisión a los tratados y a la ley ha sido amplia y no está cerrada.

Seguramente debido al hecho que a fines de la década de 1970 e inicios de 1980 el tema migratorio todavía no constituía una prioridad política de primer orden, la Ley de Extranjería que debía concretar el estatuto jurídico de los extranjeros no se aprobó

hasta 1985¹²². Como señala ASENSI (2004:146-166), el Tribunal Constitucional se adelantó a la ley en la delimitación de los derechos de los extranjeros con la STC 107/1984, de 23 de noviembre, donde aborda por primera vez el problema de la interpretación del art. 13 de la Constitución.

Al abordar el alcance de la remisión legal para la concreción del estatuto jurídico de los extranjeros en España el Tribunal Constitucional afirmó que la alusión del art. 13 a los tratados y la ley no supone

“que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades ‘que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley’, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal” (STC 107/1984, de 23 de noviembre).

El TC afirmó que los derechos de los extranjeros son “derechos de configuración legal”, lo que según ATIENZA es bastante confuso porque también los derechos de los españoles son derechos de configuración legal (1993:232). En todo caso, hay que entender que la ley debe determinar el contenido específico de estos derechos, pero no puede eliminarlos ni afectar su contenido esencial.

En la sentencia comentada el TC estableció además una distinción analítica que ha generado más problemas de los que resuelve. El tribunal diferenció tres categorías de derechos fundamentales en función de su reconocimiento o no a los extranjeros:

- 1) “derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”; a título de ejemplo, el TC mencionó “el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc.”

¹²² El 11 de mayo de 1981 el gobierno de UCD presentó al Congreso un Proyecto de Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que tras un breve debate quedó aparcado porque todos los grupos parlamentarios consideraron que el tema no merecía tener prioridad sobre otros proyectos. El 7 de noviembre de 1984 el Consejo de Ministros del gobierno socialista aprueba el anteproyecto de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros, que sin grandes variaciones de contenido terminará aprobándose por las Cortes el 1 de julio de 1985 (SAGARRA, 1991:90-91).

- 2) “derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con las salvedades que contienen)”;
- 3) “otros [derechos] que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”, como por ejemplo el derecho al trabajo.

La distinción analítica establecida por el Tribunal Constitucional no resulta muy clara, no es fácil saber cuáles son los derechos que entrarían en cada una de las categorías, en especial resulta problemática la delimitación entre la primera y la tercera categoría (ATIENZA, 1993:232).

En la primera categoría se incluirían los derechos inherentes a la persona en cuanto tal con independencia de su nacionalidad, y que derivan directamente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la dignidad humana. Los derechos incluidos en este grupo no admiten distinción de trato entre nacionales y extranjeros, sino que se reconocen a todos por igual por estar vinculados al ámbito de la dignidad humana. Sin embargo la doctrina no suele hacer una enumeración exhaustiva de los mismos. SAGARRA (1991:59-63), por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad incluye en esta categoría a la mayoría de los derechos contenidos en la Sección 1ª del Capítulo I del Título I de la Constitución¹²³, pero no se pronuncia expresamente respecto de otros (reunión., asociación, sindicación, educación).

La segunda categoría -de la que se excluye a los extranjeros- se refiere a los derechos políticos de sufragio activo y pasivo y el desempeño de funciones y cargos públicos que impliquen ejercicio de autoridad. Este grupo no presenta grandes problemas, porque su delimitación se realiza en el propio artículo 13 de la Constitución, que se remite a los derechos reconocidos en el artículo 23.

La tercera categoría es la más controvertida, debido a que las leyes pueden restringir el contenido de estos derechos para los extranjeros, estableciendo una diferencia de trato respecto de los españoles, aunque no los puede eliminar porque la Constitución también se los reconoce a los extranjeros. En esta categoría se suelen mencionar (así, por

¹²³ Derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16), a la libertad y seguridad (art. 17), al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18), a la libertad de expresión (art. 20), tutela judicial efectiva y presunción de inocencia (art. 24), principio de legalidad y derecho a la reeducación y reinserción social de los penados (art. 25).

ejemplo FERRER, 1989:73-82) el derecho a la circulación y residencia en territorio español (art. 19), los derechos de reunión y manifestación (art. 21), de asociación (art. 22), el derecho de sindicación y huelga (art. 28) e incluso el derecho a la educación (art. 27).

En realidad esta última categoría se delimitó con la aprobación de la Ley de Extranjería de 1985, que -apoyándose en la distinción analítica elaborada por el TC- sólo reconoció los aludidos derechos a los extranjeros que residiesen legalmente en España.

ASENSI es muy crítico con la posibilidad abierta por la sentencia del TC comentada de introducir distinciones entre los derechos de los españoles y los de los extranjeros, porque permitió a la Ley de Extranjería limitar y administrativizar los derechos de los extranjeros. Este autor sostiene que tanto la jurisprudencia como el legislador han confundido dos planos: la vigencia de los derechos fundamentales, pieza clave del ordenamiento constitucional, y las competencias del Estado en materia de “policía de extranjería”. Aún sin entrar a cuestionar esta competencia estatal, sobre lo que no cabe duda es que la misma está subordinada y no puede nunca prevalecer sobre la lógica iusfundamental (2004:146-154).

En esta línea argumentativa GUTIERREZ sostiene que precisamente el sentido de los derechos fundamentales es constituir un núcleo de derechos que quedan fuera del alcance del legislador y, por tanto, no pueden ser limitados por el gobierno de turno. Si el art. 13 de la CE ha dicho que los extranjeros gozan de los derechos fundamentales y las libertades públicas del Título I, ello no puede significar que son titulares de los mismos en la medida que se los reconozca la Ley, porque supondría una contradicción, no serían verdaderos derechos fundamentales (2001:19).

Como señalábamos, la *Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España* sanciona la confusión entre derechos fundamentales y policía de extranjería iniciada por el TC y limita una serie de derechos fundamentales a los extranjeros irregulares como forma de combatir el fenómeno de la inmigración irregular, que si bien en España todavía no alcanzaba la categoría de “problema”, constituía una exigencia para el ingreso en las Comunidades Europeas. El cariz represivo de la ley suscitó la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo, que fue resuelto por STC 115/1987, de 7 de julio. Esta sentencia –que más adelante comentaremos con detenimiento a propósito de los

centros de internamiento de extranjeros- declara la inconstitucionalidad de algunos incisos de la Ley que exigía requisitos adicionales a los extranjeros para ejercer el derecho de reunión y asociación, pero no se pronuncia expresamente sobre la negación de derechos a los extranjeros irregulares.

En conclusión, buena parte de la doctrina señala que la Constitución reconoce a los extranjeros en España un régimen jurídico de “equiparación restringida”, que debe respetar en todo caso el estándar mínimo de los derechos humanos inherentes a la dignidad humana y el contenido esencial de los derechos fundamentales (DE LUCAS, 1993:42 y 1994:174), aunque ya hemos señalado las dificultades para delimitar cuáles son los derechos inherentes a la dignidad humana.

Un problema añadido es que a pesar de dicha configuración constitucional y de su interpretación realizada por el TC, las sucesivas leyes de extranjería a menudo han incluido restricciones adicionales fundadas en la distinción entre extranjeros residentes legales e irregulares, que como vimos fue expresamente eliminada en los debates constitucionales. Es el caso de la vigente Ley de Extranjería, que –al igual que la de 1985- niega a los extranjeros irregulares el ejercicio de varios derechos constitucionales, como el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación, la libertad de sindicación y de huelga e incluso restringe el derecho a la educación.

Tal limitación de derechos fundamentales ha sido criticada por una parte de la doctrina y las organizaciones de defensa de los inmigrantes, y varios preceptos de la Ley de Extranjería se encuentran impugnados ante el TC por su posible inconstitucionalidad. No se trata tan sólo de una restricción de derechos a los extranjeros en ejercicio de la potestad del legislador de configuración legal de tales derechos, sino que los mismos se niegan para toda una categoría de personas, los extranjeros irregulares.

Sería hora que el Tribunal Constitucional estableciera claramente la distinción entre derechos fundamentales y política de inmigración, declarando la inconstitucionalidad de la limitación de derechos fundamentales como instrumento de la política represiva de la inmigración irregular. Del mismo modo, y desde una perspectiva respetuosa del derecho internacional de los derechos humanos, es necesario superar la desafortunada clasificación analítica introducida por la STC 107/1984, así como el concepto de “equiparación restringida” de derechos entre extranjeros y españoles. No encuentro motivo alguno para afirmar que unos derechos son inherentes a la dignidad

humana y no otros: ¿acaso el derecho a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, al trabajo o a reunirse y asociarse no se vinculan con la dignidad humana?

La dignidad y los derechos humanos no son entidades atemporales. Por el contrario, se encuentran en permanente evolución y transformación. A partir de la segunda posguerra mundial han protagonizado un proceso de internacionalización y positivización mediante una serie de instrumentos internacionales que los extienden a todas las personas con independencia de su pertenencia nacional. Estos tratados internacionales han pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno a través del artículo 10.2 de la Constitución española, que obliga a interpretar los derechos fundamentales y libertades públicas de conformidad con los mismos.

El artículo 13 de la Constitución establece la igualdad de derechos de los extranjeros respecto a los españoles, con la única salvedad del derecho de sufragio del artículo 23. El texto constitucional no ha previsto un estatuto jurídico devaluado para los extranjeros, ni siquiera para los irregulares, sino que el mismo ha sido producto del desarrollo de unas leyes de extranjería absolutamente volcadas al control de los flujos migratorios. Y dicha devaluación recibió el aval de parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional¹²⁴.

No obstante, la discusión acerca del estatuto jurídico de los extranjeros en España no está cerrada. La jurisprudencia constitucional a partir del año 1993 ha ido avanzando por una senda revisionista de sus anteriores decisiones, adoptando interpretaciones de la Constitución más decididamente iusinternacionalistas. Por ejemplo la STC 94/1993, de 22 de marzo, reconoce que los extranjeros pueden ser titulares del derecho fundamental a residir y desplazarse libremente por territorio español (art. 19 CE), pese a la literalidad del precepto constitucional que se refiere a “los españoles”. De este modo el Tribunal echa por tierra los criterios hermenéuticos “literalistas” que permitían restringir derechos a los extranjeros cuando la Constitución se refería a españoles o ciudadanos. Por otro lado, las SSTC 116/1993, de 29 de marzo y 242/1994, de 20 de julio, que se ocupan de la expulsión administrativa, inician una correcta diferenciación entre “política de extranjería” y derechos de los extranjeros, que se refuerza en posteriores resoluciones (ASENSI, 2004:159-160).

¹²⁴ La construcción de un estatuto jurídico devaluado por vía jurisprudencial no ha afectado sólo a los extranjeros. Como demostró RIVERA BEIRAS en su trabajo doctoral, en el ámbito penitenciario la jurisprudencia del tribunal constitucional contribuyó a la creación de unos “ciudadanos de segunda categoría” al avalar la constitucionalidad de normas y prácticas penitenciarias que implicaban “la devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos” (1997).

Esperemos que el Tribunal Constitucional profundice esta jurisprudencia, deje atrás de una vez por todas las elaboraciones tendentes a justificar el trato discriminatorio de los extranjeros y reconozca la plenitud de sus derechos fundamentales, con independencia de la orientación de la política de inmigración y de control de fronteras.

2. Evolución de la legislación migratoria

Podemos decir que el Estado español no ha tenido una política de inmigración hasta muy recientemente. Hasta 1985, no hay ni siquiera un cuerpo legislativo coherente que regule el tratamiento de los extranjeros, sino tan sólo un conjunto de decretos, circulares y disposiciones sin rango de ley.

En 1985 España se incorpora a la Comunidad Europea, y en ese mismo año se aprueba la *L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*¹²⁵. Esta Ley de 1985, denominada comúnmente “Ley de Extranjería”, constituyó pura y simplemente eso, una ley de extranjería, no de inmigración (DE PRADA, 2002:75). Es decir, es una ley totalmente ajena al fenómeno migratorio, en la que los aspectos de policía y de control de los extranjeros tienen preeminencia sobre la integración de los inmigrantes. Se trata de una norma de orden público, más que de regulación de los flujos migratorios. La ley ya prevé la expulsión administrativa de los extranjeros en situación irregular y crea la nefasta institución de los centros de internamiento para extranjeros.

Además, esta primera Ley de Extranjería garantiza formalmente los derechos de los extranjeros con permiso de residencia, y despoja de una serie de derechos a los irregulares o “ilegales”. Se inicia así una distinción entre extranjeros regulares e irregulares que posteriormente encontraremos en sucesivas leyes y que se concreta en una limitación de los derechos fundamentales de los segundos.

Muchas voces se alzaron criticando el cariz represivo de la Ley, que antepone los instrumentos de policía migratoria sobre los derechos fundamentales de los extranjeros. La dudosa constitucionalidad de varios preceptos limitadores de derechos fundamentales llevó al Defensor del Pueblo a interponer un recurso de inconstitucionalidad, que fue resuelto por la ya citada STC 115/1987, que anuló algunos

¹²⁵ Desarrollada por el Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo.

de los preceptos impugnados pero avaló la constitucionalidad de los centros de internamiento con argumentos muy cuestionables.

En 1996 se aprueba un nuevo Reglamento de Extranjería (Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero) que pretendía adaptar la regulación al incremento del proceso migratorio que se estaba produciendo, incorporando disposiciones tendentes a la regulación de los flujos migratorios. Una de las novedades que fueron acogidas favorablemente desde la perspectiva de la integración social de los inmigrantes fue la introducción de un permiso de residencia permanente a partir de los cinco años de residencia legal, esto es, de una “*green card* a la española”, como lo denomina GOMEZ MOVELLAN.

Sin embargo, la ineficacia del Reglamento en cuanto a una gestión racional de estos flujos se pone de manifiesto por el continuo incremento de la cifra de extranjeros irregulares, que ha exigido la apertura de sucesivos procesos de regularización. Como ya habían señalado las organizaciones de defensa de los derechos de los inmigrantes, la ley de extranjería de 1985 no permitía un desarrollo progresista de la reglamentación sobre extranjeros, ni siquiera mediante la aprobación de un buen reglamento. Pero es que además, el reglamento que se aprobó, si bien era más favorable a los inmigrantes que el anterior y suponía un esfuerzo de racionalización técnico-jurídica de la normativa infra-legal existente, contenía muchas limitaciones y no suponía ningún cambio esencial de orientación de la política migratoria (GOMEZ MOVELLAN, 1996:60-67).

Con la intensificación del fenómeno migratorio durante la década de 1990 se pone de manifiesto la necesidad de reformar la Ley de Extranjería, y el proceso de reformas se inicia en el año 2000. A partir de entonces la legislación de extranjería ha sufrido muchas modificaciones, lo que refleja la ausencia de planificación racional del fenómeno migratorio por parte del Estado español.

El 11 de enero de 2000 se aprobó la *L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, que sustituyó la L.O. 7/1985. Esta ley del 2000 tenía un talante más integrador y se inspiraba en el criterio de la máxima equiparación posible de derechos entre nacionales y extranjeros.

En el título de esta nueva Ley se incorporan las palabras “integración social”, lo que muestra cierta voluntad de facilitar la integración social de los inmigrantes. En estos momentos ya se tiene en cuenta el actual proceso migratorio que está viviendo el Estado español.

La vía que sigue el legislador para lograr la integración social de los inmigrantes es la máxima equiparación posible de derechos –no sólo los fundamentales, sino también los sociales- entre nacionales y extranjeros (art. 3.1), partiendo de la idea que el reconocimiento de derechos es un instrumento básico para la integración social.

Podemos resaltar como rasgos más característicos de esta Ley, en primer lugar, la eliminación del criterio de la irregularidad para el goce de ciertos derechos, criterio que estaba presente en la Ley de 1985. La nueva Ley sustituye el criterio de la regularidad por la inscripción en el padrón municipal como presupuesto para el reconocimiento de varios derechos, de modo que no se excluye a los extranjeros irregulares del goce de estos derechos. En segundo lugar, esta ley prevé una vía de regularización singular permanente: el art. 29.3 posibilita el acceso a la regularidad desde la residencia de hecho, al establecer que podrá acceder a la residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, siempre y cuando figure empadronado en un municipio y disponga de medios económicos para su subsistencia. En tercer lugar, se suaviza el régimen sancionador, excluyendo la sanción de expulsión en el caso de encontrarse en territorio español sin permiso de residencia o trabajar sin la pertinente autorización. Precisamente la eliminación de la sanción de expulsión para el caso de irregularidad administrativa fue una de sus novedades más aplaudidas.

Sin embargo, la aprobación de esta ley no fue pacífica, sino que se aprobó con la oposición del Partido Popular, partido en el gobierno en ese entonces pero sin la mayoría absoluta en el Parlamento. Desde el mismo momento de su aprobación, ese partido ya manifestó su propósito de reformarla ni bien le fuese posible, y ello sucedió pocos meses después, tras las elecciones de marzo de 2000 que le atribuyeron la mayoría absoluta.

Los argumentos en contra de esta Ley manifestados por el partido político en el poder fueron varios: se dijo que esta ley era contraria a las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea en la cumbre de Tampere de noviembre de 1999; pero el argumento principal del gobierno para justificar su reforma fue el del supuesto “efecto llamada” que tenía la ley, al no incidir suficientemente en el control de los flujos migratorios y permitir la regularización de los inmigrantes “sin papeles” (DE PRADA, 2002:75).

Amparándose en los mencionados argumentos contenidos en la Exposición de Motivos, finalmente el Gobierno lleva a cabo una completa modificación de la Ley de Extranjería mediante la *L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Pese a ser formalmente una ley de reforma -y no una nueva ley- la modificación es prácticamente total (de los 63 artículos de la originaria ley sólo se conservaron intactos 10). Esta Ley supone un viraje absoluto de orientación de la regulación del proceso migratorio, en sentido claramente restrictivo. Es decir, se refuerza el control de los flujos migratorios en detrimento de la integración social de los inmigrantes (RUIZ DE HUIDOBRO, 2001:83-84).

La nueva redacción de la Ley de Extranjería establece una clara distinción entre extranjeros regulares y extranjeros irregulares, limitando fuertemente los derechos de los segundos, e introduce nuevamente la sanción de expulsión para los extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español.

Como rasgos más característicos de la nueva ley podemos mencionar, en primer lugar, el debilitamiento del criterio de equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros (RUIZ DE HUIDOBRO, 2001:85). Se vuelve a introducir el criterio de la regularidad como condición de reconocimiento de varios derechos, suprimiendo –salvo excepciones: derecho a la asistencia sanitaria (art. 12)- el criterio de la inscripción en el padrón municipal. De esta forma se excluye a los extranjeros irregulares del goce de muchos derechos: libertad de reunión y manifestación (art. 7.1), libertad de asociación (art. 8), derecho a la educación no obligatoria (art. 9.3), libertad de sindicación y derechos de huelga (art. 11), derecho a ayudas en materia de vivienda (art. 13), derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 22).

El hecho de excluir de todos estos derechos a los extranjeros irregulares ha suscitado amplia polémica, ya que muchos de ellos constituyen derechos fundamentales. Por ello, la Ley ha sido objeto de varios recursos de inconstitucionalidad (del PSOE, de las asambleas legislativas de Baleares, Aragón y País Vasco).

La restricción de derechos fundamentales a los inmigrantes irregulares se ha justificado con el argumento de evitar el “efecto llamada”, de frenar la entrada irregular de extranjeros y estimular la entrada legal. Como sostiene GUTIERREZ, este argumento es falso y, además, contrario a la Constitución. En primer lugar es falso que con la nueva Ley se desincentive la entrada irregular y se incentive la regular, ya que

esta Ley establece muchas dificultades para obtener la residencia legal. No se puede frenar la entrada irregular de extranjeros si a la vez no se facilita la entrada regular. Además, el argumento de limitarles los derechos fundamentales para desincentivar la inmigración irregular es inconstitucional, como ya hemos argumentado en el epígrafe anterior. No resulta constitucionalmente legítimo que una autorización administrativa de residencia se convierta en una autorización general para el ejercicio de derechos fundamentales. En un Estado de Derecho no es admisible que haya personas que no tengan garantizados los derechos fundamentales (2001:20).

En segundo lugar, otro de los extremos que muestra el carácter más restrictivo de la nueva regulación, es la introducción nuevamente de la sanción de expulsión para los extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español, así como de los que trabajen sin la pertinente autorización, cuando carezcan de permiso de residencia (art. 53).

Un tercer rasgo a destacar de la nueva regulación –también en sentido restrictivo–, es la eliminación de la posibilidad de acceder a la regularidad mediante la residencia de hecho, esto es, lo que se conocía como la regularización singular permanente del art. 29.3 de la L.O. 4/2000. La L.O. 8/2000 elimina este supuesto, y sólo prevé que puedan acceder a la residencia legal temporal los que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años, cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo (art. 31). Con esta modificación restrictiva se pretende reforzar el control de los flujos migratorios y evitar el denominado “efecto llamada” de la anterior regulación. Sin embargo, al no poder realmente controlarse los flujos migratorios, el resultado de eliminar esa posibilidad de regularización es que se van a ir creando bolsas cada vez mayores de extranjeros irregulares, los cuales se ven excluidos de una serie de derechos básicos –entre ellos el derecho al trabajo–, con lo que se imposibilita su integración social.

Finalmente, también hay que destacar la regulación de un procedimiento de expulsión preferente (art. 63 y 64), que disminuye plazos legales y también garantías para el extranjero, en aras de lograr una mayor eficacia en la política de expulsiones.

En suma, como sostiene RUIZ DE HUIDOBRO,

“la orientación final de la Ley hacia la pura eficiencia en el control de los flujos lleva a disminuir las garantías jurídicas que son pieza fundamental

del Estado de Derecho (como, por ejemplo, cuando se introduce el procedimiento preferente de expulsión)” (2001:93).

Este autor advierte además que la gran variabilidad legislativa de la regulación del proceso inmigratorio ha producido mucha inseguridad jurídica a los inmigrantes y a las personas –profesionales y asociaciones- que trabajan en el tema. Y ha sido claramente negativa en cuanto a la gestión pública diaria del fenómeno inmigratorio. La reforma de la Ley 4/2000 antes de poder ver el resultado de su puesta en funcionamiento, muestra la precipitación del proceso legislativo (*op. cit.*, 2001:71). Pero la reforma comentada quedó lejos de ser la última de ese gobierno.

La nueva Ley de Extranjería aprobada por L.O. 4/2000 y modificada por la 8/2000 fue desarrollada por su Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, el cuál no estuvo exento de problemas. Como veremos en el próximo capítulo, el texto reglamentario se extralimitó en la regulación de la devolución de extranjeros, lo que provocó la anulación de varios preceptos por parte del Tribunal Supremo.

Por lo demás, cada uno de los mencionados cambios legislativos llevó aparejada la apertura de un proceso de regularización de los extranjeros irregulares¹²⁶, lo que pone de manifiesto el fracaso de las sucesivas ordenaciones de los flujos migratorios, que necesitan acudir periódicamente al instrumento extraordinario de la regularización, vulnerador de los principios de certeza del derecho y de seguridad jurídica.

Tras el verano de 2003 se realiza una nueva modificación de la Ley de Extranjería. La *L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* modifica de nuevo tres artículos de la Ley de Extranjería (además de modificar el art. 89 del Código Penal, como luego veremos). Paradójicamente, bajo el título de “integración social de los extranjeros”, esta modificación está dirigida a asegurar la expulsión de los extranjeros que estén imputados o hayan sido condenados por un delito. De esta modificación nos ocuparemos detenidamente en el próximo capítulo dedicado a analizar la expulsión penal y administrativa de extranjeros.

¹²⁶ PICO LORENZO se refiere a seis procesos de regularización desde la aprobación de la primera Ley de Extranjería de 1985, además de las regularizaciones encubiertas mediante la política de cupos o contingentes de trabajadores extranjeros, que hasta 1999 se utilizó para legalizar a los residentes irregulares (2002:62-71).

El hostigamiento de los extranjeros irregulares se vio nuevamente intensificado antes de terminar el año 2003, con la aprobación de la *Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre* (¡No es broma, así es como se llama la Ley!). Esta reforma fue anunciada por el gobierno tras la aludida sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003, que declaró ilegales una serie de preceptos del Reglamento de ejecución de la ley, por haberse extralimitado en la regulación. Con esta reforma se atribuye rango de ley a esas disposiciones, a la vez que se aprovecha la ocasión para profundizar el giro represivo.

Como se dice en la Exposición de Motivos de esta L.O. 14/2003, la reforma “incorpora modificaciones encaminadas a dotar al ordenamiento jurídico con mayores instrumentos para luchar contra la inmigración ilegal”. La política migratoria del Estado español ante la inmigración irregular ya se plantea directamente en términos de “lucha”. Se profundiza así el giro represivo iniciado con la modificación de la Ley de extranjería realizada por L.O. 8/2000.

Sustancialmente, la reforma abarca los siguientes extremos: en primer lugar, pretende dotar de mayor efectividad a la política de expulsiones y devoluciones; en segundo lugar, atribuye carta de naturaleza a los centros de internamiento para extranjeros, mediante la regulación de los derechos y deberes de los extranjeros internados; en tercer lugar, prevé el acceso de la policía al padrón municipal de habitantes “con la finalidad de ejercer las competencias establecidas en la Ley de Extranjería sobre control y permanencia de los extranjeros en España”¹²⁷; en cuarto lugar, establece obligaciones de información a las compañías transportistas de personas, con el fin de intensificar el control de las entradas aeroportuarias; en quinto lugar, limita la reagrupación familiar y elimina la posibilidad de regularización por la vía del arraigo; finalmente, y éste es el único extremo acogido más positivamente (aunque no por todos), introduce la figura del visado de 3 meses con el objetivo de buscar trabajo.

Es manifiesto que, una vez más, los aspectos represivos prevalecen sobre los destinados a la integración y la gestión racional del proceso migratorio. La expulsión es

¹²⁷ Esta previsión es especialmente perversa, porque la Ley condiciona el acceso a varios derechos -como la sanidad, la educación básica y otros recursos sociales- a la inscripción de la persona en el padrón municipal.

la única medida que se prevé frente a la inmigración irregular. El mensaje está claro: la “solución” frente a la inmigración irregular es exclusivamente la expulsión.

Y, seguramente no por casualidad, ésta es la misma “solución” que se aplica a los extranjeros que se vean involucrados en un procedimiento penal. Ya me he referido anteriormente a la identificación entre inmigración irregular y delincuencia abiertamente promovida por declaraciones de altos cargos del gobierno precedente. También la Ley abona estas identificaciones mediante la aplicación de una misma sanción –la expulsión– tanto a quien comete un delito como a quien comete una simple infracción administrativa, como es el caso de encontrarse en España sin los papeles en regla.

El cambio de gobierno tras las elecciones de marzo de 2004 ha reducido la crispación social y política, también en relación al proceso migratorio. Pese a todo, no hay que olvidar que la última reforma de la Ley de Extranjería se realizó con la participación del partido ahora gobernante, que ofreció su consenso a cambio de limitadísimas mejorías en el texto del proyecto. La cuestión migratoria ha estado presente en la agenda política del nuevo gobierno, que abrió un proceso de diálogo con los interlocutores sociales (sindicatos, patronal, organizaciones de defensa de los inmigrantes) a fin de consensuar un nuevo Reglamento, que ha sido aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

El Reglamento afirma querer fomentar los instrumentos de inmigración legal, y con tal finalidad perfecciona la regulación de los tres grandes sistemas de entrada de trabajadores extranjeros: régimen general (contratación individual nominativa), contingente y temporada. Por otro lado, abre un amplio proceso de regularización de los inmigrantes que se encuentren residiendo en España en condiciones de irregularidad administrativa, siempre y cuando obtengan un contrato de trabajo¹²⁸. Si bien el instrumento de las regularizaciones es merecedor de muchas críticas como forma de gestión de los flujos migratorios¹²⁹, para las cientos de miles de personas afectadas constituye una apremiante necesidad para lograr una integración normalizada.

¹²⁸ El vínculo entre acceso a la residencia legal y contrato de trabajo ha sido criticado por MESTRE, quien realiza una crítica feminista al derecho de extranjería y denuncia la exclusión y subordinación a la que se somete a las mujeres inmigradas, que en una elevada proporción están abocadas al trabajo sumergido, como el trabajo doméstico y la asistencia domiciliaria a niños y ancianos, por no hablar de la prostitución (1999:22-32).

¹²⁹ El hecho de recurrir a un instrumento como la regularización muestra la ausencia de una política migratoria bien planificada. Los procesos de regularización son instrumentos excepcionales impropios de un Estado de Derecho, ya que son contrarios a un principio básico del mismo como es la seguridad

Pero las buenas nuevas terminan ahí. Además de priorizar la inmigración legal, el Reglamento también pretende sumar instrumentos para perseguir más eficazmente la inmigración irregular. Si bien el Gobierno señala que los instrumentos adicionales se orientan hacia la lucha contra la economía sumergida, lo cierto es que la persecución del “clandestino” no retrocede un ápice. La mera estancia irregular continuará siendo susceptible de expulsión.

El nuevo gobierno no parece que vaya a llevar a cabo un cambio relevante en la política de extranjería que se venía desarrollando, no está en sus planes un cambio legislativo dirigido a retomar el espíritu menos represivo de la originaria L.O. 4/2000. Los instrumentos represivos para el control de los flujos migratorios no se ponen en discusión. La expulsión y la privación de libertad en centros de internamiento seguirán hostigando a las personas más vulnerables, aquéllas que no logran acceder a los sectores formalizados del mercado de trabajo. De estos instrumentos represivos nos ocuparemos a continuación.

jurídica (art. 9.3 CE). Se trata de un instrumento aplicable “graciosamente” por las autoridades, similar a las amnistías carcelarias, que se aplican cuando la situación resulta insostenible. Son métodos absolutamente inadecuados para gestionar políticas públicas, la política migratoria en el caso de las regularizaciones. La cuestión migratoria debe ser gestionada mediante instrumentos ordinarios -la ley- que permitan una planificación racional del fenómeno, capaz de generar expectativas en las personas y de garantizar la seguridad jurídica.

CAPÍTULO 11: EL CONTROL REPRESIVO DE LA INMIGRACIÓN I: LA POLÍTICA DE EXPULSIONES

En este capítulo pretendo analizar la política de expulsiones de extranjeros del territorio nacional, en las distintas modalidades jurídicas previstas en el ordenamiento español. En primer lugar haré referencia a los antecedentes históricos, para mostrar que la expulsión aparece históricamente regulada como una medida de orden público, prevista para el caso que se contravengan leyes de policía, tanto administrativas como penales. Después de estudiar los antecedentes históricos de la medida de expulsión, veremos que la regulación actual mantiene la expulsión con una finalidad similar a la vieja medida de orden público¹³⁰: está configurada como una medida policial y penal aplicable a los extranjeros que han infringido la normativa migratoria de carácter administrativo y, en especial, a los extranjeros que denoten una cierta “peligrosidad” ya sea por estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como infracciones en la Ley de Seguridad Ciudadana o por estar implicados (imputados o condenados) en actividades previstas como delito en el Código Penal.

Pero antes de analizar la sanción de expulsión del territorio nacional, haremos referencia a las medidas de control de fronteras que, junto con la expulsión, son las que están destinadas al control de los flujos migratorios para evitar la inmigración ilegal o inconveniente. También examinaremos algunos datos sobre la aplicación en la práctica de estas diversas medidas de policía de extranjeros.

1. Medidas de control migratorio: denegación de entrada, devolución y expulsión

Además de la expulsión, existen otros instrumentos de policía de extranjería para la “repatriación” de extranjeros. Se trata de la denegación de entrada en el territorio español (también denominada rechazo en frontera) y de la devolución, medidas ambas que han suscitado intensas polémicas.

La denegación de entrada y la devolución conllevan aun menos garantías jurídicas para la persona afectada que la expulsión, porque no requieren ni siquiera la elaboración de un expediente administrativo.

Entre las tres medidas de control migratorio mencionadas a menudo ha habido cierta confusión, debido a imprecisiones legales o a normativas directamente ilegales,

¹³⁰ Así lo he sostenido con anterioridad en MONCLÚS (2004a:419-437).

que han permitido a las autoridades migratorias abusar de los instrumentos menos garantistas. Me refiero en concreto al abuso ilegítimo de las devoluciones con el objetivo de evitar el expediente de expulsión, abuso que fue permitido por expresa previsión del Reglamento de Extranjería de 2001 hasta su anulación por el Tribunal Supremo en marzo de 2003. Luego nos ocuparemos de estos avatares.

A continuación me detendré brevemente en la regulación jurídica (y las polémicas suscitadas respecto a la misma) de la denegación de entrada y de la devolución. La expulsión será analizada más adelante con mayor profundidad.

Para observar la concreta eficacia de control migratorio que tiene cada una de estas medidas de “repatriación” (esta es la denominación que usa el Ministerio del Interior para referirse al total de extranjeros sometidos a expulsión, devolución y denegación de entrada), también introduciré algunos datos.

Antes de hacer referencia a cada uno de estos instrumentos de policía migratoria es importante destacar que en cualquiera de las modalidades de “repatriación” los extranjeros disponen del derecho a la asistencia jurídica gratuita, que les fue reconocido por la L.O. 4/2000 y se ha mantenido en el art. 22 de la Ley tras la reforma por L.O. 8/2000. Este art. 22 señala en su primer párrafo que

“Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita, tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice”.

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en su art. 2 sólo reconocía el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros irregulares en el orden jurisdiccional penal y en los procedimientos relativos a la solicitud de asilo. Tras la aprobación de la Ley de Extranjería de 4/2000, este derecho a la asistencia jurídica gratuita de oficio ha quedado ampliado a todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que puedan terminar con la denegación de entrada del extranjero, su devolución o su expulsión del territorio del Estado español¹³¹.

Finalmente señalar que en el caso de refugiados no se aplica la normativa general sobre expulsiones, devoluciones y rechazos, sino que se establecen ciertas garantías adicionales. Ello es consecuencia de los Convenios Internacionales -como el

¹³¹ Para hacer efectivo este derecho en Barcelona se ha implantado un turno de oficio de extranjería.

Convenio de Ginebra sobre el estatuto del refugiado de 1951, la Declaración sobre el Asilo Territorial de la ONU de 1967- que han establecido límites a la posibilidad de expulsión o rechazo de los extranjeros solicitantes de asilo. Así, por ejemplo, el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 establece que el refugiado no puede ser expulsado ni devuelto a la frontera del país de donde ha huido, salvo que constituya un peligro para la seguridad del Estado donde se encuentra.

Sin embargo, en la actualidad estamos presenciando como muchos Gobiernos, para sustraerse a las obligaciones dimanadas de los mencionados Convenios, están desconociendo o cuestionando el estatuto de refugiado. La tasa de reconocimiento de los refugiados ha descendido de forma alarmante en todos los países de la Unión Europea, hasta quedar en unos mínimos que giran en torno al 10% de solicitudes aceptadas (NAÏR, 2001:33-37).

Por otro lado, y como ha señalado ENZENSBERGER, las distinciones tradicionales han entrado en crisis. La distinción entre emigrantes por razones económicas y perseguidos políticos se ha convertido en un anacronismo, debido a que en la mayoría de los países asediados por el subdesarrollo y el hambre tales fenómenos están ligados a regímenes políticos autoritarios. Además, la corrupción, la explotación, el fanatismo religioso, etc. pueden constituir amenazas para la supervivencia equiparables a la prisión, la tortura o la muerte. Por ello no tienen sentido las legislaciones que tratan de distinguir entre el auténtico y el falso solicitante de asilo (1992:53-54).

1.1. La denegación de entrada

Los artículos 25 y 26 de la Ley de Extranjería indican los requisitos exigidos a los extranjeros para que se autorice su entrada en territorio español¹³²: entrar por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte (o documento de viaje válido a tal fin), disponer de visado (salvo que un convenio internacional o la normativa de la Unión Europea exima de ello) y no estar sujeto a prohibiciones expresas¹³³.

¹³² Estos requisitos de entrada no se aplican a los solicitantes de asilo, que se rigen por lo dispuesto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.

¹³³ En cuanto a las causas de prohibición de entrada, el art. 10 del nuevo Reglamento menciona las siguientes: a) haber sido expulsado y estar dentro del plazo de prohibición de entrada o tener orden de expulsión dictada; b) haber sido objeto de una medida de devolución y estar dentro del plazo de prohibición de entrada; c) encontrarse reclamados por otros países por la comisión de un delito (siempre que el hecho constituya delito también en España); d) tener prohibida la entrada en virtud de resolución del Ministerio del Interior por actividades contrarias a intereses españoles o a los derechos humanos; e)

Sin embargo, el artículo 25 agrega:

“Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios”.

El nuevo Reglamento concreta los requisitos de entrada en los artículos 4 y siguientes, donde atribuye a las autoridades fronterizas la potestad de exigir documentos que acrediten el objeto y condiciones de la estancia -como invitaciones a congresos o reuniones de empresas, reservas de hotel, billetes de retorno, entre otros documentos-. También pueden exigir al extranjero que acredite la suficiencia de medios de vida para la estancia y que presente certificados médicos cuando sean exigibles. Además, la entrada del extranjero estará condicionada a que “no suponga un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido” (art. 4.1. g).

Las autoridades fronterizas son las competentes para valorar la verosimilitud del motivo de entrada invocado y de los documentos acreditativos para justificarlo. Se abre la puerta a la discrecionalidad en la valoración de tales circunstancias por parte de las autoridades gubernativas. En este sentido, y antes de las modificaciones legales de los últimos años, SAEZ VALCARCEL criticaba la amplia discrecionalidad de la policía en la denegación de entrada, aún cuando se cumplieran los requisitos exigidos legalmente, facultad discrecional que se convertía en arbitraria (1993:18-20). También el propio Defensor del Pueblo ha denunciado reiteradamente que en la práctica de las denegaciones de entrada interviene un elevado grado de discrecionalidad policial. Las personas rechazadas en su mayoría cumplen con todos los requisitos exigidos legal y reglamentariamente, pero la policía sospecha que el extranjero en realidad tiene intenciones de permanecer en España más allá de la concreta autorización de entrada y deniega la entrada amparándose en que la documentación presentada por el extranjero no justifica la verosimilitud de los motivos del viaje (Informe del Defensor del Pueblo, 2000:61-63).

tener prohibida la entrada en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España (supuesto que se refiere a estar incluido en la lista de “no admisibles” del Sistema de Información Schengen).

En los últimos años las regulaciones reglamentarias han reducido el poder policial al fijar los criterios a tener en cuenta, pero aún así persiste margen de apreciación policial que puede dar lugar a arbitrariedad y a discriminación racial.

También se han introducido ciertas garantías procedimentales. La Ley de Extranjería de 1985 no establecía procedimiento alguno para los casos de denegación de entrada, limitándose a señalar que los servicios policiales correspondientes “podrán rechazar” a quien no reúna los requisitos exigidos para la entrada, sin prever para ello ni motivación del rechazo ni los recursos que podía interponer el interesado.

La denegación de entrada fue objeto de regulación en la L.O. 4/2000, que se ha mantenido tras las sucesivas reformas. Se establece un mínimo procedimiento al indicarse en el art. 26.2 que

“A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formularlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”.

Por lo tanto, la denegación de entrada exige en todo caso resolución motivada, con indicación de los recursos que correspondan. Además se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

El extranjero al que le sea denegada la entrada debe retornar al lugar de procedencia o dirigirse hacia otro país donde sea admitido. En el caso de fronteras terrestres el retorno puede resultar relativamente sencillo, pero cuando la denegación de entrada se produce en el aeropuerto de llegada el retorno puede demorar cierto tiempo. Para estos casos, la Ley prevé la posibilidad de privar de libertad al extranjero, cuestión de la que nos ocuparemos en el próximo capítulo.

1.2. La devolución

La devolución es otro de los instrumentos de policía de extranjería y está regulada en el art. 58.2 de la Ley de Extranjería, según el cual no será preciso expediente de expulsión en los siguientes supuestos:

- a) para devolver a los extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España;
- b) para devolver a los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país.

La devolución la acuerda la misma autoridad gubernativa competente para la expulsión (esto es, la Subdelegación del Gobierno), pero sin necesidad de tramitar ningún tipo de expediente. La ausencia de expediente puede dar lugar a arbitrariedades frente a las cuales la persona afectada no dispone de instrumentos jurídicos de defensa. Al no exigirse la tramitación de expediente alguno, no se garantizan al extranjero los derechos y garantías jurídicas que nuestro ordenamiento exige para cualquier tipo de procedimiento: derecho de audiencia, derecho de defensa, recursos, etc. (SAGARRA, 1991:223-225).

El primer caso de devolución que menciona la Ley ha sido menos controvertido porque se trata de un extranjero que ha sido expulsado y es detenido por la policía en España cuando todavía está vigente la prohibición de entrada que lleva aparejada la expulsión. Como mínimo, aquí ha existido un expediente previo que ha impuesto la sanción de expulsión.

El segundo supuesto de devolución ha planteado muchos problemas. En principio, este tipo de devolución es una medida de control migratorio que se aplica antes que el extranjero haya entrado a España. La diferencia con la denegación de entrada debería consistir en que mientras en aquélla la entrada se pretende hacer legalmente por un puesto fronterizo habilitado, en el caso de la devolución se pretende entrar en el país de forma ilegal (por un puesto no habilitado al efecto o eludiendo los controles). Sin embargo, la devolución a menudo ha sido usada de manera arbitraria, convirtiéndose en una forma encubierta de expulsión de inmigrantes que ya estaban en territorio español, sin necesidad de tramitar ningún tipo de procedimiento.

Con la Ley de Extranjería 7/1985, se hizo un uso muy amplio de la devolución porque el art. 36 permitía la devolución sin procedimiento previo de los extranjeros que “hayan entrado ilegalmente en el país”. Esta expresión llevó a que la administración utilizase de forma arbitraria la devolución, prescindiendo del procedimiento de expulsión siempre que considerase que la entrada se había realizado ilegalmente. En este sentido, el Defensor del Pueblo ya en 1987 manifestó su temor a que se aplicase la devolución a los casos en que el extranjero es detenido por la policía dentro del territorio nacional en situación ilegal y en lugar de instruirse un expediente de expulsión, se presume su entrada ilegal y se lleva a cabo su devolución (SAGARRA, 1991:224).

La Ley de Extranjería 4/2000 realiza una nueva regulación de la devolución (que se mantiene tras su reforma por L.O. 8/2000), introduciendo la actual expresión “extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país”. Sin embargo, la interpretación de dicha expresión ha sido muy controvertida, manteniéndose un uso abusivo de la devolución¹³⁴.

El Reglamento de 2001 realizó una interpretación extensiva de la expresión “pretendan entrar ilegalmente en el país”, considerando incluidos “a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada” (art.138.1 b).

Dicha interpretación extensiva se extralimitaba de las previsiones legales, vulnerando el principio de legalidad, porque extendía el régimen excepcional de la devolución a un supuesto no previsto por la ley. Así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de marzo de 2003 (Sala contencioso-administrativa), que anula 11 preceptos del Reglamento de Extranjería de 2001, entre los que se cuenta el artículo comentado. El Supremo señaló que la Ley sólo se refiere a la pretensión de entrar en el país, de manera que el Reglamento hacía una interpretación extensiva que iba más allá del mandato legal, ampliando la devolución a los extranjeros que ya estaban en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta (STS 20/3/2003, F.J. 18°).

Según el Tribunal Supremo, la expresión “pretendan entrar ilegalmente en el país” hay que entenderla en sentido literal. No se puede proceder a la devolución del extranjero que haya sido interceptado por la policía dentro del territorio español, aunque la autoridad gubernativa pueda suponer que ha entrado ilegalmente. En este caso hay que tramitar un expediente de expulsión, que es una medida de policía de extranjería un poco más garantista.

El nuevo Reglamento de Extranjería recientemente aprobado vuelve a precisar lo que debe entenderse por “extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país”, señalando que se considerarán incluidos “a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones” (art. 157.1 b). En precepto reglamentario realiza una

¹³⁴ En junio del 2000 la Subdelegación del Gobierno de Málaga aplicó la devolución a 37 ciudadanos marroquíes que habían sido interceptados por la Guardia Civil cuando ya se encontraban en territorio español. No se inició expediente de expulsión y se procedió a la simple devolución porque los inmigrantes viajaban en un vehículo con las ropas mojadas y arena de playa en los zapatos. Este hecho motivó una consulta por parte de la Fiscalía de Extranjería de Málaga, que fue contestada mediante una Circular de la Fiscalía General del Estado (FGE), en la que se reconocía la dificultad de interpretación de la norma. La FGE señalaba que el problema radica en determinar cuándo se produce la entrada efectiva en España y recomendaba aplicar la devolución cuando se pudiese apreciar la figura de la flagrancia, es decir, cuando el inmigrante fuese sorprendido de forma patente en su acción ilícita de entrada (*El País*, 21/6/2001).

interpretación de la Ley acorde con la sentencia del Tribunal Supremo, aunque no hay que descartar problemas prácticos en la apreciación por la autoridad policial de los que puede considerarse como “inmediaciones” a la frontera.

Pero la polémica acerca de la devolución no termina ahí, sino que se extiende a la posibilidad de internamiento cuando la devolución no puede ejecutarse en el plazo de 72 horas. A ello nos referiremos en el próximo capítulo.

La devolución no se aplica a los solicitantes de asilo, de modo que su intento de entrada ilegal no puede ser respondido con la devolución. Deberá instruirse en todo caso un expediente con el respeto de todas las garantías que establece la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.

Finalmente señalar que en caso de devolución de los extranjeros que hayan sido expulsados y contravengan la prohibición de entrada, se reiniciará el cómputo del plazo de prohibición de entrada acordado por la orden de expulsión quebrantada. En caso de devolución de los que pretendan entrar ilegalmente en España se impondrá una prohibición de entrada por un máximo de tres años.

1.3. Algunos datos sobre “repatriaciones”

El *Anuario de Extranjería del Ministerio del Interior* no incluye datos sobre la aplicación de las medidas de policía de extranjería, sino que se concentra en las cifras de inmigración legal o regular (permisos de residencia por trabajo o estudio concedidos, adquisiciones de nacionalidad, etc.). El *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior* sí suministra algunas cifras sobre las diversas medidas de “repatriación” adoptadas en el marco del control migratorio, aunque las mismas son muy limitadas, sobre todo a partir del año 2002, en que se ha reducido sustancialmente la información contenida en dichos anuarios. En efecto, el apartado de “Extranjería” de los Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior sufre una modificación de sus contenidos a partir de 2002, que si bien elimina algunas duplicidades en la información, también reduce el suministro de datos sobre expulsiones, devoluciones y denegaciones de entrada. Una de las ausencias más notables se refiere a los datos sobre órdenes de expulsión dictadas, con el fin de conocer cuántas de las expulsiones dictadas son materializadas, información contenida en el Anuario de 2001 y que desaparece a partir del Anuario de 2002.

Además, este último incorpora un nuevo ítem junto a las expulsiones, las devoluciones y las denegaciones de entrada y retorno, que son los “retornos por

acuerdos de readmisión”, los cuales suponen más del 50% del total de “repatriaciones”. El anuario no explica a qué se refiere este concepto, y el mismo tampoco se desprende de la Ley de Extranjería. Ante la duda, llamé al Ministerio del Interior solicitando una aclaración y, tras plantear la consulta a varias personas y que me derivasen de una oficina a otra en busca de respuestas, me informaron que se trata de la cifra de personas a quienes se deniega la entrada por las fronteras terrestres de Francia y Portugal (sobre todo en la frontera de “la Jonquera”). Debido a los acuerdos de readmisión entre los países de la Unión Europea, los nacionales de terceros Estados a quienes se deniega la entrada son inmediatamente retornados al país del que procedían, y no a su país de origen. Por lo demás, esta cifra de los “retornos por acuerdos de readmisión” ni siquiera se computaba entre las “repatriaciones” antes de 2002.

Si examinamos las cifras de “repatriaciones” de los últimos cuatro años, podemos observar que se ha producido un incremento muy importante en el conjunto de las “repatriaciones”, aunque las tendencias difieren para los distintos instrumentos de policía migratoria.

TABLA 19: Evolución de las cifras de repatriación (2000-2003).

| | AÑO 2000 | | AÑO 2001 | | AÑO 2002 | | AÑO 2003 | |
|--------------------------------|-----------|--|----------|------------|-----------|------------|-----------|------------|
| | Total | | Total | Incremento | Total | Incremento | Total | Incremento |
| Expulsiones dictadas | 6.579 | | 12.976 | 97'2% | No consta | | No consta | |
| Expulsiones ejecutadas | 1.226 | | 3.817 | 211'3% | 12.159 | 218'5% | 14.104 | 16% |
| Devoluciones | 22.716 | | 22.984 | 1'2% | 14.275 | - 37'9% | 13.684 | - 4'1% |
| Denegación entrada y retorno | 6.181 | | 8.881 | 46'3% | 11.698 | 31'7% | 14.750 | 26'1% |
| Retorno por acuerdo readmisión | No consta | | 9.862 | | 38.981 | 295'3% | 50.354 | 29'2% |
| Total repatriaciones | No consta | | 45.544 | | 77.113 | 69'3% | 92.892 | 20'5% |

Fuente: *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2001, 2002 y 2003.*

La tabla anterior muestra un incremento superior al 200% en las cifras de expulsiones ejecutadas tanto en el año 2001 como en el 2002. En dos años el uso de la expulsión como instrumento de policía de extranjería se multiplica por 10, pasando de mil doscientas expulsiones materializadas en el año 2000 a doce mil en el 2002. A lo largo del 2003 también se observa un incremento, pero mucho más moderado, finalizando el año con un total de catorce mil expulsiones ejecutadas.

Como ya hemos indicado, lamentablemente a partir del año 2002 el Anuario no suministra información acerca de las expulsiones dictadas, de manera que no podemos

saber si el gran incremento de las materializadas es producto de una mayor eficacia en la ejecución de las órdenes de expulsión dictadas, o de que se dicta un volumen muy superior de órdenes de expulsión. En el segundo caso se trataría de una política de expulsiones de consecuencias muy negativas, porque generaría una bolsa de inmigrantes “inexpulsables” y difícilmente regularizables que son abocados a la marginación y exclusión social. Luego volveremos sobre esta cuestión.

En cuanto a las devoluciones, se observa que en el año 2002 la cifra disminuye sustancialmente (pasando de 23.000 a 14.000), y en 2003 la tendencia continúa a la baja. Produce cierta sorpresa que dicha disminución tenga lugar a lo largo del año 2002. Como hemos visto, la Ley de Extranjería del 2000 cambia la regulación legal de la devolución, restringiendo su aplicación. En 2001 el Reglamento amplía por vía interpretativa las posibilidades de devolución, aunque en menor medida que la Ley de Extranjería de 1985. La regulación reglamentaria es anulada por el Tribunal Supremo en marzo de 2003, momento en el que el instrumento de devolución debería restringirse definitivamente. A lo largo del periplo normativo descrito, sería esperable encontrar un descenso en las cifras de la devolución del año 2000 y, de nuevo, en las del año 2003. Puede suceder que la disminución observada en el año 2002 sea el efecto retardado del cambio legal del 2000, porque a menudo las prácticas de los aplicadores del derecho tardan cierto tiempo en acomodarse a los cambios legislativos.

La tabla 19 también muestra una potenciación del instrumento de la denegación de entrada y retorno, que pasa de 6.000 casos en el año 2000, a más de 14.000 en el 2003. A ello se suma otra modalidad de este mismo instrumento que el Ministerio del Interior introduce separadamente a partir del año 2002 (con anterioridad ni siquiera lo contabilizaba), el cuál se incrementa año tras año hasta constituir en la actualidad el principal instrumento de control migratorio. Así, según el Anuario de 2002, el retorno por acuerdo de readmisión afectó a cerca de 10.000 personas en el año 2001, y su uso se incrementa más de un 200% a lo largo de 2002, aplicándose a un total de 39.000 personas. En el 2003 su aplicación se incrementa de nuevo, superando las 50.000 personas afectadas.

Las cifras anteriores se refieren al total de personas “repatriadas”. Resulta muy interesante observar a quien afecta cada uno de los instrumentos de policía de extranjería. En la siguiente tabla se hará referencia a las nacionalidades de las personas sobre las que recaen mayoritariamente las medidas de expulsión, devolución, denegación de entrada y retorno y, por último, retorno por acuerdos de readmisión.

TABLA 20: Expulsiones, devoluciones, denegaciones de entrada (con retorno) y retornos por acuerdos de readmisión, año 2003.

| Nacionalidades | Expulsiones ejecutadas | Devoluciones ejecutadas | Denegación de entrada y retorno | Retorno por acuerdos de readmisión |
|----------------|------------------------|-------------------------|---------------------------------|------------------------------------|
| ARGELIA | 469 | 38 | 133 | 763 |
| BOLIVIA | 96 | 104 | 871 | 66 |
| BULGARIA | 244 | 23 | 91 | 7.837 |
| COLOMBIA | 852 | 19 | 207 | 191 |
| ECUADOR | 614 | 178 | 4.950 | 760 |
| LITUANIA | 194 | 13 | 9 | 1.477 |
| MARRUECOS | 5.390 | 12.710 | 4.682 | 1.573 |
| NIGERIA | 1.199 | 10 | 25 | 283 |
| POLONIA | 97 | 16 | 35 | 1.505 |
| RUMANIA | 2.698 | 109 | 298 | 29.328 |
| UCRANIA | 204 | 21 | 18 | 1.368 |
| OTRAS | 2.047 | 443 | 3.431 | 6.192 |
| TOTAL | 14.104 | 13.684 | 14.750 | 51.343 |

Fuente: *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003*.

En la tabla se observa que las expulsiones se aplican sobre todo a los nacionales de Marruecos (con el 38% del total), a los de Rumania (19%) y a los de Nigeria (8'5%), por citar sólo los países que en 2003 contaron con más de 1.000 personas expulsadas. Más adelante observaremos las cifras de expulsiones con más detenimiento. Por el momento, podemos añadir que el Anuario de 2003 también muestra que la provincia más activa en el uso efectivo de la expulsión es Las Palmas (con 4.402 expulsiones ejecutadas o el 31% del total), seguida a mucha distancia por Madrid, Cádiz, Málaga y Barcelona, que cada una de ellas expulsó alrededor de 1.000 personas y conjuntamente suman casi otro tercio del total de las expulsiones ejecutadas.

De los datos anteriores también se puede constatar que la medida de devolución se está aplicando casi exclusivamente a las personas de nacionalidad marroquí, que suman el 93% del total de devoluciones. Según las cifras del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2003*, la mayor parte de las devoluciones tuvieron lugar en las provincias de Cádiz (con 5.996 devoluciones que suponen el 44% del total), Ceuta (3.121 o el 23% de las devoluciones) y Granada (1.922, o el 14% del total).

En cuanto a la aplicación práctica de la denegación de entrada y retorno, los datos de la Tabla 20 muestran que los grupos nacionales que concentran en mayor

medida las denegaciones de entrada y retornos son los ecuatorianos (con 4.950 denegaciones o el 33'5%), seguidos de los Marroquíes (con 4.682 o el 32% del total). En cambio, los retornos por acuerdos de readmisión que se concentran en su mayoría en la frontera catalano-francesa de La Jonquera, tienen por destinatarios fundamentalmente a nacionales de países de Europa del Este. En primer lugar los rumanos son los destinatarios principales de este tipo de retorno con más de 29.000 personas afectadas a lo largo de 2003 (que constituyen el 57% del total de retornados), seguidos de los búlgaros con cerca de 8.000. A mucha distancia ya encontramos a los marroquíes, los polacos, los lituanos y los ucranianos, con aproximadamente 1.500 retornados cada uno.

Si los retornos por acuerdos de readmisión se refieren a las fronteras terrestres con Francia y Portugal, las denegaciones de entrada y retorno tienen lugar fundamentalmente en los aeropuertos, con un especial protagonismo del de Barajas (Madrid), que concentra el 58% de las denegaciones de entrada. El Anuario de 2001 contenía una tabla con las denegaciones de entrada y retorno realizadas a lo largo del año con indicación de los motivos de denegación y de las fronteras en que tuvo lugar. Estos datos no se suministran a partir de 2002, de manera que a continuación se incluye una tabla con la aludida información referida al año 2001. Si bien los datos totales han aumentando de manera muy relevante, es interesante observar los motivos de denegación de entrada más usuales, que probablemente no se habrán modificado en el año 2003.

TABLA 21: Denegaciones de entrada y retorno, por fronteras y según motivos. 2001.

| MOTIVOS | FRONTERAS | | | TOTAL | |
|------------------------------------|-------------------------------|---------------------------|--------------|--------------|---|
| | TERRESTRES Ceuta y Melilla | AÉREAS Barajas / Total | | | MARÍTIMAS Algeciras, Alicante y Almería |
| Carecer documento viaje | 16 | 693 | 1.007 | 666 | 1.689 |
| Carecer visado | 52 | 96 | 167 | 555 | 774 |
| Carecer medios Económicos | 14 | 128 | 244 | 86 | 344 |
| Documento Falso | 490 | 59 | 76 | 47 | 613 |
| Sistema Información Schengen | 11 | 208 | 227 | 61 | 299 |
| Carecer documento justificativo | 1 | 3.848 | 4.376 | 289 | 4.666 |
| Otros | 44 | 426 | 445 | 7 | 496 |
| TOTAL | 628 | 5.458 | 6.542 | 1.711 | 8.881 |

Fuente: *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2001.*

De la Tabla anterior se desprende que la mayor parte de las denegaciones de entrada de año 2001 tuvieron lugar en las fronteras aéreas, con un especial protagonismo del

aeropuerto de Barajas, el cuál concentró el 61'5% del total de las denegaciones de entrada. También podemos observar que el motivo más alegado para denegar la entrada consistió en “carecer de documento justificativo”. Como hemos visto más arriba, se trata de un motivo de denegación de entrada que no está expresamente regulado en la Ley, sino que depende de la concreción reglamentaria. El art. 25 de la Ley de Extranjería establece unos requisitos para la entrada en territorio español y luego hace referencia a los “documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia”. El Reglamento ha establecido un listado de documentos (como invitaciones, reservas, preinscripciones en centros de estudios, etc.) que la policía puede exigir y le atribuye a dicha autoridad la competencia para valorar la verosimilitud del motivo de entrada manifestado por el extranjero, competencia discrecional que, como vemos, a menudo se convierte en arbitraria.

A continuación examinaremos más detenidamente las cifras de expulsiones del territorio nacional de los últimos tres años, haciendo especial énfasis en la nacionalidad de las personas afectadas por la sanción de expulsión.

TABLA 22: Expulsiones (dictadas y ejecutadas) año 2001 y ejecutadas 2002-2003.

| Nacionalidades | Expulsiones dictadas 2001 | Expulsiones ejecutadas 2001 | Expulsiones ejecutadas 2002 | Expulsiones Ejecutadas 2003 |
|----------------|---------------------------|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| ARGELIA | 3.208 | 91 | 878 | 469 |
| BULGARIA | 73 | 25 | 159 | 244 |
| COLOMBIA | 623 | 237 | 704 | 852 |
| ECUADOR | 206 | 70 | 314 | 614 |
| MARRUECOS | 3.173 | 1.249 | 5.416 | 5.390 |
| NIGERIA | 432 | 301 | 1.404 | 1.199 |
| RUMANIA | 575 | 397 | 1.384 | 2.698 |
| RUSIA FED. | 297 | 213 | 243 | 298 |
| SENEGAL | 908 | 483 | 238 | 349 |
| UCRANIA | 293 | 84 | 236 | 204 |
| OTRAS | 3.188 | 3.150 | 1.183 | 1.787 |
| TOTAL | 12.976 | 3.817 | 12.159 | 14.104 |

Fuente: *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2001, 2002 y 2003.*

Si observamos los datos anteriores referidos al año 2001 -último año en que se incluye la cifra de expulsiones dictadas junto a las materializadas-, lo primero que llama la atención es la gran divergencia entre la cifra total de casi 13.000 expulsiones dictadas, y la de ejecutadas, que se acerca a las 4.000. Esto significa que en el año 2001 se ejecutaron sólo el 30% de las órdenes de expulsión dictadas.

También se advierte que en el 2001 los nacionales de Argelia y Marruecos recibían casi el 50% de las expulsiones dictadas, aunque luego las órdenes de expulsión

que lograban ejecutarse eran muy inferiores, sobre todo en el caso de Argelia. En el caso de los nacionales de Marruecos el porcentaje de ejecución del año 2001 se elevaba hasta el 40%, en el de los colombianos, nigerianos, rumanos, rusos y senegaleses era aún mayor, pero en el caso de los argelinos la ejecución de órdenes de expulsión dictadas no superaba el 3%. Precisamente la elevada cifra de argelinos que recibieron una orden de expulsión en el año 2001 sorprende porque la población argelina que vive en España es muy reducida (según datos del INE a enero de 2002, superaba en poco los 35.000, 24.000 de los cuales son regulares a fin de 2003).

Es una lástima que en los Anuarios posteriores a 2001 no se incluya la cifra de expulsiones dictadas, ya que la misma puede indicar los grupos nacionales más perseguidos por la policía, si comparamos tales cifras con los datos estimativos de irregulares de cada nacionalidad. Es decir, se podría extraer un índice de expulsiones dictadas por 100.000 residentes irregulares (pese a que esta última cifra sólo sería estimativa). Las cifras de expulsiones efectuadas también suministran cierta información sobre los colectivos más perseguidos, pero pueden ocultar grupos que reciben muchas órdenes de expulsión finalmente no ejecutadas, debido a que la eficacia de las mismas depende en gran medida de los acuerdos de readmisión.

La capacidad de ejecutar las órdenes de expulsión depende en muchos casos de la existencia de acuerdos de readmisión. España tiene firmado un acuerdo de readmisión con Marruecos desde 1992, así como con Nigeria, con Ecuador (desde 2001) y otros países de procedencia de flujos migratorios irregulares. También a los países candidatos a ingresar a la Unión Europea y a los recién ingresados se les exige la readmisión de sus nacionales que se encuentren irregularmente en el territorio de otro Estado europeo. Este tipo de “acuerdos” han sido criticados porque se trata más bien de imposiciones de los países ricos sobre los pobres, ya que a menudo los primeros condicionan las ayudas al desarrollo a la firma de acuerdos de readmisión.

El gran incremento de las órdenes de expulsión ejecutadas en España que se produce en los últimos años seguramente tiene relación con la potenciación de este tipo de acuerdos bilaterales (o multilaterales en el caso de Europa) de readmisión de extranjeros. Aunque también depende de un mayor hostigamiento policial de los inmigrantes irregulares que viven en España. Como hemos visto en el capítulo 8 dedicado a la relación de los extranjeros con el sistema penal español, las cifras de detenciones policiales de extranjeros son muy elevadas y aumentan año tras año, tanto

las motivadas por infracciones penales como las de infracciones a la Ley de Extranjería. Sea como sea, unas y otras pueden desembocar en la expulsión del extranjero.

La tabla 22 refleja un elevadísimo incremento de las expulsiones ejecutadas en el año 2002, que se consolida en el 2003. Como señalábamos, en el año 2003 las expulsiones se aplicaron sobre todo a los nacionales de Marruecos (con el 38% del total), a los de Rumania (19%) y a los de Nigeria (8'5%), seguidos por Colombia (6%), Ecuador (4'3%) y Argelia (3'3%). En conjunto, suman casi el 80% de las expulsiones ejecutadas. Estas cifras no nos permiten extraer conclusiones muy rigurosas (aunque algo sí podemos intuir) sobre la mayor persecución policial de determinados colectivos, porque la efectividad de las órdenes de expulsión depende de la readmisión del extranjero.

Por lo demás, no sabemos si el reducido porcentaje de ejecución de las expulsiones dictadas que aparece en el Anuario de 2001 se mantiene en el 2003. Si se mantuviera una tasa de ejecución de sólo el 30%, y dado que el instrumento de la expulsión se ha potenciado mucho en los últimos años, significaría que se estarían dictando alrededor de 47.000 órdenes de expulsión, el 70% de las cuales (unas 33.000) quedarían sin ejecutar.

La no ejecución de las órdenes de expulsión provoca que todas aquellas personas a quienes se ha dictado una resolución de expulsión, pero la misma no pueda ser ejecutada, queden en una situación de ilegalidad que les impide regularizar su estancia en el Estado español. Es el problema de las personas que podemos denominar "inexpulsables", que permanecen en territorio español con una orden de expulsión como único documento, lo que los condena a la economía sumergida, a la marginación y a la exclusión social.

El art. 34 de la Ley prevé que las personas indocumentadas puedan excepcionalmente obtener un documento identificativo que acredite su inscripción en las dependencias del Ministerio del Interior -documento que les permite instar la concesión de un permiso de residencia y de trabajo-, pero señala que en todo caso se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario haya sido expulsado. Por lo tanto, el hecho de tener una orden de expulsión impide al extranjero poder regularizar su situación mediante la obtención de un permiso de residencia y de trabajo¹³⁵.

¹³⁵ Por otro lado, puede suceder que el extranjero haya sido internado en un centro de internamiento durante la tramitación del expediente de expulsión y, una vez dictada la orden de expulsión y constatada la imposibilidad de que la misma se ejecute, el extranjero sea puesto en libertad. Ello conlleva que se haga sufrir al extranjero una privación de libertad innecesaria e injustificada, con lo que se añade un plus

Por otra parte, el Ministerio no nos informa sobre los motivos de la expulsión. No indica cuáles son las infracciones administrativas que han motivado la imposición de la sanción de expulsión (estancia irregular, actividades contrarias al orden público, u otras infracciones previstas en el art. 57 de la Ley de Extranjería). Tampoco nos suministra información acerca del volumen de expulsiones penales, ya sean las de extranjeros irregulares imputados en un proceso penal y autorizadas por el juez penal (art. 57.7 LE), ya las dictadas por el juez en sustitución de la pena de prisión inferior a 6 años o de la última parte de la pena en las condenas superiores (art. 89 CP). No sabemos si dichas expulsiones están incluidas en la estadística de expulsiones del Ministerio del Interior. Según algunos autores su aplicación ha sido mínima debido a que, a las dificultades para ejecutar las resoluciones de expulsión administrativas, se unen las reticencias que tienen los jueces en aplicar la expulsión, pese a los esfuerzos del anterior Fiscal General del Estado para promocionarla (ASÚA, 2002:34-37; GARCÍA, 2002:170-171).

En este sentido, la *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2004* señala en relación a la expulsión sustitutiva del art. 89 del Código Penal que la misma ha tenido una utilización muy limitada en su redacción originaria, pero a partir de la reforma operada por L.O. 11/2003, que convierte la expulsión en la regla general, se observa un importante incremento en las solicitudes y concesiones de sustitución (que en varias provincias es del 150%). Esto hace suponer a la Fiscalía que en los años venideros se producirá un incremento de este tipo de expulsiones (Memoria FGE 2004:541-543). No obstante, una reciente sentencia del Tribunal Supremo de julio de 2004, que cuestiona la legitimidad de la expulsión automática, puede de algún modo poner freno al incremento previsto por la Fiscalía. Luego nos referiremos a los avatares legislativos y judiciales de la previsión del artículo 89 del Código Penal.

de gravedad a la actuación de la autoridad gubernativa. Frente a estos casos podemos preguntarnos si los centros de internamiento, previstos por la ley como medida excepcional para garantizar la efectividad de los decretos de expulsión de extranjeros “sin papeles”, en la práctica no acaban realizando funciones de identificación de estas personas, debido a la imposibilidad de expulsar a gran parte de ellas (SILVEIRA, 2002:180-188). En estos supuestos los centros de internamiento realizarían básicamente funciones de identificación, clasificación y control de la población extranjera “sin papeles”; es decir, la finalidad de los mismos no sería sólo garantizar la expulsión de los extranjeros indocumentados sino también lograr su identificación para que estos individuos sean controlables. Dicha función identificadora consiste en principio en tratar de “descubrir” la verdadera identidad del extranjero y, en caso de no lograrlo, en atribuir al extranjero una identidad (mediante huellas dactilares y otras técnicas de identificación) a efectos simplemente de posibilitar su control policial. A las personas que han sido identificadas en los centros de internamiento y posteriormente liberadas no se les atribuye una identidad como ciudadanos, es decir, no se les reconocen derechos. Estas personas permanecen indocumentadas a efectos de poder ejercer derechos, pero están sometidos a control policial.

Concluiremos destacando que los datos ofrecidos en este apartado muestran que en el año 2001 las expulsiones tenían un papel residual como instrumento de policía de extranjería, ya que el mayor peso del control de los flujos migratorios recaía en el control policial de las fronteras. Sin embargo, los datos de 2003 reflejan una potenciación de la expulsión como instrumento de control migratorio.

De todos los instrumentos de policía migratoria comentados, la expulsión es la que puede tener consecuencias más graves para la persona afectada, porque consiste en la “repatriación” de un extranjero que en la mayoría de los casos se encuentra residiendo en España, aunque dicha residencia pueda ser irregular. Esto significa que la persona afectada tiene cierto arraigo en España, que puede ser de mayor o menor intensidad (trabajo, posesiones, amigos, familiares más o menos cercanos, e incluso pareja o hijos). La expulsión, por tanto, no sólo impide la concreción de un proyecto vital de futuro (como las medidas de control migratorio en frontera), sino que interrumpe abruptamente el desarrollo vital actual del extranjero en España. En este caso, la expulsión es una sanción que no se limita a afectar la libre elección de residencia de la persona, se extiende a todas las facetas de la vida personal y social, afectando de un modo u otro multitud de derechos (derecho a la libertad, derecho a la intimidad y a la vida familiar y social, derecho al trabajo, derecho a la educación, derecho a la propiedad, a la vivienda, etc.). Ello le confiere una especial gravedad que justifica un examen en profundidad de dicho instrumento de policía migratoria. A esto nos dedicaremos en las páginas que siguen.

2. Antecedentes históricos de la expulsión en España

La posibilidad de expulsar del territorio de un Estado a los “sujetos indeseables” estuvo prevista como medida penal para el caso de nacionales. El surgimiento histórico de la pena de expulsión de nacionales -*transportación* o *deportación*- está vinculada a la colonización: sólo fue posible la expulsión de los criminales cuando los Estados dispusieron de unos territorios donde desterrarlos (RUSCHE / KIRCHHEIMER, 1984:67-72). Por ello con la progresiva descolonización durante el siglo XX, va desapareciendo de los códigos también la aludida medida penal.

En España a partir de la conquista de América se enviaron numerosos condenados a aquellas tierras, teniendo la pena de deportación una trascendente importancia durante los siglos XVI y XVII para el mantenimiento de las colonias (RIVERA BEIRAS, 1996a:48). Pero en los tiempos modernos CUELLO CALÓN

afirma que la deportación no se ha practicado entre nosotros (1964:800-804). Sin embargo en el Código Penal de 1822 figuran tanto la pena de deportación como la de destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español; y en Códigos posteriores encontramos la pena de *extrañamiento* como pena restrictiva de la libertad, consistente en la expulsión del condenado del territorio español por el tiempo de la condena¹³⁶.

BUENO ARÚS llama la atención respecto a la pena de *extrañamiento* en cuanto “dicho término representa la ficción de que la persona a quien se aplica, aunque sea un nacional, es tratado como si fuera un extraño” (1988:1042).

En este sentido la expulsión de una persona del territorio de un Estado sería una medida destinada a ser aplicada a los extraños, a los extranjeros. Con los nacionales hay que recurrir a la ficción de considerarlos “extraños” para poder expulsarlos. En cambio, respecto a los extranjeros, el Estado dispondría de la capacidad de expulsar a los extraños que considere indeseables.

Esta posibilidad de expulsar a los extranjeros “indeseables” ha existido históricamente y pervive en distintos países bien como medida penal (pena o medida de seguridad), bien como medida administrativa de policía¹³⁷.

La cuestión de la expulsión de extranjeros fue estudiada en diversos congresos y conferencias internacionales durante las primeras décadas del siglo XX, generalmente con el objetivo de ponerle límites. En este sentido, la 7ª Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en El Cairo en 1938, recomendó cierta restricción en la aplicación de la expulsión como consecuencia de condena, limitándola a los casos de cierta gravedad (CUELLO CALÓN, 1964:826-830).

La doctrina había destacado dos tendencias que se fueron afianzando a lo largo del siglo XX en esta materia: en primer lugar, una limitación de la medida de expulsión de extranjeros y, en segundo lugar, la sumisión a Derecho de la facultad estatal de expulsar a los extranjeros, como consecuencia de la afirmación del Estado de Derecho (BUENO ARÚS, 1988:1041 y ss.). Pero en las últimas dos décadas y ante la

¹³⁶ Esta pena la encontramos todavía en el texto revisado del Código Penal de 1963, y tenía una duración de doce años y un día a veinte años.

¹³⁷ Según DRANGUET, como medida penal la expulsión estuvo prevista en el Código Penal Italiano de 1930 y en el Código Penal Alemán (tras su reforma por la ley contra los delincuentes habituales de 1933), que permitían expulsar a los “extranjeros delincuentes”, sustituyendo la pena privativa de libertad que se les hubiere impuesto por su expulsión del país (1935:264). En la actualidad PALOMO DEL ARCO señala que con naturaleza de pena está prevista en el Código Penal suizo, en el Código Penal italiano y en el Código Penal francés (2000:139-207). En el Código Penal español la expulsión del extranjero está prevista como medida sustitutiva de penas privativas de libertad y también de medidas de seguridad, que luego analizaremos.

construcción del fenómeno migratorio como emergencia, esta tendencia a la limitación de la expulsión se ha revertido y en la actualidad presenciamos más que nunca el uso generalizado de la expulsión como instrumento ordinario de control de los flujos migratorios. También la sumisión a Derecho de la potestad estatal de expulsar a los extranjeros ha quedado en entredicho, debido a que la búsqueda de eficacia en el control de los flujos migratorios lleva al legislador relajar cada vez más las garantías jurídicas del extranjero en la regulación de la expulsión.

En España la expulsión de extranjeros no ha estado prevista como pena en los Códigos Penales. En cambio, como medida administrativa la encontramos ya regulada en el Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, que disponía la expulsión de los extranjeros indocumentados, de los vagos y los que huyen de la justicia. Asimismo la ley de asilo territorial de 4 de diciembre de 1855 facultaba al Gobierno para expulsar a los extranjeros que abusando del refugio otorgado conspirasen contra la seguridad del Estado o contra la tranquilidad pública. Y las Reales Órdenes de 28 de abril de 1852, 14 de enero de 1853 y 12 de junio de 1858, así como algunos tratados consulares, permitían que la autoridad gubernativa expulsase al extranjero si “resultare que es un vago o viene con objeto de mendigar” (JIMENEZ DE ASUA, 1950:1080).

Más modernamente encontramos mención de la expulsión de extranjeros en la Constitución de la II República Española que, para evitar la aplicación de tal medida de forma ilimitada y arbitraria, dispuso en su artículo 31 que “una ley especial determinará las garantías para la expulsión de extranjeros del territorio español”. Sin embargo, esa ley no llegó nunca a promulgarse. La que sí se aprobó fue la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, que autorizaba la expulsión del territorio español, previa declaración de indeseables, de los extranjeros “no establecidos” cuando no hayan cumplido los requisitos que para permanecer en el mismo señalen las leyes de policía. También los extranjeros “establecidos” podían ser sometidos a expediente gubernativo que terminase con la declaración de indeseable y la consiguiente expulsión del territorio nacional, en el caso que observasen una “conducta contraria al orden público, mezclándose en actos perturbadores del mismo” (JIMENEZ DE ASUA, 1950:*ibidem*).

Asimismo estaba prevista la expulsión del “extranjero peligroso”, como medida de seguridad basada en la ideología de la defensa social, en la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933. El art. 2 de dicha ley señalaba que los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional podían ser declarados en “estado peligroso” y ser sometidos a medidas de seguridad –que sólo podían ser

aplicadas por los Tribunales-. La medida de seguridad consistía en su expulsión, y el quebrantamiento de la orden de expulsión comportaba el internamiento en un establecimiento de custodia por un año (art.6).

En el comentario a esta Ley, DRANGUET señalaba que nuestra legislación es generosa con el extranjero, ya que puede asentarse libremente y ejercer trabajo o profesión, pero debe someterse como todos los ciudadanos a las leyes de orden público, penales, de policía y seguridad (1935:261).

Tras el golpe de Estado y la instauración del régimen dictatorial de Franco, la expulsión del extranjero continuó regulada en normativas de orden público, como la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, la Circular de la Inspección General de la Guardia Civil de 26 de junio de 1958 sobre expulsión de extranjeros vagos o mendigos y el Decreto 522/1974 de 14 de febrero, sobre régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional (BELLOCH, 1987:20-23; PALOMO DEL ARCO, 2000:139-297; THOMAS ANDREU, 1994:78). También estaba prevista la expulsión de extranjeros como medida de seguridad en la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. El art. 7 de esta Ley establecía la posibilidad que el Juez sustituyera las medidas de seguridad que correspondiesen por la expulsión del territorio nacional, “si los declarados peligrosos fueran extranjeros”. Aquí encontramos un claro antecedente del actual art. 108 del Código Penal (FLORES MENDOZA, 2002:98-103).

Esta normativa dispersa y de distintos rangos legales perduró hasta la aprobación ya en democracia de la Ley Orgánica 7/1985, de derechos y libertades de los extranjeros en España, luego sustituida por la L.O. 4/2000 y sucesivamente modificada por la L.O. 8/2000, la L.O. 11/2003 y la L.O.14/2003.

La regulación de la expulsión de extranjeros en normativas de orden público es de por sí suficientemente indicativa del fundamento de esta medida. Como indican las disposiciones citadas, se trata de una medida dirigida a garantizar la seguridad del Estado y la tranquilidad pública. Son motivos de orden público los que llevan a introducir la posibilidad de expulsar a los “extranjeros indeseables”.

3. Regulación legal de la expulsión

La expulsión constituye una sanción administrativa aplicable a extranjeros por la autoridad gubernativa a través del procedimiento previsto en la Ley de Extranjería y como consecuencia de la comisión de una infracción administrativa de las tipificadas en

el art. 57 de la Ley de Extranjería (por ejemplo encontrarse en situación de residencia irregular o realizar conductas contrarias al orden público). Además, también está prevista en el Código Penal (art. 89) como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad específica para extranjeros sin residencia legal. En ambos casos, la expulsión lleva aparejada la sanción de prohibición de entrada al territorio nacional por un período de tres a diez años en el primer caso, y siempre de diez en el segundo.

Por consiguiente, la expulsión del territorio nacional es una sanción específica para los extranjeros, que les puede ser impuesta por infracciones administrativas o penales que reciben una sanción distinta (multa, prisión) cuando son cometidas por españoles. Así, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico diseña un régimen sancionador específico y diferenciado para los extranjeros.

Al estudiar las distintas posibilidades de expulsión de extranjeros previstas en nuestro ordenamiento jurídico, nos referiremos en primer lugar a los supuestos regulados en la Ley de Extranjería, entre los cuales destacaremos dos casos –a los que prestaremos especial atención- en los que se produce un entrecruzamiento entre el derecho de extranjería y el derecho penal. Tras el examen de los casos que prevé el art. 57 de la Ley de Extranjería, me referiré a los supuestos de expulsión regulados en el Código Penal.

Los aludidos supuestos en los que se produce un entrecruzamiento o intersección entre el derecho de extranjería y el derecho penal se refieren a extranjeros imputados o condenados por un delito. Así, veremos que tanto la Ley de Extranjería como el Código Penal contienen expresas previsiones destinadas a expulsar del territorio español a las personas extranjeras que hayan cometido un delito o sean inculpadas en un proceso penal. Ello nos llevará a reflexionar acerca de los objetivos, fundamentos y funciones que persigue cada uno de estos órdenes normativos.

3.1. Expulsiones previstas en la Ley de Extranjería (art. 57)

La Ley de Extranjería prevé una serie de infracciones calificadas de graves y de muy graves que, cuando son cometidas por extranjeros -algunas de ellas sólo pueden ser cometidas por extranjeros-, pueden ser sancionadas con expulsión del extranjero del territorio español en lugar de con la sanción de multa (art. 57). Hay que señalar que la expulsión no está incluida en el catálogo de sanciones del art. 55 de la Ley de

Extranjería, sino que se prevé en el art. 57 como sustitutivo de la sanción de multa para determinadas infracciones.

Algunas de estas infracciones que permiten la expulsión del extranjero consisten en simples incumplimientos administrativos, otras llevan implícito un juicio de “peligrosidad”¹³⁸, un tercer tipo están dirigidas a combatir la inmigración ilegal y, finalmente, hay algunas más difícilmente encasillables en las categorías previas¹³⁹. A continuación me referiré a las infracciones que incluyo en cada una de estas tres categorías -que sirven como herramienta analítica para observar los fundamentos y objetivos de la política de expulsiones administrativas,-aunque sin la pretensión de realizar un análisis dogmático detallado de toda la casuística que incorporan.

Entre las primeras -las que consisten en meros incumplimientos administrativos- se incluyen supuestos como “encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización” (art. 53 *a*), trabajar en España sin haber obtenido permiso de trabajo, cuando se carezca de autorización de residencia válida (art. 53 *b*), la ocultación dolosa o falsedad grave de cambios que afecten a la nacionalidad, estado civil o domicilio del extranjero (art. 53 *c*).

De las tres infracciones mencionadas, la estancia irregular es la que más debate ha suscitado, porque directa o indirectamente justifica el hostigamiento policial de los inmigrantes en la calle con el objetivo de verificar su situación administrativa. Además, y pese a que el Ministerio del Interior no ofrece cifras al respecto, constituye probablemente la infracción de la Ley de Extranjería que más expulsiones acarrea, debido a la facilidad de prueba (es la misma autoridad gubernativa que tramita el expediente de expulsión la que tiene competencia sobre los permisos de residencia).

Como hemos relatado en el capítulo 10, la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (que sustituyó a la Ley de Extranjería de 1985), eliminó la posibilidad de expulsar a los extranjeros por la mera estancia irregular. Esta modificación fue muy aplaudida por las asociaciones de apoyo a inmigrantes, y constituyó un alivio para los irregulares, que ya no debían temer

¹³⁸ Estas dos categorías fueron utilizadas por BELLOCH (1987:21) en su análisis crítico de los supuestos de expulsión previstos en la Ley de Extranjería de 1985.

¹³⁹ Como la infracción prevista en el art. 54 *c*), que consiste en la realización de conductas discriminatorias por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos; o la prevista en el art. 53 *d*), relativa al incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública por resolución del Ministro del Interior a las que se refiere el art. 5.2, que pueden consistir en la presentación periódica o en el alejamiento de fronteras o núcleos de población (esta última, en algunos casos, se podría incluir entre las infracciones que denotan un juicio de “peligrosidad”).

una identificación policial en cualquier momento que acarree su expulsión automática en el plazo de 72 horas. Pero la “tregua” en la persecución de clandestinos duró poco, y antes de finalizar ese año el partido de gobierno de ese entonces reformó la Ley de Extranjería (mediante L.O. 8/2000, de 22 de diciembre), reintroduciendo la sanción de expulsión frente a la simple estancia irregular en territorio español.

Si bien hemos dicho que estas infracciones que pueden ser sancionadas con la expulsión suponen meros incumplimientos administrativos, sin que lleven implícito un juicio de “peligrosidad”, hay que señalar que la inmigración ilegal en los últimos tiempos ha sido puesta bajo sospecha, iniciándose un proceso de identificación entre inmigración ilegal y delincuencia. Por ello, esta inicial distinción que hemos realizado va perdiendo cada vez más su sentido, ya que también el hecho de ser un “inmigrante ilegal” supone un juicio de “peligrosidad”.

Dentro de la segunda categoría –las infracciones que permiten la expulsión que llevan implícito un juicio de “peligrosidad”–, encontramos la participación en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como graves o como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (art. 53 *f* y 54.1 *a*). En estos casos, se puede expulsar a un extranjero pese a que tenga residencia legal en España.

Este tipo de infracciones sancionables con la expulsión me parecen especialmente destacables por su identidad con los supuestos de expulsión previstos en las viejas legislaciones de orden público. La posibilidad de expulsar a un extranjero por participar en “actividades contrarias al orden público” entraña que a los extranjeros se les exige un plus de obediencia a las leyes y de sumisión ante las autoridades (sobre todo policiales), que no se exige a los españoles. Podemos recordar que entre las infracciones graves y muy graves previstas en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (o “Ley Corcuera”), se encuentra la celebración de reuniones o manifestaciones no autorizadas, los desórdenes públicos, la tenencia o consumo de drogas, entre muchas otras. Estas conductas a menudo pueden ser calificadas indistintamente como infracciones administrativas o penales, y en la práctica se observa que la policía recurre a la más expeditiva vía administrativa (que tiene menos garantías y exigencias probatorias), para expulsar a los activistas extranjeros “alter-globalizadores”. Por tanto, la posibilidad de expulsar a extranjeros implicados en

actividades contrarias al orden público se acaba convirtiendo en muchos casos en una forma de combatir la disidencia política más activa.

Otro supuesto de expulsión que podemos incluir en esta segunda categoría -y al que prestaremos especial atención en el siguiente epígrafe por constituir un primer caso de intersección del derecho de extranjería con el derecho penal- es el previsto en el art. 57.2, que no exige la comisión de una infracción sino que constituye una “causa de expulsión”. El mencionado precepto configura los antecedentes penales como causa de expulsión, estableciendo una presunción de “peligrosidad post-delictiva” que el legislador considera merecedora de la expulsión.

Finalmente, la tercera categoría de infracciones susceptibles de acarrear la expulsión de los responsables en caso que sean extranjeros, son las dirigidas a luchar contra la inmigración ilegal. Esta categoría incluye todas las conductas que de algún modo y con ánimo de lucro promuevan, faciliten, favorezcan o se aprovechen de la inmigración clandestina, siempre que el hecho no constituya delito (art. 54.1 *b*), la contratación de trabajadores extranjeros sin tramitar el permiso de trabajo (art. 54. 1 *d*) y el transporte de extranjeros descuidando las obligaciones que tienen los transportistas de actuar como “filtro” de la inmigración irregular (art. 54.2).

Esta tercera categoría de infracciones parece difícilmente aplicable. La promoción de la inmigración clandestina está castigada en el artículo 318 bis del Código Penal con penas de prisión de 4 a 8 años, si además hay ánimo de lucro, las penas se imponen en su mitad superior, y se trata de un tipo penal por el que no cabe la expulsión (art. 57.7. Ley Extranjería y 89 CP). La tipificación penal y administrativa de unos mismos hechos es un fenómeno extendido en nuestro ordenamiento jurídico, pero en el ámbito de la extranjería el solapamiento entre ambos órdenes alcanza cotas sorprendentes. En cuanto a las infracciones previstas en el art. 54.2, las mismas están destinadas a sancionar con multas de elevada cuantía económica a las compañías de transporte (sobre todo aéreo) que no colaboren adecuadamente en el control migratorio. Pese a que el artículo 57 de la Ley de Extranjería prevé la posibilidad de imponer la expulsión para todas las conductas “muy graves” (entre las que se cuentan las comentadas), no parece que el legislador haya contemplado la posibilidad de expulsar a los gerentes de las compañías aéreas.

Común a todas las infracciones administrativas enumeradas, salvo la participación en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o al orden público (art. 54.1 *a*), o la reiteración infractora, es la imposibilidad de imponer la

expulsión del extranjero cuanto exista un fuerte arraigo en España: los nacidos en España y con residencia legal de cinco años, los que tengan residencia permanente, los españoles de origen que hayan perdido la nacionalidad y los destinatarios de prestaciones sociales, así como los integrantes de la familia nuclear de los que se encuentren en las situaciones anteriores (art. 57.5 y 57.6). Por tanto, para excluir la expulsión en estos casos, no se toma en cuenta el simple arraigo, sino que se exige una situación de arraigo muy cualificada, en la que la persona seguramente tiene más vínculos en España que en el país del que ostenta la nacionalidad. Así, GOMEZ MOVELLAN ha criticado que no se contemple simplemente la condición del “arraigo” del inmigrante –aunque esté en situación administrativa irregular- para impedir la expulsión, como han recomendado varios informes del Defensor del Pueblo (1996:66).

Como colofón de la enumeración de las diversas infracciones administrativas que pueden acarrear la expulsión de los infractores si son extranjeros, podemos señalar el poco respeto que el sistema de infracciones y sanciones de la Ley de Extranjería depara al principio de proporcionalidad. De este modo me sumo a las opiniones sostenidas ya por otros autores en el sentido que la diversa gravedad de las infracciones mencionadas que pueden dar lugar a la expulsión constituye una vulneración del principio de proporcionalidad (GOMEZ MOVELLAN, 1996:66; MIQUEL CALATAYUD, 1987:274-277; SAGARRA i TRIAS, 1991:208-210).

3.2. Procedimiento administrativo de expulsión

En cuanto al procedimiento para llevar a cabo la expulsión administrativa, la Ley de Extranjería contempla dos tipos de procedimientos: el ordinario y el preferente.

La norma no regula cómo debe desarrollarse el procedimiento ordinario, limitándose a señalar en el art. 57.9 que “la resolución de expulsión deberá ser notificada al interesado, con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos”. El procedimiento ordinario ha sido regulado por el nuevo Reglamento en los arts. 122 a 129, que atribuye a los interesados un plazo de 15 días para alegaciones tras la incoación del expediente y prevé la apertura de un período de prueba de hasta 30 días, tras lo cuál el instructor dicta propuesta de resolución y se atribuye de nuevo plazo de alegaciones de 15 días a los interesados. Finalmente la propuesta de resolución llega al órgano competente, que debe resolver motivadamente.

Pero este procedimiento sancionador no es el que se sigue en la inmensa mayoría de los expedientes de expulsión. El artículo 63 de la Ley prevé un procedimiento preferente para la tramitación de casi todos los expedientes de expulsión, que es aplicable a los supuestos de expulsión por lo que se puede autorizar judicialmente el internamiento: estancia irregular (art. 53 *a*), incumplimiento de medidas de seguridad pública (art. 53 *d*), participación en actividades contrarias al orden público (art. 53 *f* y 54.1 *a*), actividades de promoción o facilitación de la inmigración clandestina (art. 54.1 *b*).

En el procedimiento preferente se reducen todos los plazos, disponiendo la persona afectada de sólo 48 horas para realizar las alegaciones, y reduciéndose el período probatorio a tres días, en caso que sea admitido. Finalmente, si se dicta orden de expulsión, la misma es inmediatamente ejecutiva (art. 63.2 y 63.4).

NIETO MARTÍN critica que la limitación temporal de 48 horas no garantiza suficientemente el derecho de audiencia del interesado –parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva–,

“desde la perspectiva de su derecho constitucional a alegar y probar los hechos que excluyen la imputación punitiva dirigida contra él por la Administración del Estado, imputación que se recoge en una propuesta inicial de expulsión” (2001:24).

Además, como luego veremos, en estos casos la autoridad gubernativa puede solicitar al juez de instrucción que autorice el internamiento del extranjero durante la tramitación del procedimiento de expulsión (art. 62). Cuando se tramite mediante el procedimiento preferente la expulsión de un extranjero que haya sido privado de libertad en un centro de internamiento (lo que será muy usual, porque precisamente el procedimiento preferente está previsto para los casos en que se puede aplicar el internamiento), la indefensión es patente. El extranjero privado de libertad no tiene posibilidad alguna de buscar las pruebas que pudieran evitar la sanción de expulsión y en las 48 horas previstas para las alegaciones ni siquiera es factible obtener la ayuda necesaria a este fin, aunque cuente con abogado de oficio.

Este tipo de procedimiento, que ya existía en la Ley de Extranjería de 1985, había sido muy criticado porque la extraordinaria reducción del plazo de alegaciones unido a la usual desorientación del extranjero conducía a una situación de indefensión. Por ello fue saludada muy favorablemente la L.O. 4/2000 que eliminaba el anterior procedimiento sumario, entre otras novedades (ROIG, 2000:167-173).

Lamentablemente, tras la reforma operada por L.O. 8/2000, se ha introducido de nuevo este tipo de procedimiento, ahora denominado preferente.

El régimen de ejecutividad de la resolución de expulsión difiere según se tramite un procedimiento ordinario o un procedimiento preferente. Como regla general, el art. 65 de la Ley dispone que las resoluciones sancionadoras son recurribles, y su régimen de ejecutividad es el previsto con carácter general. Sin embargo, en caso que se aplique el procedimiento preferente de expulsión, se exceptúa el régimen general de ejecutividad de los actos administrativos y la orden de expulsión es inmediatamente ejecutable (art. 63.4). Ello no obsta, dice la Ley, a que el extranjero ya expulsado pueda cursar los recursos procedentes, a través de la representación diplomática o consular.

Esta referencia al recurso por vía consular no puede satisfacer de ningún modo las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión que reconoce el art. 24 de la CE a “todas las personas”, también a los extranjeros. La mayoría de las expulsiones se sustancian a través del procedimiento preferente, que restringe los plazos de defensa y las garantías del extranjero con el objeto de dictar resolución de expulsión en 48 horas. Si tras ello se impide la suspensión de la ejecución del acto mientras se sustancia un recurso contencioso-administrativo, la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva parece a todas luces evidente.

Una previsión similar ya fue declarada inconstitucional por la STC 115/1987, de 17 de julio. El art. 34 de la L.O. 7/1985 había excepcionado el régimen general de ejecutividad de las resoluciones administrativas al disponer que “en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley”. Ello suponía que el extranjero era inmediatamente expulsado, sin que los jueces pudieran suspender la ejecución de la expulsión ante la interposición de un recurso. Tal precepto fue muy criticado por la doctrina, que consideró que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión del art. 24 CE (BUENO ARÚS, 1988:1071; SAGARRA i TRIAS, 1991:279-283). Y en este sentido se pronunció también el Tribunal Constitucional en la mencionada STC 115/1987, al declarar la inconstitucionalidad de esta previsión y señalar que los jueces podrán acordar la suspensión de la expulsión cuando su ejecución pudiera ocasionar perjuicios de “reparación imposible o difícil”.

La nueva previsión de inmediata ejecutividad que contiene el art. 63.4 de la Ley de Extranjería es menos contundente y, en una interpretación acorde con el derecho

fundamental a la tutela judicial efectiva, debemos entender que no impide a los jueces suspender la ejecución de la orden administrativa de expulsión.

Pese a ello, LOZANO señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a auxiliar la eficacia de la política de expulsiones expeditivas de las sucesivas Leyes de Extranjería mediante una interpretación restrictiva de las normas reguladoras de la suspensión de los actos administrativos. La ley de la jurisdicción contencioso-administrativa exige para la suspensión judicial de las resoluciones administrativas que el acto impugnado cause un “prejuicio de difícil o imposible reparación”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado que la expulsión sólo causa dicho perjuicio cuando el extranjero puede probar que posee arraigo familiar o profesional en España, ignorando precisamente que cuanto menor arraigo tenga el extranjero menos posibilidades de defensa jurídica tendrá una vez expulsado. Más grave todavía es la doctrina restrictiva de la suspensión cuando el recurrente utiliza la vía de la Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Esta vía preferente establece como regla general la suspensión automática de los actos administrativos impugnados –salvo que se justifique un perjuicio grave para el interés general-, porque están en juego derechos fundamentales. El Tribunal Supremo (por ejemplo, STS de 14 de marzo de 1997) en los casos de expulsión ha excepcionado la regla general de la suspensión con el argumento de que la multiplicación de impugnaciones de resoluciones de expulsión frustraría el objetivo de control migratorio de la Ley de Extranjería, causando un perjuicio grave al interés general. De esta forma, el TS hace prevalecer las exigencias de control migratorio sobre la vigencia de derechos fundamentales y, en palabras de LOZANO, priva a los extranjeros de su derecho a la revisión judicial de sus casos con garantía real de efectividad de la sentencia (1999:10-14).

Es importante insistir en que el procedimiento de expulsión se lleva a cabo sin ningún tipo de intervención judicial, excepto si se interpone recurso contencioso-administrativo frente a la resolución final de expulsión¹⁴⁰. En resumen, en todo el procedimiento de expulsión no interviene ningún juez: la autoridad gubernativa es la que inicia, instruye, resuelve, y concluye el expediente de expulsión, tras lo cuál ejecuta

¹⁴⁰ Sólo será preceptiva la intervención de la autoridad judicial en fase previa al recurso cuando la expulsión no se pueda ejecutar en el plazo de 72 horas (límite máximo de la detención policial) y la autoridad gubernativa quiera recurrir a la medida cautelar del internamiento, la cuál requiere orden judicial. Pero esta intervención judicial no controla la legalidad de la causa de expulsión invocada, esto es, el juez no entra a examinar el fondo del asunto.

la decisión adoptada. Una vez el extranjero ha sido expulsado, la ley dice que puede utilizar los recursos procedentes a través de la representación diplomática o consular. Esta previsión parece de un cinismo extremo, ya que resulta casi imposible que una persona de escasos recursos económicos pueda ejercer su defensa jurídica ante los tribunales desde su país de origen.

Finalmente hay que señalar que en caso que se acuerde la expulsión, dicha sanción administrativa lleva aparejada la prohibición de entrada en el territorio español por un mínimo de tres años y un máximo de diez (art. 58.1), que se extiende a todos los países del espacio Schengen. Como señala SAGARRA i TRIAS, esta prohibición de entrada supone una pena de extrañamiento que parece desproporcionada al ser aplicable en ausencia de ilícito penal alguno o para sancionar una mera irregularidad administrativa (1991:201).

3.3. Especial referencia a los supuestos de entrecruzamiento del derecho de extranjería y el derecho penal

En este epígrafe me referiré a dos previsiones de la Ley de Extranjería que atribuyen efectos específicos bien para el régimen de extranjería, bien para el régimen penal, a la condena o imputación penal de un extranjero. En el primer caso se atribuye a una condena penal efectos adicionales en el ámbito administrativo sancionador; en el segundo caso, por el contrario, una sanción administrativa de expulsión interfiere el desarrollo de un proceso penal.

3.3.1. La configuración de los antecedentes penales como causa de expulsión

Este supuesto que prevé la Ley de Extranjería se configura como una “causa de expulsión”, es decir, no requiere la realización de una conducta por parte del extranjero constitutiva de infracción administrativa. En efecto, el artículo 57.2 dispone:

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

A propósito de la primera redacción de este precepto en la Ley de Extranjería de 1985, ATIENZA subrayó la ambigüedad de este supuesto, ya que el texto del artículo

puede ser interpretado al menos de tres formas¹⁴¹, de modo que constituye un ejemplo de irracionalidad lingüística de la técnica legislativa (1993:182-249). Más allá de la defectuosa técnica legislativa, de nuevo nos encontramos con que se exige a los extranjeros un plus de obediencia a las leyes respecto de los españoles.

Esta causa de expulsión constituye una vulneración del principio *non bis in idem*, ya que se añade una nueva sanción –la expulsión– por un hecho por el que ya se sufrió condena (en este sentido, ASÚA, 2002:38; MIQUEL CALATAYUD, 1987:298-299; RODRÍGUEZ CANDELA, 1998:63; SILVEIRA, 2003:549). El precepto permite expulsar a un extranjero –aunque goce de un permiso de residencia en España– por el hecho de tener antecedentes penales, en España o en otro país. De esta manera, se impone una sanción penal y una administrativa por unos mismos hechos, sin que se aprecie un distinto fundamento jurídico que justifique la duplicidad de sanciones¹⁴².

Además, como señala ASÚA, la configuración de los antecedentes penales como causa de expulsión puede ser o bien redundante, o bien contradictoria con otras previsiones de la Ley de Extranjería. Redundante porque el art. 31.4 impide que puedan obtener permiso de residencia las personas que tengan antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español. Y la no obtención del permiso de residencia provocará la permanencia en situación irregular del extranjero y, por tanto, la posibilidad de expulsión. En caso que el extranjero tuviese residencia legal en España, los preceptos mencionados son contradictorios, debido que el art. 31.4 permite renovar la residencia a los extranjeros que hayan sido condenados (2001:1022; 2002:38-44).

Las críticas a que ha sido sometida esta causa de expulsión llevaron al GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL a proponer su eliminación de la Ley de Extranjería, sosteniendo que

¹⁴¹ Estas tres interpretaciones posibles que menciona ATIENZA son las siguientes: según la primera interpretación, la expulsión podrá producirse si el delito cometido está castigado en España con pena privativa de libertad superior a un año, con independencia de si la condena real dentro o fuera de España ha sido superior o inferior a un año. Según la segunda interpretación, la expulsión podrá producirse en los casos anteriores, salvo cuando el extranjero haya sido condenado en España a pena inferior a un año. Y de acuerdo con la tercera interpretación, tampoco se podría expulsar cuando el extranjero haya sido condenado fuera de España a una pena inferior a un año (1993:208).

¹⁴² DE MATEO, con ánimo de realizar un ejercicio argumental, ensaya algún argumento justificador de la diversidad de fundamento, como por ejemplo que la sanción administrativa castiga la trasgresión de unas obligaciones mínimas comprendidas en el régimen jurídico de los extranjeros que residen en España (2001:14). Sin embargo, la exigencia a los extranjeros de un mayor respeto a las leyes constituye un trato diferencial respecto de los españoles que no resulta justificado al amparo de la Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

“la expulsión basada en la condena por un delito sólo debe poder tener lugar en el marco de la legislación penal, sea como medida sustitutiva de una pena sea como medida aplicable a inimputables o semiimputables –en cualquier caso la condena fuera de España [...] no debe ser motivo de expulsión, sino tratarse en el marco de la concesión o prórroga del permiso de residencia-“ (1998:43).

Y parece que el legislador en algún momento atendió a las opiniones doctrinales, porque esta causa de expulsión desapareció del articulado de la Ley de Extranjería aprobada por L.O. 4/2000. No obstante, al cabo de pocos meses la modificación llevada a cabo por L.O. 8/2000 reintrodujo dicha causa de expulsión con su actual redacción.

La configuración de los antecedentes penales tiene consecuencias muy graves en el caso de extranjeros con residencia legal en España.

En el caso de los extranjeros irregulares no hace más que añadir una posibilidad más de expulsión que resulta a todas luces redundante, si tenemos en cuenta que, en primer lugar, las personas sin residencia legal en España pueden ser sometidas a expulsión administrativa en cualquier momento sin necesidad de tomar en consideración una conducta penalmente relevante (art. 53 *a* LOE), en segundo lugar, pueden ser expulsadas en caso de ser imputadas por un delito (art. 57.7 LOE), en tercer lugar, se les puede imponer la expulsión sustitutiva si son condenadas a penas inferior a 6 años de prisión (art. 89 CP) y, en cuarto lugar, en caso de pena de mayor duración pueden ser expulsadas una vez accedan al tercer grado o a la libertad condicional (art. 89 CP).

En cambio, a los extranjeros con residencia legal en España no les son aplicables las cuatro posibilidades de expulsión enumeradas, de manera que la configuración de los antecedentes penales como causa de expulsión, que -no lo olvidemos- se sustancia mediante un procedimiento administrativo sin intervención judicial, adquiere toda su virtualidad una vez la persona ha cumplido condena en España. Además de infringir la prohibición del *non bis in idem*, esta posibilidad de expulsión vulnera el principio de proporcionalidad, así como el principio de igualdad respecto de los extranjeros irregulares -que son expulsados sin cumplir condena- y de los españoles -que con el cumplimiento de la condena extinguen su responsabilidad penal (art. 130, 2º CP)-.

3.3.2. La prevalencia de la orden de expulsión sobre el proceso penal

El segundo caso de interferencias entre derecho penal y derecho administrativo de extranjería lo encontramos en el apartado 7º del mismo art. 57 Ley de Extranjería, y

es quizá el que más escandalosamente prescinde de todos los principios y garantías del ordenamiento jurídico, además de constituir un ejemplo de pésima técnica legislativa, sobre todo tras su reforma llevada a cabo por *L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.

Este supuesto de expulsión encuentra su primer antecedente en el art. 21.2, párrafo 1º, de la Ley de Extranjería de 1985¹⁴³, que se incorpora con algunas diferencias a la Ley de Extranjería 4/2000 y se mantiene casi igual tras la reforma operada por L.O. 8/2000¹⁴⁴. Es tras la L.O. 11/2003 que el artículo 57.7 sufre importantes modificaciones.

La redacción actual de este artículo sirve para dar ejemplo de cómo no deben hacerse las leyes:

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

En otras palabras, el precepto indica al Juez que interrumpa el curso normal del proceso penal, para autorizar a la autoridad gubernativa a que ejecute una medida de expulsión. Es decir, la autoridad gubernativa impone la sanción de expulsión por alguna infracción administrativa, pero al tratarse de una persona imputada en un proceso penal —a disposición judicial—, el Juez debe autorizar la ejecución de la expulsión. El encontrarse inculcado en un proceso penal no es la causa del procedimiento de expulsión, ya que esto supondría una manifiesta vulneración de la presunción de

¹⁴³ Su redacción originaria era la siguiente: “Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1”.

¹⁴⁴ Con la L.O. 8/2000 el art. 57.7 queda redactado como sigue: “Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador”. A diferencia de su precedente de 1985, en la redacción del 2000 no sólo se exige que el extranjero esté incurso en una causa de expulsión, sino también que se haya tramitado el expediente sancionador.

inocencia. Es necesario que se haya tramitado un expediente de expulsión por una de las infracciones que prevé ese mismo artículo 57.

Como he dicho, este artículo ha sido modificado recientemente, en septiembre de 2003. Originariamente el artículo atribuía al juez la potestad discrecional de autorizar o no la expulsión del extranjero al que se hubiese tramitado un expediente de expulsión por alguna de las causas previstas en la Ley. En el verano de 2001 se inició una cadena de declaraciones e instrucciones oficiales destinadas a favorecer la expulsión de los inmigrantes irregulares acusados de un delito, que se presentó como “la solución” frente al problema de la criminalidad¹⁴⁵.

Ante la resistencia de los jueces para aplicar la expulsión, finalmente en septiembre de 2003 se modifica la Ley de Extranjería (y también en Código Penal, como luego veremos) con el objetivo de conferir automatismo a la decisión judicial de expulsión.

La reforma ha pretendido eliminar la discrecionalidad judicial recurriendo a una extraña fórmula. No se entiende muy bien qué significa “someterá al juez que autorice su expulsión”, pero en todo caso no parece muy acorde con el principio constitucional de independencia de la judicatura que esta modificación de la Ley de Extranjería elimine la discrecionalidad judicial en este ámbito y atribuya a la administración la potestad de suspender los procedimientos penales en caso de imputados extranjeros, exigiendo tan sólo una “ratificación judicial”, que deberá ser concedida salvo que concurran “circunstancias excepcionales”.

Para conceder esta autorización de expulsión, el juez constatará la existencia de una orden administrativa de expulsión válida, dictada tras el procedimiento administrativo que prevé la Ley, por el órgano competente y con fundamento en alguna de las causas de expulsión previstas en el art. 57 LOE. Pese a que el juez no realiza un detenido control de legalidad de la expulsión, como mínimo hace un examen de validez formal de la orden de expulsión. Por consiguiente, parece que el imputado en una causa penal tiene mayores garantías en el procedimiento de expulsión que el que no tiene

¹⁴⁵ En fecha 28 de junio de 2001 el entonces Ministro del Interior, Mariano Rajoy, a través de declaraciones televisadas pidió a los Jueces que autoricen la expulsión de los inmigrantes acusados de delitos menores. El mismo día en el Senado animó a los partidos políticos para que promuevan este tipo de solución (*El País*, 29/6/2001). Igual petición fue dirigida al Ministerio de Justicia, la cual se tradujo en una Circular del Fiscal General del Estado, Jesús Cardenal, ordenando a los fiscales que pidan a los Jueces de Instrucción la expulsión de los inmigrantes acusados de delitos menores y que informen favorablemente el internamiento cautelar para garantizar la expulsión. En la misma circular también se indica que si el extranjero fuese condenado a una pena de prisión inferior a seis años, “el ministerio fiscal solicitará con carácter general (...) su expulsión por decisión judicial como sustitutiva de la condena impuesta” (*El País*, 26/7/2001).

acusación penal alguna en su contra, porque hemos visto que en el proceso de expulsión no interviene la autoridad judicial.

Otra de las novedades introducidas con la reforma de septiembre 2003 es la posibilidad de suspender el proceso penal para ejecutar la expulsión no sólo en caso de imputados por delitos castigados con penas de prisión de hasta 6 años, sino también con penas de distinta naturaleza y, asimismo, a los imputados en procedimientos por faltas. Se amplía así la posibilidad de expulsión a los extranjeros imputados por pequeñas infracciones penales. Esta modificación es lógica desde la perspectiva del legislador de racionalizar y conferir mayor eficacia a la política de expulsiones, ya que con la anterior redacción se podía sustituir el proceso por la expulsión a extranjeros imputados por delitos castigados con pena de prisión de hasta 6 años y, en cambio, no era posible dicha sustitución en caso de imputados por faltas o delitos castigados con penas privativas de derechos o con multa.

Las novedades introducidas se han justificado con el argumento de evitar que los extranjeros a quienes se esté tramitando un expediente de expulsión cometan un delito menor para quedar a disposición judicial y evitar así ser expulsados. Dejando de lado el hecho de que el gobierno no ha presentado ninguna investigación que verifique la habitualidad de esta práctica, la respuesta no parece ser la más acertada desde un punto de vista criminológico, ya que puede generar un mensaje de impunidad respecto de los delitos castigados con penas inferiores a seis años de prisión. Los únicos tipos penales que se exceptúan de la expulsión automática son los relativos al tráfico ilegal de inmigrantes, pero no los de tráfico de drogas. Al ocuparnos de la expulsión prevista en el Código Penal volveremos sobre este extremo.

Y, desde luego, la prevalencia de la expulsión sobre el proceso penal es una incongruencia desde el punto de vista procesal. En caso que el Juez autorice la expulsión, se archivarán provisionalmente las actuaciones penales, por imposibilidad de continuar el proceso en ausencia del imputado. Se trata de un supuesto de interrupción del proceso penal que no está previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, pese a los esfuerzos de ingeniería interpretativa realizados por la doctrina y por la Fiscalía General del Estado¹⁴⁶, es imposible de armonizar con el resto de nuestro sistema jurídico (MIQUEL CALATAYUD, 1987:82-83).

¹⁴⁶ Algunos autores lo intentan incluir en el supuesto del art. 784.8.h), en una interpretación más que forzada (entre ellos, ROMA VALDÉS, 1999:849-868); en cambio, la Fiscalía General del Estado entiende que acordada por el Juez la autorización de expulsión antes de la apertura del juicio oral, se sobresee provisionalmente el procedimiento al amparo del art.641.2 LECrim, al no existir “motivos

En efecto, este supuesto de expulsión plantea especiales problemáticas debido a que constituye una contradicción con el resto del ordenamiento jurídico español¹⁴⁷, contradice principios básicos del ordenamiento jurídico, como son el de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora de la administración¹⁴⁸ y el principio de legalidad e indisponibilidad de la acción penal.

En concreto, tal expulsión implica una renuncia del *ius puniendi* para dar paso a la ejecución de una resolución administrativa, infringiendo deliberadamente el principio de preeminencia de la actividad jurisdiccional frente a la actividad administrativa sancionadora. Además, significa la introducción de criterios de oportunidad en el proceso penal, que son extraños a nuestro ordenamiento jurídico (DEL RÍO, 1998:1884; PALOMO DEL ARCO, 2000:139-207).

Algunos autores interpretan esta posibilidad de expulsión como una discriminación positiva en favor del extranjero, aunque señalan que realmente lo que prima es el interés prevalente del mantenimiento del orden público (en este sentido, SEQUEROS SAZATORNIL, 2000:843-863). Me parece que hablar de discriminación positiva en este contexto supone ignorar las funciones sociales que la “discriminación positiva” está llamada a cumplir.

Como he señalado, la justificación que se ha dado de este artículo es impedir que los extranjeros irregulares eviten la expulsión mediante la comisión de un delito menor, que provoca el inicio de un proceso penal y la suspensión de la vía administrativa. Pero esta previsión constituye un sinsentido. Como sostiene ASÚA, no puede admitirse que la política de control de la inmigración adquiera primacía frente al derecho penal con el argumento de evitar que los inmigrantes puedan escapar del control gubernativo al quedar sometidos a la autoridad judicial. No es jurídicamente admisible la renuncia al poder punitivo para ejecutar una orden administrativa de expulsión, ya que ello supone

suficientes para acusar” por no estar el extranjero a disposición de los Tribunales españoles; mientras que una vez decretada la apertura del juicio oral, se aplica por analogía la solución del art.791.4 en relación con el 841 y, por tanto, hay que decretar la “suspensión del juicio oral con el archivo de los autos”. Una solución alternativa aportada por la propia Memoria de la Fiscalía General consistiría en un auto atípico de archivo provisional de las actuaciones, fundamentado en la Ley de Extranjería (PALOMO DEL ARCO, 2000:139-207).

¹⁴⁷ Sería un caso de irracionalidad jurídico-formal de acuerdo con los niveles de racionalidad analizados por ATIENZA (1993:182-249).

¹⁴⁸ Principio que según QUERALT está incluido en el contenido material del principio *non bis in idem* - declarado por el Tribunal Constitucional-, que incluye tanto la preferencia sancionadora por parte del orden penal, como la potestad de los tribunales penales de fijar los hechos jurídicamente relevantes, y que es un elemento fundamental para garantizar una racional unidad del *ius puniendi* estatal (1992:9-11).

una invasión de criterios de control de la inmigración que resulta de dudosa constitucionalidad (2002:33).

3.4. Expulsiones previstas en el Código Penal

En cuanto a las previsiones sobre el tema contenidas en el Código Penal, las mismas se encuentran en el artículo 89 –y también en el art. 108-, que supuso una novedad del llamado “Código Penal de la Democracia” de 1995 (aunque normativas similares se encontraban ya en la Ley de Extranjería de 1985). También este artículo 89 se ha visto modificado recientemente por la ya mencionada *L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, en el mismo sentido de eliminar la discrecionalidad judicial, con la finalidad que la expulsión se convierta en la regla general y se aplique con automatismo.

Pero la redacción dada al art. 89 en septiembre de 2003 probablemente sufrirá nuevas modificaciones a lo largo de la presente legislatura. Como luego veremos, una importante sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio de 2004 (STS 901/2004) pone en cuestión la actual regulación del art. 89, lo que ha provocado declaraciones de la Secretaria de Estado, Consuelo Rumí, anunciando la supresión de la expulsión automática (*El País*, 2/8/2004).

El artículo 89 establece dos posibilidades de expulsión, que consisten en todo caso en expulsiones judiciales, es decir, son decretadas por un juez, y no por la administración como en los casos vistos hasta ahora (incluido el del art. 57.7 LOE, que requería autorización judicial, pero la decisión era administrativa). Además, el art. 108 CP prevé una expulsión sustitutiva de medidas de seguridad.

3.4.1. La expulsión sustitutiva de la pena de prisión inferior a seis años

En primer lugar, el artículo 89.1, párrafo 1º del Código Penal establece la sustitución de las penas de prisión inferiores a seis años cuando el penado sea un extranjero irregular:

“Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”

Esta posibilidad de expulsión la encontrábamos ya prevista en la L.O. 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España -art. 21.2, párrafo segundo¹⁴⁹-, pero a diferencia del precepto del Código Penal, su precedente en la Ley de Extranjería era aplicable tanto a los extranjeros irregulares como a los que gozasen de residencia legal en España. Otra diferencia relevante era su ámbito de aplicación material, esto es, las penas susceptibles de sustitución, que era más reducido¹⁵⁰.

Con posterioridad encontramos la previsión tanto en el Anteproyecto de Código Penal de 1992 (art. 88) como en el de 1994 (art. 89), hasta que finalmente se plasma en el art. 89 del Código Penal de 1995¹⁵¹. Pero como se ha dicho, su redacción se ha visto modificada por L.O. 11/2003.

La modificación ha consistido fundamentalmente en limitar todo lo posible la discrecionalidad judicial en la sustitución de la pena de prisión por la expulsión. Así, donde el precepto originario decía que las penas “podrán ser sustituidas”, ahora se dice que las penas “serán sustituidas”.

La modificación efectuada también se encarga de dejar claro que cuando los condenados sean extranjeros no residentes legalmente no se aplicará en ningún caso el régimen general de suspensión y sustitución de penas (art. 80, 87 y 88)¹⁵². Estos artículos permiten dejar en suspenso las penas inferiores a dos años impuestas a infractores primarios (y de tres en caso de drogodependientes sometidos a tratamiento de deshabituación) y sustituir las penas de prisión que no excedan de un año (o excepcionalmente de dos), por pena de arrestos de fin de semana o multa. En suma, la nueva redacción del art. 89 impide que los condenados extranjeros sin residencia legal puedan acceder a las llamadas “medidas alternativas”.

Como rasgos comunes a esta expulsión sustitutiva de penas inferiores a 6 años de prisión y de la sustitución parcial de las penas de mayor duración (que examinaremos

¹⁴⁹ Este precepto disponía lo siguiente: “Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta”.

¹⁵⁰ El art. 21.2, 2º párrafo de la Ley de Extranjería de 1985 permitía la sustitución en caso de condenados “por delito menos grave”, que comportaban una pena de prisión menor. Si bien dicha pena podía alcanzar hasta seis años de reclusión, la regulación se refería a la pena en abstracto, no a la efectivamente impuesta en la sentencia condenatoria. En la actualidad el art. 89 CP habla de condenas a penas inferiores a 6 años, pero la pena en abstracto prevista para el delito puede ser superior.

¹⁵¹ Este artículo, en su redacción originaria de 1995, establecía lo siguiente: “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. [...] será necesario oír previamente al penado.

¹⁵² “La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal” (art. 89.1, párrafo 3º).

en el siguiente epígrafe), el artículo 89.4 señala que la expulsión no se aplica cuando se trate de personas condenadas por delitos relativos al tráfico ilegal de personas o de inmigración clandestina –en concreto se refiere a los delitos previstos en los arts. 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal-. En cambio, no se incluyen los delitos de introducción de drogas a España, que son los que más contradicciones generan a los órganos judiciales a la hora de aplicar la expulsión.

En ambos casos la expulsión comporta la prohibición de entrada en el territorio español por un período de diez años¹⁵³, prohibición que se extiende a todo el territorio Schengen (art. 89.2). Este plazo también se ha visto afectado por la reforma, ya que el precepto originario establecía un plazo de 3 a 10 años, atendiendo a la duración de la pena impuesta. La imposición en todos los casos de 10 años de prohibición de entrada puede resultar muy gravosa cuando se sustituya una pena de corta duración, infringiendo además el principio de proporcionalidad por imponerse una misma sanción tanto a quien es condenado a 6 meses de prisión, como al que lo es a 5 años.

Otro aspecto importante de la reforma de septiembre de 2003 es la eliminación del trámite de audiencia al penado y la interdicción de tomar en consideración las características y circunstancias personales del extranjero. El precepto sólo prevé la posibilidad de que excepcionalmente el juez no sustituya la pena de prisión por la expulsión cuando la “naturaleza del delito” justifique el cumplimiento de la condena en España (LAURENZO COPELLO, 2004:30; NAVARRO CARDOSO, 2004).

La cuestión no es baladí. Por el contrario, tiene relevancia constitucional. La STC 242/1994, de 20 de julio, en relación con la expulsión sustitutiva regulada entonces en el art. 21.2 de la Ley de Extranjería de 1985, declaró que la audiencia del extranjero resulta fundamental para una adecuada ponderación entre el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España o la unificación familiar)¹⁵⁴. La redacción del art. 89 tras la modificación de septiembre de 2003 ha eliminado la

¹⁵³ En caso que se sustituyan penas superiores a 5 años de prisión el plazo es superior, porque el art. 89.2 añade a la prohibición de entrada de 10 años desde la fecha de la expulsión, la necesidad que haya prescrito la pena.

¹⁵⁴ El Tribunal Constitucional se pronunció en estos términos: “la audiencia a la que se refiere el art. 21.2 LO 7/1985 [...] pretende formular alegaciones sobre la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad prevista por la expulsión del territorio nacional, a efectos de que el órgano judicial pueda efectuar la ponderación de valores en juego que es también presupuesto mismo de la legitimidad de la expulsión desde la perspectiva de los preceptos constitucionales, internacionales y de mera legalidad antes citados. Unas garantías que, como puede deducirse de todo lo dicho hasta ahora, sólo se entenderían cubiertas en el marco de una consulta específica sobre las medidas de expulsión, y de las razones que el afectado pueda oponer a su puesta en práctica” (STC 242/1994).

posibilidad de realizar dicha ponderación, así como el mismo trámite de audiencia, por lo que la constitucionalidad de este precepto es altamente cuestionable.

La eliminación del trámite de audiencia, de la posibilidad de considerar las circunstancias personales del extranjero y la prohibición de utilizar los mecanismos generales de suspensión y sustitución de las penas ponen de manifiesto la indiferencia del legislador respecto de las posibilidades de reinserción social del penado. El legislador ha querido conferir automatismo a la expulsión de los extranjeros irregulares condenados sin tomar en cuenta su posible arraigo en España, y sólo prevé excepcionalmente que se exceptúe la expulsión automática cuando lo aconseje la naturaleza del delito cometido (CANCIO MELIÁ, 2005).

En definitiva, la reforma del art. 89 CP ha eliminado toda posibilidad de individualización judicial de la pena en el caso de infractores extranjeros sin residencia legal en España. Además, se vulneran los criterios ordinarios de determinación de la pena, tanto en fase legislativa como en fase judicial (GARCÍA ARÁN, 1982:96 y ss.). En primer lugar, se infringe el principio de proporcionalidad entre delito cometido y sanción impuesta (o criterio de la gravedad de la conducta), porque se impone una misma consecuencia jurídica –la expulsión sustitutiva– ante la comisión de delitos de muy diversa gravedad. En segundo lugar, la determinación de la pena no se orienta a la persecución de los fines de la pena aceptados por nuestro ordenamiento jurídico (prevención general y especial positiva o resocialización), sino que se determina tomando en consideración finalidades extra-penales, como es la política de control de la inmigración irregular.

En ambas modalidades de expulsión sustitutiva previstas en el Código Penal no se tienen en cuenta las posibilidades de reinserción social del penado, la expulsión se adopta al margen de la voluntad y sin siquiera escuchar al afectado, aunque el mismo tuviese motivos de peso para permanecer en España. Se hace prevalecer la situación administrativa de irregularidad sobre el mandato constitucional de orientación de las penas hacia la reinserción, y se decreta la expulsión pese a que desde una perspectiva resocializadora fuese aconsejable la permanencia del extranjero en España (por ejemplo, por tener mayor arraigo que en su país de origen o por residir su familia en España).

Junto a la crítica por desatender las posibilidades de reinserción social del penado, otra de las críticas doctrinales más extendidas dirigidas a la expulsión sustitutiva señala que la misma es desaconsejable por motivos de prevención general, porque puede provocar la impunidad de determinados delitos. Asimismo se ha sostenido

que la expulsión sustitutiva puede constituir un trato muy beneficioso para algunos extranjeros no residentes en España, generando desigualdad respecto a los nacionales y a los extranjeros residentes legales (DEL RÍO, 1998:1885; MIQUEL CALATAYUD, 1987:83-85).

ASÚA ejemplifica del siguiente modo la crítica a la expulsión sustitutiva por descuidar el objetivo de la prevención general:

“quien sabe que con la comisión de un delito no tiene nada que perder, porque la expulsión le espera en todo caso, no tendrá motivo para abstenerse de delinquir, con lo cual no se combate esa ‘delincuencia inducida’. Por otro lado, se erosiona gravemente la finalidad de prevención general, como se viene denunciando insistentemente” (2001:1030; 2002:55).

Aunque también advierte esta autora que la expulsión en algunos casos puede llegar a ser más gravosa que la pena de prisión a la que sustituya. En este sentido RODRÍGUEZ CANDELA sostiene que en muchas ocasiones la expulsión puede cumplir con el objetivo de prevención general en mayor medida que la amenaza de una pena privativa de libertad (1998:59). Por consiguiente, la crítica a la expulsión sustitutiva por desatender el objetivo de prevención general puede ser matizada, porque la aplicación de la expulsión no siempre es percibida como un trato de favor a los extranjeros que carecen de residencia legal.

El problema es que la expulsión como sanción sustitutiva puede tener efectos muy desiguales dependiendo de la concreta persona a quien se le aplique y de la pena de prisión que sea sustituida, puede constituir una pena muy beneficiosa o una consecuencia más aflictiva que la pena de prisión sustituida (ASÚA, 2001:1026; 2002:48). Ejemplo claro del primer caso lo constituiría la persona que viaja a España con el objetivo de introducir drogas y sin intención de quedarse a residir, en este caso la expulsión sustitutiva conduciría a la impunidad por el delito cometido. Ejemplo del segundo caso sería el del extranjero que reside en España con arraigo familiar y social – aunque sea en situación administrativa irregular- y es condenado por un delito menor a pena de prisión susceptible de suspensión condicional, caso en el que la expulsión puede ser mucho más aflictiva que la condena a prisión.

Esta ambivalencia de la expulsión en cuanto a sus efectos, impediría una aplicación indiscriminada de la misma, como reconoció el Tribunal Constitucional en Auto nº 106/1997, de 17 de abril. En este Auto el propio TC reconoció la tacha de potencial inconstitucionalidad del art. 89 si se aplicase de forma indiscriminada “por el

simple hecho de tener el condenado la condición de extranjero no residente legalmente en España”. Por tanto, el TC defendió la legitimidad de la expulsión penal subordinada a una aplicación restringida, que situase en un segundo plano las exigencias de control de la inmigración, respetando los principios elementales del derecho penal, entre los que hay que mencionar la motivación en la aplicación de la medida y la audiencia al extranjero (ASÚA, 2001:1029 y 2002:48-53; MAQUEDA ABREU, 2001:515-517).

Sin embargo, como hemos visto, tras la reforma del Código Penal efectuada en septiembre de 2003 se ha ido en una dirección absolutamente opuesta, de forma que resulta más difícil salvar la inconstitucionalidad de tal precepto mediante una aplicación restringida, porque el legislador ha querido transformar la expulsión en la regla general y conferirle automatismo.

La respuesta de los jueces ante la obligación de aplicar la expulsión como regla general ha sido recelosa y crítica, sobre todo en los casos de tráfico de drogas en cantidades considerables, porque consideran que sustituir la pena de prisión de hasta seis años a una persona que ha viajado a España con el único propósito de introducir drogas puede generar un “efecto llamada” y alentar este tipo de actividades delictivas¹⁵⁵.

A estas críticas denunciando la ineficacia de la prevención general se han sumado las que señalan la vulneración de derechos fundamentales del penado. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia 901/2004, de 8 de julio de 2004, que realiza una “interpretación constitucional” de la nueva redacción del artículo 89 CP, forzando la letra de la Ley y la voluntad del legislador, en vez de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo arremete contra el automatismo de la expulsión sustitutiva de penas hasta 6 años de prisión impuestas a extranjeros no residentes legales, exigiendo a los jueces que individualicen y motiven en cada caso la aplicación de la expulsión. El Supremo considera “imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, para lo que resulta necesario el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión”. De esta forma, la aludida sentencia reintroduce la exigencia

¹⁵⁵ Con anterioridad a la reforma del art. 89 CP efectuada por L.O. 11/2003, los jueces y tribunales, en uso de su discrecionalidad judicial, han mostrado reticencia a sustituir la pena de prisión por la expulsión, sobre todo en casos de tráfico de drogas, de manera que este artículo 89 no se ha aplicado de forma generalizada. Tras la reforma que confiere automatismo a la expulsión, la Fiscalía General del Estado ha dado directrices a los fiscales para que soliciten siempre la expulsión y la respuesta de los jueces ha sido desigual dependiendo del órgano jurisdiccional. Ello ha producido un grado de discrepancias y aleatoriedad en la aplicación de la expulsión calificado por CANCIO de extremo y de “verdadera lotería penal”, sobre todo en casos de tráfico de drogas (2005).

del trámite de audiencia al condenado como garantía de sus derechos fundamentales, que había desaparecido en la redacción del art. 89 CP tras su modificación por L.O. 11/2003, sosteniendo que así “se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto”.

Si bien la limitación de la expulsión automática impuesta por el Tribunal Supremo puede ser bienvenida, en realidad no es la solución técnica adecuada: advertida la posible inconstitucionalidad del precepto, correspondería el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que es a quien corresponde decidir sobre la adecuación de las leyes al texto fundamental. En cambio, el Supremo ha procedido a realizar una interpretación de la norma que respete la Constitución, contrariando la letra de la ley.

Pese a ello, la Secretaria de Estado de Inmigración, Consuelo Rumí, ya ha adelantado que el gobierno en esta legislatura suprimirá la expulsión automática de los extranjeros no residentes condenados a penas inferiores a 6 años que prevé el controvertido art. 89 CP.

3.4.2. La expulsión sustitutiva del tercer grado o la libertad condicional

A continuación el mismo precepto prevé la segunda modalidad de expulsión penal sustitutiva:

“Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

Como en el caso anterior, también aquí la modificación de septiembre de 2003 ha limitado la discrecionalidad de los jueces y tribunales al cambiar la expresión de “podrán acordar”¹⁵⁶ por “acordarán”. Además, el precepto atribuye a los tribunales sentenciadores la competencia de decretar la expulsión, desconociendo la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que es a quien corresponde ejercer la potestad jurisdiccional durante la ejecución de la pena privativa de libertad. La previsión de la

¹⁵⁶ La redacción originaria de este párrafo del art. 89 CP disponía lo siguiente: “Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado”.

expulsión ya en la sentencia sin dar la posibilidad al Juez de Vigilancia de modificarla en función de las circunstancias del penado implica la imposibilidad de dirigir la ejecución de la pena hacia la reinserción social.

Una segunda modificación consiste en la posibilidad de anticipar la expulsión al momento en que el extranjero irregular acceda al tercer grado, sin necesidad de esperar al cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena.

Un aspecto positivo de la reforma es el hecho de haber precisado que este segundo caso de sustitución sólo afecta a los extranjeros “no residentes legalmente”. La fórmula del precepto originario era ambigua y había generado encontradas interpretaciones doctrinales¹⁵⁷.

En este segundo supuesto de expulsión del art. 89, el Código Penal de 1995 vino a dar cobertura a una práctica que se realizaba mediante una interpretación extensiva del mencionado art. 21.2, párrafo segundo de la L.O. 7/1985, que permitía la expulsión como medida sustitutiva de toda la pena.

Si en el primer supuesto del art. 89 se trata de una “expulsión sustitutiva” de la pena de prisión, en este caso se trataría de una modalidad de “sustitución parcial” de la pena de prisión.

Varios autores han señalado que esta “sustitución parcial” por la expulsión constituye un trato discriminatorio, ya que cumplidas las tres cuartas partes de la condena lo que procede es la libertad condicional (GARCÍA ARÁN, 1997:125; MIR PUIG, 1996:719-720; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, 2000:648-649; NAVARRO CARDOSO, 2004; SANZ MORÁN, 2004:39).

Esta previsión provoca que los extranjeros irregulares sean sancionados en primer lugar mediante pena privativa de libertad de larga duración por el delito que cometieron y, en segundo lugar, con la expulsión del territorio nacional una vez acceden al tercer grado o han cumplido las tres cuartas partes de la condena. Esta duplicidad de sanciones frente a un mismo hecho –la comisión de un delito- infringe el principio *non bis in idem*, ya que la expulsión es una medida de carácter sancionador y restrictiva de derechos, según declaró la STC 115/1987.

¹⁵⁷ Una parte de la doctrina había interpretado la norma en sentido literal y entendía que la expulsión era aplicable tanto a los extranjeros irregulares como a los que disponían de permiso de residencia (ASÚA, 2001a:87; PALOMO DEL ARCO, 2000:139-207). Esa postura no era acorde con una interpretación sistemática de la Ley ni con el principio garantista *in dubio pro reo*. En el sentido de limitar la expulsión a los extranjeros no residentes legalmente, MANZANARES SAMANIEGO, 1997:1289.

La advertencia de que este tipo de expulsión vulnera la prohibición del *non bis in idem* fue realizada por el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL en los siguientes términos:

“Rechazamos la posibilidad de imponer una medida sustitutiva de expulsión en hipótesis en que normalmente, cumplidas las tres cuartas partes de la pena, está abierta la posibilidad de la libertad condicional: Si la alternativa judicialmente adoptada es la de ejecutar la pena en España, esto debe llevarse hasta sus últimas consecuencias y no modificar tal decisión precisamente en el momento en el que más claramente se abren las posibilidades de resocialización y corrección del delincuente. Por lo demás, lo contrario constituye una violación del principio del *ne bis in idem*, pues se impone una medida completa, la de expulsión, para sustituir sólo un segmento de una pena, que en su mayor parte ya ha sido cumplida” (1998:52).

El doble castigo se agrava con la extensión del plazo de prohibición de regresar a España hasta los 10 años, que se aplica a ambos supuestos de sustitución. Si esta pena de “destierro” puede considerarse como el sustituto de la pena de prisión inferior a seis años, cuando se aplica una vez cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena vulnera la prohibición de doble castigo, además de infringir el principio de proporcionalidad.

El precepto pretende responder con la expulsión al problema de la irregularidad administrativa del penado, aunque se extiende a todos los extranjeros no residentes legalmente, que incluye también a los que en el momento de comisión del delito tenían una autorización de estancia de tres meses (turistas, viajantes) y no habían incurrido en irregularidad administrativa.

Lo cierto es que el extranjero sin permiso de residencia en España difícilmente puede acceder a la libertad condicional porque resulta muy difícil ofrecer garantías “de hacer vida honrada en libertad” sin posibilidad de acceso al mercado de trabajo regular. Sobre este extremo no parece fácil disentir. Pero es la propia Ley la que le impide acceder a la regularidad y, de este modo, a una ejecución de la pena de prisión orientada a la reinserción social. La “solución” que ofrece la ley me parece desproporcionada, imponiendo en todo caso la expulsión. Como acertadamente señala CANCIO MELIÁ (2005), el argumento que justifica la expulsión ante la imposibilidad de reinsertar al extranjero irregular se convierte en una profecía auto-cumplida: la reinserción resulta imposible porque lo impide la propia ley.

El problema se podía resolver con otro tipo de medidas. Por ejemplo, la concesión de un permiso de residencia temporal, aplicable sobre todo para el caso que el

extranjero tenga arraigo en España (a diferencia de la Ley de Extranjería, el CP no excluye la expulsión en caso de fuerte arraigo, como mujer e hijos residentes permanentes, haber nacido en España, etc.). Otra alternativa es la posibilidad ya prevista en el art. 197 del Reglamento Penitenciario de cumplir la última parte de la condena en libertad en el país de origen, sin imposición de la prohibición de entrada por 10 años. Una tercera posibilidad sería la salida voluntaria del extranjero liberado condicional, con autorización judicial. Es decir, conceder al penado extranjero la libertad condicional e indicarle un plazo de tiempo para abandonar voluntariamente el país, debido a su carencia de permiso de residencia, pero sin imponerle la prohibición de entrada. Sólo en caso que el extranjero no abandonase el país en el plazo previsto, incurriendo de este modo en estancia irregular, entraría en juego la posibilidad de expulsión, previa tramitación del expediente correspondiente.

De esta forma, aunque el extranjero abandonase el país por carecer de permiso de residencia, no se le impediría la entrada a España con posterioridad, porque los antecedentes penales no son causa de denegación de entrada. No podría obtener un permiso de residencia hasta que sus antecedentes penales fuesen cancelados –cuyo plazo de cancelación es de máximo 5 años desde la extinción de la condena–, porque los antecedentes sí constituyen motivo de denegación (art. 31.5 LOE), pero como mínimo podría entrar a España y Europa de forma temporal.

Con la regulación actual, si ya hemos dicho que la expulsión sustitutiva del art. 89 no tiene en cuenta las posibilidades de reinserción social del penado, el supuesto de sustitución parcial además hace absolutamente ilusoria una ejecución de la pena privativa de libertad orientada a la reinserción social, en el caso de los extranjeros no residentes legalmente. Si la persona va a ser expulsada, difícilmente se le podrá aplicar un tratamiento penitenciario dirigido a la reinserción social (¿a qué sociedad?), ni se le van a conceder permisos de salida, de manera que devendrá imposible que la pena cumpla su función constitucional. En estas condiciones, la pena privativa de libertad sólo podrá tener funciones preventivo-generales y retributivas (RODRIGUEZ CANDELA, 1998:59-60).

3.4.3. La expulsión sustitutiva de medidas de seguridad

Finalmente hay que hacer mención a la expulsión prevista en el art. 108 CP, como sustitutiva de medidas de seguridad. La redacción de este precepto es paralela a la

del art. 89.1, apartado primero. Al igual que en la figura analizada, se prevé la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en territorio nacional, sin necesidad de consentimiento del afectado. Y también este precepto 108 ha sido modificado en septiembre de 2003 por la L.O. 11/2003, quedando la redacción actual en los siguientes términos:

“Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España”

La modificación operada en septiembre de 2003 ha consistido, por una parte, en eliminar la discrecionalidad judicial, convirtiendo a la expulsión en la regla general; por otra, en extender la expulsión sustitutiva a todo tipo de medidas de seguridad, y no sólo las privativas de libertad, como sucedía en la redacción originaria del precepto¹⁵⁸.

En este artículo 108 no se establece el límite de los seis años de privación de libertad (como hace el art. 89), de manera que se puede expulsar a un inimputable que haya cometido un delito de extrema gravedad y al que se le haya impuesto una medida de seguridad privativa de libertad de larga duración.

Pese a que este tipo de expulsión sustitutiva de medidas de seguridad se encuentra enumerada en el catálogo de medidas de seguridad del art. 96 CP, es bastante obvio que la expulsión del territorio nacional no comparte la naturaleza y funciones de las medidas de seguridad, dirigidas a someter al infractor a un tratamiento para superar su constatada peligrosidad criminal y lograr su reinserción. Es decir, no parece que la expulsión sea una medida de seguridad adecuada para tratar la “peligrosidad criminal” del sujeto, y en este sentido este supuesto de expulsión sustitutiva ha sido criticada por constituir un fraude de etiquetas. Nos referiremos a ello al ocuparnos de la naturaleza jurídica de la expulsión.

Al igual que en el caso de las expulsiones del art. 89, se impone al extranjero una prohibición de entrada de 10 años, aspecto que también ha sido modificado, ya que

¹⁵⁸ El art. 108 CP en su redacción originaria disponía lo siguiente: “1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables. 2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años”.

en su redacción originaria los 10 años sólo constituían el límite máximo, sin que se estableciera límite mínimo alguno.

4. Fundamento y función de la expulsión

La doctrina ha barajado diversas hipótesis acerca de las funciones, declaradas y latentes, de las distintas previsiones de expulsión que hemos examinado.

Respecto a la función de los supuestos de expulsión de extranjeros previstos en la Ley de Extranjería, ya hemos visto en el epígrafe correspondiente que la misma difiere según los casos: en algunos la expulsión administrativa se fundamenta en los indicios de “peligrosidad” del extranjero (infracciones contra el orden público, poseer antecedentes penales), mientras que en otros la expulsión se aplica por la mera irregularidad, encontrando su fundamento en la política de control y contención de los flujos migratorios.

Los casos en que existen indicios de “peligrosidad” son los que tradicionalmente han sido objeto de expulsión, como hemos visto al referirnos a los antecedentes históricos de la expulsión, medida que tenía una finalidad de defensa social y mantenimiento del orden público. Aunque la aplicación generalizada de la expulsión por la mera estancia irregular en realidad tiene el mismo fundamento de mantenimiento del orden, bajo la creencia que un elevado volumen migratorio supone una amenaza para el orden social y el *status quo*.

Por consiguiente, si bien el fundamento inmediato de buena parte de las expulsiones administrativas es el control migratorio, la función de dicho control y represión de la inmigración irregular es evitar las alteraciones del orden imperante.

Al preguntarse acerca de la finalidad de las expulsiones sustitutivas previstas en el art. 89 del Código Penal, la doctrina coincide en señalar que - entre otros objetivos- se pretende desmasificar las cárceles (por todos, MANZANARES, 1997:1288-1293; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, 2000:648-649; MAPELLI / TERRADILLOS, 1996:109; SERRANO PASCUAL, 1999:384-389). Esta función de la expulsión ha sido reconocida por los mismos responsables políticos. De hecho, la L.O. 11/2003 que reforma el art. 57.7 LOE y el 89 CP, estableciendo el automatismo de la expulsión en caso de extranjeros no residentes imputados o condenados por delitos con penas inferiores a seis años, fue justificada por el entonces Ministro del Interior, Mariano Rajoy, con el argumento de aliviar la saturación en las cárceles.

Es difícil hacer una valoración de la eficacia de la expulsión de extranjeros no residentes como medida de descongestión de la cárcel. En la Parte II de esta Tesis hemos mostrado que más del 25% de la población reclusa en España es extranjera y que su porcentaje aumenta año tras año, aunque no tenemos cifras sobre la proporción de los mismos que carecen de residencia legal y, por consiguiente, son susceptibles de expulsión. Pero asimismo hemos podido observar que en los últimos años también se ha incrementado significativamente la población reclusa española, de modo que el lugar dejado por los extranjeros irregulares puede ser llenado por los españoles y los extranjeros con residencia legal. En realidad, siguiendo a MATHIESEN (2005), podemos afirmar que el volumen de población reclusa depende en mayor medida de decisiones gubernamentales y de las instancias del sistema penal, que del nivel de delincuencia existente en la sociedad.

Pero aunque efectivamente se verificase una descongestión de los centros penitenciarios mediante la aplicación mecánica de la expulsión a todos los condenados extranjeros no residentes legales, esto no significa que la función perseguida sea legítima en términos jurídicos. Como señala CANCIO MELIÁ tratando de mostrar lo ridículo de la aludida justificación de la expulsión,

“también supondría un evidente alivio para el sistema penitenciario descriminalizar de modo selectivo infracciones cometidas masivamente, como el hurto, para los ciudadanos pelirrojos o rubios” (2005).

Otro de los argumentos recurrentes para justificar la expulsión señala que se pretende evitar que los extranjeros irregulares cometan un delito para que el proceso penal y el cumplimiento de la condena paralicen la ejecución de una orden de expulsión administrativa. Este argumento ha sido asumido por algún autor (en este sentido, ROMA VALDÉS, 1999:853) y es utilizado para justificar la reforma de las expulsiones penales realizada por la L.O. 11/2003¹⁵⁹. Esta función declarada de la expulsión penal, que carece de verificación empírica alguna, si bien puede llegar a cumplirse en unos pocos casos, en términos generales aparece como un argumento bastante absurdo: resulta poco probable que alguien cometa un delito para permanecer encerrado en una prisión española, teniendo en cuenta que al extinguirse la condena el extranjero será

¹⁵⁹ Se indica en la Exposición de Motivos: “En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”.

expulsado. El argumento puede llegar a tener alguna relevancia práctica respecto de la expulsión del art. 57.7 LOE, pero no sirve para fundamentar la expulsión del art. 89 CP.

Además de estas dos funciones declaradas por los mismos responsables políticos, la doctrina trata de indagar en las funciones latentes, como puede ser la obtención de una mano de obra sumisa y obediente, al exigirles a los inmigrantes que quieran permanecer en España un plus de respeto a las leyes y a las autoridades que no se exige a los españoles.

Algunos autores sostienen que la expulsión tendría una función latente de “selección” de los inmigrantes menos conflictivos. En este sentido, MAPELLI y TERRADILLOS afirman que

“estamos ante una medida que complementa otras normas orientadas a seleccionar la ‘calidad’ de los extranjeros y de paso ayuda a paliar el grave problema de congestión que sufren nuestros establecimientos penitenciarios. La constitucionalidad de esta disposición es, por tanto, dudosa, casa mal con la declaración constitucional de reconocimiento a los extranjeros de las libertades públicas (art. 13), entre las que se encuentra el derecho a la igualdad” (1996:109).

Por su parte, PERIS RIERA y MADRID CONESA han sostenido que el fundamento de la expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal está “ceñido a objetivos de marcado cariz defensista”. Las finalidades de seleccionar la calidad de los extranjeros y de disminuir la población penitenciaria “nos reconducen a auténticas finalidades de defensa social”, de modo que se puede afirmar que constituye una “auténtica norma de policía en el más puro sentido administrativo” (2000:1201-1209). En sentido similar y comentando la reforma del art. 89 CP operada por la L.O. 11/2003, SANZ MORÁN sostiene que

“se acentúa marcadamente el carácter defensista y de orden público que posee la expulsión en cuanto a técnica básica de reacción, pretendidamente ‘penal’ (en el fondo, administrativa), frente al inmigrante autor de delitos” (2004:34).

ASÚA ha puesto de relieve con mucha claridad la función auxiliar de la expulsión penal respecto de la política de control de los flujos migratorios, descuidando las funciones que las sanciones penales están llamadas a cumplir (de prevención general negativa y de resocialización). Al igual que sucedía con la expulsión del art. 57.7 de la Ley de Extranjería, también en el caso del art. 89 CP observamos una subordinación del derecho penal en relación a las políticas de extranjería. No olvidemos que este

precepto es aplicable a los extranjeros no residentes legalmente, que es a quien se dirige fundamentalmente la política de expulsiones. ASÚA señala que

“se conforma así un particular *status* de extranjero sin papeles respecto al cual el sector más duro del ordenamiento jurídico, pero también el más garantista, puede batirse en retirada para no obstaculizar las expulsiones gubernativas” (2002:33).

Con el art. 89 CP se da entrada a la política de extranjería en el ámbito del derecho penal, cosa que fue defendida con el argumento de evitar el “fraude de ley”, esto es, que el inmigrante ilegal cometa un delito para evitar la ejecución de una orden de expulsión (ASÚA, 2002:54-57). El motivo de fondo es el mismo en el que se basa el art. 57.7 de la Ley de Extranjería. Sin embargo, en este caso no se renuncia a la persecución penal sino que se juzga y condena al extranjero y posteriormente se sustituye la pena privativa de libertad por la expulsión. Esta invasión de criterios de control de la inmigración en el ámbito del derecho y proceso penal según la citada autora resulta de dudosa constitucionalidad.

También GARCÍA ARÁN destaca la introducción de finalidades de control migratorio en la legislación penal, al señalar que las previsiones del art. 89 CP

“son una muestra palpable de la filosofía que preside la legislación sobre extranjería y que conduce a la limitación de acceso y permanencia en territorio español. En este caso, la posibilidad de sustituir la pena parece presidida por la voluntad de perder de vista al condenado...” (1997:124).

CANCIO MELIÁ (2005) sostiene que la tesis de la sumisión del derecho penal a la política de extranjería es insuficiente para explicar en su totalidad los contornos de la institución de la expulsión, porque no aprehende la lógica de la exclusión que está en la base de la expulsión. Por eso, este autor propone interpretar el artículo 89 del Código Penal bajo la óptica del denominado “derecho penal del enemigo”, un derecho que se opone al derecho penal del ciudadano, y que se caracteriza, en lo que aquí nos interesa, por la ausencia de todo criterio de proporcionalidad de las penas, por la supresión de las garantías procesales y por la identificación de una categoría de sujetos como “enemigos” a quienes se aplica un tratamiento penal diferenciado, un derecho penal de autor. Según este autor, que considera ilegítima esta respuesta jurídico-penal que prescinde de los presupuestos tradicionales del derecho penal,

“La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos [...]. Con este instrumento, el

Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos” (CANCIO MELIÁ, 2005).

La interpretación de la expulsión como manifestación del derecho penal del enemigo también ha sido sostenida por NAVARRO CARDOSO (2004), siendo una finalidad ilegítima que se materializa en la “expulsión” del extranjero “sin papeles” de la comunidad jurídica.

Sin hablar de “derecho penal del enemigo”, LAURENZO COPELLO se refiere a la lógica de la exclusión que está en la base de la regulación comentada, sobre todo al interpretar la generalización de la expulsión llevada a cabo con la L.O. 11/2003 desde la óptica de una intensificación de la política de exclusión y estigmatización de cuanto extranjero irregular infrinja las leyes penales, que responde a finalidades defensistas e inocuidadoras, ya puestas de manifiesto con anterioridad por la doctrina (2001:11-14; 2004:30-31).

En este sentido MAQUEDA ABREU ha destacado la pretensión “inocuidadora, de exclusión y apartamiento social” que tiene la expulsión, así como sus graves costes para el sistema penal y sus principios garantistas. Por ello, dice,

“No es de extrañar que se cuestione la constitucionalidad de unas medidas penales en que priman de modo tan sustancial los intereses defensistas que se amparan bajo una política estatal de control de la inmigración dudosamente legítima” (2001:514).

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de expulsión como medida de seguridad prevista en el art. 108 del Código Penal, la doctrina entiende de forma unánime que obedece únicamente a razones de orden público, y no a consideraciones terapéuticas o de neutralización de la peligrosidad criminal -sólo la desplaza-, que son los fines propios de las medidas de seguridad (ASÚA, 2002:92-95; LAURENZO COPELLO, 2004:31; PALOMO DEL ARCO, 2000:139-207; RODRIGUEZ CANDELA, 1998:69).

Según SANZ MORÁN, la enorme proximidad de las nuevas redacciones de los art. 89 y 108 CP tras la L.O. 11/2003, que obvian casi por completo la distinción entre penas y medidas de seguridad, es una muestra más de las consideraciones de índole extrapenal que han orientado al legislador en esta reforma del Código Penal (2004:39).

En suma, podemos concluir este apartado afirmando que la expulsión del extranjero, en las tres distintas modalidades que hemos examinado –como sanción administrativa, como sustitutivo de penas de prisión y como sustitutivo de medidas de seguridad- comparten la misma función de herramienta de una política migratoria

restrictiva y de lucha contra la inmigración ilegal, junto a una función “domesticadora” o de sometimiento de los inmigrantes que quieran permanecer en España y de exclusión de los considerados “peligrosos” o insumisos. Así, la fundamentación última de la expulsión se puede reconducir a objetivos defensistas de control selectivo de la inmigración.

5. Naturaleza jurídica de la expulsión: la expulsión como una pena sin garantías

En este apartado me referiré a la ambigua naturaleza jurídica de la expulsión del extranjero prevista en el art. 89 del Código Penal, para posteriormente hacer unas consideraciones referidas a la medida de expulsión en todas sus distintas modalidades.

Lo primero que podemos decir, es que la doctrina está dividida en cuanto a la naturaleza jurídica de esta expulsión sustitutiva prevista en el Código Penal. La ambivalencia afflictiva de la expulsión, sus funciones ajenas a las tradicionales funciones de la pena reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico y las sucesivas modificaciones legales prescindiendo de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales al respecto han sumido a la doctrina en una notable perplejidad respecto al instituto de la expulsión.

Si partimos de las propias definiciones del Código Penal para indagar en la naturaleza jurídica de la expulsión, en primer lugar observamos que la expulsión no está incluida en el catálogo de las penas del art. 33 del Código Penal.

Además, el Tribunal Constitucional, en la STC 242/1994, de 20 de julio, negó el carácter de pena a la expulsión en los siguientes términos:

“La expulsión no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en que legalmente¹⁶⁰ reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar. Por ello, es alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la expulsión en sí misma no satisface la responsabilidad penal o civil derivada del delito, siendo de alguna manera una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello” (STC 242/1994).

¹⁶⁰ Recordemos que en la regulación de la expulsión del art. 21.2 de la Ley de Extranjería de 1985, precedente del art. 89 CP, la expulsión podía aplicarse a los condenados extranjeros tanto irregulares como con residencia legal en España.

Pese a negar el carácter de pena de la expulsión, el Tribunal Constitucional reconoce que si no es aceptada por el extranjero, constituye una medida restrictiva que afecta a derechos, valores y bienes con relevancia constitucional (derecho de residencia, arraigo del extranjero en España, unificación familiar).

En base a la lectura del art. 33 CP, junto a consideraciones expuestas del Tribunal Constitucional, la mayor parte de la doctrina niega el carácter de pena de la expulsión.

Si nos guiamos por la ubicación sistemática de la expulsión en el Código Penal para desentrañar su naturaleza jurídica, observamos que la misma se contempla en el Capítulo III del Título III, que lleva por título “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”. En concreto, el art. 89 se encuentra ubicado en la Sección 2ª titulada “De la sustitución de las penas privativas de libertad”.

No obstante, como hemos indicado, dicha expulsión no está prevista como pena en el art. 33 que enumera “las penas y sus clases”, como sí ocurre con el resto de las posibilidades de sustitución de las penas privativas de libertad (arresto de fin de semana, multa, trabajos en beneficio de la comunidad). Tampoco encontramos mencionada la expulsión en el artículo 34 del CP, que establece la enumeración de lo que no se reputará pena.

Además, existen diferencias obvias entre la expulsión y el resto “de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”. Por un lado, la expulsión no está orientada a la prevención de delitos, como se manifiesta por la inexistencia de referencias o criterios para su aplicación que tomen en consideración fines preventivo generales o preventivo especiales. En su regulación no se exige que se valoren las “circunstancias del penado”, lo que muestra que la expulsión no se aplica en función de criterios de rehabilitación y reinserción social. Tampoco en función de criterios de prevención general, ya que se pueden sustituir penas de considerable gravedad (MAQUEDA, 2001:510). Por otro lado, puede ocurrir que la medida de expulsión sea más gravosa para la persona afectada que la pena privativa de libertad a que ha sido condenada, lo que no ocurre con el resto de sustitutivos penales. No es casual que el precepto no exija la conformidad del penado para la aplicación de tal medida.

Esto nos lleva a negar que la expulsión prevista en el art. 89 CP forme parte de las llamadas “medidas alternativas” a la privación de libertad. Las “medidas alternativas” surgen tanto en Europa como en Estados Unidos a partir de los años 60 para paliar los efectos desocializadores de la cárcel, una vez reconocido su fracaso en la

“empresa resocializadora”. En España este tipo de medidas se incorporan limitadamente en el Código Penal de 1995, para sustituir a las penas cortas de prisión, al haber reconocido la doctrina casi unánimemente sus efectos criminógenos, y con el fin de evitar la desocialización del condenado -objetivo que forma parte de la orientación constitucional de las penas a la reinserción- (LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARÁN, 1996:70). Pero no son estas buenas intenciones las que guían la introducción del art. 89 CP. El mismo Auto del TC mencionado reconoce que la medida de expulsión “no persigue, a diferencia de otros substitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero no residente en España” (Auto 106/97). Además, como señalan MAPELLI y TERRADILLOS, sería un sinsentido considerar la expulsión como un beneficio cuando sólo se aplica precisamente a los “extranjeros ilegales” (1996:198-110).

ROMA VALDÉS señala que la estructura de la expulsión substitutiva es muy próxima a la de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80) y, en cambio, no presenta analogías con la sustitución de penas regulada en el art. 88 CP. Por ello critica la ubicación sistemática del mencionado art. 89 ya que en realidad, dice, no se sustituye una pena por otra, sino que se condiciona su efectiva aplicación (1998:849-868).

Sin embargo, creo que considerar la expulsión del art. 89 CP simplemente como una suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad similar a la prevista en el art. 80 CP lleva a ignorar que a la persona se le está imponiendo un “mal”, como sin duda es la expulsión del territorio nacional, que puede ser más gravoso que la misma pena “suspendida”.

También habla de suspensión la Fiscalía General del Estado en su circular 3/2001, sobre la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, donde se señala que “la expulsión no sustituye la condena, la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de la política de extranjería forzando la salida de quienes no se hallan debidamente autorizados para residir en España”. Lo que no explica la fiscalía es la razón por la cuál la Ley confiere preponderancia a los fines relacionados con la política de extranjería sobre los fines de la pena. Esto sólo se puede entender con la lógica de la exclusión.

En este sentido CANCIO MELIÁ niega que la expulsión sea un substitutivo penal, una alternativa a la pena privativa de libertad, por cuanto se aplica de forma automática y generalizada, sin atender a las circunstancias individuales, al principio de proporcionalidad y al principio de reinserción o a las necesidades preventivo-especiales.

Según este autor, la expulsión tampoco es una pena, porque no presenta en todos los casos la característica de ser un “mal”. Y materialmente tampoco es una medida de seguridad, porque no se realiza un pronóstico de reincidencia del sujeto. Ni es una medida de policía en materia de inmigración. Para él, se trata de “una causa de levantamiento de la pena cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas”¹⁶¹, que sólo puede entenderse bajo el parámetro del “derecho penal del enemigo”. Y este diagnóstico de la expulsión, que la sitúa en un terreno ilegítimo desde el punto de vista jurídico-penal, le lleva a proponer su eliminación como medida penal, o como mínimo su limitación a supuestos concretos en que la expulsión sea conveniente para la resocialización del afectado –exigiendo además su consentimiento- y en sustitución de penas de poca relevancia –tal vez con un máximo de dos años de prisión-¹⁶² (2005).

Para RODRÍGUEZ CANDELA la expulsión no tiene naturaleza de pena, porque no está incluida entre las clases de penas que enumera el CP. Según este autor, y siguiendo la doctrina del TC, el art. 89 no sustituye una pena por otra, sino por una medida administrativa restrictiva de los derechos de los extranjeros, vinculada a la política de extranjería (1998:60).

ASÚA sostiene que la expulsión prevista en el art. 89 CP tiene una naturaleza híbrida: constituye una sanción administrativa transmutada en sustitutivo penal. Ello lo argumenta en la identidad de fundamento de esta expulsión sustitutiva y de la sanción administrativa de expulsión prevista en la Ley de Extranjería. Según esta autora, “el legislador pretendió compatibilizar la efectividad de la expulsión administrativa con la exigencia de responsabilidad penal”, aunque se observa claramente el afán por dotar de primacía a la política de extranjería sobre la política criminal (2002:67).

En una línea similar, NAVARRO CARDOSO sostiene que la expulsión del art. 89 CP no es ni una pena, ni una medida de seguridad, ni un sustitutivo penal. Por el contrario,

“no es más que una sanción administrativa, revestida de la formalidad de una consecuencia jurídica del delito en tanto la impone un juez penal en una sentencia condenatoria” (NAVARRO CARDOSO, 2004).

¹⁶¹ Y recurriendo al símil de Hegel señala CANCIO (2005): “la exclusión llega hasta el punto de negar al grupo en cuestión su “derecho” a sufrir la sanción (pena formal, la que corresponde a extranjeros con residencia legal y a los ciudadanos españoles)”.

¹⁶² Una propuesta colectiva de reducción de las posibilidades de expulsión la encontramos en el ya citado documento del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, que propone reducir la posibilidad de sustitución total prevista en el art. 89 del Código Penal a condenas de un máximo de 3 años, y rechaza la posibilidad de sustitución parcial que establece ese mismo artículo (1998:50-52).

Por su parte, MANZANARES SAMANIEGO señala que se trata de la sustitución de una pena por una medida de seguridad, debido a que el Código Penal incluye la expulsión en el listado de medidas de seguridad del art. 96.3 (1997:1288). No obstante, y como han sostenido otros autores, el único elemento en común de la expulsión sustitutiva y las medidas de seguridad consiste en estar enumeradas en un mismo artículo del Código Penal.

En efecto, también ha sido debatida la naturaleza jurídica de la expulsión prevista en el art. 108 del Código Penal, que se encuentra regulada entre las medidas de seguridad e igualmente prevista en el listado de las mismas que hace el art. 96 CP. Por tanto, según el Código Penal, la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad impuesta a un extranjero no residente legalmente sería, a su vez, una medida de seguridad.

Pero más allá de la definición legal, este tipo de expulsión sustitutiva tiene muy poco que ver con el fundamento y las características de las medidas de seguridad. ASÚA señala que difícilmente puede afirmarse que la expulsión reúna las características de una medida de seguridad, debido a la ausencia de supervisión, la imposibilidad de modificar la duración en función de la evolución del condenado, la indiferencia respecto a la relación entre la peligrosidad y el contenido de la medida de expulsión. Ello ha llevado a esta autora a sostener que se trata de un evidente “fraude de etiquetas” y que en realidad estamos en presencia de una sanción y no de una medida de seguridad sustitutiva (2002:92-95).

Por su parte RODRIGUEZ CANDELA se refiere a la finalidad de este tipo de expulsión y a la propia de las medidas de seguridad, mostrando su absoluta contradicción. Según este autor,

“calificar la expulsión como medida de seguridad en estos supuestos no es más que una hipocresía del legislador, ya que difícilmente va a tener la expulsión la finalidad última de las medidas de seguridad, cual es el tratamiento del ‘enfermo’ con la finalidad de prevenir su peligrosidad criminal”(1998:69).

Por el contrario, señala este autor que la única finalidad de la expulsión sustitutiva es la preventivo-especial de inocuización, aunque obviamente limitada tan sólo al territorio del Estado español (y como mucho a Europa), sin preocuparse el legislador español por la suerte de la persona expulsada, ni por los daños que pueda

producir una vez expulsado, ya que lo más probable es que no reciba ninguna medida para tratar su peligrosidad criminal en el país donde sea expulsado.

Más allá de la discusión acerca del art. 108 y centrándome sobre todo en las expulsiones que más habitualmente llenan los vuelos charter del Ministerio del Interior, me parece que desde una perspectiva garantista se debería reconducir la expulsión al ámbito de las sanciones penales. Creo que la expulsión del extranjero debe ser considerada una pena, aunque el Código Penal no la incluya en el catálogo de las penas. No cabe duda que la expulsión es un “mal”, en ocasiones peor, para el extranjero extracomunitario, que el cumplimiento de una pena privativa de libertad. Y la consideración de “pena” de la expulsión es extensible también a la expulsión prevista como sanción administrativa en la Ley de Extranjería, debido a que su contenido es idéntico, las personas a las que se aplica son las mismas y la finalidad que persigue la expulsión también coincide.

ASÚA señala que esta identidad no impide, en principio, que su naturaleza jurídica sea distinta en función de la ubicación normativa –derecho penal o derecho administrativo-, y pone el ejemplo de la multa, que puede constituir tanto una sanción penal como una sanción administrativa (2002:92-95). Sin embargo, creo que existe una diferencia básica entre la multa y la expulsión, y es que la multa no afecta los derechos fundamentales y el mismo proyecto vital de la persona, como sí ocurre con la expulsión.

La expulsión del territorio nacional es una sanción de extrema gravedad, ya que, en el peor de los casos, la persona afectada puede estar amenazada de muerte en su país de origen y, en el mejor de los casos, ha invertido todos sus recursos en la aventura de emigrar. Ante la gravedad de este tipo de sanción, resulta alarmante que en un Estado de Derecho la misma se pueda adoptar sin la más mínima intervención judicial, como sucede en los casos que está configurada como simple sanción administrativa.

Creo que negar el carácter de pena de la expulsión en base a la mera calificación legal o ubicación normativa significa posibilitar el fraude a todas las garantías penales y procesales-penales procedentes de la tradición ilustrada y que constituyen su más preciada herencia. La Constitución española acoge todas estas garantías y no puede permitirse que se eludan por adoptar un concepto nominalista o formal de pena. Por el contrario, considero que la “pena” debe definirse desde un punto de vista sustancial o material. En este sentido, siguiendo a BARATTA, podría calificarse como “pena” toda sanción negativa (todo “mal”) infligida por el Estado que lesione intereses dignos de tutela y con una intencionalidad declarada, como puede ser la desaprobación de una

conducta (1986:77-78)¹⁶³. Y lo intereses dignos de tutela lo constituyen, primeramente, los derechos fundamentales de los individuos y sus proyectos vitales.

CID MOLINÉ también advierte la necesidad de disponer de un concepto de sanción penal material, calificando como tal a las sanciones que “privan de la libertad ambulatoria o de otros bienes que limitan en mayor o semejante medida la libertad de actuación”. El autor se refiere expresamente a las sanciones administrativas de expulsión previstas en la Ley de Extranjería, remarcando la gravedad de las mismas y la necesidad que su imposición se rodee de mayores garantías, pero sin pronunciarse sobre si entrarían en su concepto de sanción penal material (1996:131-172).

Personalmente creo que la expulsión de una persona del país en el que vive constituye claramente un “mal”, por lo que debería ser objeto de un juicio. Es una pena demasiado grave para que sea aplicada por la administración.

Por lo tanto, entiendo que constituye una sanción penal, una “pena”, tanto la expulsión prevista en el art. 89 CP como las posibilidades de expulsión que se establecen en la Ley de Extranjería. La consideración de la expulsión como sanción administrativa y su atribución a la autoridad gubernativa sin ningún tipo de control jurisdiccional constituye un fraude a las garantías que establece la Constitución para las penas.

Es al legislador a quien corresponde decidir qué sanciones confía al derecho administrativo y cuáles han de reservarse al derecho penal como penas que exigen un procedimiento jurisdiccional. Sin embargo, esa decisión no puede ser arbitraria sino que debe estar guiada por el criterio de la gravedad de la sanción, y se deben reservar al derecho penal aquellas sanciones que afectan en mayor medida a los ciudadanos (MIR PUIG, 1996:6).

Pues bien, en el caso de la expulsión considero que se trata de una sanción de una especial gravedad, que afecta de forma muy importante a las personas a las que se les impone, por lo que su aplicación debería estar reservada a los tribunales y mediante un procedimiento con todas las garantías. El hecho que el art. 89 CP haya previsto la sustitución de penas de prisión hasta seis años por la expulsión creo que vendría a confirmar la gravedad de la sanción de expulsión del territorio nacional.

Pese a que pocos penalistas se han detenido a examinar la institución de la expulsión administrativa prevista en la Ley de Extranjería, limitándose en su mayoría al

¹⁶³ BARATTA señala las dificultades de definir el concepto de pena debido a la frecuente contaminación entre puntos de vista descriptivos y puntos de vista normativos (1986:77-78).

análisis de los supuestos penales de expulsión (incluyendo aquí tanto los previstos en el Código Penal, como los que tienen trascendencia penal pero están regulados en la Ley de Extranjería –art. 57.2 y 57.7-), muchos de ellos se sienten de algún modo “increpados” por dichas expulsiones administrativas carentes de garantías y se preocupan por indicar que este tema sería objeto de otro análisis.

Por otro lado, pese a que no se hace una reflexión acerca de los difusos límites entre el poder punitivo administrativo y penal, el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL en su “Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de la extranjería” no sólo se manifiesta favorable a la reducción de la expulsión penal, sino también de los supuestos de expulsión administrativa, elaborando una detallada propuesta de supresión de la mayoría de casos en los que puede ser aplicada una expulsión. En concreto, proponen limitar la posibilidad de expulsión administrativa a los casos en que el extranjero se encuentre ilegalmente en territorio español (por no haber obtenido la prórroga de estancia o el permiso de residencia cuando sea exigible) y eliminar el resto de causas de expulsión existentes, como el tener antecedentes penales o estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad del Estado, a menos “que se configuren como una conducta delictiva, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el código penal” (1998:41-43). Este Grupo de Estudios se pronuncia en los siguientes términos:

“Ante todo pensamos que, más allá de las infracciones graves relativas al régimen de obtención del permiso de residencia, sólo conductas constitutivas de delito deben dar pie a la expulsión, y ello en las condiciones establecidas en la legislación penal” (1998:42).

Según esta propuesta, entonces, se deberían eliminar todos los supuestos de expulsión administrativa de extranjeros que residan legalmente en España, y sólo las conductas delictivas pueden dar pie a la expulsión, “en las condiciones establecidas en la legislación penal”. Como hemos visto, la legislación penal sólo prevé la expulsión sustitutiva en caso de extranjeros no residentes (y en la propuesta de este mismo Grupo de Estudios sólo sería aceptable la expulsión de residentes con su consentimiento).

Por tanto, si el legislador hubiese tenido en cuenta el documento comentado en sus sucesivas modificaciones de la Ley de Extranjería y del Código Penal, sólo los extranjeros que carecieran de residencia legal en España serían susceptibles de expulsión, tanto en la vía penal como en la administrativa. Pero no ha sido éste el sentido de ninguna de las reformas legislativas. Por el contrario, la única modificación

legal encaminada a reducir el alcance de la expulsión consistió paradójicamente en eliminar la posibilidad de expulsión administrativa de los extranjeros irregulares, aunque esta normativa aprobada por L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tuvo una vigencia inferior a un año.

Por lo demás, todos los argumentos de la doctrina penal que someten a crítica las diversas posibilidades de expulsión penal por la infracción de principios, garantías y derechos de los extranjeros imputados o condenados, no hacen más que reforzar mi convencimiento de que la expulsión del territorio nacional es una medida punitiva de extrema gravedad, por lo que sólo debería poder aplicarla la autoridad judicial y mediante el procedimiento penal con todas las garantías que establece la Constitución.

En torno a la cuestión de la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros se produjo un interesante debate en Argentina. A fines del siglo XIX y principios del XX la amenaza del movimiento anarquista liderado por elementos italianos y alemanes inquietaba a las autoridades argentinas. Para combatir dicha amenaza, la Ley 4144, de 23 de noviembre de 1902, conocida como “ley de residencia”, permitía al Poder Ejecutivo expulsar a todo extranjero que hubiera sido condenado o fuese perseguido por tribunales extranjeros por delitos comunes, así como al extranjero cuya conducta comprometiera la seguridad nacional o perturbase el orden público (BERGALLI, 1996a:197-223).

La constitucionalidad de esta ley fue debatida por penalistas argentinos como Soler y Núñez. Incluso la inconstitucionalidad de la ley fue sostenida en el seno de la Corte Suprema por los magistrados Guido Lavalle, Sagarna y Ramos Mejía, sosteniendo que la expulsión es una pena criminal cuya aplicación se ha atribuido indebidamente a las autoridades ejecutivas, vulnerando los artículos 94 y 95 de la Constitución de 1853, que prohíben al Poder Ejecutivo arrogarse funciones judiciales, pero finalmente la mayoría de los jueces de la Corte sostuvo que la ley no era inconstitucional.

No obstante este pronunciamiento, Núñez siguió sosteniendo que

“la expulsión es la retribución a los actos que han colocado al extranjero en la situación de ser expulsado, debido a lo cual no puede quedar duda acerca de su carácter penal, aunque ella tenga también una finalidad preventiva para el futuro” (citado por JIMENEZ DE ASUA, 1950:1081).

En conclusión, considero que si se quiere recurrir a una sanción de la gravedad de la expulsión, ello debe hacerse con todas las garantías; esto es, debe ser atribuida la competencia a la jurisdicción penal, realizarse un juicio previo e imputarse a la persona

la comisión de un acto delictivo. El problema que se planteará entonces será el de la posibilidad de tipificar como delito la inmigración irregular, para lo cual sería necesario individualizar un bien jurídico digno de tutela que resulte lesionado con tal conducta, cuestión que no me parece posible. Todo ello constituyen límites impuestos al Estado para ejercer su poder punitivo y que, a su vez, constituyen garantías para el ciudadano. Estos límites y garantías no pueden ser pasados por alto para hacer frente a la “emergencia” de la inmigración.

CAPÍTULO 12: EL CONTROL REPRESIVO DE LA INMIGRACIÓN II: LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO PARA EXTRANJEROS

El artículo 17.1 de la Constitución proclama el derecho fundamental de toda persona –también de los extranjeros- a la libertad, estableciendo que “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”. A continuación el apartado segundo del mismo artículo señala que

“La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

En este capítulo nos ocuparemos de las distintas posibilidades de privación de libertad que prevé la Ley de Extranjería como instrumento para asegurar la ejecución de los distintos tipos de “repatriación” de extranjeros que hemos examinado en el capítulo anterior, esto es, denegación de entrada y retorno, devolución y expulsión. Dichas previsiones las confrontaremos con el precepto constitucional transcrito, a fin de reflexionar acerca de su adecuación con la garantía constitucional de la libertad personal.

La Ley de Extranjería prevé dos tipos de privaciones de libertad: la detención policial y el internamiento bajo autorización judicial. En todos los casos hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la Constitución, la detención policial en ningún caso puede superar las 72 horas, y que pasado dicho período el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Las distintas previsiones para privar de libertad a los extranjeros se encuentran dispersas a lo largo del articulado de la Ley de Extranjería. Ello ha sido criticado por SOLA RECHE, con el argumento que al constituir limitaciones a un derecho fundamental –y estar reguladas en una “Ley sobre derechos y libertades”-, deberían haberse recogido de forma muy clara y taxativa (2002:350).

En ambos casos –detención policial e internamiento- estamos ante privaciones de libertad que no son aplicables a los nacionales, sino que son específicas para los extranjeros y están motivadas en incumplimientos o infracciones de la normativa de extranjería. El hecho que la “Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, permita privaciones de libertad a los extranjeros que no

son aplicables en el caso de los nacionales, con el fin de luchar contra la inmigración ilegal, lleva a que algunos autores consideren que más que una Ley de derechos y libertades se trata de una Ley de limitación de derechos y libertades de los extranjeros (ATIENZA, 1993:226; SOLA RECHE, 2002:345-374).

La detención preventiva o internamiento de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión también está prevista en el art. 5.1 f) del Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Sin embargo, como se sabe, las previsiones de este Convenio constituyen un mínimo común denominador que deben respetar los Estados firmantes, pudiendo los mismos en sus legislaciones internas, sobremanera en la Constitución, establecer estándares mayores de respeto de los derechos humanos. De modo que dicha previsión no puede ser esgrimida como argumento “a priori” para defender la legitimidad de estas privaciones de libertad, sino que es necesario en todo caso remitirse a la Constitución española (RIVERA, 1997:53-55).

La posibilidad que prevé el artículo 62 de la Ley de Extranjería de privar de libertad a los extranjeros que tengan en curso un expediente de expulsión en los llamados centros de internamiento -que han sido acertadamente calificados de “cárceles administrativas” (LONGOBARDO, 1999:217)- centrará de forma especial nuestra atención. Esta medida, eminentemente administrativa, incide sobre un derecho fundamental y un principio básico del Estado de Derecho como es la libertad personal. Por ello no debe sorprender que haya sido objeto de polémica a nivel doctrinal y jurisprudencial y que, a pesar de la Sentencia del Tribunal Constitucional que admite su constitucionalidad, su legitimidad siga siendo muy cuestionable.

Así, estamos de acuerdo con SILVEIRA cuando afirma que

“Los centros de internamiento constituyen una de las expresiones más diáfanas de una cultura autoritaria que, por un lado, configura la inmigración clandestina como un ‘cuasi-delito’ al cual se responde con una detención especial y, por otro, no duda en utilizar el internamiento como instrumento de control” (2003:555).

1. La privación de libertad como instrumento de control migratorio: detención policial e internamiento

La Ley de Extranjería prevé una serie de situaciones en que la policía puede detener –siempre dentro del límite máximo de 72 horas- a los extranjeros que pretendan entrar o permanecer de forma irregular en territorio español, incumplan alguna obligación legal o sean responsables de alguna infracción a la Ley de Extranjería. Además, la Ley también establece en determinados supuestos que la autoridad judicial pueda autorizar el internamiento de los extranjeros, cuando no sea posible su retorno, su devolución o su expulsión en el plazo máximo de 72 horas de detención policial.

1.1. Detención policial e internamiento en caso de denegación de entrada

Como se ha visto en el capítulo anterior, si la autoridad gubernativa considera que un extranjero no cumple los requisitos para entrar en territorio español, le denegará la entrada (art. 26.2 Ley de Extranjería). Cuando ello sucede en una frontera terrestre, como es el caso de Ceuta o Melilla, el procedimiento termina con la resolución denegatoria -que debe ser motivada y con indicación de los recursos que puedan interponerse-; pero en caso que la entrada en territorio español se haya intentado hacer por vía aérea, la autoridad gubernativa no puede limitarse a emitir una resolución denegatoria, sino que debe ocuparse del retorno del extranjero y de su permanencia hasta el momento del retorno. Esto es lo que prevé el art. 60.1 de la Ley de Extranjería, según el cuál

“Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno”.

Es criticable que el precepto no autorice explícitamente la privación de libertad que supone la detención policial cautelar del extranjero hasta el límite de las 72 horas, y sólo se refiera a la misma en el apartado 4º al señalar que “La detención de un extranjero a efectos de retorno será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Embajada o consulado de su país”. Como se ha dicho al inicio de este capítulo, el art. 17 de la CE sólo permite la privación de libertad de una persona en los casos previstos

en la Ley, de modo que exigiría una previsión legal expresa, y no implícita como es el caso presente.

Según este artículo de la Ley de Extranjería, desarrollado por el nuevo Reglamento en su art. 13.2, el extranjero al que le sea denegada la entrada deberá permanecer en las instalaciones destinadas al efecto del puesto fronterizo hasta que sea retornado al lugar de procedencia o continúe viaje hacia otro país donde sea admitido. En caso que en el plazo máximo de 72 horas de detención policial no se pueda hacer efectivo el retorno, la policía deberá poner al detenido a disposición judicial, para que el Juez de Instrucción determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero. Por consiguiente, no cabe duda acerca de que la privación de libertad a efectos de retorno de un extranjero está sometida al régimen de garantías previsto en la Constitución, según el cuál antes del transcurso de 72 horas de detención policial, el detenido debe ser puesto a disposición judicial.

La garantía judicial de la privación de libertad de los extranjeros objeto de retorno constituye una novedad introducida por la L.O. 4/2000, que se ha mantenido tras su reforma por L.O. 8/2000. La previsión del apartado primero de este art. 60 se refuerza en el apartado tercero, el cuál señala que

“El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados”.

Con anterioridad, en caso de detenciones en zonas portuarias o aeroportuarias no se hablaba de detención sino de “retención cautelar”. Y el Ministerio del Interior había sostenido que las zonas internacionales de puertos y aeropuertos eran “zonas neutras”, en las cuales no se aplicaba la legislación española y tampoco, por tanto, la garantía constitucional del límite de 72 horas para la detención policial. Este argumento también había sido acogido por la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 1996.

La pretendida ausencia de garantías a la “retención” en las zonas internacionales de los aeropuertos fue criticada por SAEZ VALCARCEL, quien sostuvo que a dicha privación de libertad se le deben aplicar todas las garantías constitucionales, porque no puede concebirse legítimamente un espacio policial de limitación de derechos al margen de la jurisdicción (1993:18-20).

Finalmente, como señalan HEREDIA y FÁBREGA, el Tribunal Constitucional se encargó de aclarar que este argumento no era aceptable (1997:59) y el criterio del

respeto de las garantías constitucionales también en estas “zonas internacionales” se ha impuesto en la L.O. 4/2000.

A pesar de la introducción expresa de la garantía judicial en la Ley de Extranjería vigente, el control del Juez sobre este tipo de internamiento es muy limitado, debido a que no puede decidir más que el internamiento del extranjero porque en realidad no existe la alternativa de dejarlo en libertad, a menos que el Juez de Instrucción revise la decisión administrativa de denegación de entrada en el país, revisión que en principio estaría reservada al Juez contencioso-administrativo. Parece como si se partiese de la previa decisión administrativa de denegación de entrada y fuera obligado para el Juez decretar el internamiento. La propia dicción del artículo no ofrece muchas alternativas al Juez, cuya intervención se limita a determinar “el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno” (DEL RÍO, 2000:70; ROIG, 2000:188-191).

Respecto de los lugares de internamiento, la Ley provoca cierta confusión. El apartado segundo del art. 60 señala que

“Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio”.

Este art. 60 habla de “lugares de internamiento”, sin identificarlos con los “centros de internamiento” que prevé el art. 62 de la Ley. El hecho que se regule el internamiento en dos preceptos distintos suscita dudas acerca de si la Ley de Extranjería ha previsto dos tipos de internamiento “a disposición judicial”, con distinto control y garantías: el internamiento del extranjero a quien se esté tramitando un expediente de expulsión, que se realiza en los “centros de internamiento”, y el internamiento del extranjero objeto de retorno, que se realiza en “lugares de internamiento” (DEL RÍO, 2000:70). La Ley no dice cuales son estos lugares de internamiento, pero en principio serán las instalaciones aeroportuarias previstas al efecto –las salas de rechazados de los aeropuertos-.

Cuando el extranjero es puesto a disposición judicial, el Juez de Instrucción puede autorizar la permanencia de la persona en las instalaciones aeroportuarias. De hecho, salvo el caso de Barcelona en que los Jueces con frecuencia envían al extranjero al Centro de Internamiento, con carácter general los Jueces de Instrucción autorizan la permanencia de los extranjeros en las dependencias de los aeropuertos donde se les ha denegado la entrada (Informe del Defensor del Pueblo, 2000:61-63).

En cuanto a las condiciones materiales de las instalaciones de los aeropuertos para la detención de extranjeros rechazados en frontera o solicitantes de asilo, el Defensor del Pueblo, en su Informe del año 2000, ha considerado correctas, en términos generales, tanto las salas de rechazados como de solicitantes de asilo de los aeropuertos de Madrid, Las Palmas y Lanzarote. También sería correcta la sala de solicitantes de asilo del aeropuerto de Barcelona; en cambio, la sala de rechazados de este aeropuerto es absolutamente inadecuada, no reúne las condiciones mínimas para la estancia de personas en la misma (Informe del Defensor del Pueblo, 2000:61-63).

1.2. Detención policial e internamiento en caso de devolución

También en el caso de devolución es posible la privación de libertad del extranjero en un centro de internamiento. El artículo 58.5 de la Ley de Extranjería dispone lo siguiente:

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

En primer lugar, señalar que de nuevo nos encontramos con una previsión implícita de la detención policial hasta el límite de las 72 horas, por lo que me remito a las críticas que he formulado en el apartado anterior.

Este precepto permite que la autoridad judicial autorice el ingreso en un centro de internamiento de los extranjeros que vayan a ser objeto de devolución tanto por contravenir la prohibición de entrada en España habiendo sido expulsados (supuesto de la letra *a*) del art. 58.2 Ley de Extranjería), como por pretender entrar ilegalmente en el país (supuesto de la letra *b*) del art. 58.2 Ley de Extranjería).

La redacción transcrita es fruto de la reforma de la Ley de Extranjería realizada por L.O. 14/2003, de 24 de noviembre, modificación obligada tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003, que anuló varios preceptos del Reglamento de Extranjería de 2001 por extralimitarse en el desarrollo de la Ley, introduciendo nuevas restricciones a los derechos fundamentales de los extranjeros no previstas en la Ley.

En efecto, la anterior redacción del art. 58.5 de la Ley de Extranjería sólo autorizaba el internamiento de extranjeros a efectos de devolución en los casos previstos en la letra *a*) del art. 58.2: para la devolución de los que habiendo sido expulsados

contravengan la prohibición de entrada en España¹⁶⁴. El precepto no permitía privar de libertad a los que “pretendan entrar ilegalmente en el país” (letra b del art. 58.2)¹⁶⁵.

No obstante, el Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 864/2001, en su artículo 127.2.c extendía la posibilidad de acordar el internamiento a ambos casos de devolución, incorporando una privación de libertad por vía reglamentaria, lo que infringe el principio de legalidad y es manifiestamente contrario a la Constitución. Así lo entendió el Tribunal Supremo, quien en su STS de 20/3/2003 declaró que

“Extender por vía reglamentaria una medida cautelar que afecta al Derecho a la libertad a supuestos no previstos legalmente resulta contrario al Ordenamiento Jurídico y por tanto el precepto impugnado debe ser anulado” (F.J. 14º).

Tras la anulación del precepto reglamentario el entonces Delegado del Gobierno para la Inmigración, señaló que la sentencia del Supremo no iba a modificar la política de internamientos y devoluciones del Gobierno, y que el Ejecutivo ajustaría la regulación a las “cuestiones puramente procedimentales” señaladas por el Tribunal (*El País*, 29/3/2003). Y en efecto, en noviembre de 2003 se lleva a cabo una reforma de la Ley de Extranjería (mediante L.O. 14/2003, de 20 de noviembre) que entre otros objetivos señalados en la exposición de motivos incluye el de “incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo”.

Las reformas introducidas relativas a la devolución extienden la posibilidad de internamiento también para el supuesto de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente, como se comprueba con la lectura del precepto vigente transcrito más arriba. En otras palabras, atribuyen rango legal a las previsiones del Reglamento que habían sido anuladas por el Tribunal Supremo por incluir limitaciones a los derechos de los extranjeros no autorizadas por la Ley.

¹⁶⁴ Así lo disponía el apartado 5 de este art. 58, ahora derogado: “en este supuesto, cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión”.

¹⁶⁵ ROIG propuso una interpretación muy razonable del precepto, entendiendo que el legislador había excluido del internamiento a los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, con la finalidad que la autoridad gubernativa proceda a su devolución en el plazo de 72 horas. En caso de no ser posible, se debía entender consumada la entrada ilegal y en todo caso tramitar un expediente de expulsión (2000:183).

1.3. Detención policial e internamiento en caso de expulsión

El art. 61 de la Ley de Extranjería establece un listado de las medidas cautelares que puede adoptar la autoridad gubernativa (en concreto, el instructor del expediente) desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión del extranjero, con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución de expulsión que pudiese recaer. Entre tales medidas cautelares, en las letras *d)* y *e)* se incluyen las siguientes:

- d) “Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un periodo máximo de setenta y dos horas, previas a la solicitud de internamiento”.
- e) “Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento”

Por consiguiente, la Ley de Extranjería permite a la autoridad gubernativa detener cautelarmente a un extranjero, por un máximo de 72 horas, para asegurar la eficacia de una futura resolución de expulsión. Transcurridas las 72 horas, si la autoridad gubernativa quiere mantener la privación de libertad del extranjero, deberá solicitar al Juez de Instrucción que autorice su internamiento en un Centro de Internamiento.

También el art. 64.1 de la Ley de Extranjería prevé la detención policial y el internamiento del extranjero para ejecutar una orden de expulsión ya dictada, en caso que el extranjero incumpla la obligación de abandonar el territorio español en el plazo fijado en la resolución de expulsión. Así, señala este precepto que

“[...]. En caso de incumplimiento se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores, que no podrá exceder de cuarenta días”.

La posibilidad que el Juez de Instrucción autorice el ingreso del extranjero sometido a procedimiento de expulsión en un Centro de Internamiento está prevista en el art. 62, al que a continuación nos referiremos extensamente. El internamiento en tales centros exige siempre autorización judicial, no puede superar los 40 días y se caracteriza por ser una medida excepcional.

2. Regulación legal del internamiento en los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE)

2.1. Antecedentes

Los centros de internamiento para extranjeros se crean en España tras la entrada en vigor de la Ley de Extranjería de 1985, que estableció la posibilidad de privar de libertad a los extranjeros durante la tramitación de un expediente de expulsión.

Sin embargo, con anterioridad a la L.O. 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros, la práctica de detener a extranjeros sometidos a expediente de expulsión ya existía, aunque la detención no se realizaba en centros específicos, sino en prisión. El “sustento” legal de dicha práctica lo encontrábamos en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, sobre régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, cuyo art. 30.1 permitía al propio órgano administrativo que dictase la resolución de expulsión –el Director General de Seguridad y los Gobernadores Civiles y Delegados del Gobierno- “...ordenar la detención e ingreso en prisión a su disposición... de los extranjeros que hayan de ser expulsados, medida que subsistirá durante el tiempo indispensable para poder evacuar los trámites inherentes a la situación” (BELLOCH, 1987:25; THOMAS ANDREU, 1994:78).

Esta normativa, en palabras de THOMAS ANDREU, creaba una situación

“propiciatoria de verdaderas penas de prisión sin juicio, sin intervención judicial, sin delito previo –más que el ‘delito’ de ser extranjero-, y sin duración predefinida pues el ingreso en prisión lo era durante el tiempo necesario [...] para poder llevar a cabo la expulsión” (1994:79).

Tras la promulgación de la Constitución española de 1978, un importante sector doctrinal señaló que había que considerar derogado el citado precepto 30.1 del Decreto de 1974 porque violaba la Constitución, tanto el principio de legalidad, como la necesidad de intervención judicial, como la prohibición constitucional de que la administración imponga sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. En el mismo sentido lo entendieron algunos jueces, quienes apreciaron de oficio la derogación e inaplicaron la referida norma. En cambio, la Fiscalía General del Estado, en consulta núm. 1/1979 de 12 de enero, sostuvo que estas normas “...habrían de mantener su plena vigencia, pues de otra forma se crearía un vacío legal, inadmisibles en un Estado de Derecho...” (BELLOCH, 1987:23-26).

Por lo tanto, la apreciación de inconstitucionalidad de la normativa en cuestión no fue unánime, de modo que dependía de cada caso concreto que se considerase derogada o no. Sin embargo, fue una práctica habitual la revocación por parte de los tribunales de las decisiones de la administración en esta materia (FERRER, 1989:51). Además, la propia Comisaría General de Extranjería y Documentación, en Escrito-Circular de 27 de septiembre de 1982, estableció las siguientes instrucciones con el fin de limitar las detenciones de extranjeros previstas en el Decreto de 1974: “...durante el trámite de expulsión no se ingresará en prisión a aquellos extranjeros que, careciendo de antecedentes desfavorables, tengan domicilio conocido, presenten poca o nula peligrosidad y los motivos de la propuesta sean por infracción de la normativa de extranjería... pudiéndose, si se estima oportuno, someter a los extranjeros a presentaciones en las dependencias policiales...” (BELLOCH, 1987:26).

Esta situación de relativa incertidumbre acerca de la posibilidad de detener y encarcelar a los extranjeros que tuviesen en trámite un expediente de expulsión se extendió hasta la aprobación de la L.O. 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, cuyo art. 26.2 estableció la posibilidad de privar de libertad a los extranjeros a quienes se tramitase expediente de expulsión, aunque ya no en cárceles, sino en unos centros de internamiento que debían ser habilitados a tal efecto.

Entre las causas de expulsión que permitían el internamiento, la Ley de Extranjería de 1985 incluyó la simple estancia irregular. De manera que dicha normativa de la L.O. 7/1985, denominada “de derechos y libertades de los extranjeros en España”, vino a ser más gravosa que la práctica que se seguía con anterioridad a su aprobación ya que, como hemos visto más arriba, en los casos de mera irregularidad la Comisaría General de Extranjería y Documentación en el mencionado Escrito-Circular de 1982 dispuso la no detención. La Fiscalía de Barcelona, tras la aprobación de la L.O. 7/1985, señaló la paradoja “de que por un mero incumplimiento administrativo (la falta de prórroga de estancia) que convierte en ilegal la permanencia del extranjero en España, éste puede verse sometido a una medida privativa de libertad que puede llegar hasta cuarenta días” (Memoria del Fiscal General del Estado, 1986, pág. 307 y ss., citado por BELLOCH, 1987:24).

BELLOCH consideró que más que una paradoja, esto parece, sencillamente, una barbaridad (1987:24).

Con la nueva Ley de Extranjería aprobada por L.O. 4/2000, se mantiene la potestad de privar de libertad a los extranjeros en los CIE durante la tramitación de un

expediente administrativo de expulsión, que quedó regulada en el art. 58. Posteriormente el régimen del internamiento ha sido objeto de sucesivas modificaciones: en primer lugar, con la L.O. 8/2000 se modifican las causas de internamiento y cambia la numeración del precepto legal, pasando a ser el actual artículo 62; en segundo lugar, la L.O. 11/2003 reforma el apartado primero de este artículo para dejar claro que el internamiento se puede solicitar por el instructor del procedimiento de expulsión una vez incoado el procedimiento, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión; además, se indica al Juez que en su resolución tenga en cuenta en especial si el extranjero carece de domicilio o tiene procesos penales o administrativos previos o pendientes; finalmente, también la reforma de la Ley de Extranjería realizada por L.O. 14/2003 incide en la regulación del internamiento, en este caso agregando cinco nuevos artículos (62 bis, 62 ter, 62 quáter, 62 quinquies y 62 sexies) para regular el estatuto jurídico de los extranjeros internados en los CIE y su régimen interno, después que la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 declarase ilegítima la regulación mediante Reglamento.

2.2. Regulación legal del internamiento

Como he indicado más arriba, la privación de libertad en un Centro de Internamiento para extranjeros está prevista en la Ley de Extranjería (art. 61 *e*) como una de las posibles medidas cautelares a adoptar mientras se tramita un expediente de expulsión, con el objetivo de asegurar la efectividad de la resolución que pudiera recaer. Pero el internamiento no es la única medida cautelar existente que tiene dicha finalidad¹⁶⁶ y, en cambio, es la que afecta en mayor medida los derechos fundamentales de los individuos. Por ello, esta medida cautelar de extrema gravedad debe ser interpretada de forma restrictiva, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, según el cuál la medida de internamiento tiene carácter excepcional (STC 115/1987).

Esta previsión del internamiento como medida cautelar se desarrolla en el art. 62 de la Ley de Extranjería, que en el primer párrafo de su apartado primero establece lo siguiente:

¹⁶⁶ El artículo 61 prevé las siguientes medidas cautelares: *a*) Presentación periódica ante las autoridades competentes; *b*) Residencia obligatoria en determinado lugar; *c*) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de resguardo acreditativo de tal medida; *d*) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un periodo máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento; *e*) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.

“Incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión”

Las causas de expulsión por las que puede decretarse el internamiento durante la tramitación del expediente comprenden a la mayoría de causas de expulsión vistas en el capítulo anterior, incluyendo la mera estancia irregular en territorio español. Por tanto, y al igual que sucedía con las propias infracciones susceptibles de expulsión, de nuevo nos encontramos con que se equipara el simple incumplimiento de la normativa referente a las autorizaciones de residencia (art. 53 *a*) con la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves o muy graves en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana (art. 53 *f* y 54.1 *a*) y con la promoción o el favorecimiento con ánimo de lucro de la inmigración clandestina (art. 54.1 *b*).

El hecho de permitir una privación de libertad por infracciones tan dispares en cuanto a su gravedad supone una vulneración del principio de proporcionalidad, principio que debe informar toda potestad sancionadora del Estado, tanto penal como administrativa. Por un mero incumplimiento administrativo (la falta de permiso de residencia), el extranjero puede verse sometido a una medida privativa de libertad que puede durar hasta cuarenta días, lo que parece desproporcionado.

Además, las actividades contrarias al orden público o las de promoción de la inmigración clandestina en muchas ocasiones serán constitutivas de delito, dado el solapamiento de estos preceptos de la Ley de Extranjería con los correspondientes del Código Penal. Y en efecto, la redacción de este art. 62.1 realizada por L.O. 11/2003 parece que pretende que los CIE sirvan especialmente para internar a los extranjeros irregulares junto a los imputados o condenados por un delito, si atendemos a los criterios que indica la Ley para que el juez tome en consideración. El párrafo 2º de este art. 62.1 señala lo siguiente:

“El juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes”.

Sin necesidad de indagar demasiado en las intenciones del legislador, parece que éste pretende que en especial a los centros de internamiento sean enviados los extranjeros condenados o imputados en un proceso penal -cuando en el marco de dicho proceso no se haya dictado prisión provisional- junto a los extranjeros indocumentados. Ello puede generar tensiones, ya que se hace convivir en un espacio reducido a personas con historias de vida muy diversas.

Pero además, es bastante paradójico que a un imputado en un proceso penal a quien no se le dicta prisión preventiva por considerar el juez que no existe riesgo de fuga, se le pueda privar cautelarmente de la libertad para garantizar una orden de expulsión administrativa.

En cuanto a la referencia a internar en especial a los que tengan una condena, resulta bastante sorprendente. Entre las causas de expulsión por las que se puede proceder al internamiento no se menciona el supuesto del art. 57.2 -tener antecedentes penales-, de manera que para proceder al internamiento es necesario que además concorra otra causa de expulsión, como estar en situación de residencia irregular. Pero si se trata de un extranjero irregular que fue condenado en España, el art. 89 CP ya establece los cauces para que sea expulsado, antes de cumplir la pena, al acceder al tercer grado o libertad condicional o al extinguir la condena. Parece un absoluto exceso punitivo que si el condenado no ha sido expulsado de acuerdo a las previsiones del CP, cuando salga en libertad tras cumplir la condena se lo prive de libertad de nuevo en un CIE a efectos de una expulsión administrativa.

Por lo demás, la pretensión de que se interne en los CIE en especial a los extranjeros con condenas previas o procesos penales pendientes y a los irregulares, no hace más que reforzar las identificaciones entre inmigración y criminalidad.

El apartado segundo de este mismo artículo 62 de la Ley de Extranjería se refiere a la duración temporal de la medida de internamiento, disponiendo lo siguiente:

“El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado”.

Por tanto, el período máximo de duración del internamiento lo tiene que fijar el Juez de Instrucción, previa audiencia del interesado y siempre en auto motivado, pudiendo fijar un período inferior a los 40 días.

Cumplidos los 40 días de internamiento, aunque no haya finalizado el expediente de expulsión, el extranjero tiene que ser puesto en libertad, sin que pueda acordarse nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente (art. 62.2). Esta última previsión pone fin a una práctica policial consistente en poner en libertad al extranjero una vez transcurridos los 40 días, para volverlo a detener y solicitar nuevo internamiento en los casos que no hubiese terminado la tramitación del expediente de expulsión. Ello constituía claramente un fraude de ley, y fue expresamente prohibido por la L.O. 4/2000, prohibición que se ha mantenido tras sus sucesivas reformas (JUANES, 2000:40).

2.3. Estatuto jurídico de los internados y régimen interno de los CIE

La regulación del estatuto jurídico de los extranjeros internados en los CIE, así como del régimen interno de dichos centros, la encontramos en los cinco artículos agregados por la L.O. 14/2003 a continuación del artículo 62 de la Ley de Extranjería. Estos preceptos han venido a atribuir rango legal a la normativa preexistente que fue declarada ilegal por el Tribunal Supremo. En efecto, con anterioridad a dicha reforma legal, la regulación del régimen de vida de los internados se encontraba en el anterior Reglamento de Extranjería de 2001 (arts. 127 a 132) y en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 anuló parte del art. 130 del Reglamento Penitenciario, dedicado a regular el régimen interno de los centros, por infringir la reserva de Ley que establece la Constitución (art. 53.1) para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, entre los que obviamente se encuentra el derecho a la libertad. El Tribunal Supremo señala en la sentencia que

“El artículo impugnado se refiere a cuestiones que atañen directamente al estatuto jurídico de los extranjeros que hayan sido ingresados en centros de internamiento al amparo de lo dispuesto en los artículos 60 y 62 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000 y por tanto dicho estatuto jurídico, en cuanto afecte y limite el ejercicio de diversos aspectos esenciales del derecho a la libertad de los extranjeros, más allá del derecho ambulatorio a que se refiere el artículo 60.2 de la Ley 8/2000, –tal es el caso de imponer una limitación cuantitativa mediante la expresión ‘periódicamente’ a la posibilidad de comunicación con familiares o representantes diplomáticos del país de origen, o el de establecer la posibilidad de imponer medidas correctivas a los ‘internos’ que no respetan las normas de convivencia sin especificar cuáles sean unas

y otras, ni estas vengán establecidas en la Ley-, ha de ser regulado por Ley debido a la exigencia constitucional” (F.J. 15º).

En consecuencia con este argumento, el Tribunal Supremo anuló por insuficiencia de rango legal los apartados del art. 130 del Reglamento que suponían una limitación adicional de los derechos de los extranjeros no prevista en la Ley de Extranjería, que sólo se refiere a la privación del “derecho ambulatorio”.

Tras la sentencia comentada, el Gobierno decidió incorporar la regulación de los centros de internamiento en la Ley de Extranjería, y lo hizo mediante la introducción de cinco nuevos artículos a continuación del art. 62 (los arts. 62 bis, ter, quáter, quinquies y sexies).

En primer lugar, estos nuevos preceptos regulan el estatuto jurídico de los extranjeros internados, mediante la enumeración de sus derechos (art. 62 bis) y de sus deberes (art. 62 ter).

Entre los derechos enumerados en el art. 62 bis encontramos los que la Constitución y los Tratados Internacionales reconocen a toda persona privada de libertad: derecho a ser informado de su situación (*a*); a comunicar su detención a una persona de confianza, a su abogado y a su oficina consular (*e*); derecho a la asistencia letrada y de intérprete si no habla castellano (*f* y *h*); derecho a la vida, integridad física y salud -incluida asistencia médica y sanitaria-, prohibición de tratos degradantes, derecho a la dignidad y a la intimidad –incluida la unidad e intimidad familiar, que incluye el derecho a tener en su compañía a sus hijos menores- (*b*, *d* y *i*); derecho a las comunicaciones con su abogado -sin restricciones horarias- y con familiares, funcionarios consulares u otras personas –en los horarios establecidos en el centro- (*f* y *g*).

Por su parte, el art. 62 ter incluye entre los deberes de los extranjeros internados la observancia de las normas del centro dirigidas a mantener el orden, la seguridad y la convivencia dentro del centro (prohibiendo toda agresión o amenaza a personas y la destrucción o daño a las cosas), así como la obligación de mantener una higiene individual y colectiva.

A continuación la Ley de Extranjería dispone que a su ingreso en el centro los internados recibirán información escrita sobre sus derechos y sobre el funcionamiento del centro. También reconoce el derecho de los extranjeros internados a formular peticiones, quejas y reclamaciones, que podrán ser presentadas al director del centro

(art. 62 quáter). En cambio, la Ley sigue sin establecer cauces de comunicación del internado con el juez que autorizó el internamiento, pese a reiterar que el extranjero está a disposición judicial.

El artículo 62 quinquies lleva por título “medidas de seguridad”, y tiene por objeto autorizar las limitaciones a los derechos fundamentales de los extranjeros que vengán exigidas para mantener la seguridad en el centro. En este sentido, prevé la realización periódica de inspecciones del centro y registros de la persona, ropas y enseres de los extranjeros internados. También autoriza la utilización de medios de contención física personal o de aislamiento en caso de actos violentos, intentos de fuga, daños en las instalaciones o resistencia ante la autoridad del centro. El uso de los medios de contención debe ser autorizado por el director del centro, salvo en casos de urgencia. En todo caso, éste deberá comunicar al juez que autorizó el internamiento del extranjero las medidas de contención física personal que se le hayan aplicado, y si se trata del aislamiento, el juez decidirá su mantenimiento o revocación.

Este artículo de la Ley Orgánica General Penitenciaria, perdón, quiero decir de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no hace más que poner de manifiesto la semejanza entre el encierro carcelario por la comisión de una infracción penal y este internamiento por motivos administrativos. Pese a que la Ley de Extranjería establece que los centros de internamiento no tendrán carácter penitenciario, su régimen de vida es muy similar, y en muchas ocasiones las condiciones de vida en estos Centros son más deplorables que en las cárceles.

En base al paralelismo entre la regulación del régimen interno de los centros – antes contenida en el Reglamento de Extranjería y en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros- y las normas que regulan el régimen de vida en los centros penitenciarios, DEL RÍO sostiene

“que la relación del extranjero sometido a la medida cautelar de internamiento en Centro *ad hoc*, participa de la naturaleza y características de toda relación de sujeción especial, por lo que le es de plena aplicación la doctrina constitucional sobre la llamada relación jurídica penitenciaria, con las salvedades y especialidades propias y lógicas” (2000:102).

Considero totalmente inadecuado catalogar de relación de sujeción especial al internamiento de extranjeros. La categoría de las relaciones de especial sujeción ha sido

muy criticada por la doctrina debido a que en virtud de tal categoría -catalogada por el propio Tribunal Constitucional como “en sí misma imprecisa”-, se ha limitado el alcance del principio de legalidad, se han justificado restricciones a los derechos fundamentales y se han debilitado las garantías judiciales (LASAGABASTER, 1994:25). En el ámbito del internamiento preventivo de extranjeros, al igual que en el ámbito penitenciario, deben regir todos los derechos y garantías constitucionales, sin que pueda justificarse su “devaluación” en base a la categoría de las relaciones de especial sujeción (RIVERA, 1997).

Finalmente el art. 62 sexies de la Ley de Extranjería se refiere de forma amplia a las tareas, competencias y potestades que corresponden al cargo de director de un centro de internamiento. Las cuestiones organizativas y de competencia se encuentran desarrolladas en el art. 154 del nuevo Reglamento de Extranjería, según el cuál la inspección, dirección, coordinación, gestión y control de los centros de internamiento para extranjeros corresponde al Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de Policía. En cada centro de internamiento habrá un director que es nombrado por el Director General de Policía, previo informe del Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma donde se encuentra el centro. El director del CIE dependerá funcionalmente de la Comisaría General de Extranjería y Documentación, que se encarga de coordinar los ingresos en los centros con el objetivo de optimizar su ocupación. En el caso de Barcelona existe además un Fiscal de Extranjería que tiene la función de controlar la legalidad del funcionamiento del Centro de Internamiento de la Verneda.

En la actualidad existen seis centros de internamiento en el Estado español¹⁶⁷: la Verneda (Barcelona), con una capacidad de 120 plazas; Moratalaz (Madrid), con idéntica capacidad; Antiguo Cuartel de los Capuchinos (Málaga), con capacidad para 80 personas; Barranco Seco (Las Palmas de Gran Canaria), con 92 plazas; Antiguo Cuartel de Zapadores (Valencia), con capacidad para 80 personas; y el Centro de Internamiento de Murcia, cuya capacidad es de 60 plazas. La suma de las plazas disponibles en todos estos centros se eleva a 552.

¹⁶⁷ No obstante, las autoridades gubernativas a menudo se ven desbordadas por la llegada de inmigrantes (sobremedida en verano, cuando se intensifica el tráfico de pateras), y habilitan cualquier tipo de instalación para detenerlos mientras se tramitan los procedimientos de devolución o expulsión. Ello provoca que se utilicen como lugar de detención instalaciones que no cumplen las mínimas condiciones de habitabilidad, como es el caso por todos recordado de la antigua terminal de Fuerteventura, que generó una amplia polémica en el año 2001.

El Defensor del Pueblo, en su Informe del año 2000, en línea con lo expresado en anteriores Informes, sostenía que todos estos Centros de Internamiento no reúnen las condiciones exigibles de habitabilidad, siendo especialmente graves las deficiencias de los centros de Barcelona y Madrid (2000:69-70). Y la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2004 se refiere a las irregularidades detectadas por los fiscales¹⁶⁸ en cuanto a la adecuación de las instalaciones a los requisitos que impone el Ordenamiento Jurídico (2004:555-558). No obstante dichas irregularidades, los fiscales siguen solicitando internamientos en centros que no cumplen los requisitos mínimos de habitabilidad, lo que vulnera su función de garante de la legalidad.

La mencionada Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, estableció en su disposición transitoria que

“los centros de internamiento de extranjeros actualmente existentes deberán adecuar su funcionamiento a los requisitos de organización, régimen interno y demás disposiciones previstas en la presente orden en el plazo de dos años a contar desde su entrada en vigor, teniendo en cuenta las previsiones de índole presupuestaria”.

Esta Orden entró en vigor el 16 de marzo de 1999, de modo que desde el 16 de marzo de 2001 todos los centros de internamiento existentes deberían estar adecuados a esta normativa. El reciente Informe del Fiscal General del Estado de 2004 señala que las carencias denunciadas tantas veces no han sido resueltas.

El Centro de Internamiento para Extranjeros de La Verneda, en Barcelona, fue inaugurado en 1989. Este centro se habilitó en un edificio anexo al de la comisaría de policía de La Verneda y, concretamente, el centro se encuentra ubicado en un sótano sin luz natural ni suficiente ventilación. Además, no dispone de suficientes duchas para el número de inmigrantes que puede privar de libertad, ni tampoco de los espacios comunes necesarios. Diversas ONG's y otras entidades comprometidas con los derechos de los inmigrantes han denunciado reiteradamente el estado de deterioro en que se encuentran las instalaciones del Centro de La Verneda, e incluso el Defensor del Pueblo ha señalado en su Informe del año 2000 que es la propia estructura del centro de internamiento, configurada como calabozos policiales, la que no se adapta a la legislación sobre la materia, ya que tal estructura confiere a la privación de libertad en

¹⁶⁸ La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, de 21 de diciembre, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería, establece el deber de los fiscales de visitar periódicamente los centros de internamiento de extranjeros, levantando el acta correspondiente, así como de llevar un libro registro de los internamientos autorizados.

dicho centro una elevada aflicción que no debería conllevar esta medida de internamiento.

En cuanto al ámbito territorial de los Centros de Internamiento, hemos dicho que sólo existen seis centros en todo el Estado español. Eso significa que la Comisaría General de Extranjería y Documentación, encargada de coordinar los ingresos en los centros, puede enviar a un concreto centro de internamiento a extranjeros detenidos en otras Comunidades Autónomas. Esto plantea problemas ya que el Juez que autoriza el internamiento es el del lugar de detención del extranjero, pero si posteriormente el extranjero es internado en un centro a cientos o miles de kilómetros del Juzgado de Instrucción que autorizó el internamiento, será imposible tomar en serio la Ley y la Jurisprudencia del TC, según las cuales, el extranjero se encuentra internado a disposición judicial (AJA, 2000).

3. La polémica en torno a su constitucionalidad

En relación a la posibilidad de internamiento de los extranjeros sometidos a expediente de expulsión, se produjo una importante polémica al aprobarse la primera Ley de Extranjería de 1985, que recogió la posibilidad de recurrir a este tipo de privación de libertad en el entonces artículo 26.2, párrafo segundo¹⁶⁹, antecedente inmediato del actual art. 62, que se expresaba en términos similares, aunque se han mejorado técnicamente algunas expresiones¹⁷⁰.

El entonces Defensor del Pueblo, Joaquín Ruíz Jiménez, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el mencionado artículo 26.2 de la Ley de Extranjería¹⁷¹ argumentando que vulneraba varios preceptos constitucionales. En primer lugar, el Defensor del Pueblo consideró contrario al art. 17 de la Constitución la posibilidad de privar de libertad a una persona para garantizar un procedimiento de expulsión de naturaleza administrativa; en segundo lugar, ello también vulneraría el artículo 25.3 de

¹⁶⁹ Este párrafo establecía que “La Autoridad Gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días”.

¹⁷⁰ La propia dicción literal del precepto fue objeto de polémica, ya que no quedaba claro si la expresión “a su disposición” hacía referencia al Juez de Instrucción o a la autoridad gubernativa. El Tribunal Constitucional cerró la polémica señalando que se refería al Juez (THOMAS ANDREU, 1994:87).

¹⁷¹ En el mismo recurso el Defensor del Pueblo también defiende la inconstitucionalidad de los arts. 7, 8.2 y 34 de la L.O. 7/1985, por considerar que vulneran, respectivamente, los arts. 21 (derecho de reunión), 22 (derecho de asociación) y 53 (derecho a obtener la suspensión del acto impugnado para la salvaguardia de los derechos fundamentales) de la Constitución.

la CE, el cuál prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad; en tercer lugar, según el Defensor del Pueblo, también se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 de la CE, ya que la intervención del Juez que establece la Ley no desvirtúa el carácter administrativo del procedimiento de expulsión, debido a que dicha intervención no tiene carácter jurisdiccional ni se desarrolla en el marco de un proceso contradictorio en el que se respeten todas las garantías procesales que exige la Constitución.

El Defensor del Pueblo centró el recurso de inconstitucionalidad en la figura del internamiento, sin impugnar la posibilidad de detención policial cautelar prevista en el primer párrafo¹⁷² de art. 26.2 L.O. 7/1985. Esta detención policial, sin embargo, también había sido tachada de inconstitucional por algunos autores. En este sentido se pronunciaron BELLOCH (1987:28) y MIQUEL CALATAYUD (1987:68-69), sosteniendo que el art. 17.2 de la Constitución sólo autoriza la detención preventiva para el esclarecimiento de hechos que revistan carácter de delito, es decir, en el ámbito del proceso penal.

En la STC 115/1987, de 7 de julio, el Tribunal Constitucional centró la resolución del recurso de inconstitucionalidad en la valoración de la intervención judicial prevista en el precepto impugnado. El TC señaló que efectivamente en la interpretación del mencionado precepto sostenida por el Defensor del Pueblo no se respetarían los aludidos preceptos constitucionales. Sin embargo, el Alto Tribunal sostuvo que el precepto impugnado permite otras lecturas compatibles con la Constitución y, citando jurisprudencia anterior señaló que “sólo cabe declarar la derogación de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación”.

A partir de ahí el Tribunal Constitucional se dedica en este fundamento jurídico primero a realizar una sentencia interpretativa del artículo impugnado, indicando cómo debe ser interpretado para que sea considerado acorde con el texto constitucional. Consecuentemente, en el Fallo de la sentencia el TC declara “que no es inconstitucional el artículo 26.2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, entendido con el sentido y alcance que se indica en el Fundamento Jurídico 1º”.

¹⁷² Este primer párrafo decía lo siguiente: “En los supuestos a que se refieren los apartados a), c) y f) del número anterior, se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente”.

En este fundamento jurídico el TC empieza reconociendo que el internamiento preventivo de extranjeros, previo a su expulsión, tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal, debido al diverso papel que cumple la administración en uno y otro caso:

“En materia penal, una vez puesto el detenido por el órgano gubernativo a disposición judicial, la suerte final del detenido se condiciona a decisiones judiciales posteriores, tanto en lo relativo a la detención preventiva como en el resultado del proceso penal posterior. En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido” (STC 115/1987).

Sin embargo, el TC sostiene que el hecho que la decisión final sobre la expulsión corresponda al órgano gubernativo, no significa que la decisión relativa a la privación de libertad esté en manos de la administración. En una interpretación conforme con la Constitución tal decisión, una vez transcurridas 72 horas, corresponde al órgano judicial, quien “habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso”. En cuanto a estas circunstancias, el TC no se refiere a las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma,

“sino a las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menos probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión”.

En esta Sentencia, el TC no profundiza suficientemente en el problema que se debate ni analiza separadamente la posible vulneración de los distintos preceptos constitucionales sostenida por el Defensor del Pueblo. Por el contrario, después de las breves consideraciones expuestas, el TC resuelve la constitucionalidad del precepto impugnado con el siguiente párrafo:

“Interpretado en estos términos el precepto impugnado, es plenamente respetuoso no sólo del art. 17.2 de la Constitución, sino, al mismo tiempo, también del art. 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad. Tampoco entraría el precepto en colisión con el art. 24.2 de la Constitución, porque del mismo no se deduce limitación alguna de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el correspondiente procedimiento” (STC 115/1987).

De este modo, como argumento central de la STC 115/1987, de 7 de julio, el TC estimó que no se vulneraba la Constitución siempre y cuando se interprete que

“la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión”.

Considero que el TC en esta Sentencia no valoró suficientemente la gravedad de homologar una privación de libertad que no está motivada por un proceso jurisdiccional por delito. Este precepto, que el TC ha considerado respetuoso de la Constitución, permite privar de libertad a una persona hasta un máximo de cuarenta días, por causas que no son constitutivas de delito ni de falta, sino que tienen la única finalidad de asegurar la futura ejecución de una sanción administrativa. De este modo, la función garantista de la jurisdicción queda desvirtuada, ya que se convierte en auxiliar del poder ejecutivo, invirtiendo la función que el Poder Judicial está llamado a cumplir y que está en el origen de su independencia.

En este sentido, también GOMEZ MOVELLÁN sigue sosteniendo la inconstitucionalidad del internamiento, argumentando que la detención preventiva del art. 17.2 CE “se inserta en el entorno de la jurisdicción criminal y no en la acción sancionadora de la Administración”, y añade que en su opinión el TC ha sacrificado garantías y derechos atendiendo a la “razón de Estado” (1996:66).

El TC pretende salvar la constitucionalidad del precepto impugnado declarando que el extranjero internado está a disposición judicial. Pero, a pesar de la declaración del TC, considero que es altamente cuestionable dicha disponibilidad judicial. BELLOCH, antes de la STC, nos ofreció dos argumentos para negar que el extranjero esté realmente a disposición judicial, argumentos que considero vigentes. El primer argumento sostenido por este autor es que

“a disposición de la autoridad judicial sólo se puede estar en una de dos condiciones: en la de detenido (dentro de los plazos máximos previstos en las leyes procesales, siempre con el límite de las 72 horas) o en la de preso, en virtud del correspondiente Auto de prisión debidamente motivado, cuando concurren los requisitos prevenidos en la LECrim. No existe, por mucho que quieran forzarse los textos legales, un *tertius genus*. No existe una tercera forma distinta de estar a disposición de la autoridad judicial” (1987:30).

El segundo argumento que nos proporciona BELLOCH para negar que el internado esté a disposición judicial consiste en señalar que

“para estar a disposición judicial no basta con que así se diga en un determinado texto legal; es preciso, además, que realmente la situación de la persona en cuestión dependa *exclusivamente* de la autoridad judicial, como ocurre, sin duda, con las personas constituidas en prisión provisional” (1987:33).

No ocurre así en el caso debatido, ya que la medida de internamiento no sólo depende de la autoridad judicial, sino, prioritariamente, de la mayor o menor rapidez con que la autoridad gubernativa tramite el expediente de expulsión.

Además, según la interpretación del TC, cuando el Juez de Instrucción decide si autoriza o no el internamiento, no tiene que entrar a conocer sobre la procedencia de la expulsión, sino que debe limitarse a examinar externamente la legalidad de la causa de expulsión invocada y las demás circunstancias que concurren en el caso. Esta misma interpretación del TC desvirtúa el carácter jurisdiccional del internamiento. Las causas que permiten el internamiento del extranjero son idénticas a las de expulsión, de modo que al no examinar el Juez si concurre en el caso concreto la causa de expulsión invocada por la autoridad gubernativa, está autorizando una privación de libertad sin necesidad que se acredite si el extranjero se encuentra en alguno de los supuestos legales que permiten el internamiento¹⁷³. La falta de verificación por parte del Juez de la existencia de la causa de internamiento es un argumento básico para afirmar que la intervención del Juez consiste en una mera homologación formal de una medida administrativa que se dicta dentro de un procedimiento administrativo de expulsión.

Por lo tanto, como afirma BELLOCH, el extranjero, en lo esencial, depende de las autoridades administrativas que actúan y ponen en marcha la potestad sancionadora. “Por ello, a disposición de quien está *realmente* el extranjero, es a disposición de la autoridad gubernativa”, lo cuál vulnera frontalmente tanto el art. 17.2 como el 25.3 de la Constitución (op.cit.:33).

También SAGARRA, transcurridos varios años desde la STC, siguió sosteniendo la inconstitucionalidad del internamiento por vulnerar el derecho a la libertad:

“Consideramos que, en este punto, la Ley de extranjería vulnera uno de los derechos que tiene toda persona, que es la base de todo régimen democrático, y es el derecho a la libertad” (1991:226).

¹⁷³ Si algo semejante sucediese en la adopción de la prisión preventiva, es decir, si el Juez decretase esta medida cautelar por la simple invocación policial de la comisión de un delito, sin entrar a valorar si existen indicios suficientes, consideraríamos que el Juez ha cometido una prevaricación.

El Defensor del Pueblo en su recurso de inconstitucionalidad sostuvo que la intervención del Juez está concebida “como una mera justificación formal de una medida administrativa privativa de libertad”, ya que la Ley no establece un verdadero “proceso” jurisdiccional para la adopción de tal medida: no se remite a leyes procesales ni regula de otro modo la audiencia previa del interesado, ni la intervención del Ministerio Fiscal, ni el sistema de recursos procedentes. En definitiva, también se vulneraría el art. 24 de la Constitución, porque como señala BELLOCH,

“no se prevé ninguna de las más elementales garantías que permitan afirmar que la Ley diseñe un sistema que permita, siquiera sea en un plano teórico, recaer una verdadera decisión jurisdiccional. La intervención judicial prevista en la Ley no supone, en conclusión, una tutela efectiva de los intereses del extranjero” (1987:36).

Por todo ello podemos sostener que, pese a la intervención judicial que autoriza dicho internamiento, sigue tratándose de una privación de libertad eminentemente administrativa. Es posible afirmar -traspolando la crítica de ACCATTATIS respecto a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (1973:126-130)- que la instancia judicial realiza una función ideológica, en el sentido que la intervención judicial sirve para dar una cobertura garantista a una práctica administrativa absolutamente autoritaria y discrecional.

El internamiento en centros de detención o “prisiones administrativas” supone la violación de un pilar constitutivo del Estado de Derecho, como es el derecho a la libertad. Se trata de una privación de libertad que se efectúa prescindiendo de todas las garantías establecidas en la Constitución para la afectación de tal derecho básico, de modo que constituye una verdadera medida penal encubierta.

Una vez manifestada mi posición crítica con la Sentencia del TC comentada, es oportuno indicar los problemas que la misma considero que ha suscitado, en el sentido de someter la medida de internamiento de extranjeros a una precaria legalidad, susceptible, por tanto, de permitir vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Después de declarar la constitucionalidad del internamiento previsto en el art. 26.2 de la Ley de Extranjería (actual 62), el TC en la sentencia 115/1987 hace algunas consideraciones más sobre las garantías que deben envolver dicho internamiento. Así, declara que al mismo le es aplicable la doctrina sobre prisión provisional y, por lo tanto, debe regirse por el principio de excepcionalidad:

“este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del *favor libertatis*, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial” (STC 115/1987).

Ello implica también que la decisión judicial sobre el internamiento deberá adoptarse mediante resolución motivada, respetando los derechos de defensa, así como el derecho a los recursos que procedan.

“Es decir, el precepto impugnado respeta y ha de respetar el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de *habeas corpus* del art. 17.4 de la Constitución, tanto en lo que se refiere a la fase gubernativa previa, dentro de las setenta y dos horas, como también respecto a esa prolongación del internamiento en caso necesario, más allá de las setenta y dos horas, en virtud de una resolución judicial” (STC 115/1987).

Sin embargo, a pesar de las garantías con las que el TC intenta envolver la medida de internamiento, la cuestión fundamental es que sigue tratándose de una medida eminentemente administrativa, que sólo formalmente tiene una cobertura jurisdiccional. En la práctica del día a día del internamiento, el extranjero está a disposición de la autoridad gubernativa, sin que estén previstos canales jurídicos específicos para que el mismo pueda dirigirse al Juez.

Sólo en el art. 62 quáter de la Ley de Extranjería, cuando se reconoce el derecho del internado a presentar peticiones y quejas al director del centro de internamiento, se indica que éste “las atenderá si son de su competencia, o las pondrá en conocimiento de la autoridad competente, en caso contrario”. Es decir, si el internado quiere dirigir una queja al juez que autorizó su internamiento, parece que la deberá presentar ante el director del CIE, quien la examinará y decidirá cuál es la autoridad competente para atenderla. Este es el único contacto con el Juez que puede tener el extranjero que está internado “a su disposición”, y no está previsto si el Juez debe contestar a las quejas y peticiones de “su” internado, ni en qué plazo, ni mediante qué tipo de resolución.

En otras palabras, el hecho que el extranjero internado esté a disposición judicial solamente porque así lo ha declarado el Tribunal Constitucional -pero en la práctica no existan específicos mecanismos que revelen una efectiva puesta a disposición judicial del extranjero- comporta que en este tipo de internamiento se pueda incurrir fácilmente en vulneraciones de las indicaciones de la STC 115/1987, que pretendidamente hacen posible una interpretación de tal medida acorde con la Constitución. De hecho, el

Tribunal Constitucional ya se ha tenido que pronunciar en bastantes ocasiones debido a que son frecuentes las quejas de los afectados por el internamiento en relación a la incorrecta actuación de los Jueces de Instrucción (DEL RÍO, 2000:86-90).

El mero carácter formal de la naturaleza judicial del internamiento queda más patente si tenemos en cuenta que el Juez de Instrucción que autoriza el internamiento es el del lugar de detención del extranjero. Sin embargo, como se ha señalado, en España existen 6 centros de internamiento para extranjeros, de modo que en muchos casos el Juez se verá obligado a decretar el internamiento “a su disposición” del extranjero a un centro que puede encontrarse a cientos de kilómetros de la sede del Juzgado (ROIG, 2000:188-191). Además, como también se ha comentado, la Comisaría de Extranjería y Documentación es la encargada de coordinar los ingresos en los Centros de Internamiento para optimizar su ocupación, por lo que puede trasladar al extranjero al Centro que considere pertinente. Parece difícil que el Juez pueda hacerse cargo de las incidencias que puedan surgir durante el internamiento si se encuentra a cientos de kilómetros del Centro donde está internado el extranjero.

En conclusión, el hecho que el TC no analice seriamente la naturaleza de la medida de internamiento y se limite a declarar su carácter jurisdiccional, con indicación de la interpretación que debe hacerse del precepto para que no se vulnere la Constitución, permite que en su aplicación práctica la medida de internamiento pueda fácilmente derivar en una vulneración de los derechos fundamentales de los extranjeros.

Y, en efecto, en una investigación que hemos realizado desde el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, hemos tenido ocasión de verificar este extremo, como a continuación expondré.

4. Referencia a la investigación del OSPDH

En el marco del OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA (en adelante, OSPDH) el Equipo Investigador integrado por Héctor Silveira, Marta Monclús, Gemma Nicolás y Antoni Fernández llevamos a cabo una investigación a lo largo del año 2003 fruto de la cuál es el *Primer Informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Catalunya*.

Esta investigación fue parcialmente financiada por la *Comissió de Drets Civils de l'Ajuntament de Barcelona*, organismo que nos concedió una subvención para indagar en el funcionamiento del Centro de Internamiento de Extranjeros de la Verneda

(situado en Barcelona). No obstante, pese a solicitar reiteradamente –tanto de forma verbal en entrevista en la Subdelegación del Gobierno, como por escrito al Ministerio del Interior- que se nos autorizase la entrada al Centro de Internamiento de La Verneda con el fin de entrevistar a funcionarios policiales y a extranjeros detenidos, dicha autorización nunca nos fue concedida.

La imposibilidad de acceder al centro nos llevó a redefinir el objeto de la investigación, y dirigimos nuestros análisis al papel de los abogados y de los jueces de instrucción en los procedimientos jurídicos de internamiento y expulsión de extranjeros¹⁷⁴.

En cuanto a la metodología, la investigación consistió en un estudio socio-jurídico que utilizó fundamentalmente el instrumento de las encuestas y entrevistas en profundidad como método empírico de investigación.

A estos fines se elaboraron cuatro encuestas dirigidas a los distintos actores que intervienen en el procedimiento de internamiento y expulsión de extranjeros: jueces, abogados/as, extranjeros internados y funcionarios del CIE. Pero como he indicado, finalmente sólo se pudieron realizar las destinadas a los jueces de instrucción y a los abogados, de manera que no tuvimos ocasión de conocer la percepción de los extranjeros sobre el proceso administrativo de internamiento y expulsión. La encuesta a los jueces de instrucción tenía por objeto conocer los criterios que utilizan para decidir sobre si autorizar o no el internamiento de extranjeros, así como su posterior control sobre la medida acordada. Por su parte, la encuesta dirigida a los abogados/as que realizan la defensa jurídica en casos penales o administrativos que puedan comportar el internamiento y la posterior expulsión de extranjeros tenía por objeto conocer las problemáticas jurídicas más relevantes que se plantean durante estos procedimientos, así como valorar especialmente el funcionamiento del turno de oficio de extranjería del Colegio de Abogados/as de Barcelona.

Además de las encuestas se realizaron entrevistas en profundidad a distintas personas o instituciones involucradas en el procedimiento de internamiento y expulsión de extranjeros. Pueden destacarse las entrevistas a abogados/as que trabajan en la defensa jurídica de inmigrantes, que nos advirtieron de las problemáticas más acuciantes en cuanto a la indefensión jurídica de los extranjeros en todo este proceso; la entrevista

¹⁷⁴ La imposibilidad de acceder al centro de internamiento de La Verneda para realizar allí una parte de la investigación muestra la absoluta falta de transparencia que caracteriza el internamiento de extranjeros. Denunciar esta falta de transparencia también ha sido un objetivo del proyecto de investigación, objetivo que ha sido manifiestamente alcanzado.

mantenida con el Presidente de la Comisión del Turno de Oficio y Asistencia al Detenido y de la Comisión de Extranjería del Colegio de Abogados de Barcelona, Sr. Roberto Sánchez, y con el Vice-Decano de esta institución, Sr. Luí Del Castillo, así como la entrevista con el Sr. Eduard Planells, responsable de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona.

Las encuestas realizadas a los abogados y a los jueces de instrucción reflejaron el defectuoso conocimiento que sobre la materia tienen muchos actores implicados en el proceso de internamiento y expulsión de extranjeros, así como la irracionalidad –tanto a nivel político como de técnica legislativa- de la actual política inmigratoria que se gestiona básicamente con instrumentos punitivos.

Una de las conclusiones más significativas a la que llegamos tras analizar las encuestas, es que los abogados/as del turno de oficio de extranjería del Colegio de Abogados/as de Barcelona ni tienen la especialización en la materia necesaria ni se ocupan suficientemente de los casos. Respecto al aspecto de la falta de especialización, es preocupante constatar que la gran mayoría de los abogados/as encuestados sólo trabajan en la defensa de inmigrantes cuando les corresponde por turno de oficio, dedicándose en su actividad privada al derecho civil o mercantil. Esta es una problemática que ya fue puesta de manifiesto hace años en el ámbito del turno de oficio penal. En nuestro cuestionario puede constatarse que la gran mayoría de abogados/as, pese a dedicarse a otras ramas del derecho, se encuentran anotados en el turno de oficio penal o de extranjería, ya que la obligatoriedad legal de asistencia jurídica al detenido genera más demanda en dichos turnos.

Respecto a la segunda cuestión sobre la insuficiente dedicación de los abogados/as en los procedimientos de internamiento y expulsión de extranjeros, los cuestionarios reflejan a menudo resultados contradictorios. Respecto a las actuaciones legales que los abogados/as mayoritariamente realizan encontramos la asistencia al detenido tanto en comisaría como en el juzgado y la interposición de alegaciones ante la incoación del expediente de expulsión. Asimismo, una gran mayoría también declara que interpone recurso frente al auto judicial que autoriza el internamiento del extranjero. Más controvertido, en cambio, es la asistencia jurídica de los inmigrantes tras el período de alegaciones. La mayoría de los abogados/as encuestados declara que recurre la resolución de expulsión, pero en general sólo lo hacen cuando haya posibilidades de que prospere.

Uno de los problemas detectados es que casi la totalidad de los abogados afirma que no se les notifica correctamente la resolución de expulsión y ni siquiera se les comunica si la expulsión se ha llevado a cabo efectivamente. Como hemos constatado con algunas de las entrevistas en profundidad a abogados/as que se encargan de temas de extranjería, la administración en Barcelona en lugar de notificar personalmente tanto al extranjero como al abogado, suele publicar la resolución de expulsión en el BOP, con la excusa de que el extranjero no tiene domicilio conocido. Por este motivo, resulta difícil que los abogados puedan interponer en plazo el recurso contra la resolución de expulsión (a menos que sean adictos a la lectura de boletines oficiales).

La mayoría de los abogados/as también reconoce que se desentiende de la asistencia jurídica de los extranjeros una vez recae la orden de expulsión, a menos que sea el extranjero el que siga reclamando sus servicios. Sólo en muy pocos casos los abogados/as señalan que siguen manteniendo contacto con los extranjeros que han sido expulsados del país. Ello no deja de sorprender, ya que siempre podría llegar a prosperar un recurso contra la resolución de expulsión.

Por otro lado, los abogados/as no suelen acudir con frecuencia a los Centros de Internamiento para visitar a sus defendidos. En nuestra investigación, tan sólo 1 de cada 4 manifestó que se había entrevistado con el extranjero más de una vez en el CIE. Teniendo en cuenta que en un alto porcentaje de los casos los inmigrantes permanecen internos el máximo legal de 40 días, esa frecuencia de las visitas no puede considerarse satisfactoria.

Por todo esto, nos inclinamos a pensar que la asistencia jurídica de los abogados/as del turno de oficio de extranjería en la mayoría de los casos se limita a la asistencia al detenido y a la interposición de alegaciones frente a la incoación del expediente de expulsión, sin hacer un posterior seguimiento de la situación jurídica del extranjero.

Otra de las problemáticas detectadas en nuestra investigación en cuanto a la defensa jurídica de inmigrantes por turno de oficio es la duplicidad de abogados en el caso de que exista una superposición entre el expediente administrativo de expulsión y una causa penal. Los abogados/as designados para la defensa penal de un extranjero “sin papeles” no se hacen cargo del procedimiento administrativo de expulsión porque excede de sus competencias, existiendo normalmente otro abogado designado para el procedimiento de expulsión. La duplicidad de abogados, si no mantienen una fluida comunicación y coordinación, genera indefensión de los extranjeros, ya que no está

claro cuál es el abogado que debe ocuparse de cada uno de los diferentes aspectos de la defensa. Sería lógico y razonable que en el caso de superposición entre ámbito penal y administrativo fuera designado un único abogado de oficio especializado en ambos temas, teniendo en cuenta que un procedimiento penal puede acabar con la expulsión del territorio español.

Respecto a los jueces de instrucción la conclusión no parece inclinarse en sentido muy distinto. Los jueces cumplen sus funciones legales en la autorización del internamiento con formalidad rigurosa, aunque no se ocupan de asuntos relativos a las causas de expulsión, a su procedimiento o a lo que sucede en el Centro de Internamiento. En la audiencia judicial para autorizar el internamiento, los jueces de instrucción afirman, casi por unanimidad, que toman declaración al extranjero, que el extranjero está acompañado de su defensor y que le asiste un intérprete si no entiende la lengua castellana. La práctica totalidad también afirma que notifican el auto de internamiento al extranjero y que lo motivan suficientemente. Este aspecto relativo a la motivación contrasta con los resultados obtenidos de los cuestionarios a abogados/as, ya que ninguno considera que la motivación judicial sea suficiente y varios apuntan que los jueces utilizan para ello un impreso tipo.

Dos terceras partes de los jueces encuestados expresan que no siempre autorizan el internamiento, sino que depende de los casos. Y sólo ¼ parte declara que lo autorizan excepcionalmente. Hay que tener en cuenta que este último debería ser el criterio general ya que el Tribunal Constitucional consideró que al internamiento de extranjeros se le debía aplicar la regla de la excepcionalidad propia de la prisión preventiva.

Entre las circunstancias que los jueces toman en consideración para autorizar el internamiento destacan aquellas que hacen referencia a que el extranjero no tenga arraigo en el territorio español (como no tener domicilio fijo, familiares en España, etc.), que no tenga medios de vida lícitos y aquellas que son alegadas por la administración para justificar la expulsión. La inmensa mayoría expresa que para resolver a favor del internamiento del extranjero han de considerar primero que las causas de expulsión sean probadas o posibles, sin embargo, en la audiencia para autorizar el internamiento no se prevé procedimiento probatorio alguno.

En nuestra investigación hemos constatado que los jueces de instrucción se desentienden del extranjero tras el auto de internamiento. Sólo algún caso excepcional ha declarado que a veces mantiene contacto con el internado o sus familiares durante el transcurso del internamiento. Tampoco el extranjero se comunica con el juez mientras

está interno, seguramente porque no existen vías legales para ello. En un mismo sentido, los jueces reconocen que ni siquiera controlan que el internamiento no exceda de los 40 días, porque consideran que corresponde a la autoridad gubernativa su puesta en libertad una vez cumplido el plazo fijado por ellos. La inmensa mayoría de los jueces reconoce que no visitan el CIE, y los casos excepcionales que declaran haberlo visitado alguna vez consideran que el centro no cumple las mínimas condiciones de habitabilidad.

Todo esto no hace más que poner de manifiesto en la práctica lo que los propios jueces reconocieron en las encuestas: una gran parte de ellos no se siente responsable del respeto o de la vulneración de los derechos del extranjero en el Centro de Internamiento –casi la mitad de los encuestados considera que el extranjero no está a disposición judicial ya que se trata de un internamiento administrativo, aunque requiera autorización judicial- y más de una tercera parte cree que es responsable pero no con el mismo nivel de exigencia que a un juez de vigilancia penitenciaria.

Otra de las problemáticas centrales que hemos detectado en nuestra investigación hace referencia a la comprensión por parte del inmigrante de su situación legal o personal. Si bien no hemos podido constatarlo con su testimonio directo, la inmensa mayoría de sus abogados/as defensores considera que el extranjero no entiende con claridad lo que le está pasando durante la comparecencia ante el juez que debe decidir el internamiento, a pesar de la presencia en todo momento de intérprete en la instancia judicial. En sentido contrario se expresan los jueces encuestados, que también en una inmensa mayoría aseguran que el extranjero entiende lo que sucede y sabe que tiene un abogado en la sala para su defensa. Este resultado es esperable ya que cualquier respuesta contraria significaría aceptar que ellos mismos permiten una situación de indefensión.

El tema del intérprete sí constituye un problema para las comunicaciones posteriores entre abogado y extranjero, sobre todo en las visitas en el CIE. Los resultados en este punto son contradictorios ya que la mitad de los abogados/as afirma que existen intérpretes a disposición en el horario de visitas de los abogados/as, y la otra mitad o no contestan o aseguran que no hay o sólo a veces. Estas contradicciones pueden ser interpretadas en el sentido de que muchos abogados/as no acuden al CIE y por tanto no conocen cuál es la situación respecto a los intérpretes.

El análisis de los resultados obtenidos en las encuestas pone de manifiesto que el procedimiento de internamiento y expulsión de los extranjeros genera un alto grado de indefensión y una vulneración de sus garantías de defensa básicas, así como del derecho

a la tutela judicial efectiva. Esta conclusión es compartida por el 90 % de los abogados encuestados y por el 50 % de los jueces, que consideran que se vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

En suma, en la investigación realizada hemos constatado que los jueces de instrucción cumplen con la función que les atribuye la ley de autorizar el internamiento de extranjeros de manera formal, pero sin asumir una verdadera posición de garantes de los derechos fundamentales de los extranjeros.

Cuando el Tribunal Constitucional analizó la constitucionalidad de la medida de internamiento, dijo que no vulneraba la Constitución porque “la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de su ejecución”. Es decir, no vulnera la CE porque el extranjero está a disposición judicial. En nuestra investigación hemos constatado que en la práctica esto no se cumple, el extranjero no está a disposición judicial sino que está privado de libertad por la administración, lo que está prohibido por la Constitución (art. 25.3: la administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad).

Por consiguiente, en realidad el extranjero internado no está a disposición judicial, sino que está sometido a una privación de libertad administrativa absolutamente prohibida por la Constitución. La autorización judicial que prevé la Ley de Extranjería consiste simplemente en una homologación formal, con el objeto de atribuir apariencia de legalidad a una privación administrativa de la libertad.

En consecuencia, el OSPDH considera inconstitucional la posibilidad de internar cautelarmente a los extranjeros a quienes se esté tramitado un expediente de expulsión prevista en el art. 62 de la Ley de Extranjería. Dicha privación de libertad vulnera el art. 25.3 CE en cuanto prohíbe a la administración civil imponer penas que directa o indirectamente impliquen privación de libertad; también vulnera el art. 17 CE, el cuál sólo prevé la privación cautelar de libertad en causas constitutivas de delito; finalmente vulnera el art. 24 CE que garantiza la tutela judicial efectiva y prohíbe la indefensión. Por todo ello, el OSPDH recomienda enfáticamente al Poder Legislativo la derogación del mencionado precepto de la LOE.

No obstante lo anterior, el OSPDH, consciente que los procesos de modificación legislativa son lentos y dependen en buena parte de procesos sociales más amplios, consideró conveniente formular una serie de recomendaciones a los diversos actores

implicados en la aplicación de la actual Ley de Extranjería, con la finalidad de reducir la indefensión de los extranjeros sometidos a procedimiento de internamiento y expulsión en el marco de la legislación vigente. El OSPDH formuló una serie de recomendaciones tanto a los abogados que se ocupan de la defensa jurídica de extranjeros, como a los jueces competentes para autorizar el internamiento de extranjeros, como a la autoridad gubernativa que instruye y decide en el mencionado procedimiento, con el objetivo de paliar en lo posible la indefensión de los extranjeros producida por la vigente Legislación de Extranjería que alcanza elevadas cotas de irracionalidad jurídica. Se trataría pues de una propuesta para que los actores implicados desarrollen en cierta medida un “uso alternativo del derecho” tendiente a garantizar los derechos fundamentales de los extranjeros, hasta que se logre una modificación legislativa en materia de extranjería en un sentido más garantizador de los Derechos Humanos.

En primer lugar, en cuanto a las recomendaciones dirigidas a los abogados, el OSPDH recomienda a todos los Colegios de Abogados del Estado español la implantación de un turno de oficio de extranjería basado en criterios de suficiente formación y especialización de los letrados que se inscriban en el mismo. Dado que en ocasiones la materia de extranjería se entrecruza con el ámbito penal, sería oportuno que en tales casos un único abogado se ocupase de la defensa del extranjero en ambos procedimientos, a fin de garantizar la unidad de la defensa. Para ello se podrían establecer unas listas en el turno de oficio de abogados con la doble especialización. Por otro lado, resulta indispensable a los fines de una adecuada defensa jurídica de los extranjeros sometidos a procedimiento de internamiento y expulsión que los abogados realicen una asistencia jurídica integral en tales procedimientos. Ello significa que la tarea del abogado no se agota con la formulación de alegaciones frente a la incoación del expediente de expulsión, sino que debe incluir tanto el recurso administrativo como el contencioso-administrativo frente a la orden de expulsión, así como la solicitud de suspensión de la ejecución de la misma. En caso que se decrete judicialmente el internamiento del extranjero, la labor del abogado defensor también implica la interposición de recurso frente al auto judicial.

En segundo lugar, y en relación al papel que le corresponde al juez de instrucción, el OSPDH recomienda a los jueces que asuman una posición de garantes de los derechos fundamentales de los extranjeros y, en caso de autorizar un internamiento, sitúen al internado materialmente a disposición judicial. Esto significa que sólo deberían autorizar el internamiento de forma excepcional, cuando sea estrictamente

imprescindible, y que su pronunciamiento debe estar siempre motivado, justificando adecuadamente su decisión. Además, los jueces deberían examinar las causas de expulsión alegadas por la policía en su solicitud de internamiento, porque si no entran a examinar el fondo de la cuestión, atribuyen a la instancia policial una autorización en blanco para privar de libertad. Y podría suceder que autorizaran un internamiento fundado en causas ilegales. Para ello los jueces deberían convertir la audiencia judicial prevista por la Ley de Extranjería en un verdadero procedimiento jurisdiccional donde se respetasen todos los derechos y garantías que la Constitución reconoce para privar de libertad a una persona (plenitud del derecho de defensa, principio de contradicción, período probatorio, etc.). Finalmente, el OSPDH también recomienda a los jueces que no se desentiendan del extranjero en caso de autorizar su internamiento, sino que lleven a cabo una intensa actividad de control de la administración (mediante visitas al CIE, estableciendo vías de comunicación entre el extranjero internado y el juzgado, solicitando informes al CIE, etc.).

En caso que los jueces de instrucción no consideren posible llevar a cabo una verdadera puesta a disposición judicial del extranjero internado, no deberían autorizar un solo internamiento más, porque constituirían privaciones de libertad contrarias a la Constitución. De la misma forma que si los jueces consideran que el CIE no cumple las mínimas condiciones de habitabilidad, no deberían autorizar internamientos, porque estarían autorizando privaciones de libertad que pueden constituir tratos inhumanos o degradantes prohibidos por la CE. En resumen, el OSPDH pide a los jueces de instrucción que apliquen ni más ni menos que la Constitución, y si observan alguna posibilidad de contradicción entre la Ley de Extranjería y los derechos y libertades constitucionales de los extranjeros, deben hacer prevalecer siempre la Constitución.

En tercer lugar, en cuanto a las recomendaciones dirigidas a la administración, el OSPDH considera imprescindible que la autoridad gubernativa suspenda su práctica de notificar las resoluciones de expulsión mediante la publicación de edictos en el Boletín Oficial de la Provincia. Como premisa indispensable para reducir la indefensión de los extranjeros, la administración debe notificar personalmente al interesado y, en caso que no tenga domicilio conocido, la publicación en el BOP debe complementarse con la notificación al abogado del extranjero (o, a falta de dirección, al Colegio de Abogados), a fin que el afectado pueda hacer valer los medios de defensa procedentes. Además, constatada por todos los actores la indefensión que produce el procedimiento preferente para tramitar los expedientes de expulsión, sería necesario que la administración

restringiese al mínimo la utilización de dicho procedimiento preferente. Asimismo debería restringir el propio recurso a la sanción administrativa de expulsión y la solicitud de internamientos. Otra exigencia adicional es que la administración facilite la transparencia en los procedimientos, la obtención de datos y el acceso a los CIE por parte de la ciudadanía.

Finalmente resta señalar que el informe realizado desde el OSPDH, en consonancia con su pretensión de incidir en la realidad social, fue muy difundido: se distribuyeron 100 ejemplares a los abogados del turno de oficio de extranjería de Barcelona; 150 a Jueces de Instrucción de Cataluña y otros 100 a ONG's involucradas en la defensa de los derechos de los extranjeros. Además fue presentado en rueda de prensa en fecha 11 de febrero de 2004 en el Colegio de Periodistas de Barcelona. El Informe es *copyleft* y se puede obtener en la página Web del OSPDH (www.ub.es/ospdh).

CAPÍTULO 13: LA CONVERGENCIA ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO DE EXTRANJERÍA SANCIONADOR

En este capítulo pretendo insistir en la convergencia que se produce desde la primera Ley de Extranjería de 1985 entre el derecho de extranjería y el derecho penal con finalidades de control de los flujos migratorios. Dicha convergencia se pone de manifiesto, en primer lugar, en que tanto la política migratoria como la política criminal son aplicadas por los mismos agentes –las instancias del sistema penal–, así como también por el hecho que ambas políticas giran en torno a una misma sanción: la expulsión del extranjero del territorio nacional.

ASÚA ha señalado que en el control de los flujos migratorios se ha producido una intersección entre el derecho penal y el derecho administrativo, que ha llevado a privilegiar el segundo sobre el primero. A partir de la Ley de Extranjería de 1985 el objetivo de control de los flujos migratorios se adentra también en el propio sistema penal, introduciéndose la posibilidad de archivar el proceso penal contra un extranjero para que se ejecute una orden de expulsión administrativa contra el mismo, e iniciándose también la posibilidad de sustituir una pena privativa de libertad por la expulsión. Este desplazamiento de la responsabilidad penal a favor de la efectividad del control de la inmigración, es decir, esta renuncia a la potestad punitiva del Estado introducida en 1985, se ha consolidado en posteriores leyes de extranjería y en el Código Penal de 1995. Ello lleva a la citada autora a afirmar que se ha producido una subordinación del derecho penal a las finalidades de control de la inmigración (2002:18-20).

Pero además de la mencionada subordinación, también observamos que el derecho administrativo sancionador para el control de los flujos migratorios está recurriendo a instrumentos propios del ámbito penal, como es la privación de la libertad personal o la aplicación de sanciones que afectan al ámbito de los derechos fundamentales de las personas, prescindiendo de las garantías inherentes al derecho penal.

Esta convergencia entre derecho penal y derecho administrativo de extranjería no hace más que reforzar estereotipos negativos sobre los inmigrantes y una identificación entre inmigración y delincuencia en el imaginario social, que se erige como un obstáculo para la convivencia actual y futura en nuestras sociedades plurales.

1. La aplicación de las políticas migratorias por las instancias del sistema penal

La Ley de Extranjería atribuye las competencias represivas y de control en el ámbito de la inmigración a las instancias del sistema penal. Dichas instancias entrenadas para la persecución de las infracciones penales deben asimismo ejercer funciones de persecución y control de la inmigración irregular, esto es, actuar como “agentes migratorios”, lo que inevitablemente realizan en base a los mismos criterios y estereotipos utilizados para la detección y control de la criminalidad.

La identidad de actores provoca que la inmigración irregular se convierta en un “cuasi-delito”, lo que refuerza los prejuicios y estereotipos negativos sobre la inmigración que la identifican con la delincuencia y los transforma en una profecía de auto-cumplimiento.

La instancia policial es la que tiene encomendadas en mayor medida las funciones de control migratorio, como veremos a continuación.

a) La policía como agente migratorio

La instancia policial tiene un papel muy relevante como “agente migratorio”. En primer lugar, la policía tiene atribuida la competencia del control de entrada de extranjeros en territorio español (en concreto esta competencia corresponde a la Guardia Civil). Hemos visto que la Ley de Extranjería en sus artículos 25 y 26 establece los requisitos para la entrada en territorio español, posteriormente concretados en el Reglamento de Extranjería (disponer de pasaporte, de visado -cuando sea necesario-, acreditar medios de vida, no estar sujeto a prohibiciones de entrada, entre otros requisitos reglamentarios menos objetivos) y prevé la denegación de entrada para los extranjeros que no cumplan los requisitos.

La competencia para verificar tales extremos y autorizar o denegar la entrada recae en las autoridades policiales de los puestos fronterizos. Es la policía fronteriza la que verifica si el extranjero presenta la documentación requerida tanto legal como reglamentariamente, disponiendo de un margen de discrecionalidad en la apreciación de estos requisitos y, por tanto, también en la decisión de autorización o denegación de entrada.

En segundo lugar, una vez el extranjero se encuentra en territorio español, la policía tiene la potestad de solicitar su identificación si sospecha que puede infringir la Ley de Extranjería (art. 20 L.O. 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana). En

caso que el extranjero no pueda acreditar una situación de residencia regular en España, la policía puede detenerlo durante un período de 72 horas. Si quiere prolongar la detención durante la tramitación de un expediente de expulsión, debe solicitar a la autoridad judicial que autorice el internamiento.

En tercer lugar, la tramitación de los expedientes de expulsión también recae en agentes policiales. El art. 116 del nuevo Reglamento de Extranjería dispone que los instructores del procedimiento sancionador deberán ser funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Y el art. 161.1.c señala que “las devoluciones y los expedientes sancionadores que lleven a la expulsión del infractor extranjero, o a su detención e ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros, serán ejecutados por las Brigadas y Secciones de Extranjería y Documentación de las Comisarías de Policía”¹⁷⁵. Estos policías-instructores no tienen conocimientos jurídicos específicos, como hemos podido constatar en la investigación realizada desde el OSPDH (2003:30). A partir de la propuesta de resolución que realizan los instructores, finalmente los Subdelegados del Gobierno (o los Delegados en las CC.AA. uniprovinciales) son los competentes para dictar la resolución de expulsión del extranjero.

En cuarto lugar, ya hemos visto que durante el internamiento el extranjero está en las exclusivas manos de la policía, sin que los jueces lleven a cabo una efectiva puesta a disposición judicial. La dirección, gestión y control de los centros de internamiento corresponde al Ministerio del Interior, que ejerce dichas competencias a través de la Dirección General de Policía, organismo a quien además se le encarga la custodia y vigilancia de los centros (art. 154 Reglamento de Extranjería). Por consiguiente, el personal de custodia de los CIE está integrado en su totalidad por personal policial.

Los centros de internamiento jurídicamente se sitúan en un ámbito entre el derecho administrativo y el derecho penal: tienen finalidades administrativas, como es garantizar la ejecución de una orden de expulsión administrativa, y están gestionados y dirigidos por autoridades policiales, pero se atribuye la competencia sobre el internamiento a los Jueces del ámbito penal.

La suma del control migratorio y el control de la criminalidad que ejerce la policía convierte a los extranjeros en objetivo prioritario de la actividad policial. Con

¹⁷⁵ En cambio, el resto de trámites y procedimientos en materia de extranjeros (permisos de residencia, reagrupaciones, tarjetas de identidad, expedientes sancionadores que no impliquen la expulsión del extranjero, etc.), corresponden a las Oficinas de Extranjeros.

ello se crean círculos viciosos y profecías auto-cumplidas de identificación de la inmigración y la criminalidad: la policía detiene a los extranjeros en la calle con mucha mayor frecuencia que a los españoles, con el objetivo de revisar la documentación. Este contacto entre policía e inmigrante aumenta las posibilidades de detención del primero, no ya sólo por carecer de papeles, sino también por posibles infracciones penales (falsificación de documento, tenencia de drogas, de objetos presuntamente robados, resistencia a la autoridad, etc.). Como hemos tratado de argumentar a lo largo de la Parte II de esta tesis doctoral, la policía tiene un relevante papel constitutivo de la criminalidad en su actividad de criminalización secundaria, ya que buena parte de los delitos conocidos provienen de una actividad policial “proactiva”.

b) El papel de la jurisdicción como agente migratorio

Como hemos visto, la ley atribuye a los jueces de instrucción la competencia de autorizar el internamiento de extranjeros indocumentados en los CIE, convirtiéndolos en ejecutores de la política migratoria represiva. La jurisdicción penal es ajena al control migratorio, porque la revisión de los actos de la administración en aplicación de la Ley de Extranjería –como en el resto de actos administrativos- corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, que es a quien compete resolver los recursos sobre las expulsiones. La atribución a la jurisdicción penal de la competencia para autorizar el internamiento era la única manera de revestir de una pátina de legalidad una medida privativa de libertad de naturaleza administrativa. Si esa competencia se hubiese atribuido a la jurisdicción administrativa la vulneración de la garantía constitucional ante la detención hubiese sido más patente.

La atribución de funciones de control migratorio a la jurisdicción penal se extiende a otros aspectos, introduciéndose directamente en el propio proceso penal. Como hemos visto, la Ley de Extranjería impone a los jueces penales la obligación de sustituir la pena de prisión por la expulsión en casos de extranjeros acusados o condenados por delitos, salvo en casos excepcionales. Esta sustitución obligatoria genera a los jueces un conflicto entre el objetivo de control migratorio y las funciones de la pena de prevención general y especial. Mientras que el segundo de estos objetivos es propio de la jurisdicción penal, el primero le es ajeno.

c) La instancia penitenciaria como agente migratorio

También a la administración penitenciaria se le asignan tareas de policía de extranjería, aunque menos protagónicas que las que corresponden a la instancia policial y a la jurisdicción penal. En este caso el papel de la administración penitenciaria como agente migratorio es auxiliar, limitándose al suministro de información sobre el desarrollo de la ejecución penal, a los fines que el extranjero irregular que haya sido condenado y no haya visto sustituida desde el inicio su pena por la expulsión, pueda ser expulsado judicialmente al acceder al tercer grado o a la libertad condicional, o por orden administrativa al extinguir la condena.

Como hemos visto, el Código Penal prevé la expulsión de los extranjeros irregulares condenados a penas de más de 6 años, una vez accedan al tercer grado o cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena. Para su aplicación, el Reglamento Penitenciario (art. 197.2) insta a la administración penitenciaria a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros sin residencia legal, con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el art. 89 del Código Penal.

En caso que el extranjero irregular no acceda nunca al tercer grado ni a la libertad condicional, y extinga la totalidad de su condena en prisión, de nuevo encontramos una previsión del Reglamento Penitenciario (art. 25) para que la administración penitenciaria comunique a la autoridad gubernativa con tres meses de antelación la fecha probable de liberación definitiva del extranjero irregular condenado, a los fines que puedan llevar a cabo una expulsión administrativa.

Como ya hemos señalado anteriormente, la constante amenaza de la expulsión del penado extranjero impide a la administración penitenciaria cumplir su función constitucional de orientar la ejecución de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social.

Esta atribución a las instancias del sistema penal de competencias de ejecución de los aspectos represivos de la política migratoria (del derecho administrativo sancionador), la encontramos ya en la primera Ley de Extranjería de 1985, y se ha mantenido en las sucesivas reformas y modificaciones, hasta llegar a la legislación actual. Pero en realidad proviene ya de la etapa pre-constitucional, durante la cuál, como hemos indicado, la confusión entre política migratoria y política criminal lleva al extremo de internar en prisión por tiempo indefinido a los extranjeros que incumpliesen las normas administrativas de extranjería.

El hecho de atribuir a las instancias del sistema penal las competencias punitivas en materia de extranjería (como la competencia del juez de instrucción de autorizar el internamiento) podía tener sentido si se creaba un derecho penal administrativo como existe en otros países europeos, en los que se atribuye a los jueces del orden penal la competencia en los expedientes sancionadores. Pero en España no se ha atribuido toda la potestad sancionadora estatal a la jurisdicción penal, con la elevación del nivel de garantías individuales que ello implicaría, sino que la administración mantiene una potestad sancionadora autónoma que reconoce al ciudadano unos derechos de defensa muy limitados -pese a que el TC ha insistido reiteradamente en la aplicación de los principios propios del ámbito penal a los procedimientos administrativos sancionadores.

Es más, en la política de extranjería la administración recurre a instrumentos materialmente penales -como la expulsión y el internamiento-, sin utilizar el procedimiento jurisdiccional con todas las garantías que la Constitución reconoce para la limitación de derechos fundamentales. A ello nos referiremos a continuación.

2. Un derecho administrativo sancionador especial para los extranjeros

A lo largo de esta Parte III de la tesis hemos constatado que la finalidad básica de las regulaciones analizadas consiste en asegurar la eficacia de las políticas de control de los flujos migratorios, y para ello se recurre tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador de forma indiscriminada, sin tener en cuenta los criterios que deberían servir para diferenciar dichos ámbitos sancionadores.

En el Estado español el *ius puniendi* estatal no está reservado a las exclusivas manos de la judicatura, sino que la administración se ha reservado competencias sancionadoras. Esto no obsta a la unidad del *ius puniendi* estatal, siendo la diferencia entre las infracciones y sanciones de un ámbito y otro simplemente de grado.

En cambio, en algunos países se ha creado un derecho penal administrativo –es el caso de Alemania e Italia- que parte de reconocer la unidad o continuidad del *ius puniendi* estatal, en su doble versión de sanciones administrativas y penales. El punto de partida es el reconocimiento de que no existen distinciones sustanciales entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, sino que la diferencia vendría dada por la gravedad de la infracción y de la correspondiente sanción (CEREZO MIR, 1975:159-173; MIR PUIG, 1996:7).

Con la creación del derecho penal administrativo se pretende dotar a las sanciones administrativas de las garantías que rodean al derecho penal.

Consecuentemente, la creación de tal ámbito del ordenamiento jurídico ha ido aparejada de la atribución a la jurisdicción penal de la competencia para imponer sanciones administrativas.

En el Estado español no se ha creado tal ámbito normativo, aunque en los años recientes encontramos alguna propuesta relacionada con ello. SILVA SÁNCHEZ propone la creación de un derecho penal de “dos velocidades”, que admitiría una gradualidad de las garantías en función de la respuesta sancionadora; este derecho penal de dos velocidades estaría formado, en primer lugar, por un núcleo duro que mantendría todas las garantías propias del derecho penal liberal para el caso que la pena a imponer fuese privativa de libertad y, en segundo lugar, por un modelo de derecho penal de menor intensidad garantística en el cuál las sanciones previstas nunca serían privativas de libertad (1999:115-127). También CID MOLINÉ postula un distinto nivel de garantías en las sanciones punitivas en función de su severidad; es decir, a las sanciones materialmente penales les correspondería un nivel máximo de garantías (1996:131-172).

Sin embargo, como decíamos, por el momento no se ha creado ni un derecho penal administrativo ni este derecho penal de dos velocidades.

Por el contrario, lo que parece poderse identificar es la creación de una “tercera velocidad”, en la que coexistiría la imposición de penas severas con una flexibilización de las garantías penales y procesales-penales tradicionales, “velocidad” que de acuerdo con CANCIO MELIÁ estaría conformada por las expresiones ya existentes en el ordenamiento jurídico español del derecho penal del enemigo, como es el caso de la expulsión prevista en el art. 89 del Código Penal –y también de la legislación anti-terrorista (2005).

Cualquiera que sea el nombre con el que queramos designar este fenómeno, lo cierto es que en el control de la inmigración el Estado está recurriendo a un poder punitivo desvinculado de las tradicionales garantías y límites para su ejercicio. Se está creando un “derecho” (aunque es cuestionable que lo podamos designar así) tanto penal como administrativo diferenciado que se aplica tan sólo a los extranjeros.

La expulsión y el internamiento cautelar durante la sustanciación del procedimiento administrativo constituyen dos herramientas punitivas aplicables sólo a los extranjeros. Se trata de instrumentos en manos de la administración destinados al control de los flujos migratorios, esto es, instrumentos de una política migratoria que recurre al *ius puniendi* estatal.

Como hemos indicado, en el Estado español el poder punitivo no está concentrado en las exclusivas manos de la jurisdicción penal, como sucede en otros contextos. Por el contrario, la administración se ha reservado el recurso a la potestad punitiva, pero sometida a límites más estrictos que en el caso del poder judicial. El principal límite viene constituido por el art. 25 de la Constitución, que prohíbe a la administración imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad.

Por tanto, la administración no puede recurrir a la privación de libertad como medida sancionadora. Por supuesto, esta norma también impide al poder ejecutivo privar cautelarmente de la libertad, más allá de las 72 horas de detención policial para el esclarecimiento de los hechos. En otras palabras, si la Constitución prohíbe a la administración imponer sanciones privativas de libertad, como es lógico también le prohíbe imponer medidas cautelares privativas de libertad. Sobre estos extremos no existe discusión alguna.

Estas garantías constitucionales ante el poder punitivo de la administración parece que no rigen en el caso de los extranjeros. Los extranjeros están siendo sometidos a multitud de discriminaciones legales, entre las que se cuenta la flexibilización de las garantías constitucionales ante el poder punitivo de la administración (y, como veremos en el siguiente epígrafe, también la aplicación de una política criminal diferenciada).

Podemos decir que se está configurando un derecho administrativo sancionador especial para el control de los flujos migratorios, que recurre a herramientas penales desvinculadas de las garantías que les son propias. En palabras de CAPUTO,

“El extranjero expulsable está sometido a un verdadero derecho especial, que destaca su dimensión no penal solamente para neutralizar las garantías sustanciales y procesales propias del ordenamiento penal, fundándose, en realidad, en medidas coercitivas de la libertad personal que en el sistema penal revisten carácter de absoluta excepcionalidad” (citado por LONGOBARDO, 1999:218, *la traducción es mía*).

En el ámbito de la legislación de extranjería, por consiguiente, podemos constatar un fenómeno que consiste en la aplicación de sanciones y medidas cautelares materialmente penales por parte del derecho administrativo. Este fenómeno supone una infracción de lo que BARATTA denomina “principio del primado de la ley penal sustancial”. Este principio, en palabras del citado autor,

“tiene el propósito de asegurar la extensión de las garantías contenidas en el principio de legalidad a la situación del individuo en cada uno de los subsistemas en que puede ser subdividido el sistema penal, esto es, frente a la acción de la policía, dentro del proceso y en la ejecución de la pena” (1987:629).

Y digo que este principio está resultando vulnerado porque se está recurriendo a medidas restrictivas de los derechos del individuo que aplican las instancias (o subsistemas) del sistema penal –sobremanera la policía-, sin respetar las garantías contenidas en el principio de legalidad.

En otras palabras, constatamos la aparición de sanciones administrativas sustancial o materialmente penales, en el sentido que afectan derechos fundamentales de las personas cuya afectación estaba tradicionalmente limitada a la coacción penal¹⁷⁶.

El internamiento y la expulsión de extranjeros constituyen ejemplos paradigmáticos de verdaderas “penas” aplicadas por la administración con una ausencia absoluta de garantías. Y hablo de “penas” porque dichos instrumentos punitivos afectan derechos y libertades fundamentales, cuya afectación debería estar restringida al derecho y proceso penal.

El internamiento consiste en una medida cautelar privativa de libertad en unos centros que constituyen verdaderas “cárceles administrativas”. La expulsión, por su parte, nos remite claramente a unas penas propias de la época colonial: consiste en una moderna pena de deportación sin juicio previo.

Como ya he señalado en el capítulo anterior, considero que las privaciones de libertad policiales en los CIE’s de hasta 40 días vulneran la Constitución, ya que la misma establece un clarísimo límite de 72 horas a la detención policial. A estos internamientos se les ha intentado revestir de una pátina de legalidad mediante el trámite de la autorización judicial. Sin embargo, como he tratado de demostrar, dicha autorización judicial consiste en una mera formalidad. Los jueces de instrucción, en su mayoría, consideran que el internado no está a disposición judicial y no se hacen cargo ni de garantizar sus derechos fundamentales ni de comprobar las mínimas condiciones de habitabilidad de los centros requeridas por el principio universal de dignidad humana. Por consiguiente, la autorización judicial del internamiento consiste en una

¹⁷⁶ Señala FERRAJOLI que “Dar forma penal a los ilícitos de derecho público y a las respectivas acciones fue, originariamente, una conquista garantista, que se afirmó frente a los atropellos policiales del *ancien régime* conjuntamente con el principio de legalidad, la división de poderes y el monopolio jurisdiccional de la intervención punitiva del Estado” (1997:713). En la actualidad, parece que la mencionada conquista garantista está quedando seriamente en entredicho.

mera homologación judicial formal de una medida administrativa privativa de libertad dictada dentro de un procedimiento administrativo de expulsión.

En cuanto a la medida de expulsión, podemos constatar que una misma sanción está prevista tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo sancionador, y que los efectos que la expulsión tiene son exactamente los mismos (la prohibición de entrada en territorio español y, en virtud de los acuerdos de Schengen, a todo el territorio europeo). Finalmente, también se produce una identidad en cuanto a las infracciones que permiten adoptar esta medida, que a menudo pueden ser calificadas tanto de infracción administrativa como de infracción penal¹⁷⁷.

La identidad de herramientas punitivas utilizadas por el derecho penal y por el derecho administrativo para el control de los flujos migratorios nos lleva a sostener que la expulsión administrativa y el internamiento de extranjeros representan verdaderas “penas sin juicio”, constituyen sanciones penales encubiertas, porque afectan a derechos y libertades fundamentales de las personas -lo cual debería servir de criterio delimitador entre sanción penal y sanción administrativa- pero se obvian todas las garantías que exige el derecho para que el Estado pueda ejercer su *ius puniendi*. Al no calificar la expulsión de extranjeros como una “pena” se realiza una “estafa de etiquetas” que permite la disolución de las principales garantías penales y procesales en la aplicación de una sanción que, en esencia, es similar a las penas (FERRAJOLI, 1997:764).

En el ámbito del control de los flujos migratorios se están desdibujando los límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. La actual técnica legislativa está abandonando todos los principios clásicos que permitían diferenciar ambos sectores del derecho punitivo. Hemos observado que el derecho penal se ha visto invadido por las políticas de control migratorio, lo que ha provocado la vulneración de muchos de los principios del derecho penal liberal (principio de legalidad, principio de indisponibilidad de la acción penal, principio *non bis in idem*, principio de preeminencia del orden jurisdiccional penal sobre el administrativo, etc.). Se está produciendo un trasvase de funciones y herramientas punitivas entre ambos órdenes normativos con la

¹⁷⁷ En efecto, en el Código Penal encontramos tipificadas algunas conductas que también son perseguidas en el ámbito administrativo, sin que resulten claros los criterios para determinar cuando estamos ante una infracción administrativa y cuando frente a un delito. Es el caso de la realización de actividades contrarias al orden público, algunas de las cuales pueden ser comprendidas en los tipos penales del Título XXII del Código Penal “Delitos contra el orden público”; también varios comportamientos que favorecen la inmigración ilegal o que se aprovechan de la misma previstos como infracción administrativa en la Ley de Extranjería, los encontramos tipificados en el Código Penal en el nuevo Título XV BIS “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” (art. 318 bis), así como en el Título XV “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”.

finalidad de luchar contra la inmigración irregular. Todo el poder punitivo del Estado se pone al servicio de dicho objetivo. Y para lograr una elevada efectividad en esta tarea no se repara en las vulneraciones que se produzcan al viejo sistema jurídico heredero de los principios ilustrados.

Así, podemos señalar que en el ámbito del control de los flujos migratorios se ha producido una transferencia de las funciones punitivas de un sector a otro del ordenamiento, esto es, *dal penale-criminale al penale... extrapenale* (LONGOBARDO, 1999:238).

3. La expulsión como sanción penal emergente de una política criminal diferenciada para los extranjeros

En los últimos años se ha ido diseñando en nuestro país una política criminal diferenciada para los extranjeros con el objetivo de hacer frente al fenómeno de la inmigración irregular.

Con la aprobación del Código Penal de 1995 y sus posteriores modificaciones y con las varias reformas de la Ley de Extranjería realizadas en los últimos años, se ha profundizado la intersección entre el derecho penal y el derecho de extranjería, al incorporarse en el Código Penal una sanción propia del control de los flujos migratorios, como es la expulsión del territorio nacional.

Sobre todo tras la reforma del Código Penal y de la Ley de Extranjería realizada por L.O. 11/2003, la expulsión se ha consolidado como el instrumento privilegiado de una política criminal diferenciada para los extranjeros. Es decir, a los extranjeros condenados (o inculcados) por un delito no les espera fundamentalmente la pena de prisión como en el caso de los españoles, sino una sanción especial destinada tan sólo para ellos: la expulsión del territorio español (y, por aplicación de la Convención de Schengen, de toda la U.E.).

Ante la constatación de la configuración de la expulsión como sanción específica de esta política criminal diferenciada destinada a los extranjeros, hay que preguntarse si la misma es legítima. Creemos que no. La nacionalidad no puede ser un criterio que legitime la ruptura del principio de igualdad que implica el diseño de esta política criminal diferenciada. El derecho penal se basa en el principio de territorialidad (art. 8.1 Código Civil; art. 23 LOPJ), y no en el criterio de la nacionalidad del infractor, lo que significa que las leyes penales españolas se aplican por igual a españoles y extranjeros que se hallen en territorio español. Por otro lado, la nacionalidad no constituye un

fundamento razonable que permita excepcionar el principio de igualdad y aplicar una consecuencia penal diferente a españoles y extranjeros ante la comisión de unos mismos hechos delictivos; es decir, como ha sostenido GARCÍA ARÁN¹⁷⁸, el criterio de la nacionalidad del infractor de la ley penal es constitucionalmente inadmisibles como fundamento de un tratamiento penal desigual (asimismo INSTITUT ESQUERRA XXI (2003:39)).

También MAQUEDA ABREU ha señalado que la expulsión penal supone una seria amenaza de lesión de principios constitucionales esenciales, como es el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal. Por ello considera que sólo puede hacerse una lectura constitucional de dicha medida si se la somete a las exigencias del resto de sustitutivos de penas y medidas de seguridad, orientados hacia los fines preventivo generales y especiales de la pena (2001:518).

Por el contrario, CUGAT MAURI sostiene que la distinción de trato que implica la expulsión penal de los extranjeros no residentes es una posibilidad admitida constitucionalmente, porque el texto constitucional no garantiza igualdad de trato entre nacionales y extranjeros y, al no afectar la expulsión al núcleo de derechos inherentes a la dignidad humana, dice, “debe descartarse que la desigualdad de trato en la imposición de consecuencias jurídicas del delito discrimine negativamente al extranjero” (2001:32-36). A continuación examina si es el nacional el que resulta discriminado, pero sostiene que la distinción objetiva de trato no tiene por qué suponer una quiebra del principio de igualdad. Según esta autora,

“la expulsión, si bien tiene limitado su ámbito de aplicación a los extranjeros, en la medida en que su fundamento no se encuentra en esa cualidad subjetiva sino en las razones de prevención especial que subyacen a todas las alternativas, no puede considerarse discriminatoria” (2001:36).

En consonancia con este planteamiento, CUGAT MAURI a lo largo de todo su artículo hace un esfuerzo argumentativo por demostrar que la expulsión penal comparte los fines preventivos –generales y especiales positivos, esto es resocializadores- del resto de consecuencias jurídicas del delito, en especial de los sustitutivos penales (2001:23-37). Más allá de no compartir algunos de los argumentos planteados, creo que tras la reforma del art. 89 CP en septiembre de 2003 que generaliza la expulsión, el

¹⁷⁸ *Motivos de inconstitucionalidad en la regulación de las infracciones y sanciones realizada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (documento inédito enviado por la autora).

intento de justificar la expulsión en base a la resocialización me parece abocado al fracaso.

En todo caso, y en cuanto a la legitimidad de establecer un tratamiento penal diferenciado para los extranjeros, creo que el argumento según el cual la Constitución no garantiza la igualdad de trato entre españoles y extranjeros resulta limitado. En primer lugar, porque como hemos visto, la propia jurisprudencia constitucional está tendiendo a revisar este criterio, extendiendo cada vez más el principio de equiparación entre nacionales y extranjeros. En segundo lugar, y desde una visión de futuro, conforme la inmigración aumente (lo que sin duda sucederá en los próximos años), cualquier justificación de la desigualdad de trato entre nacionales y extranjeros tiene el potencial para convertirse en una legitimación de la construcción de “ciudadanos de segunda categoría”; es decir, no se trata de la simple discriminación de unos cuantos individuos aislados -lo que sin duda ya es criticable-, sino de una parte relevante de la sociedad (en la actualidad el 6 o el 8%, y este porcentaje seguirá aumentando). En tercer lugar, no estamos hablando de la distinción de trato en un aspecto menor, sino en el ejercicio diferenciado del poder punitivo del Estado, uno de los ámbitos más sensibles del Estado de Derecho.

En conclusión, una parte de la doctrina penal se ha pronunciado sobre la indebida atribución de relevancia penal a la condición administrativa de irregularidad del extranjero, por considerar que no puede ser un hecho legitimante de un tratamiento penal diferenciado respecto de los extranjeros con residencia legal y los españoles. La expulsión, pues, supone una infracción ilegítima del principio de igualdad y, para algunos autores, debe ser eliminada del Código Penal o como mínimo restringida a unos pocos supuestos (en este sentido, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 1998; CANCIO MELIÁ, 2005; NAVARRO CARDOSO, 2004).

Finalmente podemos preguntarnos qué tipo de racionalidad hay detrás de esta política criminal diferenciada para los extranjeros.

La reforma de la Ley de Extranjería y del Código Penal realizada por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, nos puede dar alguna pista al respecto. Como he señalado, dicha reforma elimina la discrecionalidad judicial en la sustitución del proceso o de la pena por la expulsión. Ahora el juez deberá decretar o autorizar la expulsión, salvo que existan motivos excepcionales. Creo que el objetivo de esta modificación es realizar una racionalización de la política de expulsiones e intentar evitar el derroche de recursos. La intersección entre el derecho penal y el derecho de extranjería tal como estaba regulada

era claramente antieconómica. Se habían establecido una multiplicidad de momentos en los que se podía llevar a cabo la expulsión, pero siempre se trataba de una posibilidad que dependía de la discrecionalidad judicial. Y, como ya se ha apuntado, los jueces habían mostrado mucha reticencia en sustituir el proceso o la pena por la expulsión.

Podía entonces suceder que el juez de instrucción no autorizase la expulsión del imputado y, tras la realización del juicio, el juez o tribunal sentenciador sustituyese la pena de prisión inferior a 6 años por la expulsión. En este caso, se habrían derrochado recursos al realizar el juicio penal. Pero el derroche sería mucho mayor si el órgano sentenciador no sustituyese la pena de prisión por la expulsión y ésta fuese llevada a cabo por la autoridad gubernamental tras el cumplimiento de la condena (en base al art. 57.2, antecedentes penales como causa de expulsión).

Estos ejemplos me sirven para tratar de desentrañar las racionalidades que hay detrás de esta política criminal diferenciada para extranjeros y que gira en torno a la expulsión del territorio español. Creo que la misma conjuga una racionalidad neoliberal con una racionalidad conservadora.

La racionalidad neoliberal se manifiesta en la reducción de costes económicos que supone la sustitución de la pena de prisión por la expulsión (y todavía se reducen más los costes si se logra la paralización del proceso penal para ejecutar una expulsión administrativa). La expulsión es una pena con una clara finalidad preventivo-especial negativa o incapacitadora -la persona a quien se expulsa queda incapacitada para cometer delitos en España- que, además, tiene unos costes económicos muy reducidos. Pero además se utiliza como una técnica actuarial de reducción de riesgos (DE GIORGI, 2005:95), ya que la expulsión se aplica a toda la categoría de los inmigrantes en situación de residencia irregular, que se considera un grupo de riesgo.

Por otro lado, la racionalidad conservadora se vislumbra en una actitud moralista y xenófoba frente a los extranjeros. Se considera casi una “ofensa nacional” que estos recién llegados se permitan el lujo de cometer delitos. A los extranjeros se les exige que no cometan delitos si quieren residir en España, se le exige un plus de obediencia respecto a los nacionales, un respeto escrupuloso a la legalidad.

Esta conjunción de la racionalidad neoliberal y la conservadora es común en las prácticas y las políticas penales actuales. El tema ha sido abordado por O’MALLEY, quien señala que en ocasiones ambas racionalidades se han englobado bajo el calificativo de criminología neoliberal, pero que en realidad se trata de la Nueva Derecha. En palabras del propio autor,

“la Nueva Derecha está integrada por dos tendencias de pensamiento distintas y que de algún modo compiten entre sí: una neoconservadora *social autoritaria* y una neoliberal de *libre mercado*. La alianza resultante, aunque usualmente referida como neoliberal en la criminología actual, es en la práctica mucho menos coherente que una racionalidad política singular” (O’MALLEY, 2005).

Creo que esta interesante contribución nos da pistas para analizar las políticas criminales en nuestro país y, en particular, en el tema que aquí nos ha ocupado, nos permite identificar la política criminal diferenciada para los extranjeros como un ejemplo más del desembarco de la Nueva Derecha en las políticas penales del Estado español.

**CONCLUSIONES
Y VERIFICACIÓN DE LAS HIPÓTESIS**

En este apartado final de la Tesis retomaré los principales argumentos contenidos en las diversas partes de esta investigación, reflexionaré acerca de la verificación de las hipótesis enunciadas en la parte introductoria e intentaré extraer algunas conclusiones globales.

No obstante, se puede adelantar que, dado el carácter interdisciplinario de este trabajo, la tarea de verificación de las hipótesis reviste diverso alcance y puede ser o no cumplida en varios niveles.

En la introducción ya me he referido a los distintos planos en los que se sitúan las disciplinas que confluyen en las investigaciones socio-jurídicas, indicando que mientras el derecho es una ciencia normativa o del “deber ser”, la sociología es una ciencia descriptiva o del “ser”. De ello se deriva que cuando analizamos las disposiciones legales no podemos predicar su veracidad o falsedad, esto es, los enunciados legales que contienen no son verdaderos ni falsos. En cambio, podemos valorar su adecuación con el conjunto del ordenamiento jurídico, con principios orientadores del mismo, o con criterios éticos en general. En este caso la verificación de las hipótesis consiste en la argumentación en base a elementos o criterios intra-sistémicos, sin recurrir a argumentos externos al sistema jurídico.

En cambio, las hipótesis acerca de los efectos que las normas producen en la realidad social son susceptibles de verificación empírica mediante investigación sociológica. Si decimos, por ejemplo, que los criterios normativos para decretar prisión preventiva conducen a una desproporcionada aplicación de esta medida cautelar a los extranjeros, ello se puede verificar mediante la comparación de los casos en los que se decreta esta medida a los nacionales y a los extranjeros.

Pero no siempre estos dos planos del “deber ser” y del “ser” pueden ser distinguidos claramente, y a menudo se incurre en falacias normativistas o naturalistas. Por ejemplo, creo que podemos encontrar un caso bastante claro de falacia normativista (tomar el “deber ser” por el “ser”) en la sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, donde se declara la constitucionalidad de los CIE porque el extranjero está “a disposición judicial”. Del hecho que la ley diga que el extranjero está a disposición judicial no se puede inferir que en la realidad sea así (y precisamente la investigación empírica que hemos realizado lo desmiente).

Por otro lado, la distinción ideal entre “deber ser” y “ser” en la práctica pierde bastante sentido, porque ambos planos no admiten una nítida separación en los análisis de la realidad jurídica y, por consiguiente, tampoco en la argumentación (lo que no

supone necesariamente incurrir en las aludidas falacias). Esto significa que el jurista debe necesariamente tomar en consideración la realidad social en su argumentación, al igual que el sociólogo no puede prescindir de juicios de valor sobre la realidad que investiga. En pocas palabras, los argumentos a menudo combinan elementos normativos con otros descriptivos.

A estas consideraciones hay que añadir también que la verificación sobre hipótesis históricas tiene distintos grados de concreción. Si bien es posible predicar la veracidad o falsedad de una afirmación histórica (así, por ejemplo, no cabe duda sobre la existencia de los campos de exterminio), las explicaciones o interpretaciones de los acontecimientos en muchos casos no pueden ser objeto de verificación o admiten diversas versiones.

Con todo ello he querido poner de manifiesto la complejidad que implica la pretensión de verificar hipótesis en el ámbito de las disciplinas sociales. Incluso en el ámbito de las ciencias exactas no existen “verdades” absolutas, y se pueden producir revoluciones paradigmáticas que impliquen la revisión de todas las “verdades” anteriores.

En el caso de las hipótesis anunciadas en esta Tesis doctoral, no siempre será posible una verificación empírica de las mismas (o más bien en muy pocos casos). En ocasiones se trata de enunciados opinables, que no son susceptibles de verificación, y que sólo permiten una argumentación más o menos convincente a menudo a nivel fundamentalmente político. En definitiva, en este trabajo no he pretendido desvelar “verdades”, sino más modestamente realizar un ejercicio de argumentación con el objeto de sumar mi voz a la de aquellos que muchas veces no dejamos que se expresen (y no lo digo en sentido metafórico, sino que aludo por ejemplo a la negación del derecho de manifestación a los “clandestinos”).

Retomemos la hipótesis de partida de este trabajo para elaborar las conclusiones a la luz de la misma. La hipótesis general indicaba que *el fenómeno migratorio se está “gestionando” a través de instrumentos punitivos, antes que de integración social, lo que provoca una elevada criminalización y exclusión social de los inmigrantes extracomunitarios.*

Se trata más bien de un enunciado que ha guiado el trabajo realizado, y que es bastante compartido entre los estudiosos del tratamiento de la inmigración en España, aunque quizá no tanto por parte del Gobierno, que en las Exposiciones de Motivos de sus Leyes sigue hablando de “integración social de los inmigrantes” para justificar un

endurecimiento de la política de expulsiones. En todo caso, creo que la verificación de este enunciado (o una justificación más o menos convincente de mismo) se puede realizar a través de la reflexión sobre las conclusiones e hipótesis parciales tratadas en las diversas partes de la Tesis. Retomemos entonces los principales argumentos elaborados en los tres grandes apartados.

En la Parte I de la Tesis me he ocupado de exponer los diversos discursos elaborados a lo largo de la historia del pensamiento criminológico sobre la criminalidad de los extranjeros o de las minorías étnicas. Para ello he recurrido a los textos originales de los principales autores de la teoría criminológica en busca de referencias al tema objeto de estudio. Pero además de trabajar con textos de criminólogos (o sociólogos de la desviación), también he recurrido a estudiosos del racismo, para intentar poner de manifiesto la contribución de la criminología en la ideología racista en los momentos históricos de hegemonía de esta última.

Es decir, he intentado demostrar -tal y como señalaba en la primera de las hipótesis específicas- que “los discursos criminológicos sobre el ‘otro’ a lo largo de la historia de la criminología han ido de la mano de la expansión o retracción de la ideología racista. Buena parte de la criminología se ha puesto al servicio de discursos y prácticas racistas -y en ocasiones genocidas- cuando la ideología racista ha conquistado el poder, y la ha cuestionado e incluso combatido en los períodos históricos y ámbitos espaciales en que dicha ideología ha perdido legitimidad”.

En este relato sobre la historia de las ideas he expuesto las diversas teorías criminológicas que desde el siglo XIX en adelante han pretendido explicar científicamente las causas de la criminalidad de las “razas” no europeas, de las minorías étnicas o de los inmigrantes, y que dependiendo del caso han hecho hincapié en factores de tipo biológico, de tipo cultural, o de tipo socio-económico.

He prestado especial atención a la contribución de la criminología decimonónica a la ideología racista imperante, contribución que se manifiesta de forma un tanto burda con la invención lombrosiana de la categoría del “delincuente atávico”, que comparte la inferioridad biológica de las “razas inferiores”, por lo que no es más que una teoría de la inferioridad racial del “delincuente”.

La lectura de los escritos de Lombroso me ha llevado a afirmar el origen racista de la criminología etiológica pretendidamente científica, que constituye una faceta más del discurso racista de la “ciencia” decimonónica.

Como hemos visto, la teoría de Lombroso del delincuente atávico sugiere que éste es un individuo que no ha alcanzado el grado de desarrollo evolutivo del hombre europeo civilizado, sino que se ha quedado en un estadio anterior que lo iguala a los individuos de las razas inferiores. Esta teoría pretende demostrarla a partir de ciertas similitudes fisiológicas que encuentra entre los delincuentes estudiados y los individuos de raza negra o mongólica.

La imaginativa teoría lombrosiana no hace más que dar una justificación pretendidamente científica al estereotipo del delincuente existente en las sociedades europeas decimonónicas, caracterizadas por una ideología racista que invade todo el cuerpo social y, por supuesto, también el pensamiento científico. La teoría resulta de lo más útil para justificar el sometimiento burgués tanto de las clases marginales europeas como de los pueblos colonizados, esto es, para justificar el ejercicio del poder penal frente a los individuos considerados biológicamente inferiores. Además, la fabulación lombrosiana tiene la virtud de ser absolutamente compatible con la ideología evolucionista del darwinismo social que en esos momentos adquiere hegemonía. La teoría del delincuente atávico es una perfecta adaptación –aunque bastante ingenua a los ojos del siglo XXI- del racismo evolucionista al campo de la criminología.

Lo cierto es que los discursos racistas del médico veronés y sus seguidores constituyen una de las etapas más vergonzantes por las que ha atravesado la historia del pensamiento criminológico, pero no obstante fue superada con creces por la contribución de los penalistas y criminólogos en el diseño político-criminal del exterminio perpetrado por los nazis.

Por el contrario, hemos visto que en la Norteamérica de la década de 1920 se impulsa un proyecto político democrático basado en la creencia en el ideal igualitario y en la disolución de las barreras entre clases sociales. En ese contexto, las ciencias sociales desarrollan un importante papel, relegando la ideología racista para alumbrar la denominada sociología de las *race relations*. En el ámbito criminológico, los enfoques sociológicos desplazan las teorías biológicas que trataban de medir la influencia del factor racial como causa del delito. Los trabajos de la Escuela de Chicago constituyen un punto de inflexión en el análisis de la relación entre “raza”, etnia o inmigración y delincuencia. Se abandonan los estudios de tipo factorial e individual para situar como objeto de estudio las interacciones entre los diversos grupos étnicos y sociales en la ciudad, que pasará a ser el nuevo “laboratorio” de sociólogos y criminólogos. Por tanto, ya no se tratará más de estudiar al “delincuente” en un laboratorio (una cárcel, un

manicomio, etc.) con el fin de descubrir las causas de la criminalidad en patologías individuales. Esta nueva criminología sociológica abordará el estudio del comportamiento delictivo como una conducta social más, que se aprende exactamente igual que las demás formas de comportamiento.

Las investigaciones de la Escuela de Chicago, con su metodología innovadora (historias de vida, observación participante, análisis de correspondencia, mapas delictuales, etc.), representan en mi opinión el desarrollo más interesante alcanzado por la criminología interesada en estudiar la criminalidad. Ello es debido a que evitan incurrir en la reiterada confusión entre “delincuente” y detenido o encarcelado; es decir, no se limitan a estudiar a los individuos previamente seleccionados por el sistema penal (cuya selección, como han mostrado estudios posteriores, depende de estereotipos), sino que se ocupan de los individuos en su “hábitat”, esto es, en la ciudad. Estas teorías pondrán énfasis en los factores ambientales, sociales y culturales de la criminalidad, sin atribuir ningún tipo de “tendencia criminal” a los diversos grupos étnicos y afirmando su mismo nivel de criminalidad dado un mismo ambiente social o condiciones socio-económicas. En otros términos, pese a que se califique a las teorías criminológicas de la Escuela de Chicago como teorías “culturales”, en general concluyen que la cultura originaria de los inmigrantes no juega un rol relevante en la producción de la delincuencia, sino que las causas hay que buscarlas en las condiciones socio-económicas en las que se viven estos inmigrantes.

Al igual que en la actualidad, en la Norteamérica de principios del siglo XX la cuestión migratoria, la cuestión social, y la cuestión criminal (entendida como mantenimiento del orden social) constituyen un mismo proceso, al que se pretende responder con una misma solución: la interacción entre los diversos grupos étnicos o nacionales para establecer conjuntamente las bases de la nueva sociedad democrática de masas. De este planteamiento democrático deberíamos tomar nota en este inicio del siglo XXI, en el que parece claro que la cuestión migratoria va a producir una redefinición del orden social actual. Del enfoque que demos al tema migratorio dependerá que nuestras sociedades se enriquezcan con una mayor pluralidad o, por el contrario, se fracturen entre ciudadanos y no-ciudadanos, los segundos privados de derechos y sometidos a una elevada criminalización y exclusión social.

Se ha reprochado, con razón, a la Escuela de Chicago que sus teorías criminológicas en la mayoría de los casos se han centrado en los delitos callejeros y en la criminalidad de los bajos fondos. No obstante también destaca la investigación de

Sutherland sobre los “delitos de cuello blanco”, que pone las bases para una “revolución científica” en el ámbito criminológico. Para que se produjera dicha revolución epistemológica era necesario que se desvelase la función constitutiva de la criminalidad que desarrollan las instancias del sistema penal, así como su actuación selectiva, y que se cuestionasen las estadísticas como instrumento de medición de la criminalidad. Y aquí también hay que destacar como pioneros los trabajos sobre la discriminación de la población negra en el ámbito del sistema penal.

Hemos visto que pese a los ideales democráticos e igualitarios en los que se asentaba la sociedad norteamericana de ese momento, en la práctica el racismo no había desaparecido del cuerpo social y, no obstante los años transcurridos desde el fin de la esclavitud, la población negra seguía sufriendo una profunda discriminación y segregación. Este “dilema” -según lo calificó Myrdal- entre el ideal democrático y la discriminación de los negros planteaba la necesidad de estudiar el racismo como ideología y también las prácticas que desencadena. En el ámbito criminológico, este planteamiento inauguró los análisis sobre la existencia de discriminación racial en el sistema penal, donde encontramos los pioneros trabajos de Sellin afirmando que la igualdad ante la ley no constituye más que una ficción y denunciando la discriminación de las instancias del sistema penal respecto a la población negra e inmigrante.

Una de las conclusiones más destacables que he alcanzado en esta Parte I de la Tesis es que los análisis sobre la relación de la población negra y el sistema penal desarrollados en la primera mitad del siglo XX anticipan los principales elementos para el surgimiento de los enfoques criminológicos de la reacción social, que producen un importante cambio de paradigma y cuestionan la legitimidad del ejercicio del poder punitivo. En los trabajos acerca de la discriminación racial de la población negra de Sellin, Johnson y Myrdal encontramos ya análisis sobre la definición del delito, cuestionamiento de las estadísticas como instrumento de medición de la criminalidad, denuncia de la selección con la que operan las instancias del sistema penal, etc. En resumen, los elementos sobre los que construir una sociología del control penal.

Mientras en los EE.UU. encontramos estos interesantes desarrollos criminológicos (con autores como Sutherland y Sellin, seguramente los más destacados criminólogos del siglo XX), en el viejo continente la criminología se mantenía anclada a un paradigma etiológico con fuertes raíces biológicas, y algunos eminentes cultores de esta disciplina se disponían a poner este “saber” al servicio del exterminio en nombre de la “pureza racial”. Hemos visto que la ideología racista y eugenésica orientó la

producción político-criminal del nazismo, con la aprobación de leyes dirigidas a salvaguardar la “superioridad de la raza aria”, así como también los desarrollos criminológicos, con un fuerte predominio de la biología criminal y la identificación de la “degeneración racial” como causa de la criminalidad.

Por tanto, se puede concluir que durante el período nacionalsocialista, cuando la ideología racista conquistó el poder, en el campo criminológico adquirieron renovado vigor los enfoques biológicos sobre la criminalidad, que se pusieron al servicio del exterminio. Sólo con la derrota militar del nazismo y la conciencia sobre los horrores cometidos las doctrinas racistas elaboradas desde Gobineau en adelante caen en un gran desprestigio, traducido en el ámbito criminológico en el relegamiento de la biología criminal a la historia del pensamiento criminológico, aunque no necesariamente de forma definitiva...

La década de 1960 trae consigo algunos de los más lúcidos análisis sobre el funcionamiento de los mecanismos del poder, también en el ámbito del sistema penal. Las teorías del etiquetamiento y de la reacción social ponen en crisis las nociones tradicionales de delito y de delincuente, indicando la necesidad de que la criminología tome en consideración los procesos de definición de los delitos –criminalización primaria- y de aplicación de las leyes por parte de las instancias del sistema penal –criminalización secundaria-.

Esta “revolución paradigmática” y la consiguiente inversión del objeto de estudio de la criminología –del delincuente al sistema penal- era el presupuesto necesario para que se pudieran desarrollar los estudios sobre la existencia de racismo en los procesos de criminalización, estudios que se extienden primero en EE.UU. y luego en Gran Bretaña cuando, bajo el peso de la discriminación racial, el conflicto social y étnico estalla en forma de disturbios raciales (*race riots*).

En los duros años '70 y '80 los estudios de la relación entre minorías étnicas o extranjeros y sistema penal van adquiriendo cada vez mayor centralidad en los debates criminológicos, identificándose fundamentalmente tres corrientes interpretativas: una primera de carácter etiológica que recurre a las teorías subculturales para sostener y explicar una mayor criminalidad de las minorías étnicas; una segunda heredera de los enfoques socio-construccionistas que sostiene la existencia de discriminación racial en el funcionamiento del sistema penal; y una tercera representada por los “realistas de izquierdas” que se decantan por interpretar las estadísticas del sistema penal como una combinación de ambos factores que se refuerzan y amplifican mutuamente.

Mientras que originariamente los enfoques subculturales ponían mucho énfasis en factores socio-económicos de la criminalidad de las minorías étnicas, vinculados a la posición que ocupan en la estructura social, paulatinamente observamos que las interpretaciones subculturales sobre la criminalidad se acercan peligrosamente a una concepción patológica de la misma, como sucede con la desafortunada teoría de la “subcultura de la violencia” en la que encontramos la noción de “criminalidad negra”. Los autores de la misma no advirtieron el potencial racista de su teoría, que se pone de manifiesto con el uso de este tipo de explicaciones “culturales” que hace la criminología de la ultra-derecha norteamericana a partir de la década de 1980.

En efecto, como hemos tratado de mostrar, los representantes de la Nueva Derecha han encontrado en las explicaciones culturales de la criminalidad una forma de poner al día sus teorías racistas. En primer lugar, despojan a dichas teorías de todos sus elementos socio-estructurales, con el objeto de rebatir que las inversiones sociales constituyan un instrumento para reducir la criminalidad. Y luego sitúan las causas del delito en la dependencia de las políticas asistenciales, la ruptura de la estructura familiar y la ausencia de sentido de la responsabilidad, elementos “culturales” que caracterizan sobremanera a buena parte de la población negra. A esta actualización del discurso criminológico racista por la vía de la apelación a la “cultura” hay que añadir los rebrotes de la biología criminal, cuya dependencia de la ideología racista me parece que no admite discusión.

Finalmente hemos prestado atención a la discusión entre criminólogos realistas y socio-construccionistas, todavía vigente en la actualidad. Hemos visto que los primeros atribuyen credibilidad a las estadísticas oficiales como indicador de la mayor criminalidad de las minorías étnicas, aunque también sostienen la existencia de discriminación racial en el sistema penal. Además, se interesan por las causas del delito y se involucran en el diseño de políticas criminales (ante todo sociales) para combatirlo. En cambio, los criminólogos socio-construccionistas interpretan la sobre-representación de las minorías étnicas en el sistema penal como reflejo de la selectividad y discriminación racial del sistema penal, que provoca una elevada criminalización de las minorías étnicas. Este debate ha hecho correr mucha tinta con descontextualizaciones, equívocos sobre las posturas contrarias y acusaciones de claudicación a la lógica racista. Esfuerzos que más vale dirigir a combatir el auge de los discursos criminológicos racistas de la ultra-derecha, tanto las versiones del racismo biológico como las más generalizadas del racismo culturalista.

En suma, a lo largo de la Primera Parte de la Tesis he pretendido demostrar el origen racista de la criminología “científica”, vinculado a la hegemonía decimonónica de la ideología racista. Y, también, que en determinados momentos históricos de expansión del racismo, el tema racial vuelve a situarse en el centro de la “agenda criminológica”, como es el caso del período nazi o, ya a fines del siglo XX, con los rebrotes biologicistas y los enfoques culturales sostenidos por algunos elementos de la criminología de la ultra-derecha estadounidense.

Creo que en esta historia de las ideas que hemos expuesto se puede verificar que a lo largo de la historia del pensamiento criminológico a menudo se han elaborado discursos que pretendían demostrar y/o explicar una mayor criminalidad de los extranjeros o las minorías étnicas. En momentos históricos de auge de ideologías racistas estos discursos han enfatizado factores biológicos o culturales propios y diferenciales de estos grupos poblacionales, mientras que en momentos de mayor integración se pone el acento en las condiciones socio-económicas de los diversos grupos sociales.

Se puede pues concluir que toda criminología de raíz biológica lleva más o menos explícita la semilla del racismo, lo que no significa que el racismo no anide en otras perspectivas criminológicas, como puede ser el caso de los enfoques culturales, que a menudo constituyen el *aggiornamento* de la ideología racista en la actualidad.

Una cuestión que ha ido planeando a lo largo de toda la primera parte de la Tesis es la distinta validez que las diversas teorías o enfoques criminológicos han atribuido a las estadísticas del sistema penal como instrumento de medición de la criminalidad. Mientras que desde la criminología oficial se considera que las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias constituyen un reflejo de la criminalidad –y de hecho las denominan “estadísticas criminales”-, desde enfoques críticos se ha señalado que dichas estadísticas lo que miden en realidad es tan sólo la actividad del sistema penal.

La discusión acerca de las estadísticas tiene profundas implicaciones, ya que enfrenta una concepción del sistema penal como instrumento neutral e igualitario, con una concepción del mismo como herramienta violenta y selectiva para el mantenimiento del *status quo*.

He dejado sentada mi concepción del sistema penal desde el inicio de este trabajo al plantear como segunda hipótesis específica que “el sistema penal no persigue todos los delitos cometidos sino tan sólo una pequeña parte que selecciona en base a factores muy variados, entre los que se cuentan las prioridades políticas, los usos y costumbres institucionales de las instancias penales, así como los prejuicios y estereotipos clasistas

y racistas sobre la imagen del ‘delincuente’. Los aludidos procesos de selección de los delitos que son perseguidos –y de los individuos criminalizados- generan la existencia de discriminación racial en el sistema penal, tanto imputable a actividades individuales como a factores institucionales del sistema penal y estructurales de la sociedad”.

Esta hipótesis la he tratado de verificar, por una parte, mediante la argumentación teórica de diversos autores expuesta en la Parte I de la Tesis: sobre todo Sutherland, Sellin, Johnson, Myrdal y, unos años después, los teóricos de la reacción social (Becker, Lemert, Kitsuse y Cicourel, Chambliss y Nagasawa, entre otros); por otra parte, mediante toda la investigación empírica que constituye el objeto de estudio de la Parte II, donde intento poner de manifiesto la selectividad y discriminación racial con que actúa el sistema penal.

En la Parte II de la Tesis me he ocupado del debate acerca de si la sobre-representación carcelaria de los extranjeros o minorías étnicas refleja una mayor criminalidad de éstos o, por el contrario, es consecuencia de la discriminación existente en el sistema penal. He mostrado que todas las investigaciones empíricas reseñadas constatan la sobre-representación de las minorías étnicas en el sistema penal, pero la interpretación de esta sobre-representación ya no es compartida. Las investigaciones parten de diversas perspectivas teóricas y llegan a conclusiones diversas. Algunas imputan la sobre-representación a la mayor criminalidad de las minorías étnicas, pretendiendo que el sistema penal simplemente “reacciona” frente a un dato “objetivo” de la realidad, mientras que otras la imputan a la discriminación racial del sistema penal, sin pronunciarse acerca de la criminalidad de las minorías étnicas. Finalmente la mayoría considera que se produce una interacción entre ambos procesos, los cuales se refuerzan mutuamente. Estos tres enfoques se corresponderían con las tres perspectivas a las que me he referido al final de la Parte I: criminología oficial, criminología socio-construccionista, realistas de izquierdas.

Así, en esta parte segunda de la Tesis he comenzado por exponer de forma detallada las principales investigaciones empíricas realizadas en Gran Bretaña sobre la relación entre sistema penal y minorías étnicas. He mostrado que una cantidad importante de investigaciones empíricas -incluso procedentes de instituciones oficiales- han verificado la existencia de prejuicios y discriminación racial en los diversos estadios del sistema penal, en mayor o menor medida. Aunque no resulta fácil cuantificar los efectos de dicha discriminación en el resultado final de los procesos de criminalización, esto es, en el volumen de sobre-representación carcelaria de las minorías étnicas, hay

que recordar que las decisiones que se adoptan en una instancia del sistema penal producen efectos en los siguientes estadios y que las actuaciones del sistema penal tienden a auto-validarse, de forma que aunque el volumen de discriminación constatado en cada uno de esos estadios no parezca muy relevante, su impacto acumulativo puede ser muy amplio.

He analizado separadamente las investigaciones que se han referido a la instancia policial, a la instancia judicial y a la instancia penitenciaria, distinguiendo en cada caso los análisis sobre la existencia de prejuicios y estereotipos negativos sobre las minorías étnicas entre los agentes de dichas instancias y la traducción o plasmación de dichos prejuicios en actuaciones y prácticas discriminatorias. A su vez, para reflexionar sobre la discriminación racial en la actividad de las diversas instancias del sistema penal, he recurrido al criterio analítico de distinción entre discriminación individual, discriminación institucional –directa o indirecta- y discriminación estructural.

He hablado de “discriminación individual” en el caso de prácticas racistas de individuos que actúan en el marco de las instancias del sistema penal –policías, jueces, funcionarios penitenciarios-, siempre y cuando se trate de casos aislados imputables a actitudes de individuos concretos. En cambio, cuando las actuaciones racistas se desarrollan en el marco de políticas institucionales o forman parte de las formas de operar de las instituciones, con independencia de las actitudes individuales, hablamos de “discriminación institucional”. Este tipo de discriminación puede ser directa (prácticas abiertamente racistas: leyes racistas, “cultura policial” racista) o indirecta (normas o actividades que formalmente no son racistas pero provocan resultados discriminatorios). Finalmente hablo de “discriminación estructural” cuando la discriminación ya no depende de actividades individuales racistas ni puede ser fácilmente identificable en la actuación de las instituciones, sino que es consecuencia de la posición estructural que ocupan las minorías étnicas en la sociedad, que se sitúan en los estratos sociales inferiores y resultan más vulnerables a la criminalización.

El examen de las diversas investigaciones empíricas a la luz de los criterios analíticos enunciados me lleva a concluir que buena parte de dichas investigaciones han verificado y documentado la existencia de prejuicios raciales entre los trabajadores de las instancias del sistema penal, sobre todo entre los agentes policiales y los funcionarios penitenciarios, que se ponen de manifiesto a través del lenguaje y las expresiones utilizadas en las entrevistas de las investigaciones cualitativas.

Además del nivel de los prejuicios raciales, las investigaciones también han verificado que estos prejuicios se plasman en prácticas discriminatorias, es decir, que los prejuicios y estereotipos originan un distinto tratamiento de las minorías étnicas. Así, en el caso de la actividad de la instancia policial, han verificado que la policía recurre con mucha mayor frecuencia a sus poderes de identificación (*stop and search*) respecto de las minorías étnicas que respecto de la mayoría étnica, lo que pone de manifiesto una actuación discriminatoria. Asimismo, las investigaciones muestran que en las detenciones policiales hay mucho margen para la selectividad y discriminación racial, por lo que las estadísticas policiales de detenciones no pueden considerarse un reflejo de la criminalidad. También ha sido constatada la existencia de discriminación racial en la actividad judicial (mayor probabilidad de la población negra de sufrir prisión preventiva, de ser condenada a pena de prisión y de recibir penas más largas), en una de las investigaciones sobre *sentencing* más rigurosas que se han realizado.

Pero además de estos dos niveles de racismo -prejuicios y prácticas discriminatorias- imputable a las personas individuales que trabajan dentro del sistema penal (en Gran Bretaña se calificó de “bad apples approach”) y que puede ser abordado con políticas anti-discriminatorias de tipo “managerial” (buena selección de personal, cursos formativos, etc.), las investigaciones también han puesto de manifiesto la existencia de discriminación racial tanto institucional en el sistema penal como estructural en la sociedad, que sólo puede ser abordada a través de políticas públicas dirigidas a una transformación estructural de la sociedad.

Hemos visto que varias investigaciones han identificado la existencia de una “cultura policial” racista, que ha sido descrita y condenada por un informe oficial como “racismo institucional”. Por otro lado, he señalado la problemática acerca de que en no pocos casos los criterios legales que guían los procesos de toma de decisiones en el sistema penal pueden producir discriminación, aunque no sea imputable a prácticas discriminatorias directas. Ello sucede cuando los aludidos criterios producen de forma sistemática un impacto desfavorable en los extranjeros o minorías étnicas, como en el mencionado caso de las declaraciones de culpabilidad (*guilty plea*).

Pero además de los factores legales que pueden producir discriminación institucional indirecta, hay que tener en cuenta la influencia de los factores socio-económicos, que son tomados en cuenta, explícita o implícitamente, en todas las fases e instancias del sistema penal. De forma explícita, por ejemplo, en las decisiones acerca de la prisión preventiva o de las medidas alternativas en fase de ejecución penal,

decisiones en las que los factores socio-económicos (empleo, vivienda, familia, etc.) a menudo tienen un peso fundamental. Las políticas anti-discriminatorias han recomendado la eliminación de estos criterios cuando no sean estrictamente necesarios, con el fin de reducir la discriminación racial indirecta por motivos vinculados a la posición que ocupan las minorías étnicas en la estructura social.

Pero cuando la toma en consideración de este tipo de factores no es explícita y depende de la discrecionalidad y de los juicios subjetivos de los agentes que deben tomar decisiones, es más difícil afrontar este tipo de discriminación. Por ello, las políticas anti-discriminatorias recomiendan la reducción de la discrecionalidad como forma de reducir las prácticas discriminatorias, tanto directas como indirectas. No obstante, he advertido que en el caso de la instancia policial, cuya relevancia es fundamental al determinar la entrada en el sistema penal, es muy difícil reducir la discrecionalidad, ya que ésta es inherente a la actividad de policía.

Por otro lado, también he puesto de manifiesto los límites de buena parte de las políticas anti-discriminatorias, porque no están enfocadas a combatir la discriminación estructural existente en la sociedad. Es decir, he sostenido que la eficacia de las políticas anti-discriminatorias está directamente relacionada con el tipo de discriminación que se pretende combatir: las políticas de formación y adecuada selección de los agentes del sistema penal pueden ser eficaces para combatir los casos de discriminación individual, pero no tienen efectos relevantes para combatir la discriminación institucional ni, mucho menos, la discriminación estructural que sufren los extranjeros y minorías étnicas en nuestras sociedades, discriminación que debe ser combatida mediante justicia social.

A estos efectos he recurrido a la distinción entre dos modelos opuestos de políticas anti-discriminatorias: el *individual justice model*, que se limita a perseguir una “igualdad de tratamiento” de todos los grupos étnicos, y el *group justice model*, que exige una “igualdad de resultado”. En el ámbito del sistema penal, el objetivo de las políticas anti-discriminatorias basadas en el primer modelo se cumple aunque exista una elevada sobre-representación de las minorías étnicas, siempre que no se produzcan prácticas de discriminación directa en el proceso decisorio de las instancias del sistema penal, mientras que las políticas que se basan en el segundo modelo persiguen la eliminación de la sobre-representación de las minorías étnicas en los diversos estadios del sistema penal.

He expuesto la experiencia norteamericana de la introducción de penas determinadas y *sentencing guidelines*, para demostrar que una mera aplicación pretendidamente neutral e igualitaria de la ley sin tener en cuenta los efectos que la misma produce en la realidad, no elimina la sobre-representación de las minorías étnicas en el sistema penal, sino que traslada a éste la discriminación racial estructural existente en la sociedad, que además reproduce y amplifica.

Así, la experiencia norteamericana de penas determinadas y su combinación con la “guerra contra las drogas” sirve para ir verificando la tercera hipótesis específica enunciada en la parte introductoria, según la cuál “La discriminación racial que ejerce el sistema penal no es atribuible tan sólo a la actividad de sus instancias de aplicación –criminalización secundaria-. Por una parte, la ley penal tiene un papel fundamental de definición de los delitos y las penas –criminalización primaria-; y por otra, las leyes de control de los flujos migratorios que confieren a la inmigración irregular un estatus cuasi-delictivo y un tratamiento represivo atribuyen fundamento legal a la discriminación de los extranjeros y contribuyen a su mayor criminalización”.

Hemos visto que pese a que en EE.UU. se pretendió eliminar la discriminación racial en la actuación del sistema penal (aunque en realidad sólo se eliminó la discrecionalidad judicial en la imposición de las penas, pero no la de la policía), las propias leyes que definen los delitos y las penas castigan de forma mucho más severa las infracciones más a menudo cometidas por la población negra, lo que ha producido el impresionante índice de encarcelamiento de jóvenes negros. Así, por ejemplo, las leyes castigan con mucha mayor severidad el tráfico de las drogas comunes entre la población negra (el crack), que el tráfico de la droga más común entre la población blanca y de clase acomodada (la cocaína). Y, sin embargo, estas normas si se observan en abstracto, sin tener en cuenta los efectos de su aplicación, no permiten entrever discriminación alguna.

Si a las leyes pretendidamente neutrales que tienen un mayor impacto criminalizador de las minorías étnicas o los extranjeros, le sumamos la persecución de los extranjeros en base a las leyes de extranjería –éstas sí, de contenido discriminatorio-, constatamos la existencia de discriminación en el sistema penal con independencia de la actividad concreta de las diversas instancias de aplicación.

Del carácter discriminatorio de las leyes de control de los flujos migratorios y de los efectos que producen en cuanto a la mayor criminalización de los extranjeros me he ocupado en la Parte III de la Tesis, a la que en seguida me referiré. Pero antes he tratado

de aplicar al ámbito español los conocimientos adquiridos a propósito del análisis de las investigaciones británicas sobre la discriminación en las diversas instancias del sistema penal.

En efecto, el extenso capítulo 8 de la Parte II lo he dedicado a analizar la actividad del sistema penal español respecto a los extranjeros, a partir de la información empírica que se puede obtener tanto en las estadísticas oficiales como en los escasos trabajos de investigación existentes.

Pese a la escasez de datos a fin de poder verificar la existencia o no de un distinto tratamiento injustificado de los extranjeros por parte de las instancias del sistema penal, lo que sí hemos verificado es que los extranjeros sufren en mucha mayor medida los procesos de criminalización. Ello al margen de la discusión acerca de si esta mayor criminalización es consecuencia de una mayor comisión de delitos, de la actividad discriminatoria de las instancias del sistema penal o de una combinación de ambos factores.

Con indiferencia de lo anterior, lo cierto es que los extranjeros en España, sobremanera algunos colectivos nacionales, sufren hasta tal punto los procesos de criminalización que, si los comparamos con la criminalización de la población negra en los EE.UU., harían palidecer a los “neocons” norteamericanos difusores de la “mano dura”.

Me refiero en especial al caso de los argelinos y marroquíes, cuyas cifras de criminalización son impresionantes. Al observar las estadísticas policiales, hemos visto que el conjunto de los extranjeros en España tienen 7 veces más posibilidades que los españoles de ser detenidos por la presunta comisión de un delito. Pero si nos fijamos en algunos grupos nacionales concretos, vemos que los argelinos tienen un índice de detenciones policiales por delito (excluyendo detenciones motivadas por la Ley de Extranjería) 32 veces superior al de los españoles, seguidos de los rumanos –con un índice 19 veces superior- y de los marroquíes -12 veces superior-. En las estadísticas judiciales hemos verificado que los nacionales de África son condenados entre 4 y 5 veces con mayor frecuencia que los españoles, mientras que entre los otros grupos de extranjeros apenas se aprecia sobre-representación en el índice de condenas. Finalmente, las cifras de población reclusa muestran que los extranjeros se encuentran sobre-representados en las cárceles españolas, con un índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes entre 5 y 6 veces superior que el de los españoles. Pero este índice no se distribuye de forma homogénea entre todos los grupos de extranjeros. Los más

encarcelados son los argelinos, que tienen 32 veces más posibilidades de sufrir cárcel que los españoles, seguidos de los marroquíes, con 12 veces más.

En suma, hemos verificado que los procesos de criminalización de los extranjeros en España se ensañan especialmente con la población nord-africana (argelinos y marroquíes), a la que someten a una criminalización de intensidad elevadísima. Si estos procesos se mantienen en el tiempo, pueden generar en estos grupos poblacionales y sus descendientes una desconfianza y hostilidad hacia la policía, hacia el sistema penal o hacia la sociedad española en general, que irán en detrimento de la integración social. No sería de extrañar que si el hostigamiento policial de estos grupos continúa, en pocos años estallen disturbios urbanos de la misma forma que ocurrió primero en EE.UU. y luego en Gran Bretaña con la población negra. Sólo desde una manifiesta ingenuidad tales hechos nos podrían tomar por sorpresa.

Además de los índices de criminalización de las estadísticas oficiales, el análisis del tratamiento penitenciario frente a los extranjeros nos aporta ciertas informaciones sobre posibles procesos selectivos y discriminatorios durante la ejecución penal, aunque no se deban necesariamente a actitudes personales de los responsables de la ejecución penitenciaria, sino al propio diseño legislativo producto de la intersección entre el derecho penal y la política de expulsiones, que impide una ejecución penal guiada por el objetivo de la reinserción social. Es decir, sería el propio diseño legislativo irracional el que obligaría a que en la actividad concreta de los representantes de las instancias del sistema penal se produjeran decisiones o actos discriminatorios frente a los extranjeros.

Pero más allá de las contradicciones e irracionalidades señaladas, los alarmantes procesos de criminalización de los extranjeros pueden ser interpretados como producto de la conjunción tanto de factores “estructurales” de discriminación, como de un diseño legislativo que obliga a ciertos procesos selectivos y discriminatorios frente a los extranjeros por parte de los agentes del sistema penal.

Una de las principales conclusiones alcanzadas en la Parte II de la Tesis es que al margen del debate acerca de si los extranjeros o minorías étnicas cometen más delitos o si su sobre-representación en el sistema penal es debida a la discriminación en la actividad de las instancias del sistema penal, es urgente poner en práctica políticas concretas dirigidas a reducir y eliminar dicha sobre-representación.

Aun cuando admitiésemos que los extranjeros cometen más delitos (o más bien más delitos de los que persigue la policía), ello no excluye la presencia de elementos de discriminación estructural que sitúan a los extranjeros en una posición de desventaja y

los hacen más vulnerables al sistema penal. Elementos estructurales de discriminación que se suman a las conductas individuales discriminatorias de agentes del sistema penal respecto de los extranjeros y a la existencia de discriminación institucional en las diversas instancias y estadios del sistema penal.

En todo caso, parece claro que el sistema penal produce en los extranjeros o minorías étnicas una desventaja adicional que refuerza, reproduce y amplifica la exclusión, marginación y discriminación que estos grupos sufren en la sociedad.

Y todavía parece más claro que una sociedad democrática no puede permitirse una sobre-representación carcelaria de determinados colectivos que multiplique por 4, 10 e incluso 30 su presencia en la sociedad, como ocurre en el Estado español, en otros tantos países europeos y en los EE.UU.

En este capítulo también he descrito los pocos trabajos de investigación existentes en España acerca de la relación entre sistema penal y extranjeros. Mientras hay que celebrar la existencia de algunas investigaciones empíricas sobre los procesos de criminalización de los inmigrantes, que desarrollan un atento análisis de la actividad de las instancias del sistema penal, al mismo tiempo hay que lamentar que otras investigaciones pretendan acercarse al fenómeno de la delincuencia de los inmigrantes con herramientas empíricas inadecuadas.

Sería hora que los criminólogos españoles interesados en conocer el fenómeno de la delincuencia se dedicaran a desarrollar trabajos de campo adecuados para dicho fin. Los delitos como hechos sociales deben ser estudiados en el ámbito donde se producen, que es en las relaciones e interacciones sociales –y no en las estadísticas oficiales o en las cárceles, donde encontramos a los criminalizados, que no se identifican con los “delincuentes”-. Hablo de “delitos” en plural porque considero que no es posible estudiar “el delito” como categoría abstracta (y tampoco al “delincuente”), sino los diversos comportamientos concretos que a menudo no tienen nada que ver con el resto de tipos penales. En función del tipo de delito que queramos estudiar, deberemos acudir a los despachos de las compañías multinacionales, a las oficinas de la administración pública y de sus diversos organismos o entidades, a las subastas de obras de arte o a los suburbios de las ciudades, entre muchos otros ámbitos posibles.

Si queremos estudiar la delincuencia de los inmigrantes pobres en España en la actualidad, en primer lugar deberíamos ser conscientes que no nos referimos a todos los extranjeros -quedan fuera los hombres de negocios, entre otros, que cometen otro tipo de delitos-, ni mucho menos a todos los delitos -ya que los inmigrantes pobres no tienen

la posibilidad de cometer muchos de los tipos previstos en el Código Penal-. Y, en segundo lugar, hay que desarrollar investigaciones de campo adecuadas para acercarnos al objeto de estudio que queremos conocer. Las experiencias de la Escuela de Chicago son un buen ejemplo de investigaciones de campo tendentes a conocer el fenómeno de la inmigración y sus actividades delincuenciales. Pero hay que recordar que para desarrollar este tipo de investigaciones los criminólogos deben salir de los “laboratorios” para adentrarse en los bajos fondos urbanos.

El análisis de las estadísticas oficiales del sistema penal español y de las pocas investigaciones empíricas existentes me permite retomar la cuarta hipótesis específica de este trabajo, que creo que puede ser verificada con el conjunto de argumentos e informaciones vertidas en esta Tesis referidas al tratamiento de la inmigración en el Estado español. Esta hipótesis señalaba que “En España una buena parte de la actividad del sistema penal se ocupa de ‘gestionar’ población extranjera, a la que se aplica un tratamiento jurídico diferenciado que privilegia su expulsión. Se introduce así el objetivo del control migratorio en el sistema penal, produciéndose una convergencia entre derecho penal y derecho administrativo que se agrava con el recurso del segundo a instrumentos penales como la privación de libertad y la misma expulsión”.

El aludido tratamiento jurídico diferenciado ha sido expuesto detalladamente en la Parte III de la Tesis, que está íntegramente dedicada al análisis socio-jurídico del tratamiento represivo de la inmigración en el Estado español, con una previa referencia al contexto europeo del que forma parte. A diferencia de las anteriores partes de la Tesis, que trabajan desde un enfoque criminológico (histórico y empírico, respectivamente), esta parte se sitúa en una perspectiva socio-jurídica y de política criminal.

He sostenido y tratado de demostrar que en el Estado español se ha optado por una opción eminentemente represiva respecto al proceso migratorio, donde los mecanismos de “repatriación”, la expulsión y el internamiento son utilizados como instrumentos ordinarios de “gestión” de los flujos migratorios. En vez de regular el proceso migratorio mediante el establecimiento de vías legales de acceso a España, la legislación de extranjería se ha centrado en luchar contra la inmigración irregular a través de una batería de instrumentos de control y punitivos.

Entre los instrumentos punitivos se incluye la expulsión administrativa de los extranjeros que han logrado entrar de forma irregular o han perdido su condición de estancia o residencia legal, entre muchos otros casos. Este instrumento administrativo se

ha visto reforzado por la introducción de una serie de posibilidades de expulsión de los extranjeros imputados o condenados por un delito.

De este modo, cuando un extranjero es acusado o condenado por un delito, se produce una tensión entre los fines del derecho penal de castigar los delitos por motivos de prevención general y el interés de la política de extranjería por expulsar a los extranjeros irregulares o “peligrosos”. En estos supuestos, se han priorizado los objetivos de control migratorio frente a los principios propios del ámbito penal. Es decir, se prevé la paralización de un procedimiento penal para ejecutar una orden administrativa de expulsión (art. 57 LOE) o la sustitución de una pena de prisión por la expulsión del extranjero irregular condenado por un delito (art. 89 CP). Esto supone una renuncia a la potestad punitiva del Estado con el objetivo de dar efectividad al control de la inmigración.

De esta forma, hemos visto que en el control de los flujos migratorios se produce una convergencia entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal en cuanto a los fines perseguidos, que conduce a contradicciones en la regulación, a la introducción de consideraciones extrapenales dentro de la ley penal, a dobles castigos (vulneraciones del principio *non bis in idem*), a idénticas sanciones en el derecho penal y en el derecho administrativo, con idénticas finalidades y frente a los mismos supuestos, etc. En resumen, el objetivo de control de los flujos migratorios invade el propio sistema penal, desplazando las funciones preventivo-generales y especiales de las sanciones penales en aras de la eficacia del control migratorio.

También he advertido que la imposición de la sanción de expulsión tanto a quien comete un delito como a quien comete una infracción administrativa lleva a una equiparación de ambos tipos de comportamiento. Asimismo la privación de libertad en los CIE de los extranjeros que carecen de permiso de residencia lleva a que la inmigración irregular sea socialmente considerada como “cuasi-delito”. Todo ello allana el camino para la difusión social de prejuicios y estereotipos negativos que identifican inmigración y delincuencia.

He puesto de manifiesto que no hay acuerdo doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva prevista en el artículo 89 del Código Penal. La contradicción de la expulsión penal con buena parte de los principios propios del ámbito penal y procesal penal (igualdad, proporcionalidad, *non bis in idem*, etc.), así como respecto de las funciones de la pena que inspiran la legislación penal en España (prevención general negativa y prevención especial positiva) ha generado muchas

críticas doctrinales. Los penalistas apenas habían reparado en las posibilidades iniciales de expulsión sustitutiva del proceso o de la pena previstas en la Ley de Extranjería de 1985. Tras la incorporación del artículo 89 en el Código Penal de 1995 y, sobre todo, cuando el tema migratorio se sitúa en el centro de la agenda política y mediática, se empiezan a oír voces críticas con una institución tan ambivalente y contradictoria como la expulsión penal. No obstante, estas voces no han sido escuchadas por el legislador, y la doctrina ha asistido perpleja a la última modificación del artículo 89 CP realizada en septiembre de 2003 por Ley Orgánica 11/2003.

En efecto, la regulación jurídica actual de la expulsión del art. 89 CP se ha hecho de espaldas a la doctrina científica, que de forma casi unánime es crítica con la institución de la expulsión penal (sobremanera tras su reforma de septiembre de 2003). Varios autores han realizado análisis dogmáticos del art. 89 CP, haciendo esfuerzos por encontrar una interpretación de la norma aceptable desde un punto de vista constitucional y de coherencia con el ordenamiento jurídico. Pero también se van alzando voces que directamente propugnan la desaparición del art. 89 CP.

Personalmente, desde una postura garantista, he sostenido que los penalistas debemos reclamar para nuestro ámbito la institución de la expulsión en su totalidad, incluyendo por tanto también las expulsiones ahora administrativas, con el objetivo que les sean aplicables las garantías propias del ámbito penal. La tarea del penalista debe incluir el establecimiento de límites al poder punitivo en todas sus manifestaciones que incidan directamente sobre el individuo, siguiendo la tradición ilustrada iniciada por Beccaria. No se debe admitir que el Estado ejerza un poder punitivo e imponga sanciones que afecten sustancialmente la libertad individual al margen de los principios y garantías penales inherentes al Estado de Derecho.

El mismo argumento es extensible a la privación de libertad de extranjeros en centros de internamiento que prevé la Ley de Extranjería (art. 62). He insistido en que el internamiento cautelar de extranjeros para asegurar la futura ejecución de una orden administrativa de expulsión, supone una privación de libertad no autorizada por la Constitución. El texto constitucional establece unas garantías para la limitación del derecho fundamental a la libertad, garantías que, a mi entender, no se respetan en el caso del internamiento de extranjeros.

Al aprobarse la primera Ley de Extranjería de 1985 fue objeto de una importante polémica la naturaleza y legitimidad de este tipo de privación de libertad, y constituyó uno de los principales motivos del recurso de inconstitucionalidad presentado por el

Defensor del Pueblo. Uno de los argumentos para sostener la inconstitucionalidad indicaba que se trata de un internamiento de naturaleza administrativa, por lo que vulneraría la Constitución (art. 25.3), que prohíbe a la administración civil imponer penas que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad. El Tribunal Constitucional, en su STC 115/1987, rechazó la impugnación declarando que “la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión”.

Pero como he expuesto, en una investigación realizada desde el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, hemos demostrado que el extranjero internado no está realmente a disposición judicial, sino que está en manos de la administración. Es decir, la autorización judicial del internamiento consiste en una mera homologación judicial formal de una medida administrativa privativa de libertad dictada dentro de un procedimiento administrativo de expulsión. La intervención judicial sirve para dar una cobertura garantista a una práctica administrativa autoritaria y discrecional.

Por ello he afirmado que dicho internamiento supone una medida penal encubierta. Al extranjero sometido a expulsión se le aplica un derecho especial que remarca su carácter no penal para neutralizar las garantías penales y procesales propias del orden penal, cuando en realidad este derecho especial utiliza medidas coercitivas de la libertad personal que en el sistema penal revisten carácter de absoluta excepcionalidad.

En resumen, el internamiento y la expulsión representan verdaderas “penas sin juicio”, de manera que se realiza una “estafa de etiquetas” que permite la disolución de las principales garantías penales y procesales en la aplicación de una sanción que, en esencia, es similar a las penas.

Ello lo he sostenido en la última de las hipótesis específicas (núm. 5) incluidas en la Parte Introductoria, que consiste en un enunciado de carácter eminentemente político: “El internamiento de extranjeros es una herramienta punitiva inconstitucional, porque consiste en una privación de libertad de carácter administrativo. Por su parte, la expulsión es una sanción penal desde una perspectiva material, porque afecta a derechos fundamentales del individuo. Tanto la medida de internamiento como la sanción de expulsión del territorio son expresión de un derecho administrativo sancionador especial para los extranjeros, que recurre a herramientas penales prescindiendo de sus garantías”.

En el ámbito del control de los flujos migratorios encontramos una convergencia entre los objetivos, las funciones y los instrumentos punitivos del derecho administrativo sancionador y del derecho penal. En ambos casos se observa que en el afán por combatir la inmigración irregular, cada vez son más las excepciones a los viejos principios del derecho penal liberal y que son la base del Estado de Derecho: principio de igualdad, principio de proporcionalidad, principio de legalidad, principio de indisponibilidad de la acción penal (en oposición a criterios de oportunidad), principio de preeminencia del orden jurisdiccional penal sobre el derecho administrativo sancionador, *non bis in idem*, etc.

En el caso de los extranjeros, todos los principios garantistas pierden vigencia. Se está configurando un derecho administrativo sancionador especial para los extranjeros, que recurre a la utilización de herramientas penales desvinculadas de las garantías propias del ámbito penal. Asimismo, se va afirmando una política criminal diferenciada para los extranjeros, que renuncia al principio de igualdad en la aplicación de la ley penal.

Como he señalado insistentemente a lo largo de este trabajo, en aras de una mayor efectividad en el control de los flujos migratorios, se sacrifican los principios jurídicos y políticos que sustentan y permiten reconocer a un Estado Democrático de Derecho, olvidando que la falta de garantías es la característica distintiva de los Estados policiales y autoritarios, modelo opuesto al anterior.

Los argumentos anteriores se sitúan en el ámbito del propio Derecho, son intra-sistémicos. Pretenden mostrar que los instrumentos a los que se recurre para el control de los flujos migratorios entran en contradicción con los principios y valores del Estado de Derecho.

Pero a estos argumentos “liberales” hay que añadir los argumentos de carácter “estructural” resultantes de la toma en consideración de los efectos sociales que producen las normas estudiadas. Estos efectos sociales se han puesto de manifiesto al analizar la sobre-representación de los extranjeros en España en las diversas fases del proceso penal, que nos ha llevado a concluir en la existencia de un preocupante proceso de criminalización de la inmigración.

Creo que este proceso de criminalización de los inmigrantes puede ser leído en el marco de las políticas “de la emergencia” a las que cada vez más se recurre para “resolver” problemas sociales. La consideración de la inmigración ilegal como una emergencia y su tratamiento alarmista en términos de “lucha” puede desembocar en un

desastre a corto plazo, de la misma forma que en EE.UU. las batallas de “ley y orden” y la “guerra contra las drogas” han producido efectos sociales devastadores sobre las minorías étnicas.

Como hemos visto, en EE.UU. las aludidas políticas han criminalizado tan desproporcionadamente a la población negra que se puede afirmar que su resultado es la existencia de un sistema penal racista. El encarcelamiento de una generación entera de hombres negros tiene el potencial para minar todas las políticas de acción positiva emprendidas desde la década de 1960 para tender a la progresiva equiparación social entre población negra y blanca y puede perpetuar la existencia de una *underclass*. En Europa parece que vamos por el mismo camino en relación con la criminalización de los inmigrantes, y las oportunidades para emprender una política diferente se están agotando rápidamente.

En este trabajo he pretendido poner de manifiesto que el poder punitivo estatal es un instrumento con una gran capacidad conformadora de la realidad, y que el uso que en la actualidad se haga del mismo en relación a los flujos migratorios y las minorías étnicas va a tener efectos determinantes en cuanto a configurar un modelo social incluyente o excluyente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-A-

ACCATTATIS, VICENZO (1976): “La funzione ideológica del giudice di sorveglianza”, en *L’Amministrazione della giustizia in Italia*, Milano: Mazzotta Editore, pp.126-130.

AJA, ELISEO (2000): “La nova regulació dels centres d’internament d’estrangers”, a *Anuari de la Immigració a Catalunya, 1999*, Fundació Jaume Bofill, elaborat pel GESDI (Grup d’Estudis sobre els Drets dels Immigrants, Institut de Dret Públic), Barcelona: Mediterrània, pp. 86-91.

ALMEDA, ELISABET / BODELÓN, ENCARNA / RIBAS, NATALIA (2003): “Mujeres extranjeras: la cárcel como lugar estratégico de investigación”, en *Actas de las Jornadas del Graduat en Criminologia i Política Criminal 2000-2001*, Barcelona: Universitat de Barcelona, pp. 146-171.

ANITUA, GABRIEL IGNACIO (2003): *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

ANITUA, GABRIEL IGNACIO / BERGALLI, ROBERTO (2003): “Necesidad de conocer el pasado para enfrentarse al futuro. Un relato a partir de una polémica del presente”, en *Nueva Doctrina Penal* Tomo 2003/A, Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 269-302. También publicado en *Revista Penal* núm. 13, editorial La Ley, 2004, pp. 3-22.

ANUARIO ESTADÍSTICO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR de 2001, publicado en la página Web del Ministerio: www.mir.es

ANUARIO ESTADÍSTICO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR de 2002, publicado en la página Web del Ministerio: www.mir.es

ANUARIO ESTADÍSTICO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR de 2003, publicado en la página Web del Ministerio: www.mir.es

ARANGO VILA-BELDA, JOAQUÍN (1998): Voz “migraciones, sociología de las”, en GINER, S. / LAMO DE ESPINOSA, E. / TORRES, C. (eds.): *Diccionario de Sociología*, Madrid: Alianza, pp. 490-492.

ARENDT, HANNAH (1987) [1951]: *Los orígenes del totalitarismo. Parte III: Totalitarismo*, Madrid: Alianza Universidad (trad. Guillermo Solana). Publicación original en inglés, 1951.

ASENSI SABATER, JOSÉ (2004): *Políticas de la sospecha. Migraciones internacionales y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ASÚA BATARRITA, ADELA (2001): “Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria”, en *Actualidad Penal* núm. 42, 12 al 18 de noviembre de 2001, pp. 1011-1040.

ASÚA BATARRITA, ADELA (2002): “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp.17-96.

ATIENZA, MANUEL (1988): “Nota preliminar del traductor”, en TREVES, R.: *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona: Ariel, pp. 9-15.

ATIENZA, MANUEL (1993): *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona: Ariel.

-B-

BARAÑÍ, EQUIPO: Hernández, G.; Imaz, E.; Martín, T.; Naredo, M.; Pernas, B.; Tandogan, A.; Wagman, D. (2001): *Proyecto Barañí. Mujeres gitanas y sistema penal*. Madrid: Ediciones Metyel.

BARATTA, ALESSANDRO (1986): “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”, en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona: PPU (traducción de Xavier Nogués y Tomàs, revisada por R. Bergalli), pp. 77-92.

BARATTA, ALESSANDRO (1987): “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires: Depalma, pp. 623-650.

BARATTA, ALESSANDRO (1993): *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, México: Siglo XXI (trad. de Alvaro Búnster). Primera edición en italiano, 1983.

BARBAGLI, MARZIO (2002): *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, Il Mulino (seconda edizione).

BECCARIA, CESARE (1984) [1764]: *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires, Ediciones Orbis, (trad. de Francisco Tomás y Valiente). Primera edición en italiano, 1764.

BELLOCH, JUAN ALBERTO (1987): “Los derechos del “extranjero”: el internamiento preventivo y su homologación judicial”, en *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos. Jornadas celebradas en Barcelona los días 17 y 18 de octubre de 1986 y organizadas por Jueces para la Democracia*, Barcelona: Hacer, pp. 13-42.

BERGALLI, ROBERTO / BUSTOS, JUAN / MIRALLES, TERESA (1983): *El pensamiento criminológico*, Bogotá: Temis.

BERGALLI, ROBERTO (1989): “Por una sociología jurídica en España”, en BERGALLI, R. (Coord.): *El Derecho y sus Realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Barcelona: PPU, Colección: Sociedad-Estado; pp. I-XXV.

BERGALLI, ROBERTO (1992): “La sociología jurídica en España: más frustraciones que esperanzas”, en BERGALLI, R. (Coord): *Sentido y Razón del Derecho. Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*, Barcelona: Hacer, Colección: Sociedad-Estado; pp.VII-XXVI.

BERGALLI, ROBERTO / RESTA, ELIGIO (1996): “Introducción” a BERGALLI, R. / RESTA, E. (Comp.): *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Barcelona: Paidós, pp. 9-11.

BERGALLI, ROBERTO (1996a): “Epílogo y reflexiones (de un argentino) sobre el control social en América Latina”, en PAVARINI (1996): *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Madrid: Siglo XXI, pp. 197-223.

BERGALLI, ROBERTO y colaboradores (1996b): *Control Social Punitivo. Sistema Penal e Instancias de Aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*, Barcelona: M. J. Bosch.

BERGALLI, ROBERTO (1998): *Contradicciones entre Derecho y Control Social*, Barcelona: M.J. Bosch-Goethe Institut.

BERGER, PETER / LUCKMAN, THOMAS (1984): *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires-Madrid, Amorrortu-Murguía (trad. Silvia Zuleta).

BLUMSTEIN, ALFRED (1982): “On the Racial Disproportionality of United States’ Prison Populations” in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, núm. 3, pp. 1259-81.

BONGER, WILLEM (1943): *Race and Crime*, New York: Columbia University Press. Traducción del holandés al inglés por Margaret Mathews Hordyk. Primera edición en holandés, 1939.

BORRÁS, ALEGRÍA (Dir.) (1995): *Diez años de la ley de extranjería: balance y perspectivas*, Barcelona: Fundación Paulino Torras Doménech.

BOWLING, BEN (1990): “Conceptual and methodological problems in measuring ‘race’ differences in delinquency. A reply to Marianne Junger”, en *British Journal of Criminology*, vol. 30, núm. 4, pp. 483-492.

BOWLING, BEN / PHILIPS, CORETA (2002): *Racism, Crime and Justice*, Harlow, Pearson Education Limited.

BRITTON, NADIA JOANNE (2000): “Race and Policing. A Study of Police Custody”, en *British Journal of Criminology*, núm. 40, pp. 639-658.

BUENO ARÚS, FRANCISCO (1988): “Expulsión de Extranjeros”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo VIII, Vol 2º, *El Extranjero y la Legislación Penal Española*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 1041-1085.

BULMER, MARTIN (1993): “The apotheosis of liberalism? *An American Dilemma* after fifty years in the context of the lives of Gunnar and Alva Myrdal”, en *Ethnic and Racial Studies*, vol. 16, núm. 2, pp. 345-357.

-C-

CALVO, MANUEL / GASCÓN, ELENA / GRACIA, JORGE (2002): *Inmigración y Justicia. El tratamiento de la inmigración en el ámbito de la administración de justicia*, Laboratorio de Sociología Jurídica, Universidad de Zaragoza. Investigación encargada por el CGPJ y publicada en su página Web: www.poderjudicial/CGPJ (consultada en el mes de septiembre de 2004).

CANCIO MELIÁ, MANUEL (2005): “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. / JORGE BARREIRO, A. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (eds): *Libro homenaje a G. Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas (en prensa).

CARSON, CLAYBORNE (2004): “Civil Rights Movement”, en *The Reader's Companion to American History*, www.college.hmco.com/history/readerscomp consultado en fecha 8/11/2004.

CASTLES, STEPHEN / MILLER, MARK J. (1998): *The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World*, Second Edition, Londres: Palgrave.

CEREZO MIR, JOSÉ (1975): “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVIII, fascículo II, mayo-agosto 1975, pp. 159-173.

CHAMBLISS, WILLIAM J. / NAGASAWA, RICHARD H. (1969): “On the Validity of Official Statistics. A Comparative Study of White, Black and Japanese High-School Boys”, en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 6, pp. 71-77.

CHEBEL D'APPOLLONIA, ARIANE (1998): *Los racismos cotidianos*, Barcelona: Bellaterra (trad. Juan Vivanco).

CHIGWADA, RUTH (1991): “The policing of black women”, en CASHMORE, E. / McLAUGHLIN, E. (eds.): *Out of order? Policing black people*, London: Routledge, pp. 135-150.

CHRISTIE, NILS (1993): *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires: Editores del Puerto, (trad. Sara Costa). Primera edición en inglés, 1993.

CID MOLINÉ, JOSÉ (1996): “Garantías y Sanciones. (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, en *Revista de Administración Pública* nº 140, mayo-agosto 1996, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 131-172.

CLOWARD, RICHARD A. y OHLIN, LLOYD E. (1961): *Delinquency and Opportunity. A Theory of Delinquent Gangs*, London: Routledge.

COHEN, ALBERT K. (1956): *Delinquent Boys. The Culture of the Gang*, London: Routledge.

COHEN, STANLEY (1988): *Visiones de Control Social*, Barcelona, PPU (trad. de Elena Larrauri). Primera edición en inglés, 1985.

COMMISSION FOR RACIAL EQUALITY (2003): *Racial Equality in Prisons*, Part 2, London, December 2003.

COTTERRELL, ROGER (1991): *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona: Ariel (trad. de Carlos Pérez Ruiz). Primera edición en inglés, 1984.

CUELLO CALÓN, EUGENIO (1964): *Derecho Penal*, Tomo I (Parte General), Barcelona: Bosch.

CUGAT MAURI, MIRIAM (2001): “La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del derecho penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* núm. 6, pp. 23-37.

CURTIS, LYNN (1975): *Violence, Race and Culture*, Lexington, Massachusetts: Lexington Books.

-D-

DAL LAGO, ALESSANDRO (1999): *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano: Feltrinelli.

DE GIORGI, ALESSANDRO (2005): *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Barcelona: Virus (trad. de I. Rivera y M. Monclús).

DELGADO, MANUEL (2003a): “¿Quién puede ser ‘inmigrante’ en la ciudad?”, en DELGADO, M. / ACTIS, W. / MARTUCELLI, D. / PALACÍN, I. / SÁEZ, P.: *Exclusión social y diversidad cultural*, San Sebastián: Gakoa, pp. 9-24. Publicado originalmente en catalán en DELGADO, M. (ed.): *Ciutat i immigració*, Barcelona: CCCB, 1997.

DELGADO, MANUEL (2003b): “Introducción” y “Anonimato y ciudadanía. Derecho a la indiferencia en contextos urbanos”, en DELGADO, M. (ed.): *Inmigración y cultura (Ciudad e inmigración II)*, Barcelona: Centre de Cultura Contemporània de Barcelona, pp. 5-8 y 9-22.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, LORENZO (1998): “Garantías en la detención y expulsión de extranjeros”, en *La Ley*, Diario 4471 de 3 de febrero de 1998, pp. 1878-1889.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, LORENZO (2000): “Estatuto jurídico del extranjero sometido a la medida cautelar de internamiento”, en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 69-109. También publicado en *La Ley*, Diarios 5422 y 5423 de 20 y 21 de noviembre de 2001, pp. 1414-1429.

DE LUCAS, JAVIER (1990): “Xenofobia, racismo y unidad europea (Sobre la garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros en España)”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 11, diciembre/1990, “Dossier: la infracción de extranjero”, pp. 67-78.

DE LUCAS, JAVIER (1991): “España en el 92: ¿De refugio a fortaleza?”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo VIII, pp. 161-195.

DE LUCAS, JAVIER (1993): “Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 18, pp. 35-43.

DE LUCAS, JAVIER (1994): *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid: Temas de Hoy.

DE LUCAS, JAVIER (2000): “El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 38, julio/2000, pp. 3-11.

DE MATEO MENENDEZ, FERNANDO (2001): “Una aproximación a la nueva Ley de Extranjería”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 40, marzo/2001, pp. 9-16.

DEN BOER, MONICA (1995): “Moving between bogus and bona fide: the policing of inclusion and exclusion in Europe”, in Miles, Robert / Thränhardt (Ed.): *Migration and European Integration. The Dynamics of Inclusion and Exclusion*, London: Pinter Publishers, p. 92-111.

DE PRADA SOLAESA, JOSÉ RICARDO (2002): “A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 43, marzo/2002, pp. 72-81.

DE STOOP, CHRIS (1999): *Los “Otros”. La deportación de los “sin papeles” en Europa*, Barcelona: edicions Bellaterra, colección: La biblioteca del ciudadano (trad. de Yvonne Conijn). Primera publicación en alemán, 1996.

DI IULIO / LOGLI / KOCH / KELLING / WILSON / KOPEL y otros (2001): “Soluciones al crimen. 18 cosas que podemos hacer para luchar contra él”, en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* núm. 15-16, Buenos Aires, 2001 (trad. M. Gutiérrez, M. Sozzo y G. González), pp. 80-117.

DRANGUET, A. R. (1935): *Defensa Social. Legislación sobre vagos y maleantes*, Madrid: Góngora.

DU BOIS, W. E. BURGHARDT [1899] (1988): “The Negro Criminal”, en MYERS, S. / SIMMS, M. (eds.): *The Economics of Race and Crime*, New Jersey: Transaction, pp. 17-31. Artículo extraído de Du Bois (1899): *The Philadelphia Negro*, University of Pensilvania.

DU BOIS, W. E. BURGHARDT (1928): “Race Relations in the United States”, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 140, número monográfico “The American Negro”, noviembre 1928, pp. 6-10.

DURKHEIM, ÉMILE (1985) [1893]: *La División del trabajo Social*, Barcelona: Planeta-Agostini (trad.: C. G. Posada).

DURKHEIM, ÉMILE (1986) [1895]: *Las Reglas del Método Sociológico*, Buenos Aires: Ediciones Orbis (trad.: L.E. Echevarría Rivera).

-E-

ENZENSBERGER, HANS MAGNUS (1992): *La gran migración*, Barcelona: Anagrama (trad. de Michael Faber-Kaiser). Primera publicación en alemán, 1992.

-F-

FERNÁNDEZ BUEY, FRANCISCO (2003): “Qué se puede hacer para evitar el racismo y la xenofobia”, en DELGADO, M. (ed.): *Inmigración y cultura (Ciudad e inmigración II)*, Barcelona: Centre de Cultura Contemporània de Barcelona, pp. 87-103.

FERRAJOLI, LUIGI (1992): “El derecho como sistema de garantías”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 16/17 (trad. de P. Andrés Ibáñez), pp.61-69.

FERRAJOLI, LUIGI (1997): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés). Primera edición en italiano, 1989.

FERRAROTTI, FRANCO (1975): *El pensamiento sociológico de Augusto Comte a Max Horkheimer*, Barcelona: Península (trad. de Carlos Rama). Primera edición en italiano, 1974.

FERRER PEÑA, RAMON M^a (1989): *Los derechos de los extranjeros en España*, Madrid: Tecnos.

FERRI, ENRICO (1900): *Sociologia Criminale*, quarta edizione, Torino: Fratelli Bocca Editori.

FERRI, ENRICO (1895): *L'omicidio nell'antropologia criminale (Omicida nato e Omicida pazzo)*, Torino: Fratelli Bocca Editori.

FITZGERALD, MARION (1993): *Ethnic Minorities and the Criminal Justice System*, Research Study N° 20 of The Royal Commission on Criminal Justice, London: HMSO.

FLORES MENDOZA, FÁTIMA (2002): "La expulsión del extranjero en el Código Penal español", en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 97-132.

FOUCAULT, MICHEL (1989): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México, Siglo XXI (trad. de Aurelio Garzón del Camino). Primera edición en francés, 1975.

-G-

GARCÍA ARÁN, MERCEDES (1982): *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES (1997): *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona: Aranzadi.

GARCÍA ESPAÑA, ELISA (2001): *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Valencia: Tirant lo blanch.

GARCÍA ESPAÑA, ELISA (2002a): “La delincuencia de inmigrantes en España”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 133-159.

GARCÍA ESPAÑA, ELISA (2002b): “Los extranjeros en cárceles españolas”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 161-187.

GARLAND, DAVID (1999): *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México: Siglo XXI (trad.: B. Ruiz de la Concha). Primera edición en inglés, 1990.

GENDERS, ELAINE / PLAYER, ELAINE (1989): *Race Relations in Prisons*, Oxford: Clarendon Press.

GILROY, PAUL (1987): “The Myth of Black Criminality”, en SCRATON, PHIL (ed.): *Law, Order and the Authoritarian State. Readings in critical criminology*, Milton Keynes: Open University Press, pp. 107-120.

GIMÉNEZ, CARLOS (1998): Voz “racismo”, en GINER, S. / LAMO DE ESPINOSA, E. / TORRES, C. (eds.): *Diccionario de Sociología*, Madrid: Alianza, pp. 627-629.

GIMÉNEZ-SALINAS, ESTHER (1994): “Extranjeros en prisión”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* nº 7, Extraordinario “Movimientos de Población, Integración Cultural y Paz”, San Sebastián, Diciembre/1994, pp. 133-145.

GOMEZ MOVELLAN, ANTONIO (1996): “Unión Europea, inmigración y el nuevo Reglamento de la ley de extranjería española: un comentario crítico”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 26, Julio/1996, pp. 60-67.

GORDON, PAUL (1988): “Black People and the Criminal Law: Rhetoric and Reality”, en *International Journal of the Sociology of Law*, núm. 16, pp. 295-313.

GOYTISOLO, JUAN / NAÏR, SAMI (2001): *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la emigración en España*, Madrid: Aguilar.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1996): “Manifiesto sobre diversidad cultural y política criminal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. XLIX, Fasc. III, pp. 1083-1091.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1998): *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Málaga: Serie Documentos nº 4.

GUTIERREZ GUTIERREZ, IGNACIO (2001): “Constitución española, derechos de los extranjeros”, en *Jueces para la Democracia* núm. 41, julio/2001, pp. 19-22.

-H-

HARDING, JEREMY (2001): *Reservado el derecho de admisión. La emigración ilegal a las puertas del s. XXI*, Barcelona: Edhasa (trad. de Àngels Gimeno-Balonwu).

HAWKINS, DARNELL F. (1983): “Black and White Homicide Differentials. Alternatives to an Inadequate Theory”, en *Criminal Justice and Behavior*, vol. 10, nº 4, pp. 407- 440.

HAWKINS, DARNEL F. (1986): “Trends in Black-White Imprisonment: Changing Conceptions of Race or Changing Patterns of Social Control?”, en *Crime and Social Justice* num. 24, pp. 187-209.

HEREDIA PUENTE, MERCEDES / FÁBREGA RUÍZ, CRISTOBAL (1997): *Medidas cautelares en el derecho de extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos del derecho de extranjería español*, Madrid: Colex.

HERNANDO GALÁN, BELÉN (1999): “El extranjero en el sistema penitenciario”, en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 209-242.

HERRNSTEIN, RICHARD / MURRAY, CHARLES (1994): *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*, New York: The Free Press.

HINDELANG, MICHAEL (1978): “Race and involvement in common law personal crimes”, in *American Sociological Review*, vol. 43, pp. 93-109.

HOLDAWAY, SIMON (1997): “Some recent approaches to the study of race in criminological research”, en *British Journal of Criminology*, vol. 37, núm. 3, pp. 383-400.

HOOD, ROGER (1992): *Race and Sentencing. A Study in the Crown Court*, Oxford: Clarendon Press.

HUDSON, BARBARA (1989): “Discrimination and disparity: the influence of race on sentencing”, en *New Community. A Journal of Research and Policy on Ethnic Relations*, vol. 16, núm.1, pp. 23-34.

HUDSON, BARBARA (1993): “Penal Policy and Racial Justice”, en GELSTHORPE, L. (Ed.): *Minority Ethnic Groups in the Criminal Justice System*, Cambridge: Institute of Criminology, p. 154-169.

HUDSON, BARBARA (1994): “Racism and Criminology: Concepts and Controversies”, en COOK, D. / HUDSON, B. (eds): *Racism and Criminology*, London: Sage, pp. 1-27.

-I-

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO de 2001, correspondiente a la gestión realizada durante el año 2000. Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 201, de 8 de octubre de 2001.

INSTITUT ESQUERRA XXI (2003): *Immigració i Drets. Debat i propostes*, documento promovido por el Institut Esquerra XXI, Barcelona, 2003.

IZQUIERDO, ANTONIO (1996): *La inmigración inesperada: la población extranjera en España 1991-1995*, Madrid: Trotta.

-J-

JEFFERSON, TONY (1988): “Race, Crime and Policing: Empirical, Theoretical and Methodological Issues”, en *International Journal of the Sociology of Law*, núm. 16, pp. 521-539.

JEFFERSON, TONY (1993): “The Racism of Criminalisation: Policing and the Reproduction of the Criminal Other”, en GELSTHORPE, L. (Ed.): *Minority Ethnic Groups in the Criminal Justice System*, Cambridge: Cambridge Institute of Criminology, pp. 26-46.

JIMENEZ DE ASUA (1950): *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II, Buenos Aires: Losada, 5ª edición de 1950, reimpresión en 1992.

JOHNSON, GUY B. (1941): “The Negro and Crime”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 271, pp. 93-104.

JORDAN, BILL / STRATH, BO / TRIANDAFYLLIDOU, ANNA (2003): “Contextualising immigration policy implementation in Europe”, en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 29, nº 2, March 2003, pp. 195-223.

JUANES PECES, ÁNGEL (2000): “Medidas cautelares en el Derecho de extranjería”, en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 13-68.

JUNGER, MARIANNE (1989): “Discrepancies between police and self-report data for Dutch racial minorities” en *British Journal of Criminology*, vol. 29, núm. 3, pp. 273-284.

JUNGER, MARIANNE (1990): “Studying ethnic minorities in relation to crime and police discrimination. Answer to Bowling”, en *British Journal of Criminology*, vol. 30, núm. 4, pp. 493-502.

JUSTIDATA. Estadística Bàsica de la Justícia a Catalunya, núm 1, Centre d’Estudis Jurídics y Formació Especialitzada, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Juliol de 1992.

JUSTIDATA. Estadística Bàsica de la Justícia a Catalunya, núm 26, Centre d’Estudis Jurídics y Formació Especialitzada, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Desembre de 2000.

-K-

KOFMAN, ELEONORE / PHIZACKLEA, ANNIE / RAGHURAM, PARVATI / SALES, ROSEMARY (2000): *Gender and international migration in Europe. Employment, welfare and politics*, London: Routledge.

-L-

LAHAV, GALLYA (1998): “Immigration and the state: the devolution and privatisation of immigration control in the EU”, en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 24, nº 4, special issue: “The European Union: immigration, asylum and citizenship“, pp. 675-694.

LANGAN, PATRICK (1985): “Racism on trial: new evidence to explain the racial composition of prisons in the United States” in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 76, núm. 3, pp. 666-683.

LARRAURI, ELENA (1992): *La herencia de la criminología crítica*, Madrid: Siglo XXI. Primera edición, 1991.

LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI (1994): *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid: Civitas.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA (Coord.) (2002): *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp.11-14.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA (2004): “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 51, julio/2004, pp. 30-35.

LEA, JOHN / YOUNG, JOCK (2001) [1984]: *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Buenos Aires: Del Puerto (trad. de la segunda edición en inglés de 1993, a cargo de Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini). Primera edición en inglés, 1984.

LEA, JOHN (1986): “Police racism: some theories and their policy implications”, en MATTHEWS, R. / YOUNG, J. (eds.): *Confronting Crime*, London: Sage, pp. 145-165.

LEA JOHN (2003): “Institutional racism in policing: the Macpherson report and its consequences”, en MATTHEWS, R. / YOUNG, J. (eds.): *New Politics of Crime and Punishment*, Devon: Willan Publishing, pp. 48-70.

LOMBROSO, CESARE (1871): *L'uomo bianco e l'uomo di colore. Letture sull'origine e le varietà delle razze umane*, Padova: Premiata Tipografia Editrice F. Sacchetto.

LOMBROSO, CESARE (1876): *L'uomo delinquente*, prima edizione. Milano: Ulrico Hoepli, libraio-editore.

LONGOBARDO, CARLO (1999): “La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione”, en *Dei Delitti e Delle Pene*, anno VI, núm.3/1999, pp. 211-252.

LOPEZ GARRIDO, DIEGO (1990): “El hecho inmigratorio en Europa y la crisis del modelo de protección jurídica del asilo y el refugio”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 10, Septiembre/1990, “Dossier: la infra-condición de extranjero”, pp. 57-64.

LOPEZ GARRIDO, DIEGO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES (1996): *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid.

LOZANO IBAÑEZ, JAIME (1999): “Suspense a la jurisprudencia que no suspende. Examen crítico de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de suspensión de órdenes administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 35, julio/1999, pp. 10-14.

-M-

MALINOWSKI, B. (1982) [1926]: *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel. Traducción de J. y M.T. Alier. Primera edición en inglés, 1926.

MANN, CORAMAE RICHEY (1993): *Unequal Justice. A Question of Color*, Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press.

MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS (1997): “Comentario al artículo 89 del Código Penal”, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid: Trivium, pp. 1287-1293.

MANZANOS, CESAR (1994): “Contribución de la política carcelaria estatal a la marginación racial” en *Extranjeros en el paraíso*, Barcelona: Virus, pp. 169-188.

MAPELLI CAFFARENA, BORJA / TERRADILLOS BASOCO, JUAN (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Tercera edición), Madrid: Civitas.

MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA (2001): “¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. / ROCA ROCA, E. (Coord.): *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada: Universidad de Granada, pp. 509-518.

MARÍ, ENRIQUE (1983): *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires: Hachette.

MARSAL, JUAN (1977): *La crisis de la sociología norteamericana*. Barcelona: Ediciones Península.

MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (2004): “Política común de la Unión Europea en materia de extranjería” en MARTÍN PALLÍN, J. A. (Director): *Extranjeros y Derecho penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 233-279.

MATE, REYES (2003): *Por los campos de exterminio*, Barcelona: Anthropos.

MATHIESEN, THOMAS (2005): “Diez razones para no construir más cárceles”, en Revista *Panóptico* nº 7, Barcelona, Virus (trad. de Gabriel-Ignacio Anitua y Marta Monclús) (en prensa).

MATTHEWS, ROGER (2003): *Pagando Tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Barcelona: Edicions Bellaterra (trad. A. Piombo). Primera edición en inglés, 1999.

MAUER, MARC (1997): “La fragilidad de la reforma de la justicia penal en Estados Unidos”. En *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, 1997 /A.

MAUER, MARC (1999): *Race to Incarcerate*, New York: The New Press.

MELOSSI, DARIO / PAVARINI, MASSIMO (1987): *Cárcel y fábrica: Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, México: Siglo XXI. Primera edición en italiano, 1977.

MELOSSI, DARIO (1992): *El estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*, México: Siglo XXI (traducción del inglés de M. Mur Ubasart). Primera edición en inglés, 1990.

MELOSSI, DARIO (1999): “Immigrazione, pluralismo culturale e sicurezza: una ricerca in Emilia-Romagna”, en *Dei Delitti e delle Pene*, núm. 3, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 37- 75.

MELOSSI, DARIO (2002): “Inmigración e inseguridad: una introducción”, en revista *Panóptico* núm. 3, Barcelona: Virus, pp. 161-167. (trad. de M. Monclús). Publicación original en *Dei Delitti e delle Pene*, núm. 3, 1999.

MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO de 2004 (elevada al Gobierno y presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado), Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica.

MESTRE, RUTH (1999): “Por qué las inmigrantes no trabajan. Breve crítica feminista al derecho de extranjería”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 36, noviembre/1999, pp. 22-32.

MILLER, HERBERT ADOLPHUS (1928): “Race and Class Parallelism”, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 140, número monográfico “The American Negro”, noviembre 1928, pp. 1-5.

MILLER, JEROME (1996): *Search and Destroy. African-american males in the Criminal Justice System*, New York: Cambridge University Press.

MIQUEL CALATAYUD, JOSE ANTONIO (1987): *Estudios sobre extranjería*, Zaragoza: Librería Bosch.

MIR PUIG, SANTIAGO (1994): *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Ariel.

MIR PUIG, SANTIAGO (1996): *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: PPU.

MONCLÚS MASÓ, MARTA (2004a): “La expulsión del extranjero como una cuestión de orden público. Un ejemplo de la pervivencia histórica del concepto de orden público”. En I. MUÑAGORRI / J. PEGORARO (coord): *La Relación Seguridad - Inseguridad en Centros Urbanos de Europa y América Latina. Estrategias, Políticas, Actores, Perspectivas, Resultados*, Madrid: Dykinson, pp. 419-437.

MONCLÚS MASÓ, MARTA (2004b): “La Europa fortaleza y los excluidos del proyecto constitucional”, en PEDROL, XAVIER / PISARELLO, GERARDO (editores): *La ilusión constitucional. Una crítica del proyecto de la Convención y razones para una Europa alternativa*, Barcelona: El Viejo Topo, pp. 105-122.

MUÑAGORRI, IGNACIO (1977): *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*, Madrid: Reus S.A.

MUÑAGORRI, IGNACIO (1997): “Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal”. En DOBÓN, J. / RIVERA, I. (Coordinadores): *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Barcelona: Bosch, pp. 105-121.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES (2000): *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (2002), *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia (3ª edición).

MYRDAL, GUNNAR, con la asistencia de STERNER, RICHARD Y ROSE, ARNOLD (1944): *An American Dilemma. The Negro Problem and Modern Democracy*, New York: Harper & Brothers Publishers.

NAVARRO CARDOSO, FERNANDO (2004): “Expulsión ‘penal’ de extranjeros: una simbiosis de derecho penal ‘simbólico’ y derecho penal del ‘enemigo’”, en *Revista General de Derecho Penal* nº 2, noviembre/2004. Revista electrónica en la Web www.iustel.com/revistas.

NIETO MARTÍN, FERNANDO (2001): “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 41, julio 2001, Madrid, pp. 23-28.

NORRIS, C. / FIELDING, N. / KEMP, Ch. / FIELDING, J. (1992): “Black and blue: an analysis of the influence of race on being stopped by the police”, en *British Journal of Sociology*, vol. 43, núm. 2, pp. 207-224.

-O-

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA –OSPDH- (2003): *Primer Informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Catalunya*, Barcelona: Virus. Equipo Investigador: Héctor Silveira, Marta Monclús, Gemma Nicolás, Antoni Fernández. Puede ser consultado en versión electrónica en la página Web www.ub.es/ospdh.

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA –OSPDH- (2004): *L’Empresonament a Catalunya*, Barcelona: Edicions de 1984. Equipo investigador: Josep M^a García-Borés, Elisabet Almeda, Iñaki Rivera, Mònica Aranda, Núria Monfort, Gabriel Miró, Juan Berasategi, Marc Àlvarez. Puede ser consultado en versión electrónica en la página Web www.ub.es/ospdh.

O’MALLEY, PAT (2005): “Castigo Volátil y Contradictorio”, en SOZZO, M. (Comp.): *Cartografías de la cuestión penal. Lecturas sobre el presente de las políticas de control del delito*, Buenos Aires: AD-HOC (trad. Máximo Sozzo y Augusto Montero) (en prensa).

-P-

PALIDDA, SALVATORE (2001): *Devianza e vittimizzazione tra i migranti*, Milano: Fondazione Cariplo I.S.M.U.

PALOMO DEL ARCO, ANDRÉS (2000): “La expulsión de extranjeros en el proceso penal”, en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p.139-207.

PARK, ROBERT E. (1925): “Community Organization and Juvenile Delinquency”, en PARK, R. / BURGESS, E. (eds.): *The city*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 99-112.

PARK, ROBERT E. (1928): “The Bases of Race Prejudice”, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 140, número monográfico “The American Negro”, noviembre 1928, pp. 11-20.

PARMELEE, MAURICE (1925) [1918]: *Criminología*, Madrid: Editorial Reus (trad. J. Cerdeiras). Primera edición en inglés, 1918.

PAVARINI, MASSIMO (1996a): *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Madrid: Siglo XXI (trad. de Ignacio Muñagorri). Primera edición en italiano, 1980.

PAVARINI, MASSIMO (1996b): *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*, Bologna: Edizioni Martina. Primera edición, 1994.

PAVARINI, MASSIMO (2002): “¿La cárcel racista?”, en *Panóptico* nº 3, Barcelona: Virus, pp. 168-173 (trad. Marta Monclús). Publicado originalmente en *Sicurezza e territorio* núm. 12, 1994.

PAZ RUBIO, JOSÉ MARÍA (2004): “Expulsión de Extranjeros”, en MARTÍN PALLÍN, J. A. (Director): *Extranjeros y Derecho penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 79-232.

PEDROL, XAVIER / PISARELLO, GERARDO (2004): *La constitución furtiva. Por una construcción social y democrática de Europa*, Barcelona: Icaria.

PÉREZ-AGOTE, ALFONSO (1998): Voz “etnia”, en GINER, S. / LAMO DE ESPINOSA, E. / TORRES, C. (eds.): *Diccionario de Sociología*, Madrid: Alianza, pp. 276-277.

PERIS RIERA, JAIME / MADRID CONESA, FULGENCIO (2000): “Artículo 89”, en *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL, Madrid: Edersa, pp. 1201-1209.

PICO LORENZO, CELSA (2002): “Nuestra errática normativa sobre extranjería. Especial referencia a las regularizaciones y al arraigo”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 43, marzo/2002, pp. 62-71.

PISARELLO, GERARDO / DE CABO, ANTONIO (2002): “La larga sombra de Sacco y Vanzetti (Excepción, extranjería, terrorismo)”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 44, julio/2002, pp. 13-18.

PITTS, JOHN (1994): “Theoreotyping: Anti.racism, Criminology and Black Young People”, en COOK, D. / HUDSON, B. (eds): *Racism and Criminology*, London: Sage, pp. 96-117.

PLATT, TONNY / TAKAGI, PAUL (2001) [1978]: “Los intelectuales del derecho y del orden. Una crítica a los nuevos ‘realistas’” en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* núm. 15-16, Buenos Aires, 2001 (trad. S. Iglesias), pp. 118-140.

PLEIN DROIT (2003): “Les ‘oubliés’ de la Constitution européenne”, Nota editorial al nº 58, monográfico “Des camps pour étrangers”, diciembre/2003, consultada en la página Web: www.gisti.org/publications/plein-droit.

-Q-

QUERALT, JOAN J. (1992): *El principio “non bis in idem”*, Madrid: Tecnos, Colección Jurisprudencia práctica.

-R-

REINER, ROBERT (1985): “Police and Race Relations”, en BAXTER, J. / KOFFMAN, L. (Eds.): *Police: the Constitution and the Community*, Oxon: Professional Books Limited, pp. 149-187.

REINER, ROBERT (1989): “Race and criminal justice”, en *New Community. A journal of research and policy on ethnic relations*, vol. 16, num. 1, October 1989, pp. 5-21.

REINER, ROBERT (1993): “Race, Crime and Justice: Models of Interpretation” en GELSTHORPE, L. (Ed.): *Minority Ethnic Groups in the Criminal Justice System*, Cambridge: Institute of Criminology, p. 1-23.

RIVERA BEIRAS, IÑAKI (1996a): *La Cárcel en el Sistema Penal. Un análisis estructural*, 2ª Edición revisada conforme al CP 1995 y al RP 1996, Barcelona: M. J. Bosch.

RIVERA BEIRAS, IÑAKI (1996b): “Secuestros institucionales y sistemas punitivo/premiales” en DOBÓN, J. / RIVERA, I. (Coords.): *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos*, Barcelona, M.J. Bosch, pp. 13-43.

RIVERA BEIRAS, IÑAKI (1997): *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Barcelona: J.M. Bosch.

RIVERA BEIRAS, IÑAKI y colaboradores (2005): *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona: Anthropos.

RODRIGUEZ CANDELA, JOSÉ LUIS (1998): “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 33, noviembre 1998, pp. 59-70.

ROIG, EDUARD (2000): “Las infracciones y sanciones y, en particular, la expulsión”, en AJA, E. (Coord.): *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia: Tirant lo blanch, pp.145-179.

ROMA VALDÉS, ANTONIO (1999): “La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros”. En *Actualidad Penal*, núm. 35 (27 de septiembre a 3 de octubre de 1999), Madrid: La Ley, pp. 849-868.

RUIZ DE HUIDOBRO, JOSÉ MARÍA (2001): “El régimen legal de la inmigración en España: el cambio continuo”, en *Migraciones*, núm 9, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, junio/2001, pp.69-103.

RUSCHE, GEORG / KIRCHHEIMER, OTTO (1984): *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis (trad. de Emilio García Méndez). Primera edición en inglés, 1939.

-S-

SAEZ VALCARCEL, RAMÓN (1993): “Barajas: el forastero ante el ‘sheriff’”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 18, pp. 18-20.

SAGARRA i TRIAS, EDUARD (1991): *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, Barcelona: J.M^a Bosch.

SALES, ROSEMARY (2002): “The deserving and the undeserving? Refugees, asylum seekers and Welfare in Britain”, en *Critical Social Policy. A Journal of Theory and Practice in Social Welfare*, vol. 22 (3), *Special issue: Asylum and Welfare*, pp. 456-478.

SANCHEZ YLLERA, IGNACIO (1990): “Extranjeros en prisión: doble condena”, en *Jueces para la Democracia* núm. 10, Septiembre/1990, “Dossier: la infra-condición de extranjero”, pp. 65-70.

SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ (2004): “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal* nº 11, Valladolid: Lex Nova, Enero/2004, pp. 11-40.

SARTORI, GIOVANNI (2001): *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid: Taurus (trad. de Miguel Angel Ruiz de Azúa).

SELLIN, THORSTEN (1928): “The Negro Criminal. A Statistical Note”, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 140, número monográfico “The American Negro”, noviembre 1928, pp. 52-64.

SELLIN, THORSTEN (1935): “Race Prejudice in the Administration of Justice”, en *The American Journal of Sociology*, Vol. 41, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 212-217.

SELLIN, THORSTEN (1938): *Culture Conflict and Crime. A Report of the Subcommittee on Delinquency of the Committee on Personality and Culture*, New York: Social Science Research Council.

SEQUEROS SAZATORNIL, FERNANDO (2000): “El marco penal de la inmigración”. En *Actualidad Penal*, núm.39 (semana 30 de octubre al 5 de noviembre de 2000), Madrid: La Ley, 843-863.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO (2002): “Delincuencia juvenil y movimientos migratorios”, en *Actualidad Penal* nº 16, semana del 15 al 21 de abril de 2002, pp. 399-413.

SERRANO PASCUAL, MARIANO (1999): *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Madrid: Trivium.

SHAW, CLIFFORD *et al.* (1929): *Delinquency Areas. A Study of the Geographic Distribution of School Truants, Juvenile Delinquents and Adult Offenders in Chicago*, Chicago: The University of Chicago Press.

SHAW, CLIFFORD R. / McKAY, HENRY D. (1942): *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, Chicago: University of Chicago Press.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (1999): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas.

SILVEIRA, HÉCTOR (2002): “Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho”, en Revista *Panóptico*, núm. 3, Barcelona: Virus, pp. 180-188.

SILVEIRA, HÉCTOR (2003): “Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en BERGALLI, R. (Coord.): *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 539-576.

SMITH, DAVID J. / GRAY, JEREMY (1985): *Police and People in London*, The Policy Studies Institute Report, London: Gower.

SMITH, DAVID J. (1997): “Ethnic Origins, Crime, and Criminal Justice in England and Wales”, en TONRY, M. (ed.): *Ethnicity, Crime, and Immigration. Comparative and Cross-National Perspectives*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 101-182.

SOLA RECHE, ESTEBAN (2002): “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 345-374.

STEVENS, PHILIP / WILLIS, CAROLE F. (1979): *Race, Crime and Arrests*, Home Office Research Study No.58, London: HMSO.

SUMNER, COLLIN (1997): "Social control: the History and Politics of a Central Concept in Anglo-American Sociology", en BERGALLI, R. / SUMNER, C. (eds.): *Social Control and Political Order. European Perspectives at the end of the Century*, London: Sage, pp. 1-33.

SUTHERLAND, EDWIN H. (1939): *Principles of Criminology*, Chicago-Philadelphia-New York: Lippincott Company, Fourth Edition. Primera edición bajo el título de *Criminology*, 1924.

SUTHERLAND, EDWIN H. (1993) [1940]: "Delincuencia de cuello blanco", anexo a *Ladrones profesionales*, Madrid: La Piqueta (trad. J. Varela y F. Álvarez-Uría), pp. 219-236. Artículo publicado originalmente en la *American Sociological Review* en 1940.

SUTHERLAND, EDWIN H. (1999) [1949]: *El delito de cuello blanco*, Madrid: La Piqueta (traducción de Rosa del Olmo; edición y prólogo de Fernando Álvarez-Uría). Primera publicación en inglés, 1949.

-T-

TAYLOR, IAN / WALTON, PAUL / YOUNG, JOCK (1997): *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires: Amorrortu (trad. de Adolfo Crosa). Primera edición en inglés, 1973.

THOMAS ANDREU, GERARDO (1994): "La intervención del juez penal en el internamiento preventivo del extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva del cumplimiento de penas impuestas en sentencia firme", en *Extranjeros, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXXVII, Madrid: Consejo General de Poder Judicial, pp. 75-98.

THOMAS, WILLIAM I. / ZNANIECKI, FLORIAN (1918): *The Polish Peasant in Europe and America. Monograph of an Immigrant Group*, Boston: Richard G. Badger, The Gorham Press.

THRASHER, FREDERIC M. (1927): *The Gang. A Study of 1,313 Gangs in Chicago*, Chicago: The University of Chicago Press.

TONRY, MICHAEL (1995): *Malign Neglect. Race, Crime and Punishment in America*, New York: Oxford University Press.

TONRY, MICHAEL (1997): “Introduction: Ethnicity, Crime and Immigration”, en TONRY, M. (Ed.): *Ethnicity, Crime, and Immigration. Comparative and Cross-National Perspectives*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 1-29.

TREVES, RENATO (1988): *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona: Ariel (trad. de Manuel Atienza, M^a José Añon Roig y J. A. Pérez Lledó).

TREVES, RENATO (1989): “Un camino hacia la sociología del derecho”, en BERGALLI, R. (Coord.): *El Derecho y sus Realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Barcelona: PPU, Colección: Sociedad-Estado; pp. 9-24.

-V-

VALENZUELA RATIA, DIEGO (2003): “La delincuencia de los extranjeros”, en *Actualidad Penal* núm. 20, 12 al 18 de mayo de 2003, pp. 527-540.

VARONA MARTINEZ, GEMA (1994): “Extranjería y prisión: ¿igualdad material en un sistema penitenciario intercultural?”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* nº 8, San Sebastián, Diciembre/1994, pp. 63-87.

-W-

WACQUANT, LOÏC (2000): *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires: Manantial (trad. de Horacio Pons). Primera edición en francés, 1999.

WACQUANT, LOÏC (2001): *Parias Urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos de milenio*, Buenos Aires: Manantial (trad. de Horacio Pons).

WAGMAN, DANIEL (2002): “Estadística, Delito e Inmigrantes”, en *Biblioteca Ciudades para un futuro más sostenible*, Boletín nº 21, septiembre 2002. Publicación electrónica en Web: www.habitat.aq.upm.es/boletin.

WALKER, MONICA A. (1988): “The Court Disposal of Young Males, by Race, in London in 1983”, en *British Journal of Criminology*, vol. 28, núm. 4, pp. 441-460.

WILSON, JAMES Q. (1985): *Thinking About Crime* (revised edition), New York: Vintage Books. Primera edición en 1975.

WIEVIORKA, MICHEL (1992): *El espacio del racismo*, Barcelona: Paidós (trad. I. Arias).

WOLFGANG, MARVIN E. / FERRACUTI, FRANCO (1967): *The subculture of Violence. Towards an Integrated Theory in Criminology*, London: Tavistock Publications. Publicado simultáneamente en italiano bajo el título “Il Comportamento Violento: Moderni Aspetti Criminologici”, Giuffrè Editore, 1966. Hay traducción al castellano: *La subcultura de la violencia. Hacia una teoría criminológica*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

WOLFGANG, MARVIN E. / COHEN, BERNARD (1970): *Crime and Race. Conceptions and Misconceptions*, New York: Institute of Human Relations Press, The American Jewish Committee.

-Y-

YOUNG, JOCK (1977) [1975]: “Criminología de la clase obrera”, en TAYLOR/WALTON/ YOUNG (Comp.), *Criminología Crítica*, México, Siglo XXI (trad. de N. Grab), pp. 89-127.

YOUNG, JOCK (1993) [1986]: “El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical”, en VV.AA.: *El poder punitivo del Estado*, Rosario: Juris (trad. R. Sagarduy), pp. 5-39.

-Z-

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (1993): *Criminología. Aproximación desde un margen*, Santa Fe de Bogotá: Temis.

ÍNDICE DE TABLAS Y GRÁFICOS
Índice de tablas:

| | |
|--|-----|
| TABLA 0: Población reclusa extranjera en diversos países europeos (números absolutos y porcentaje), a 1 de septiembre de 2002. | 189 |
| TABLA 1: Población que vive en España, por continentes y principales países de procedencia..... | 271 |
| TABLA 2: Población extranjera residente en Cataluña, por países y continentes. Año 2003..... | 273 |
| TABLA 3: Tipología de delitos conocidos por la policía, 2003. | 280 |
| TABLA 4: Detenciones policiales de españoles y extranjeros, por tipología delictiva (cifras absolutas y por 100.000 habitantes).. | 284 |
| TABLA 5: Nacionalidad detenidos, por tipología delictiva, 2003 (números absolutos y detenidos por 100.000 habitantes)..... | 287 |
| TABLA 6: Origen de las personas detenidas por los Mossos d'Escuadra de Cataluña, por nº motivos de detención, 2003. ... | 292 |
| TABLA 7: Procedencia de los condenados (audiencias provinciales y juzgados de lo penal), por tipología delictiva. Números absolutos y tasa de condenas por 100.000 habitantes. Año 2002..... | 298 |
| TABLA 8: Población reclusa española y extranjera en las cárceles españolas, según situación procesal-penal. Año 2003 -2004. ... | 306 |
| TABLA 9: Evolución de la población reclusa española y extranjera (datos a 31/12/) | 308 |
| TABLA 10: Incremento anual población reclusa española y extranjera (datos a 31/12)..... | 309 |
| TABLA 11: Principales nacionalidades de la población reclusa en cárceles españolas (números absolutos, porcentajes e índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes). Año 2003. | 312 |
| TABLA 12: Porcentaje extranjeros en cárceles catalanas (1985-2004)..... | 317 |
| TABLA 13: Evolución presos españoles y extranjeros en cárceles catalanas. Cifras absolutas y porcentaje de incremento o decremento anual (1985-2004)..... | 318 |
| TABLA 14: Población reclusa española y extranjera en las cárceles catalanas, según situación procesal-penal. Año 2004.. | 320 |
| TABLA 15: Mujeres presas españolas y extranjeras en las cárceles catalanas, según situación procesal-penal. Año 2004.. | 321 |

| | |
|---|-----|
| TABLA 16: Nacionalidad de la población reclusa en cárceles catalanas (cifras absolutas, porcentajes e índice de encarcelamiento por 100.000 habitantes). Julio 2004. | 323 |
| TABLA 17: Nacionalidad de la población reclusa en cárceles catalanas, por géneros..... | 324 |
| TABLA 18: Comparativa detenidos, condenados y presos extranjeros y españoles. Año 2002-2003..... | 349 |
| TABLA 19: Evolución de las cifras de repatriación (2000-2003). . | 399 |
| TABLA 20: Expulsiones, devoluciones, denegaciones de entrada (con retorno) y retornos por acuerdos de readmisión, año 2003. | 401 |
| TABLA 21: Denegaciones de entrada y retorno, por fronteras y según motivos. Año 2001... .. | 402 |
| TABLA 22: Expulsiones (dictadas y ejecutadas) año 2001 y ejecutadas 2002-2003..... | 403 |

Índice de gráficos:

| | |
|---|-----|
| GRÁFICO 1: Tipología de delitos conocidos por la policía, 2003 (correspondiente a tabla 3)..... | 279 |
| GRÁFICO 2: Nacionalidad detenidos (por 100.000 hab) según tipología delictiva, 2003 (correspondiente a tabla 5). .. | 288 |
| GRÁFICO 3: Procedencia de los condenados (por 100.00 hab), según tipología delictiva, 2002 (correspondiente a tabla 7)..... | 300 |
| GRÁFICO 4: Evolución población reclusa en cárceles españolas (correspondiente a tabla 9)..... | 308 |
| GRÁFICO 5: Nacionalidad población reclusa en España (por 100.000 hab), 2003 (correspondiente a tabla 11). .. | 313 |
| GRÁFICO 6: Evolución presos en cárceles catalanas (correspondiente a tabla 13)..... | 319 |
| GRÁFICO 7: Porcentaje de extranjeros entre la población reclusa en Cataluña, según situación procesal (correspondiente a tabla 14)..... | 321 |
| GRÁFICO 8: Mujeres extranjeras entre la población reclusa en Cataluña, según situación procesal (correspondiente a tabla 15)..... | 322 |
| GRÁFICO 9: Lugar de residencia de los extranjeros reclusos en las cárceles catalanas (sin correspondencia con tablas). | 326 |

