

CAPÍTULO TERCERO

LA REALIDAD DE LAS CÁRCELES ESPAÑOLAS: EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LA MINORÍA GITANA¹²⁶

I. LUCHANDO CONTRA EL PREJUICIO ANTIGITANO

La perspectiva de análisis de la minoría gitana en las cárceles españolas ha de iniciarse desde un punto de partida previo: se trata de luchar contra el prejuicio antigitano y no dar más argumentos para la estigmatización de este colectivo. Esta visión es simplemente ser coherente con una noción de derechos humanos, como instrumentos eficaces para regular la convivencia, frente a otras alternativas.¹²⁷

¹²⁶ Sobre las mujeres gitanas, he escrito en Pérez de la Fuente, Oscar, “Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza”, *Universitas*, núm. 7, enero de 2008, pp. 109-146. Ese artículo bosquejaba algunas de las ideas que se desarrollan de manera más extensa en este libro. Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007), y en el marco del proyecto de investigación “Historia de los derechos fundamentales”, S. XX, cuya referencia es DER2008-03941.

¹²⁷ El artículo 1o. de la Carta de Derechos Humanos de Naciones Unidas declara: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En el artículo 2o. nos dice: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra

El pueblo gitano tiene una idiosincrasia e historia propia, y representa una forma de diversidad que busca mantener su identidad frente a los intentos de asimilación. Como explica Caselles,

el Pueblo Gitano (Pueblo “Rom”: Pueblo de los “Hombres Libres”) es originario de la zona del Punjab, al noroeste de la India. Viajero desde el siglo III, se extiende por toda la Tierra y entra en Europa alrededor del año 1000. Algunas fuentes indican que en Europa viven actualmente unos 12 millones de Romé o Sinté. España es el segundo país con mayor población gitana (alrededor de un millón), por debajo de Rumanía (alrededor de dos millones y medio) y seguido de Bulgaria (en torno a 800.000).¹²⁸

La cuestión relevante es que las peculiaridades de la minoría gitana afectan, en términos general, en su difícil inserción socio-laboral, mal reconocimiento —*misrecognition*— cultural y su escaso empoderamiento —*empowerment*— político. Como subraya San Román, “los gitanos no constituyen, *grosso modo*, un estrato étnico como los puertorriqueños en Estados Unidos o los negros en Sudáfrica. Los gitanos son, en una buena proporción al menos, una *minoría étnica marginada* del sistema social”.¹²⁹

Esta calificación para la minoría gitana tiene sus factores explicativos en los términos de inclusión, redistribución y reconocimiento, pero más allá de ello, existe un prejuicio contra los miembros de este colectivo, que se interrelaciona con las causas de su situación. En este sentido, Calvo Buezas afirma que “en este sentido nosotros hemos hablado del *prejuicio antigitano*, como algo *férreo* y *petrificado* en la tradición cultural española, que se ha manifestado

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

¹²⁸ Caselles Pérez, J. F., “Factores sociales de la exclusión social del pueblo gitano”, en Hernández Pedreño, Manuel (coord.), *Exclusión social y desigualdad*, Universidad de Murcia, 2008, p. 229.

¹²⁹ San Román, T., “Reflexiones sobre marginación y racismo”, en San Román, T., *Entre la marginación y el racismo: reflexiones sobre la vida de los gitanos*, Madrid, Alianza, 1994, p. 188.

constante a través de varios siglos, y que aún hoy se manifiesta con todo vigor y vigencia social”.¹³⁰

Un prejuicio, según el *Diccionario de la lengua española*, es una “opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal”. En el análisis que realiza Martínez Martínez, el prejuicio tiene un componente cognitivo —ideas, valores, creencias—, afectivo —favorabilidad/desfavorabilidad— y conativo —orientaciones en la interacción social—; además, se caracteriza por ser más o menos falso, defectuoso o erróneo, y es compartido por un grupo social, aunque en los sujetos varía en la intensidad con que lo mantienen.¹³¹ Es sintomático, y a la vez alarmante, que en la cuarta acepción para el término “gitano” el *Diccionario de la lengua española* incluya la siguiente definición: “el que estafa u obra con engaño”. No sirve de excusa que la Academia considere que ese término sea de uso común en español. El lenguaje es, en muchas ocasiones, el vehículo para fomentar prejuicios, pero no es el papel de una institución tan relevante darles pábulo, especialmente en el caso de circunstancias como el origen racial o étnico, que son moralmente arbitrarias. Además, si se atiende al viejo lema de la Academia, que dice “limpia, fija y da esplendor”, debería admitir la prueba en contrario de los usos comunes en español, que implican un prejuicio y que no están incluidos en la edición actual del *Diccionario de la lengua española*.

Un caso donde se mostró el prejuicio antigitano fueron los sucesos de Mancha Real.¹³² Ejemplos recientes de este prejuicio

¹³⁰ Calvo Buezas, T., *¿España racista? Voces payas sobre los gitanos*, Barcelona, Antrophos, 1990, p. 345.

¹³¹ Martínez Martínez, M. C., *Análisis psicosocial del prejuicio*, Madrid, Síntesis, 1996, p. 15.

¹³² Galindo explica los sucesos de Mancha Real: “En la población jienense de Mancha Real sucedió en mayo de 1991, un acontecimiento que tuvo amplia resonancia informativa. Según se recoge en la sentencia que resolvió acerca del conflicto, tras una reyerta entre «gitanos» y «castellanos», en la que murió uno de los últimos, un numeroso grupo de habitantes de Mancha Real, dirigido por sus representantes municipales, Alcalde a la cabeza, se manifestó a favor de la expulsión de los ciudadanos gitanos del pueblo. Al mismo tiempo que se produjo

transformado en decisiones gubernamentales han sido Italia y Francia. En el caso francés, una circular del Ministerio sobre el desmantelamiento de campamentos ilegales, fechada el 5 de agosto 2010, recuerda a las prefecturas los “objetivos precisos” establecidos por Sarkozy, entre ellos el de que “300 campamentos o asentamientos ilícitos deberán ser evacuados en tres meses, en primer lugar los de gitanos”.¹³³ En el caso italiano, además

la manifestación, de carácter ilegal, se asaltaron las viviendas de los gitanos, se quemaron algunas y varios automóviles de su propiedad. Los gitanos fueron expulsados. La manifestación se produjo tras las celebración de un Pleno del Ayuntamiento en el que se acordó, por unanimidad, lo siguiente: «...la repulsa más enérgica del Ayuntamiento hacia quienes reiteradamente han venido atentando contra la seguridad de la población, pidiendo que abandonaran voluntariamente el término municipal en beneficio de la comunidad». «Adherirse y solidarizarse con el sentimiento de la población a la realización de una concentración pacífica... y recorrido de diversas calles pidiendo que voluntariamente abandonen el término municipal todas esas personas, cuya conducta atenta directamente contra el desenvolvimiento pacífico de la vida en esta población, que pueden ser calificados de ladrones y asesinos». La pancarta que encabezaba la manifestación, portada por la Corporación Local decía: «Ladrones y asesinos fuera del pueblo». Al final de la manifestación, el Alcalde, desde el balcón del Ayuntamiento, dijo a los participantes: «Os aseguro que las próximas movilizaciones que se realicen pueden ser más violentas sino se acaba de una vez con la inseguridad ciudadana»; comenzando a dar nombres, apellidos y apodos de personas que consideraba que eran delincuentes y había que echar de Mancha Real...” dice textualmente la sentencia. Con respecto al asunto, se instruyó un único sumario por los delitos de incendio, daños y manifestación ilícita en la que los acusados fueron tanto parte de los integrantes de la manifestación, cuanto que los que causaron los daños. Tras la realización de las pruebas pertinentes y celebrado el juicio oral, demostrada su responsabilidad, los acusados fueron condenados a varias penas (destierro y prisión menor en diferente grado), así como al pago de la correspondiente indemnización por daños. El Tribunal Supremo resolvió incrementar la pena del Alcalde de Mancha Real al considerarle autor responsable de un delito continuado de daños, lo que no había sido considerado por la Audiencia de Jaén. Galindo, F., “Aplicación judicial del derecho e intolerancia”, *Derechos y Libertades*, núm. 5, 1995, pp. 504 y 505. Sentencia 105/1992 del 23 de octubre de la Audiencia Provincial de Jaén. Sentencia 1.360/1994 del 2 de julio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

¹³³ Según una noticia de Europa Press, “Una circular del Ministerio del Interior francés dirigida a las prefecturas da instrucciones específicas contra

de las declaraciones xenófobas de determinados representantes políticos,¹³⁴ el gobierno aprobó una legislación que tenía la intención de expulsar a colectivos de gitanos de países miembros de la Unión Europea.

Es relevante que la libertad de circulación para ciudadanos europeos por países de la Unión Europea solo está limitada por razones de orden público o seguridad pública: “deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas”. En concreto, se precisa que: “la conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justifi-

los gitanos que viven en campamentos ilegales, según informó el diario digital «Le Canard Social». El documento, que está colgado en la red, contradice la versión del Gobierno de Nicolás Sarkozy, que asegura que las recientes expulsiones de gitanos procedentes de Rumanía y Bulgaria no tienen nada que ver con su condición de gitanos para acallar las críticas. La circular sobre el desmantelamiento de campamentos ilegales, fechada el 5 de agosto, recuerda a las prefecturas los «objetivos precisos» establecidos por Sarkozy, entre ellos el de que «300 campamentos o asentamientos ilícitos deberán ser evacuados en tres meses, en primer lugar los de gitanos». Disponible en <http://www.europapress.es/internacional/noticia-documento-gobierno-frances-da-instrucciones-especificas-contragitanos-20100912151234.html>

¹³⁴ Gianni Alemanno, alcalde de Roma, comenta que cada año 2 000 ciudadanos no italianos cometen delitos en Roma y siguen viviendo en la ciudad. “Nuestro objetivo es expulsar a todos los que han cometido crímenes, porque eso aligeraría la situación. Procederemos a dismantelar los campamentos nómadas ilegales, que en Roma son 85”. La eurodiputada Alessandra Mussolini, nieta de Mussolini, no duda en afirmar que “todos los rumanos eran unos ladrones y unos gitanos”. Umberto Bossi, líder de la Liga Norte, afirma que: “Debemos cazar a los clandestinos y hacer ya el federalismo. Usaremos todos los instrumentos necesarios. No se que querrá hacer la izquierda, nosotros estamos listos. Si quieren pelea, los fusiles están calientes. Tenemos 300.000 hombres, 300.000 mártires, listo para combatir. Y no bromeamos no somos cuatro gatos”. Fernández Torres, Ma. J., “Los gitanos en la Unión Europea y el resurgimiento de las políticas neofascistas”, *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 25, 2009, pp. 99 y 100.

caciones que no tengan relación con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”.¹³⁵

La primera acotación es que los gitanos rumanos, como afirma Fernández Torres, no son “inmigrantes ilegales”, sino ciudadanos europeos.¹³⁶ La segunda es que la directiva europea prevé unos supuestos tasados, graves y de ámbito individual, que no se aplican en la expulsión generalizada de un colectivo por motivos étnicos. “En primer lugar, los de los gitanos” es una plasmación gubernativa del prejuicio antigitano contra todo un colectivo.

Técnicamente, se comete la “falacia de la generalización” al aplicar las propiedades de una parte al todo. En esta línea, se ha manifestado la Fundación Secretariado Gitano sobre este tema y dice lo siguiente:

este tipo de reacciones refuerza los estereotipos negativos que ya existen sobre la comunidad gitana. Las acciones ilegales las cometen las personas de manera individual y la justicia debe actuar ante estos hechos con toda la legislación y medios disponibles. Lo que no puede suceder es que se continúe criminalizando a todo un grupo por las acciones de unos pocos individuos. Es injusta la presentación de una imagen estigmatizada de toda una comunidad que, en muchos casos, ha venido haciendo un gran esfuerzo por integrarse socialmente. Pese a eso, una gran parte

¹³⁵ Artículo 27 Directiva 2004/38/CE, del 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

¹³⁶ Fernández Torres afirma que “la expulsión de los gitanos rumanos de Italia no puede fundarse en sus condiciones de inmigrantes ilegales, pues son ciudadanos europeos. Pero además, la utilización de la excepción al derecho de libertad de tránsito, por razones de orden público y seguridad, como hemos visto, exige una serie de requisitos que no concurren en el supuesto que nos ocupa y unas garantías para su aplicación que tampoco se están observando”. Fernández Torres, Ma. J., “Los gitanos en la Unión Europea y el resurgimiento de las políticas neofascistas”, *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 25, 2009, p. 105.

de la población gitana continúa viviendo situaciones de pobreza y exclusión que son inaceptables en una Europa del siglo XXI.¹³⁷

Un aspecto peligroso que deriva de estos planteamientos es que tenga auge la tesis que relaciona la biología y el delito. Existen explicaciones que consideran que el comportamiento de los delincuentes está explicado por características genéticas, entre ellas la raza. Este enfoque parte de la obra del doctor en medicina italiano, de origen judío, C. Lombroso, *L'uomo delinquente* (1876). Fernández Torres explica que:

en esta obra formula el médico italiano su teoría del delincuente nato, según la cual el delito es resultado de tendencias innatas, de origen genético, observables en ciertos rasgos fisonómicos del delincuente. Teoría que posteriormente matizaría incorporando otros factores criminógenos atendiendo el grado de instrucción, el alcoholismo, la religión, el nivel económico, etc.¹³⁸

Esta teoría sobre genética y delito inspiró a la política nacionalsocialista, donde para “los extraños a la comunidad” se preveían penas como la esterilización, castración, penas indeterminadas, pena de muerte, internamiento en campamentos y vigilancia de la policía. En concreto, se define el “extraño a la comunidad” en estos términos:

1. Quien, por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter, es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo,
2. Quien...

¹³⁷ Comunicado de la Fundación Secretariado Gitano, “La FSG denuncia el tratamiento a la población gitana en Francia”, 29 de julio de 2010.

¹³⁸ Fernández Torres, Ma. J., “Los gitanos en la Unión Europea y el resurgimiento de las políticas neofascistas”, *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 25, 2009, p. 94.

- a) por una actitud de rechazo al trabajo o disoluta lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o por dependencia o inclinación a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, o
 - b) por su carácter asocial o pendenciero perturba continuamente la paz de la generalidad, o
3. Quien por su personalidad o forma de conducción de vida revela que su mente está dirigida a la comisión de delitos graves (delinquentes enemigos de la comunidad y delinquentes por tendencia).¹³⁹

¹³⁹ La exposición de motivos del Proyecto de Ley sobre Tratamiento a extraños a la Comunidad, en su versión de 17.3.1944, establece lo siguiente: “La experiencia de decenios enseña que la criminalidad se alimenta continuamente de las raleas (*Sippen*) menos valiosas. Los miembros concretos de estas raleas se encuentran siempre con los miembros de otras igualmente malas provocando así, que lo que menos vale no sólo se herede de generación en generación, sino que frecuentemente se expanda en la delincuencia. La mayoría de esta gente ni quieren ni son capaces de integrarse en la comunidad. Llevan una vida extraña a la idea de comunidad, carecen incluso del sentimiento comunitario, a menudo son incapaces o incluso enemigos de la comunidad, y en todo caso son extraños a la comunidad (*Gemeinschaftsfremde*). Constituye una antigua exigencia de las instituciones encargadas del cuidado público, vigilar de forma coactiva a estos elementos extraños a la comunidad (asociales), que como consecuencia de su incapacidad para integrarse en la comunidad, constituyen una continua carga para la generalidad. Hasta ahora el Derecho de asistencia social sólo conoce el control de los que muestran necesidad de ayuda o se someten voluntariamente a ella. Pero el orden social requiere una base jurídica para poder controlar coactivamente de manera suficiente a estos extraños a la comunidad más allá de las posibilidades que ofrece el Derecho de asistencia. Los gobiernos de la época sistemática (*Systemzeit*) fracasaron frente a estos extraños a la comunidad. No utilizaron los conocimientos de la teoría de la herencia y la biología criminal para fundamentar una sana política asistencial y criminal. Como consecuencia de su ideología liberal sólo vieron siempre los «derechos» del individuo y pensaban más en su protección frente a las manifestaciones del poder estatal que en la utilidad de la generalidad. Pero al Nacionalsocialismo no le preocupa el individuo en absoluto, cuando se trata de la comunidad. De este principio nacieron las medidas que para la lucha preventiva contra la delincuencia fueron

introducidas contra los extraños a la comunidad por la Policía del Reich tras la toma del poder, en base al Derecho policial nacionalsocialista que se estaba desarrollando. Para ello se impuso la idea de que el tratamiento de los extraños a la comunidad no pertenece tanto al ámbito de la asistencia como al de la policía. En la concepción nacionalsocialista la asistencia sólo puede favorecer a los ciudadanos que la precisan y que también son dignos de ella. Pero para los extraños a la comunidad, que sólo producen daño a la comunidad del pueblo, no es necesaria la asistencia, sino la coacción policial que pretende, o recuperarlos con las medidas adecuadas, o evitar que produzcan nuevos daños en el futuro. El fundamento de ello es la protección de la comunidad. El Proyecto de Ley de Tratamiento de los extraños a la Comunidad pretende cumplir estas exigencias, acogiendo las medidas policiales ya existentes y dándoles una nueva configuración, creando además adicionalmente nuevas bases jurídicas para las decisiones judiciales, tanto para los casos en que los extraños a la comunidad cometan delitos, como para los casos en que sea necesario su esterilización, cuando quepa esperar que puedan tener una descendencia indeseable para la comunidad popular. De acuerdo con los conocimientos que brindan la teoría de la herencia y la biología criminal, la ley califica como extraños a la comunidad:

- 1) El grupo de los fracasados, personas, que por su personalidad y su forma de vida, especialmente como consecuencia de defectos extraordinarios de su inteligencia o de su carácter, se puede deducir que no están en condiciones de cumplir satisfactoriamente con su propio esfuerzo las mínimas exigencias de la comunidad popular.
- 2) El grupo de los refractarios al trabajo y de los que llevan una vida desordenada, personas que, o bien son pillos o parásitos que llevan una vida inútil, improductiva o desordenada, y molestan o ponen en peligro a otros o a la generalidad, o bien son pillos que muestran tendencias a la mendicidad, a la vagancia, a trabajos ambulantes, a cometer hurtos, estafas u otras clases de pequeños delitos. En este grupo se pueden también incluir aquellas personas de mal carácter o pendencieras que repetidamente alteran la paz de otros o de la generalidad, y que, por eso, son calificados en este Proyecto como perturbadores de la paz (*Störenfriede*).
- 3) El grupo de los delincuentes, personas, que de su personalidad y forma de vida se puede deducir que tienden a la comisión de delitos... El Juez debe, desde un principio, separar a los delincuentes incorregibles y remitirlos a la policía, que es a quien corresponde el cumplimiento de la misión de proteger a la comunidad del pueblo de estos elementos. Para ello se declaran personas de menor derecho y, en base a su constitución de menor valor, se les impone un tratamiento que esencialmente está dirigido a su aseguramiento. El Proyecto prevé también la remisión a la Policía de los vagabundos, mendigos habituales y otros tipos de pillos que son más molestos que dañinos. La razón de esto es que este grupo de extraños a la comunidad están más próximos al grupo de los parásitos, en la medida en que en ambos la causa de su conducta debe buscarse en su carácter desordenado y refractario al tra-

En España, en 1933, explica Aparicio Gervás, el gobierno republicano aplicó la “Ley de Vagos y Maleantes” contra aquellos gitanos que por alguna razón pudieran ser sospechosos de cometer algún delito, aunque solo fuera, por desgracia, el de ser gitanos. Durante el franquismo se establecen más restricciones legales hacia los gitanos: obligatoriedad exclusiva de hablar la lengua castellana (el “romanó”, además, pasará a ser considerado como jerga de delincuentes); la redacción de la “Ley de Peligrosidad Social” (de clara aplicación hacia los gitanos en la década de los 70), y finalmente, la utilización de la Guardia Civil como brazo ejecutor de la política de la dictadura hacia el pueblo gitano.¹⁴⁰ Así, como relata Gómez García, hasta 1978 estuvieron vigentes los artículos 4o. y 5o. del Reglamento de la Guardia Civil de 1943, los cuales decían lo siguiente:

bajo; por tanto, es adecuado aplicar el mismo tratamiento a ambos grupos. Los delincuentes por inclinación o tendencia, en cambio, de los que puede esperarse mejora y conversión interna tras una enérgica reeducación laboral, deben someterse a un ensayo resocializador en los establecimientos penales. Si el ensayo fracasa, el Proyecto faculta y obliga a los responsables del sistema penitenciario, para remitir estos condenados a la Policía. Esta regulación del tratamiento de los extraños a la comunidad que han cometido delitos significa una importante reformulación del Derecho penal, que es, no obstante, urgentemente necesaria: renunciar a la doble vía (pena y medida adicional de internamiento de seguridad) a favor de la correspondiente pena educativa, reconociendo que la pura seguridad es una tarea que corresponde a la policía... Los extraños a la comunidad, especialmente los fracasados y los pillos, pertenecen frecuentemente a las raleas, de las que todos o algunos de sus miembros ocupan continuamente a la Policía y los Tribunales o molestan a la comunidad del pueblo. El Proyecto posibilita, por tanto, esterilizar a los extraños a la comunidad, cuando sea esperable que tengan una descendencia indeseable. Serán los Tribunales de la Salud de la Herencia los encargados de decidir cuando es esperable una descendencia indeseable de un extraño a la comunidad”. Muñoz Conde, F., “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los «extraños a la comunidad»”, *Revista Cenipec*, núm. 20, 2001, pp. 176-180.

¹⁴⁰ Aparicio Gervás, J. M., “Breve recopilación sobre la historia del pueblo gitano: desde su salida del Punjab, hasta la Constitución Española de 1978. Veinte hitos sobre la «otra» historia de España”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, vol. 1, núm. 20, 2006, p. 157.

art. 4º se vigilará escrupulosamente a los gitanos, cuidando de reconocer los documentos que tengan, observar sus trajes, averiguar su modo de vivir y cuanto conduzca a formar una idea exacta de sus movimientos y ocupaciones, indagando el punto en se que se dirigen en sus viajes y el objeto de ellos; art. 5º Como esta clase de gente no tiene por lo general residencia fija, se traslada con frecuencia de un punto a otro en que sean desconocidos, conviene tomar de ellos todas las noticias necesarias para impedir que cometan robos de caballerías o de otra especie.¹⁴¹

Estas visiones que convierten en delincuente por características innatas, personalidades o modos de vida, son radicalmente opuestas a un derecho penal garantista y democrático. La pernicioso vuelta a los planteamientos de Lombroso parece no estar descartada y debe suponer un toque de atención en la justificación de las políticas punitivas en los Estados de derecho.

En un artículo de 1990, Rushton defendía que la teoría de la evolución de Darwin provee la base biológica para explicar por qué existen más personas que probablemente desarrollen una tendencia criminal que otras, y por qué hay indicadores físicos que pueden permitir la predicción.¹⁴² La tesis de este artículo dice que existe una relación entre raza y delincuencia, donde se menciona que los homicidios en Estados Unidos se cometen por un 49% de negros y un 13% de hispanos.¹⁴³ Más adelante, el artículo establece la correlación entre raza y comportamiento antisocial.¹⁴⁴ La réplica a este último aspecto es que una correlación estadística no comporta una relación de causalidad, ya que

¹⁴¹ Gómez García, Ma. N., “La educación del pueblo gitano en España: parámetros históricos”, en Barruezo Albeniz, R. y Conejero López, S., *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días. XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009*, España, vol. 2, 2009, p. 96.

¹⁴² Rushton, J. Ph., “Race and Crime: A Reply to Roberts and Gabor”, *Canadian Journal of Criminology*, núm. 32, 1990, p. 326.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 318.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 321.

no se tienen en cuenta otros factores; por ejemplo, las graves desigualdades socioeconómicas.

Además de un error intelectual y un ataque a los derechos humanos, así como el aumento hacia el racismo, estos planteamientos sirven para justificar políticas eugenésicas. En este sentido, advierte Roberts, “como las explicaciones biológicas del delito ganan apoyo público, el Estado está cada vez más utilizando medios reproductivos para sancionar delitos”. Un precedente aceptado por la Corte Suprema de política eugenésica es *Buck vs. Bell*, donde el juez Holmes votó a favor de la medida.¹⁴⁵

Hecha esta advertencia sobre el grave peligro de las argumentaciones sobre genética y delito, cabe realizar también una seria reflexión sobre el papel de los medios de comunicación para consolidar determinados estereotipos y tópicos, que refuerzan y consolidan el prejuicio antigitano. De esta forma, Fuentes Osorio señala que el pueblo gitano es presentado en los medios de comunicación principalmente vinculado al terreno artístico o al de la delincuencia;¹⁴⁶ es decir, se presenta una imagen parcial y distorsionada de las personas gitanas. Los medios de comunicación tienen una responsabilidad social y una ética y una deontología profesional que cumplir. Como muestra el estudio *Barañí*, actualmente en los medios de comunicación existe: a) una tendencia a primar noticias morbosas y sensacionalistas por parte de los medios de comunicación en general; b) falta de contacto y conocimiento de la comunidad gitana por parte de un gran número de periodistas; c) un reducido grupo de gitanos y gitanas que trabajan en los medios de comunicación, y d) extensión de muchos prejuicios sociales al ámbito periodístico.¹⁴⁷ Es importante señalar la existencia del *Manual de estilo sobre minorías étnicas del Colegio de*

¹⁴⁵ Véase *Buck vs. Bell* 274 US 299 (1927) en Roberts, D. E., “Crimen, Race and Reproduction”, *Tulane Law Review*, núm. 67, 1992-1993, p. 1962.

¹⁴⁶ Fuentes Osorio, Juan L., “Los medios de comunicación y el derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 21.

¹⁴⁷ Equipo Barañí, *Mujeres gitanas y sistema penal*, Madrid, Ediciones Metyel, 2001, p. 283.

Periodistas de Cataluña,¹⁴⁸ donde se propone una serie de medidas concretas para eliminar prejuicios y estereotipos desde el compromiso de los profesionales del periodismo.

II. LA JUSTICIA COMO INCLUSIÓN, REDISTRIBUCIÓN Y RECONOCIMIENTO

Existen enfoques de las teorías de la justicia que reducen su ámbito a la economía, o bien a la cultura. Las visiones de Young¹⁴⁹ y Fraser¹⁵⁰ defienden un modelo bivalente de justicia que comprenda redistribución y reconocimiento. En otros trabajos, he defendido una teoría de la justicia que se basa en tres paradigmas: inclusión, redistribución y reconocimiento. Estos paradigmas son irreductibles, están imbricados e interrelacionados, pero los tres ámbitos deben formar parte de la justicia. La relevancia de este

¹⁴⁸ Los enunciados del *Manual de estilo sobre minorías étnicas* afirman lo siguiente: a) no hay que incluir el grupo étnico, el color de la piel, el país de origen, la religión o la cultura si no es estrictamente necesario para la comprensión global de la noticia; b) es necesario evitar las generalidades, los maniqueísmos y la simplificación de las informaciones. Los residentes extranjeros no comunitarios son tan poco homogéneos como los autóctonos; c) no deben potenciarse las informaciones negativas ni las sensacionalistas. Hay que evitar crear inútilmente conflictos y dramatizarlos. Hay que potenciar la búsqueda de noticias positivas; d) ecuanimidad en las fuentes de información. Es necesario contrastar las versiones institucionales. Hay que potenciar las propias de las minorías étnicas y tener especial cuidado en las informaciones referidas a los países de origen. La publicación de las rectificaciones como elementos que inciden en la calidad del medio informativo; e) responsabilidad de los profesionales. La importancia de la ubicación física de la información “el efecto dominó”. Utilización del material gráfico; f) militancia periodística hacia una mult interculturalidad enriquecedora para todos. La potenciación de las informaciones en positivo. *Manual de estilo sobre minorías étnicas del Colegio de Periodistas de Cataluña*.

¹⁴⁹ Young, I. M., *La justicia y la política...*, cit.

¹⁵⁰ Fraser, N., “Social justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and participation”, en Fraser, N. y Honneth, A., *Redistribution or recognition? A philosophical exchange*, Londres, Verso, 2003, pp. 7-109.

análisis, para los derechos de la minoría gitana en las cárceles españolas, es clara si se quiere tener un panorama que incluya diversos factores y, especialmente, muestre sus interrelaciones. De esta forma, la justicia se concibe a partir de tres paradigmas:

1. *El paradigma de la inclusión.* Tiene como valor central a la igual dignidad de los seres humanos. El paradigma de la inclusión se centra en la tricotomía inclusión/exclusión/participación y se articulará en el ámbito de la política. El primer nivel es el reconocimiento de la igual dignidad, que se vincula con la noción de ciudadanía; es decir, el “derecho a tener derechos”. El segundo nivel se refiere a que las condiciones para el ejercicio de la igual dignidad sean efectivas en los diferentes ámbitos. El tercer nivel significa que el ámbito de la inclusión suponga el respeto de la igual dignidad en el proceso democrático deliberativo. Las injusticias de la inclusión también están interrelacionadas con redistribución y reconocimiento, pero afirman un ámbito propio de la justicia que es necesario tener en cuenta. En este sentido, son injusticias en el ámbito político que parten de cuestiones como quiénes forman —y quiénes no— la comunidad política —*demos*—; quiénes pueden —y quiénes no— ejercer efectivamente sus derechos, y quiénes participan —y quiénes no— en la toma de decisiones públicas.

2. *El paradigma de la redistribución.* Tiene como valor central a la igualdad. El paradigma de redistribución se basa en la dicotomía igualdad/desigualdad y se articula en el ámbito de la economía; son situaciones en las cuales se deberían compensar las desigualdades, las políticas de acción positiva o los casos de discriminación positiva o inversa. Según Fraser, la aproximación de la redistribución considera que las injusticias son socioeconómicas; es decir, se trata de situaciones que comprenden aspectos de “explotación” (los beneficios del trabajo son apropiados por otros), “marginación económica” (ser confinado a un trabajo indeseable o poco remunerado) y “privación” (es negado un adecuado nivel material de vida).¹⁵¹

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

3. *El paradigma del reconocimiento.* Tiene como valor central la identidad. El paradigma del reconocimiento se basa en la tricromía igualdad/identidad/diferencia; son situaciones que buscan defender una identidad específica frente a la asimilación en la sociedad mayoritaria; asimismo, promueven una política de la diferencia, el empoderamiento de las minorías y medidas especiales en función de grupo. Según Fraser, la aproximación del reconocimiento tiene que ver con los patrones culturales de representación, interpretación y comunicación; además, son situaciones que se relacionan con “la dominación cultural” (ser sujeto de patrones de interpretación y comunicación que están asociados a otra cultura y son extraños y/o hostiles a la propia), “el no reconocimiento” (convertirse en invisible en las prácticas interpretativas, representacionales y comunicativas de la propia cultura) y “el poco respeto” (ser rutinariamente vilipendiados o despreciados en las representaciones estereotipadas culturales públicas y/o en la interacciones de cada día).¹⁵²

La situación de los miembros de la minoría gitana está vinculada con la inclusión, ya que si bien ostentan la ciudadanía legal, no son inmigrantes, no ejercen los derechos en condiciones de igual dignidad y no participan como iguales en el proceso participativo deliberativo. Esta cuestión se relaciona con los casos de discriminación directa e indirecta, la formación de prejuicios y estereotipos sociales, y la relevancia de la xenofobia. Como se ha dicho, los gitanos son una “minoría étnica marginada” en el sistema social. En este sentido, muchas de sus reivindicaciones tienen como base: la inclusión, la afirmación de su igual dignidad y evitar su exclusión social.

Precisamente, la exclusión social está fuertemente interrelacionada con redistribución y reconocimiento. En el caso de la minoría gitana es importante señalar que los niveles educativos, o su carencia, influyen en la capacitación para el mercado laboral. A este respecto, Del Pozo señala que “un dato fundamental

¹⁵² *Idem.*

que marca negativamente a la población gitana es el nivel de estudios. El nivel educativo de la población gitana es más bajo que el de ningún otro grupo social”.¹⁵³ Una explicación es que la educación formal se percibe como algo ajeno para los miembros de la minoría gitana. Como señala Ayuste González, la escuela se percibe como una oportunidad para superar la exclusión, mientras que, a la vez, se rechaza por miedo a perder la propia identidad.¹⁵⁴ Es necesaria una escuela intercultural e inclusiva, que la convierta en un “ascensor social” para todos.

En su artículo “Algunos aspectos sociológicos de la población gitana”, Vázquez afirma que el 94% de las actividades de los gitanos están consideradas como “bajas”. Entre las profesiones “cañís” figuraban las de esquilador, herrero, calderero, afilador, soldador, chatarrero, trabajador agrícola y artesano (mimbre, flores artificiales, decoración de cristales, tallado a madera a navaja). Hoy en día, los gitanos trabajan también en actividades menos “típicas”: cargador de camiones, repartidor de guías telefónicas, basurero, taxista, camarero, empapelador, panadero, mozo de carga, botones, pescador, relojero, cocinero, desmontador de pista, chapista, venta de trapos, cartones, lotería, etcétera. En consecuencia, el gi-

¹⁵³ Este autor continúa diciendo: “sus niveles de analfabetismo y el escaso número de gitanos que completan la educación obligatoria les sitúan en un nivel equivalente a los países más pobres del mundo. Obviamente, este bajo nivel educativo contribuye a reproducir y acentuar muchos problemas. Más del 70% no tiene estudios primarios y una mayoría significativa presenta serias dificultades para realizar las tareas básicas de lectura, escritura y cálculo”. Del Pozo, J., “El sistema ocupacional de los gitanos en España: entre la resistencia a la asimilación y su acomodación a un mercado laboral en constante cambio”, *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006, p. 44.

¹⁵⁴ Ayuste González afirma que: “Las mujeres gitanas perciben la educación como una oportunidad para superar la exclusión económica y social que sufre el pueblo gitano, especialmente las mujeres... El rechazo a la escuela que, en ocasiones, ha podido mostrar la cultura gitana tiene que ver con el miedo a perder su identidad y se relaciona, por tanto, con un tipo de escuela más que con la educación en sí misma”. Ayuste Gonzalez, A. y Paya Sánchez, M., “Mujer gitana y educación: un camino hacia los derechos humanos”, *Encounters of Education*, vol. 5, 2004, p. 112.

tano tiene una consideración “muy baja” en la escala del “prestigio social”.¹⁵⁵ En el mismo artículo, Vázquez afirma que tan solo el 1.7% de la población gitana ejerce profesiones “liberales”, y en lo que respecta a la imagen tópica de los gitanos folklóricos o metidos en el mundo de los toros, esta apenas tiene índices representativos (1.37%). Resulta sumamente significativo que el 95% de los gitanos desempeñe actividades de bajo nivel profesional y económico.¹⁵⁶ La idiosincrasia del pueblo gitano se muestra en su inserción en el mercado laboral, de esta forma, sostiene Del Pozo, “la economía gitana ha sido por tanto tradicionalmente autónoma, domestica e informal. Se puede afirmar que sus ocupaciones mayoritarias comparten entre otros rasgos su flexibilidad, independencia y movilidad”.¹⁵⁷

Entre los rasgos específicos de la exclusión social se puede destacar, según Moreira y Muguerza, que es un proceso estructural (implica fracturas en el tejido social y ruptura de parámetros básicos de integración social), dinámico (asociado a la estructura económica y al cambio social, pudiendo presentarse en diferentes momentos de la vida de las personas), multidimensional (no solo hace referencia a los aspectos económicos, sino también a los sociales, a los políticos y a los culturales), involuntario (no es elección de los individuos, sino que procede de las instituciones y de las políticas sociales), colectivo (las causas que la producen afectan a todo un grupo social), marginador de derechos (los que la sufren son vulnerables, o no suelen acceder a los derechos en igualdad de circunstancias que el resto de la ciudadanía).¹⁵⁸

¹⁵⁵ Vázquez, J. M., “Algunos aspectos sociológicos de la población gitana”, en San Román, T. (ed.), *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 115 y 116.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 114.

¹⁵⁷ Del Pozo continúa afirmando: “en la actualidad muchos de estos elementos subsisten aunque de forma más parcial y recompuesta. La integración laboral de los gitanos en la economía formal y asalariada es compleja y heterogénea”. Del Pozo, J., “El sistema ocupacional de los gitanos en España...”, *cit.*, p. 47.

¹⁵⁸ Moreira Pacheco, M. y Muguerza Martínez, Ma. E., “La investigación en el prácticum de trabajo social. Una experiencia con la comunidad gitana”,

Dadas estas características socioeconómicas de la situación de la minoría gitana, que están estrechamente vinculadas, además, a cuestiones de reconocimiento, se podría decir que se produce, como lo denomina Caselles, un “círculo vicioso de la pobreza”. Este autor lo explica en estos términos:

el elemento base viene configurado por el padre (y madre) de familia analfabeto que ve, en base a este condicionante, drásticamente limitadas sus posibilidades laborales y obligado a ejercitar, para subsistir, trabajos marginales insuficientemente remunerados. Ello deriva en un contexto familiar marcado por una intensa debilidad económica, que se proyecta en la imposibilidad de acceder a unas mínimas condiciones de hábitat, alimentación, cuidados y otras necesidades familiares. Esta situación repercute directamente en sus hijas e hijos que deben incorporarse precozmente al trabajo (edad media 11,5 años) para ayudar a la familia, obstaculizándose su formación escolar y convirtiéndoles a corto plazo en persona adulta analfabeta que cierra y perpetúa el círculo vicioso. Ello conduce, la mayoría de las veces, a un reforzamiento idiosincrático caracterizado por la automarginación y la escasa participación social. Todo este universo de dinámica interna se ve agravado por un conjunto de influencias externas de peso (proceso histórico, racismo, subdesarrollo socioeconómico, clasismo y marginación).¹⁵⁹

Este “círculo vicioso de la pobreza” puede explicar algunas cosas respecto de la desigualdad y exclusión, y también en términos del mal reconocimiento. Los tres paradigmas se interrelacionan y, finalmente, dificultan, pero no imposibilitan, concebir a la ciudadanía en términos de igual dignidad.

X Symposium Internacional sobre el Prácticum y las Prácticas en Empresas en la Formación Universitaria. “Buenas prácticas en el prácticum”, Pontevedra, 2007, p. 924.

¹⁵⁹ Caselles Pérez, J. E., “Factores sociales de la exclusión social del pueblo gitano”, en Hernández Pedreño, M. (coord.), *Exclusión social y desigualdad*, Universidad de Murcia, 2008, p. 234.

III. MINORÍA GITANA Y PROCESO JUDICIAL PENAL

Si una persona comete un delito previsto en el código penal, y es considerado culpable en un proceso judicial por un juez, puede ser condenado a pena privativa de libertad, lo que comporta su ingreso en una cárcel por un tiempo determinado. Una primera línea de análisis es si la responsabilidad penal debe comportar necesariamente una pena privativa de libertad y cuáles son sus alternativas. A esta cuestión se dedicará el siguiente apartado. Una segunda línea de análisis es cómo afecta el sistema judicial penal vigente a los miembros de la minoría gitana. La primera acotación es la escasa bibliografía, mayoritariamente centrada en las mujeres gitanas en prisión, que muestra la cierta “invisibilidad” en el ámbito académico de la minoría gitana.

Una interesante aproximación a esta realidad la ofrece el estudio *Barañí* sobre las mujeres gitanas y el derecho penal,¹⁶⁰ que se analizará a través de tres perspectivas: a) el prejuicio como una profecía que se autocumple; b) el derecho penal como un caso de discriminación indirecta, y c) el prejuicio como falacia de la generalización.

La profecía que se autocumple consiste en realizar una predicción sobre el futuro, en donde el hecho de su mera formulación comporta finalmente su cumplimiento. El estudio *Barañí* pone de manifiesto que algunos mecanismos de actuación de la policía y algunas decisiones de los jueces parten de ideas preconcebidas, estereotipos y prejuicios acerca de los miembros de la minoría gitana, que acaban por condicionar de forma sesgada el resultado de su labor. Los datos que aporta el mencionado estudio parten de considerar que:

1. Aproximadamente una de cada cuatro reclusas españolas es gitana. De las cerca de 4 000 reclusas en el territorio español, aproximadamente el 20% lo constituyen las extranjeras, y las

¹⁶⁰ Equipo Barañí, *Mujeres gitanas y sistema penal*, Madrid, Ediciones Metyel, 2001.

reclusas gitanas representan más o menos una cuarta parte del total de reclusas españolas.

2. La población gitana se estima que representa en torno al 1.4% del total, lo que implica que las mujeres gitanas alcanzan una representación en las cárceles españolas que puede ser hasta 20 veces superior a su presencia en la sociedad.

3. La sobrerrepresentación de las gitanas en el circuito legal-penitenciario supera con creces la que sufren otros colectivos históricamente discriminados, como la población negra en EEUU o los aborígenes en Australia. Esta superioridad numérica contrasta con la invisibilidad social de las mujeres gitanas y con el profundo desconocimiento por parte de la población de esta realidad discriminatoria.¹⁶¹

La explicación de este fenómeno se debe buscar, entre otros factores, según este estudio, en las técnicas del *targeting* policial y el *sentencing* judicial; es decir, el sistema penal realiza una profecía que se autocumple sobre quiénes serán los delincuentes. En concreto, el control y la vigilancia policial más intensos sobre determinados barrios suponen la elección de un *target* que condiciona el resultado. Un trabajador social que trabaja en lugares de residencia de mayoría gitana ha llegado a calificar a la vigilancia de “estado de excepción” en algunos casos.¹⁶² Algo similar ocurre con la predisposición de determinados jueces frente a los miembros de la minoría gitana, lo que redundará en un resultado sesgado en sus actuaciones. El estudio *Barañi* propone acabar con la discriminación “por el apellido o por la pinta”¹⁶³

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 14.

¹⁶² El estudio afirma lo siguiente: “El control policial, mayor en unas zonas que otras y, dentro de ellas, más intenso frente a los grupos sociales, es una decisión política que afecta de modo significativo a la sobrerrepresentación de determinados grupos en el proceso. A partir de las entrevistas realizadas a trabajadores sociales de los lugares de residencia de un buen número de gitanos en Madrid, hemos podido conocer la gran presión policial que soportan los habitantes de estos asentamientos. Vigilancia que ha sido calificada por uno de los profesionales entrevistados de «estado de excepción» en algunos casos”. *Ibidem*, p. 24.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 282.

como elementos que pudieran condicionar el ejercicio de la discrecionalidad judicial.

Lo que se pone en evidencia es que los prejuicios, respecto a los miembros de la minoría gitana, tienen un papel en el proceso judicial penal en determinadas decisiones, ya sea de la policía o de los jueces. El punto relevante es que el criterio obedece a un prejuicio que estigmatiza a una minoría. A este respecto, Duff sostiene que “lo que hace ciertas prácticas de la policía ilegítimamente excluyentes es no el hecho de que sean selectivas, sino que la selección esta basada en un criterio inapropiado que implícitamente niega la ciudadanía plena de ciertos grupos”.¹⁶⁴ En el esquema sobre las teorías de la justicia, el criterio de selección de la policía dificulta el paradigma de la inclusión, que supone la efectividad del ejercicio de los derechos de la ciudadanía como parámetro de la igual dignidad.

Comentando el estudio *Barañi*, Martín Palomo sostiene que:

el centro del análisis se ha situado en los *procesos* y no en los sujetos criminalizados. La visibilización del proceso de exclusión, criminalización y encarcelamiento de las mujeres gitanas ha permitido poner sobre la mesa la necesidad de un debate sobre el fracaso penal, judicial y social que supone esta situación para la sociedad española, así como la urgencia de encontrar soluciones alternativas al tratamiento penal de los problemas sociales.¹⁶⁵

Lo que hay tras esta situación es un problema de inclusión, redistribución y reconocimiento, y la cuestión que se debería plantear una sociedad democrática es si el derecho penal es la solución adecuada para estos conflictos.

Los resultados de algunas investigaciones ponen de manifiesto que, frente a una infracción igual, las personas pertenecientes a las

¹⁶⁴ Duff, R. A., “Inclusion, Exclusion and the Criminal Law”, *Policy Futures in Education*, vol. 1, núm. 4, 2003, p. 706.

¹⁶⁵ Martín Palomo, T., “Mujeres gitana y el sistema penal”, *Revista de estudios de género. La ventana*, vol. II, núm. 15, 2002, p. 170.

etnias minoritarias tienen mayores probabilidades de recibir una sanción más severa y estigmatizante, como la prisión.¹⁶⁶ Algunos factores que podrían explicar esta situación, según el citado estudio, son: en primer lugar, las personas con pocos recursos y capacidad de defensa; en segundo lugar, son personas no muy bien vistas por la sociedad, que despiertan rechazo y no provocan solidaridad o identificación. Personas con quienes no tenemos mucho contacto, lo que facilita la construcción de una identidad mítica y fortalece la idea de que el “enemigo” o el criminal es un ser anónimo que hace daño aleatoriamente y sin racionalidad, y en tercer lugar, las personas que despiertan miedo.¹⁶⁷

A esta situación se debería añadir el estigma de haber sido presa, lo cual supone otro “círculo vicioso” que dificulta gravemente hablar en términos de rehabilitación. En este sentido, Ribas Mateos plantea, respecto de las mujeres extranjeras, que se:

permite observar que el proceso de explotación y de exclusión se desencadena a partir de dos mecanismos básicos: a) estigmatización social (como extrajeras y como reclusas —*como gitanas*—); y, b) de producción de una fuerza de trabajo altamente explotada, ya sea en la prisión recogiendo la migajas de los procesos productivos más precarios del sistema industrial, ya sea un su salida de la calle al ser percibida y categorizada por los otros como una ex reclusa sin papeles —*o gitana*—.¹⁶⁸

La segunda perspectiva de análisis es la consideración del derecho penal como un mecanismo de discriminación indirecta para las mujeres gitanas. En el derecho antidiscriminatorio se conoce como discriminación indirecta a las situaciones en las que se da una medida aparentemente neutra, pero con un impacto adverso para un determinado colectivo, aunque no exis-

¹⁶⁶ Equipo Barañí, *Mujeres gitanas y sistema...*, cit., p. 73

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 79 y 80.

¹⁶⁸ Ribas Mateos, N., “Mujeres extranjeras en las cárceles españolas”, *Revista Sociedad y Economía*, núm. 5, 2003, p. 67. Los añadidos entre guiones y en cursiva son míos.

ta intencionalidad. El ejemplo tópico es analizar por qué, por lo general, solo individuos pertenecientes a minorías raciales aguardan en el corredor de la muerte el cumplimiento de su sentencia de pena de muerte en Estados Unidos. La cuestión es analizar cómo determinadas decisiones de la política criminal, aparentemente neutras, tienen un impacto especialmente adverso para las minorías, por su origen racial o étnico.

Un ejemplo de esta perspectiva la ofrece Roberts, cuando afirma que en Estados Unidos, “aunque los negros son el 20% de los consumidores de drogas, entre el 80 y 90% de los arrestados por delitos de drogas son hombres jóvenes negros”.¹⁶⁹ En esta línea, este autor sostiene que “no sólo la raza es utilizada para identificar a los criminales, está incrustada en los fundamentos de nuestro Derecho Penal. La raza ayuda a determinar quiénes son los criminales, qué conduce a constituir un crimen, y qué crimen la sociedad trata más seriamente”.¹⁷⁰ Los prejuicios raciales juegan un papel en esta situación que “justifica” a determinadas medidas legislativas y policiales. En este sentido, Roberts afirma que:

contener a los negros esta justificado por un sistema de creencias que construye el crimen en términos de raza y raza en términos de crimen. La ocupación de la policía de las comunidades negras y el sistemático encarcelamiento de los ciudadanos negros no parece una opresión para la sociedad dominante, porque cree que esta gente es peligrosa.¹⁷¹

Según los datos del estudio *Barañí*, las reclusas gitanas cumplen una condena media de 6.7 años de prisión, lo que puede considerarse una larga condena.¹⁷² La magnitud de las penas se

¹⁶⁹ Roberts, D. E., “Crimen, Race and Reproduction”, *Tulane Law Review*, núm. 67, 1992-1993, p. 1956.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 1945.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 1947.

¹⁷² Equipo Barañí, *Mujeres gitanas y sistema...*, *cit.*, p. 18

debe a varias causas, pero sobre todo a tres: a) el tipo de delito, precisamente aquellos delitos cuya pena se ha endurecido en el nuevo código penal; por ejemplo, contra la propiedad y contra la salud pública; b) la reincidencia, que, como hemos visto, es muy alta en este grupo, y c) la falta de alternativas y eximentes, en particular las asociadas con la desintoxicación.¹⁷³ La idea de la discriminación indirecta se plasmaría en la consideración de penas agravadas para los delitos contra la salud pública o la propiedad, y las penas proporcionalmente leves para los delitos de cuello blanco, como la estafa, la evasión de impuestos o los paraísos fiscales. Estos últimos al alcance de unos pocos.

Esta perspectiva del derecho penal como mecanismo de discriminación indirecta no es un enfoque inexplorado. Frente al reconocimiento de la igualdad formal, Bonet Esteva plantea que “lo que cabe preguntarse en estos momentos es si el Derecho penal es neutro en cuanto a género, es decir, si realmente se encuentra a salvo de las desigualdades estructurales en cuanto a las construcciones de lo masculino y lo femenino que se han aposentado en nuestras culturas desde la noche de los tiempos”.¹⁷⁴ Esta cuestión es una perspectiva interesante que, en el caso de la minoría gitana, llevaría a plantearnos si el derecho penal es neutro en términos étnicos. En esta línea, Bodelón sostiene que “en las reflexiones contemporáneas sobre la eliminación de la discriminación sexual y étnica existe un punto en común: la crítica al modelo liberal de igualdad formal... Los procesos históricos sociales han construido diferencias étnicas que el modelo de la igualdad abstracta y de los derechos individuales silencia”.¹⁷⁵ La conclusión es que el derecho penal no es neutro con deter-

¹⁷³ *Ibidem*, p. 117.

¹⁷⁴ Bonet Esteva, M., “Derecho penal y mujer: ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?”, en Heim, D. y Bodelón González, E. (eds.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Grupo Antígona de la Universidad Autónoma de Barcelona, vol. I, pp. 30 y 31.

¹⁷⁵ Bodelón, E., “Pluralismo, derechos y desigualdades. Una reflexión desde el género”, *Derechos y Libertades*, núm. 5, 1995, p. 203.

minados grupos sociales, lo que implica que se convierta en un mecanismo de discriminación indirecta.

El caso de las mujeres gitanas es un ejemplo de interseccionalidad, donde se combinan y refuerzan las discriminaciones por motivos de género y origen racial o étnico. El aumento de la criminalidad de las mujeres es explicado por Naredo Molero con base en tres factores:

1. Incremento de lo que se ha denominado la feminización de la pobreza (entre los pobres una gran mayoría son mujeres solas con cargas familiares).

2. La tendencia cada vez más acusada en los países occidentales a la criminalización de los pobres. Un gran porcentaje de las mujeres encarceladas actualmente en nuestras cárceles son, por ejemplo, extranjeras jóvenes que delinquieron en verdaderos estados de necesidad.

3. El endurecimiento de la política antidroga, que golpea fundamentalmente a los últimos eslabones de la cadena de venta de droga. La gran mayoría de las reclusas mujeres están presas por este tipo de delito.¹⁷⁶

El estudio *Barañi* señala que existe una tendencia a una “criminalización” no solo de ciertos individuos, sino de familias enteras. Las cifras son tan altas que puede llegar a hablarse de una “ilegalización” del núcleo familiar. Además, el estudio da una idea de las terribles consecuencias que pueden tener en el proceso descrito para ciertas familias o barrios, en donde una cuarta parte de los miembros adultos están en prisión.¹⁷⁷ Hay ciertas teorías que explican que el aumento de la tasa de mujeres reclusas es resultado de los efectos del proceso de emancipación de las mujeres; sin embargo, parece más conveniente relacionar este aumento con la feminización de la pobreza, y en el caso de la mujer gitana,

¹⁷⁶ Naredo Molero, M., “¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas”, *Humanismo y Trabajo Social*, núm. 3, 2004, p. 70.

¹⁷⁷ Equipo Barañi, *Mujeres gitanas y sistema...*, cit., p. 119

además con una actitud de lealtad a los compromisos y las obligaciones asumidos por la familia, sean los que sean.¹⁷⁸ Según el estudio, el 63% de las reclusas gitanas poseen familiares encarcelados y el 74.1% de ellas tiene a su compañero preso; esta es una de las características específicas de las reclusas gitanas y evidencia una desestructuración importante del núcleo familiar.¹⁷⁹

La tercera perspectiva de análisis es el prejuicio como falacia de la generalización. La falacia de la generalización es un error argumentativo que consiste en considerar que el todo tiene las propiedades de una parte. En palabras de San Román,

no hay ninguna razón responsable para negar que existen jóvenes gitanos delincuentes, como también mafias poderosas que en todo el mundo rebuscan en la desesperación y la ignorancia para encontrar braceros. Pero ni todos los gitanos son delincuentes, ni el problema de la delincuencia se soluciona con brotes racistas. Es necesario tomar medidas sociales urgentes, y parece que algunas instituciones políticas locales comienzan a vislumbrarlo. Pero son pocas. Hay que hacer más y tienen que ser todas.¹⁸⁰

Una muestra más del prejuicio como falacia de la generalización la expone Fuentes Osorio, cuando afirma lo siguiente:

los gitanos son considerados un grupo de riesgos, normalmente por que el imaginario colectivo los asocia a la idea de amenaza contra la seguridad. No obstante, la comunidad gitana mantiene que se le imputa al conjunto de sus miembros lo que en la inmensa mayoría de las ocasiones es tan sólo responsabilidad de unos pocos. Además, sostienen que tanto cuantitativa como cualitativamente son muchos más los payos que delinquen.¹⁸¹

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 37.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ San Román, Teresa, “Reflexiones sobre marginación y racismo”, en San Román, Teresa, *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*, Madrid, Alianza, 1994, p. 237.

¹⁸¹ Fuentes Osorio, J. L., “Los medios de comunicación...”, *cit.*, p. 21.

Es la relevancia del prejuicio antigitano en los medios de comunicación, en el sistema judicial y en la policía lo que refuerza y dificulta la inclusión, la redistribución y el reconocimiento de los miembros de la minoría gitana. Curiosamente, también existe un tópico positivo sobre los gitanos como artistas. Como afirma Bandrés Molet, “como a los negros en Estados Unidos, se les aprecia mucho en los ambientes artísticos, sus problemas empiezan cuando dejan el escenario y tratan de integrarse en la sociedad”.¹⁸² La cuestión es salir de tópicos, ya sea como artistas o delincuentes, situando a los gitanos y gitanas como ciudadanos, en donde se den individualidades diversas y no se generalicen las características —habitualmente negativas— aplicables a todo un colectivo.

IV. MINORÍA GITANA Y TEORÍAS DEL CASTIGO

La cárcel es un castigo que la sociedad prevé para aquellas personas que han cometido un delito. El artículo 25.2 de la Constitución Española de 1978 establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”.¹⁸³ Esta previsión constitucional encuentra dificultades para su implementación efectiva. Pertenece al análisis sociológico precisar las circunstancias que vinculan el modelo de castigo basado en prisiones con la tasa de reincidencia o su particular incidencia respecto de elementos como la clase social o el origen racial o étnico. Pero

¹⁸² Bandrés Molet, Juan María, “En las fronteras del derecho: extranjeros”, *Jueces para al democracia*, núm. 24, 1994, p. 31.

¹⁸³ Continúa afirmando el artículo 25.2 CE: “y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

las conclusiones no suelen ser muy alentadoras. Como sostiene Baithwaite, “las cárceles son escuelas para el delito, los delincuentes aprenden nuevas habilidades para el mercado de trabajo ilegítimo en la cárcel y se convierten en más implicados en las subculturales criminales”.¹⁸⁴

Desde el ámbito de la filosofía del derecho, la perspectiva de análisis es mostrar los argumentos, a favor y en contra, de las justificaciones del castigo que subyacen al debate sobre propuestas a favor de un sistema alternativo al actual. En la línea de cuestionar los principios tras las políticas sobre el delito de las democracias, Pettit se plantea las siguientes preguntas:

¿El sistema penal de justicia está designado para la reducción del delito como principal razón?; ¿Se supone que el sistema rehabilita a los delincuentes?; ¿El sistema quiere proteger a la sociedad de peligrosos delincuentes?; ¿Se intenta distribuir las penas en un criterio que es proporcional a los delitos?; Pero ¿esto quiere decir, ojo por ojo, diente por diente, como la ley de Talión?¹⁸⁵

Estas cuestiones tienen diferentes respuestas según el enfoque en las teorías del castigo, pero antes de entrar en su análisis, cabe realizar una consideración relevante entre injusticia social y castigo, que puede estar particularmente relacionada con las situaciones que viven algunas personas de la minoría gitana. En palabras de Duff, “mi sugerencia es que la seria injusticia social amenaza la legitimidad del castigo penal y, de hecho, todo el proceso penal, al socavar la posición política que llama a las víctimas de esa injusticia a responder de sus crímenes”.¹⁸⁶ Esta

¹⁸⁴ Baithwaite, John, “A future punishment is marginalized: Realistic or utopian?”, *UCLA Law Review*, núm. 46, 1998-1999, p. 1738.

¹⁸⁵ Pettit, Ph., “Is criminal justice politically feasible?”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2002, pp. 427 y 428.

¹⁸⁶ Duff, R. A., “Inclusion, Exclusion and the Criminal Law”, *Policy Futures in Education*, vol. 1, núm. 4, 2003, p. 710.

afirmación está en la línea de argumentación de Gargarella,¹⁸⁷ quien vincula, de esta forma, injusticia social e ilegitimidad del castigo. A favor de este enfoque están las visiones de Von Hirsch¹⁸⁸ y Murphy.¹⁸⁹ Estas reflexiones suponen un toque de atención para las perspectivas habituales sobre el castigo y, a su vez, conforman una premisa de análisis que una sociedad democrática debería tener en cuenta a la hora de concebir y justificar una política punitiva, especialmente para aquellas penas que comportan la privación de libertad.

Las principales teorías del castigo son la retribucionista, la utilitarista y la restaurativa. En las siguientes líneas se caracterizarán brevemente estas visiones y se ofrecerán argumentos que debaten su idoneidad. El propósito es mostrar cómo las teorías del castigo podrían proveer alternativas, y en qué casos, al sistema carcelario.

El retribucionismo es una teoría del castigo que aboga por el justo merecimiento —*just desert*— de la pena para el culpable del delito. Desde esta perspectiva, Hart caracteriza esta visión de la siguiente forma: primero, una persona debe ser castigada si, y solo si, ha realizado voluntariamente algo moralmente malo; segundo, que su castigo debe, de alguna forma, corresponder, o ser el equivalente, a la maldad de su delito, y tercero, que la justificación de castigar a las personas, bajo esas condiciones, es que la correspondencia del sufrimiento por el mal moral voluntariamente realizado es en sí mismo justa o moralmente buena.¹⁹⁰ Como defensor de esta visión se puede mencionar a Von Hirsch, quien añade a la caracterización los siguientes elementos: a) conmensurabilidad de la severidad del castigo con la importancia de

¹⁸⁷ Gargarella, R., *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 78 y 79.

¹⁸⁸ Hirsch, A. V., *Doing Justice*, Nueva York, Hill and Wang, 1976.

¹⁸⁹ Murphy, J., “Marxism and retribution”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 2, 1973, pp. 217-243.

¹⁹⁰ Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 2008, p. 231.

la conducta criminal; b) este enfoque se basa en la gravedad de conductas “pasadas” y en la no probabilidad de un comportamiento futuro, y c) el castigo supone culpa; es una característica definitoria del castigo que no es meramente desagradable, sino que también se caracteriza por que la persona castigada sea vista como un malhechor que es censurado o reprendido por su acto delictivo.¹⁹¹ Cabe decir que esta visión tendría influencia kantiana.¹⁹²

La segunda teoría del castigo es el utilitarismo, al que lo justificaría en términos de aquello que produzca las mejores consecuencias para la sociedad. Como defensor de una versión cualificada de este enfoque estaría Hart,¹⁹³ quien se inspiraría, a su vez, en Bentham. Caracterizando la visión de Hart, Gardner sostiene que:

existen las consecuencias del castigo para la incidencia del ilícito —*wrongdoing*—, que explican (para la mayoría) porqué debemos tener esa práctica en realidad y, entonces, existen las consecuencias del castigo para la incidencia de la libertad, que explica (para la mayoría) porque la práctica debe discriminar entre culpables e inocentes.¹⁹⁴

¹⁹¹ Hirsch, Andrew Von, “Commensurability and crime prevention: evaluation formal sentencing structures and their rationale”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 74, núm. 1, p. 211.

¹⁹² Es de destacar que Nino se separa del retribucionismo y el utilitarismo, y promueve una teoría consensual de la pena, que también tendría inspiración kantiana. De esta forma, el castigo se justificaría en estos términos: “El individuo que realiza un acto voluntario —un delito—, conociendo que la pérdida de sus inmunidad jurídica el castigo es una consecuencia necesaria de ese acto consiente a esta consecuencia normativa en la misma forma que una parte contratante consiente en las consecuencias normativas que se siguen del contrato”. Nino, C. S., “A Consensual Theory of Punishment”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, núm. 4, 1983, p. 298.

¹⁹³ Hart, H. L. A., *Punishment...*, *cit.*

¹⁹⁴ Gardner, J., “Introduction”, en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 2008, p. xviii.

El análisis propuesto se basa en las consecuencias para la sociedad de determinadas acciones y en la mejor forma de prevenirlas. De esta forma, Kirsch y Ashworth sostienen que “el tradicional cálculo utilitarista pretendió decidir los castigos pesando los datos en el agregado: la lesión causada por el delito (y miedo del delito) era «ponderada» contra los sufrimientos del castigo sufrido por aquellos castigados (y el coste financiero y social de la aplicación el Derecho)”.¹⁹⁵ Esta es una visión prospectiva, mirando al futuro —*looking-forward*— que se opone a la visión del retribucionismo, mirando al pasado —*backward-looking*—.

Dentro del utilitarismo se podrían delimitar dos versiones, de acuerdo con Ferrajoli son las siguientes: una primera versión es aquella que compara al fin con la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría de los no desviados. Una segunda versión es la que parangona al fin con el mínimo sufrimiento necesario a infligirse a la minoría de los desviados. De esta forma, Ferrajoli se decanta por la segunda versión, donde el fin es el mínimo suficiente necesario para la prevención de males futuros, y así estarán justificados únicamente los medios mínimos; es decir, el mínimo de penas como también de las prohibiciones.¹⁹⁶ Es la defensa del derecho penal mínimo frente a las alternativas retribucionistas y abolicionistas.

La tercera teoría del castigo es la restaurativa, que es la propuesta republicana sobre la política criminal. Como defensores de esta visión se pueden destacar, entre otros, a Pettit, Baithware y Gargarella. Es relevante decir que Pettit parte de la noción central de libertad de la no dominación como base de las medidas sobre el delito, y busca fundamentar, de esta forma, una auténtica alternativa al retribucionismo y al utilitarismo. Este

¹⁹⁵ Hirsch, Andrew Von y Asxhworth, Andrew, “Not Not Just Deserts: A response to Braithwaite and Pettit”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 1, 1992, p. 84.

¹⁹⁶ Ferrajoli, L., “Derecho penal mínimo”, en VVAA, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 31 y 32.

enfoque, según Pettit, se basa en tres pilares: reconocimiento, compensación y seguridad —*reassurance*—.

a) Reconocimiento. El primer mal que busca rectificar esta teoría del castigo es la asunción de una posición de dominación sobre la víctima. De esta forma, el delito sería concebido como una interferencia arbitraria en la libertad como no dominación de la víctima. El delincuente puede ayudar a rectificar este desafío a la libertad de la víctima mediante una palabra o con un acto de reconocimiento. Esto puede tener varias formas de llevarse a cabo. En este sentido, la necesidad de reconocimiento argumentaría por la deseabilidad de introducir la posibilidad de confrontar al delincuente con el daño que ha hecho, quizá organizando un dialogo con la víctima o familiares, o amigos de la víctima, u obteniendo una evaluación de cómo era objetable el delito.

b) Compensación. El segundo mal asociado con el delito comporta no el compromiso de la víctima con la no dominación, sino su condicionamiento. La víctima es privada de recursos o elecciones y puede estar psicológicamente traumatizada, físicamente dañada o, en el límite, asesinada. Lo que se requiere en este caso, tanto como sea posible, es compensar; es decir, el delincuente debe recompensar a la víctima, y/o los dependientes de las víctimas, por la pérdida incurrida, ya sea en forma de restitución, compensación o, cuando no sea posible, como en el caso del homicidio, en una forma de reparación con la que el delincuente comunica que comparte la pérdida. Una forma de compensación a la sociedad consiste en medidas que supongan realizar servicios a la comunidad.

c) Seguridad —*reassurance*—. El tercer mal asociado al delito trata a la comunidad como un todo y no solo con la víctima: consiste en el más general desafío a la no dominación del pueblo, que está implícito en casi cualquier delito. Lo que se requiere para rectificar en parte este mal es el acto de reconocimiento de la víctima, ya que el reconocimiento tiene implicaciones más generales. Pero mientras el reconocimiento no sea una rectificación completamente convincente, puede claramente requerir una respuesta que provea seguridad a la comunidad en su

conjunto, a la víctima y a los terceros incluidos. En la medida que sea posible debe quedar claro que, cualquiera que sean las bases, la comunidad no es peor en términos de no dominación, no es peor en términos de exposición a la interferencia criminal, arbitraria, que era antes del delito en cuestión. Este principio requerirá sentencias de prisión en caso de delincuentes peligrosos, incluso si es poco probable que hagan algo para facilitar el reconocimiento y la compensación.¹⁹⁷

Para perfilar cada visión se explicitarán a continuación algunas diferencias entre los enfoques retribucionista, utilitarista y restaurativo sobre la teoría del castigo.

1. *El objetivo del castigo*

Para el retribucionismo, el castigo es el justo merecimiento por una acción moralmente condenable, donde la intensidad de la condena se corresponde con la gravedad del mal realizado. Para el utilitarismo, según Nino, el castigo está justificado por su capacidad para disminuir daños futuros a la sociedad en forma de delitos, ya sea como prevención general o especial.¹⁹⁸ Para la perspectiva restaurativa, según Pettit y Braithwait, sentenciar a un criminal convicto supone que los tribunales deben buscar el reconocimiento por el delincuente del estatus de dominio de la víctima, la compensación por el delincuente a la víctima del daño que ha hecho, y la seguridad —*reassurance*— a la comunidad, de tal forma que se pueda deshacer el impacto negativo del delito en su disfrute del dominio.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Pettit, Ph., “Republican Theory and Criminal Punishment”, *Utilitas*, vol. 9, núm. 1, 1997, pp. 75-77.

¹⁹⁸ Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 224.

¹⁹⁹ Pettit, Ph. y Braithwait, J., “No just deserts, even in sentencing”, *Current Issues in Criminal Justice*, núm. 4, 1992-1993, p. 232.

2. *El castigo como bien intrínseco o como rectificación*

La visión retribucionista sostiene que, para la justificación del castigo, la correspondencia del sufrimiento por el mal moral voluntariamente realizado es en sí misma justa o moralmente buena. En otras palabras, la experiencia del castigo —la cárcel— es un bien moral intrínseco, un justo merecimiento. Frente a esta visión, Gardner dice que reivindicar que el sufrimiento del culpable sea un bien intrínseco es inmoral, porque intrínsecamente (aparte de sus consecuencias) sufrir es siempre y solo un mal.²⁰⁰

Contrastando las dos perspectivas, Pettit y Baithwait explican que la visión retribucionista pretende, en general, de alguna forma hacer pagar por el delito, buscando una pena que sea proporcional al mal producido; los teóricos republicanos buscan, en cambio, lo que se requiere para rectificar el delito. En cierto sentido, una perspectiva está en un nivel de abstracción, y la otra estaría vinculada más a lo concreto.²⁰¹ Es relevante que ambas posiciones manejan un sentido distinto de conmensurabilidad entre el mal moral y el daño, por un lado, y el castigo, por el otro; esto se debe a que el objetivo y la estrategia del castigo son concebidos de forma distinta. En el caso de la propuesta republicana, según Baithwaite,

el objetivo es restaurar a las víctimas, restaurar a los victimarios, y restaurar comunidades en una forma en que las partes interesadas pueden estar de acuerdo que es justo. El castigo aumenta la cantidad de heridas en el mundo, la justicia tiene más el significado de curar que de herir. La justicia restaurativa es reacia a recurrir al castigo. «El crimen hiere, la justicia cura».²⁰²

²⁰⁰ Gardner, J., “Introduction”, en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 2008, p. xvii.

²⁰¹ Pettit, Ph. y Braithwait, J., “No just deserts...”, *cit.*, p. 238.

²⁰² Baithwaite, J., “A future punishment is marginalized: Realistic or utopian?”, *UCLA Law Review*, núm. 46, 1998-1999, p. 1743.

3. *El castigo como conmensurable al mal moral producido o al daño específico*

La idea central del retribucionismo es que el castigo debería ser conmensurable —como equivalente— en términos del mal moral producido. Como apunta Kahan, el castigo no es solo una forma de hacer a los delincuentes sufrir, sino una convención social especial que expresa condena moral.²⁰³ Este punto de vista es peligroso y plantea la cuestión de los límites del derecho penal. Esto fue objeto de controversia entre Stuart Mill y Stephens, y más recientemente, la polémica entre Hart y Devlin sobre la imposición de la moral por el derecho. Según el liberalismo, el derecho penal debe sancionar únicamente acciones que produzcan daño a terceros —*harm principle*— y no está justificada la condena de delitos basada en juicios sobre la degradación moral de sus autores. De esta forma, Nino sostiene que “el Derecho no debe endosar ideales de excelencia humana, discriminando a la gente por su virtud o valor moral o por la calidad de su modo de vida; el Derecho debe tratar por igual al moralmente puro y al depravado, juzgándolos sólo por el valor de sus acciones”.²⁰⁴

Para los principios inspiradores del derecho penal, en un Estado democrático es relevante la distinción entre pecados y delitos, y más allá, la teoría del castigo no debe basarse en caracteres morales, sino en acciones concretas que produzcan daños a terceros. El peligro de otras visiones, que ya se ha advertido, es el que se planteaba en la nacionalsocialista Ley de Extraños a la Comunidad, respecto a la condena penal de personalidades, disposiciones y modos de vida. Volviendo a la perspectiva retribucionista, si esta implica una condena de la sociedad por acciones que comportan un mal moral, el problema de esta visión del justo merecimiento —*just desert*— es que adopta una perspectiva

²⁰³ Kahan, D. M., “Punishment Incommensurability”, *Buffalo Criminal Law Review*, núm. 1, 1997-1998, p. 693.

²⁰⁴ Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 287.

que puede acabar perjudicando a los miembros de las minorías, ya sea con base en la clase social, o bien a través del origen racial o étnico. Al establecer el delito en términos morales, como el mal moral que es condenable por parte de la sociedad, esto podría redundar en la consolidación de estereotipos y prejuicios respecto de las personas que forman parte de las minorías. La condena moral del delito (cometido por algunos pocos) se convierte en un refuerzo del estigma de la diferencia, que afecta a todos los que pertenecen al colectivo. Esto es particularmente relevante en el caso de la minoría gitana.

La idea central de la justicia restaurativa, en cambio, es la rectificación del delito, donde, según Pettit, se daría una prueba de reconocimiento sincero; se mostraría cómo el delincuente puede ofrecer compensación a la víctima, y se intentaría asegurar que es poco probable que el delincuente reincida en el delito.²⁰⁵ La propuesta republicana de la teoría del castigo es una vía interesante que necesita de una mayor explicitación de sus estrategias para mostrarse como un proyecto con vocación de aplicabilidad y una alternativa viable. Presentamos algunas cuestiones que merecen atención.

Respecto del reconocimiento, la clave es la sinceridad del acto de reconocimiento del delito, como una interferencia arbitraria en la libertad como no dominación de la víctima.

Es relevante que el delincuente deba confrontarse con el daño que ha realizado, lo cual podría conseguirse mediante un diálogo con la víctima, sus familiares o amigos. Este punto podría ser positivo en determinados tipos de delitos, pero no tanto en otros.

En este sentido, Robinson defiende los procesos de justicia restaurativa en los casos de: a) delitos de menores, b) delitos menores cometidos por adultos, c) delitos graves cometidos por adultos para quienes existan atenuantes significativas y d) delitos cometidos por entidades jurídicas no humanas.²⁰⁶ Es destacable que la

²⁰⁵ Pettit, Ph., "Republican Theory...", *cit.*, p. 78.

²⁰⁶ Robinson considera justificada la justicia restaurativa en los casos de delitos de menores. Incluso para delitos graves, los delincuentes juveniles es más

justicia restaurativa ya se aplica, en España y otros países, en los procesos de justicia juvenil. Respecto a los delitos más controvertidos, por ejemplo, los delitos contra la salud pública, donde se da un peligro abstracto sin una víctima concreta, Belloso señala como argumento a favor de la justicia restaurativa aquel que pone el énfasis en la obtención de responsabilización del acusado, respecto de la conducta infractora, por medio del diálogo con personas que han sufrido el delito; en cambio, como argumento en contra dice que este puede tener naturaleza terapéutica, pero escasa transcendencia para la víctima.²⁰⁷

Respecto de la compensación, se plantea la cuestión filosófica de si un daño puede ser compensado y de qué forma, ya que existen bienes que son incommensurables, en el sentido de incomparables, como la vida o la integridad física. Las posibilidades son la restitución del objeto, la compensación en forma de contribución económica, o algún tipo de contribución en especie o servicio comunitario. El enfoque retribucionista afirmaríala commensurabilidad entre el mal moral y el castigo, mientras

probable que tengan significativamente reducida su culpabilidad debido a su madurez limitada; esto es, a) no apreciarán completamente las consecuencias del daño que causan; b) no han tenido una oportunidad para apreciar completamente la norma social que han violado, y c) son demasiado jóvenes para esperar que ellos hayan desarrollado el control de impulsos que se puede esperar de un adulto que responde a situaciones difíciles o tentaciones, o conductas provocativas. Con respecto a los delitos menores cometidos por adultos, estos están llamados a merecer castigos en niveles suficientemente bajos que puedan ser satisfechos por la disposiciones que están típicamente en la autoridad de los procesos restaurativos. En el caso de los delitos graves cometidos por adultos para quienes existen significativas atenuantes, si existen argumentos fuertes para la justificación o la excusa, el nivel último de castigo merecido debería estar en la gama de sanciones disponibles en el proceso restaurativo. Finalmente, en los delitos cometidos por entidades jurídicas no humanas, las entidades, como las corporaciones, son seres morales para los que la noción de justicia tiene sentido. Robinson, P. H., "The Virtues of Restorative Processes, the Vices of «Restorative Justice»", *UTAH Law Review*, núm. 1, 2003, pp. 384 y 385.

²⁰⁷ Belloso Martín, N., "El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 20, 2010, p. 13.

que el enfoque restaurativo afirmarí­a la conmensurabilidad, en algunos casos, entre el da­­o y la compensaci3n.

Desde la perspectiva retribucionista, Kahan argumenta que la pena de c3rcel supone la condena moral de los delincuentes, pero que las alternativas convencionales de multas y servicios a la comunidad no la expresan, y adem3s son inconmensurables a la pena de prisi3n en la dimensi3n de significado. Su propuesta es combinar esas medidas alternativas con penas avergonzantes que s3 cumplan con el significado social de condena moral.²⁰⁸ En este sentido, los mecanismos de las penas avergonzantes consistir3an en apelar al papel de la comunidad como sancionadora, en forma de medidas, como explica P3rez Trivi­o, que magnifican la desaprobaci3n moral inherente en la condena a trav3s de la comunicaci3n de la situaci3n del delincuente a un p3blico numeroso, ya sea con la publicaci3n de condenados en peri3dicos, boletines oficiales o programas de televisi3n, o bien la estampaci3n de alg3n tipo de marca o s3mbolo, como camisetas donde aparezca el delito cometido por el sujeto: “Estoy en libertad vigilada por hurto”, “Soy un ladr3n”, o “Estoy condenado por molestar a ni­os”.²⁰⁹ A este respecto, desde la perspectiva de la justicia restaurativa, Baithware considera que el papel de las penas avergonzantes podr3a ser peligroso, ya que avergonzar a personas, teniendo como mejor raz3n el que se lo

²⁰⁸ Kahan sostiene que “debido al valor de la libertad en nuestra cultura, el encarcelamiento inequ3vocamente expresa la denuncia de la sociedad de los malhechores. Las alternativas convencionales, no obstante, expresan la condena de forma ambivalente. La multas, cuando son utilizadas en vez de la prisi3n, suelen implicar que la sociedad est3 meramente poniendo un precio no sancionando, el comportamiento de los delincuentes. Los servicios comunitarios parecen sugerir que la sociedad no cree sinceramente que el delincuente es vicioso o, aun peor, que no respeta genuinamente la virtud de aquellos que voluntariamente sirven al p3blico. Cualquiera que sea la equivalencia que pueda existir entre esas sanciones y la pena de prisi3n en las dimensiones del efecto regulatorio y el sufrimiento, 3stas frecuentemente parecer3n inconmensurables con la pena de prisi3n en la dimensi3n de significado”. Kahan, D. M., “Punishment Incommensurability”, *Buffalo Criminal Law Review*, núm. 1, 1997-1998, p. 707.

²⁰⁹ P3rez Trivi­o, J. L., “El renacimiento de los castigos avergonzantes”, *Isonom3a*, núm. 15, 2001, pp. 195 y 196.

merezcan, en una forma que aumenta la cantidad de opresión en el mundo, es moralmente malo.²¹⁰ En el caso de la minoría gitana, las penas avergonzantes, obviamente, reforzarían el estigma y la exclusión social, e incluso lo convertirían en algo que las autoridades institucionales promueven con sus medidas.

Respecto de la seguridad —*reassurance*—, Pettit considera que de los tres este es el elemento más difícil de la teoría restaurativa del castigo, ya que busca volver al *statu quo* anterior al delito y no requiere la máxima seguridad alcanzable para la comunidad. Estas medidas están generalmente designadas para impedir más crímenes del delincuente y también tienen un carácter disuasorio para otros.²¹¹ Este tercer elemento de la justicia restaurativa debería explicitarse en mecanismos que supongan una alternativa sobre la prevención del delito. Como se ha señalado, en los casos de delincuentes peligrosos la condena de prisión sería necesaria. Por tanto, la justicia restaurativa tiene un interesante campo de aplicación por explorar, que puede cumplir una importante función social en las políticas preventivas de la delincuencia.

En un informe para el Ministerio del Interior británico, Marshall define a la justicia restaurativa como un proceso donde las partes en cuestión, en un delito específico, resuelven colectivamente cómo tratar las repercusiones del delito y sus implicaciones para el futuro.²¹² Los objetivos de la justicia restaurativa son: a) atender completamente a las necesidades de las víctimas, ya sean materiales, económicas, emocionales y sociales (incluyendo aquellos personalmente cercanos a la víctima que pueden estar afectados de forma parecida); b) prevenir la reincidencia en el delito, reintegrando a los delincuentes en la comunidad; c) permitir a los delincuentes asumir una responsabilidad activa por

²¹⁰ Baithwaite, J., “Shame and criminal justice”, *Canadian Journal of Criminology*, vol. 3, núm. 42, p. 295.

²¹¹ Pettit, Ph., “Republican Theory...”, *cit.*, p. 77.

²¹² Marshall, T. E., *Restorative justice: An overview*, A report by the Home Office, Research Development and Statistics Directorate, 1999, p. 5.

sus acciones; d) recrear una “comunidad de trabajo” que apoye la rehabilitación de los delincuentes y ser activa previniendo los delitos, y e) proveer medios para evitar el aumento del sistema judicial y los costes y retrasos asociados.²¹³

Me parece interesante explorar las vías de la justicia restaurativa para la prevención del delito. Desde este enfoque, ampliaré las sugerencias que hace Baithwaite sobre este tema:²¹⁴

1. La prevención tiene que ver con la motivación. La clave de la justicia restaurativa es que el delincuente tome conciencia y asuma el daño que ha hecho a personas concretas y a la comunidad, con su acción delictiva. En este sentido, escuchar a víctimas y familiares del delito que se ha cometido puede colaborar a ponerse en el lugar del otro y ser conmovido por las consecuencias de la acción. De esta forma, son positivos los rituales de remordimiento-rectificación-clemencia,²¹⁵ que implican la asunción de una responsabilidad activa del delincuente por su acción. Desde esta perspectiva, se destaca que para prevenir delitos es necesario motivar a las personas a través, por ejemplo, de programas específicos de conferencias, donde se incorporen perspectivas de víctimas, victimarios, familiares, amigos, miembros de la comunidad y profesionales. Se trataría de convencer, más de que buscar vías coactivas.

2. Intervención de la comunidad. El enfoque de la justicia restaurativa otorga un papel relevante a la comunidad. Los vecindarios, entornos educativos y mediadores sociales de determinadas áreas deben estar comprometidos para la prevención del delito y deben implicarse con este objetivo. En este sentido, podrían desarrollar planes comunitarios de prevención de drogodependencias o planes comunitarios de prevención de actos delictivos, los que para ser legítimos deberían comprometerse, a su vez, con políticas eficaces contra la exclusión social.

²¹³ *Ibidem*, p. 6.

²¹⁴ Baithwaite, John, “A future punishment is marginalized...”, *cit.*, p. 1749.

²¹⁵ Es la traducción de *remorse-apology-forgiveness*.

Un ejemplo del papel de la comunidad en la justicia restaurativa lo ofrecen las denominadas “sentencias circulares”, las cuales tienen su origen en rituales de los pueblos indígenas, donde es la comunidad la que provee una respuesta ante una acción delictiva, a la que se llega por consenso. Como explican Merino y Romera,

en las “sentencias circulares”, el círculo se constituye a partir del acusado, la víctima, los familiares del acusado y de la víctima, los ancianos (encargados de transmitir el bagaje cultural y tradicional, incluyendo el Derecho consuetudinario) y otros miembros de la comunidad: un juez, el abogado defensor y un fiscal y/o policía también participan en el círculo, así como otros miembros comunitarios que estén vinculados al caso (trabajadores sociales, educadores de calle, representantes de asociaciones de prevención y asistencia en drogodependencias).²¹⁶

La idea es que estos círculos deberían estar motivados por la prevención del delito y comprometidos en buscar alternativas sociales viables en contextos de minorías con riesgo de exclusión social.

3. Pluralidad perspectivas. Otra característica de la justicia restaurativa es que para que funcione la prevención del delito es necesario incorporar a la pluralidad de perspectivas de todos los implicados. Es relevante decir que este enfoque intenta comprender todas las dimensiones del delito (desde la perspectiva de la víctima, del delincuente, de los familiares, de los amigos, de la comunidad, de los profesionales implicados). Esto ha sido adoptado, en determinadas condiciones, en forma de procesos de mediación penal. De alguna forma, esto supone aplicar el bagaje y la metodología de la resolución alternativa de conflictos a la cuestión de los delitos, lo cual puede tener sus ventajas por lo costoso,

²¹⁶ Merino Ortiz, C. y Romera Anton, C., “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, *Egukilore*, núm. 12, 1998, p. 293.

burocrático y lento de la justicia penal ordinaria. En el campo de la prevención del delito, esta solución alternativa de conflictos puede proveer mecanismos que supongan el desaliento de determinadas conductas. La base podrían ser conferencias que tengan como objetivo mostrar las caras del problema y las consecuencias que pueden comportar actuar como delincuente.

4. Persuasión, más que coacción. Los principios de la justicia restaurativa buscan convencer, más que obligar; además, necesita que los ciudadanos libremente elijan cambiar su comportamiento, más que ser coaccionados al cambio por el Estado; por ejemplo, con la adopción voluntaria de programas de rehabilitación de drogodependencias.

Esto comporta que el Estado se ha de comprometer con medidas educativas, más que insistir en las medidas punitivas. Estas medidas pueden incluir campañas publicitarias, inclusión de contenidos en los currícula educativos, intervención social comunitaria y programas de conferencias para prevención del delito; este último punto ha sido explorado en algunos lugares del mundo; por ejemplo, las Conferencias de Grupos Familiares en Nueva Zelanda, que resuelven el 80% de casos de delincuencia juvenil, y que también se aplican en Australia.²¹⁷ En estos casos, las conferencias, con todas las partes implicadas en el delito, buscan conjuntamente encontrar una solución adecuada. Pues bien, la cuestión es que el mecanismo de las conferencias podría concebirse como un mecanismo de prevención del delito.

5. Vínculos sociales. Esto significa que para la justicia restaurativa es necesaria que la prevención del crimen sea gestionada a través de vínculos de apoyo social. Se trata de casos que la familia, los amigos o los compañeros se comprometen a que alguien continúe con su programa de rehabilitación. La cuestión es que la red social ayude y cree un clima social necesario para que el delito no se produzca; además, se trata de que participen y se impliquen en los procesos de la justicia restaurativa, ya sea a través de la me-

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 288-293.

diación penal, de la resolución alternativa de conflictos o de las sentencias circulares, o bien por medio de conferencias.

Dejo apuntada la cuestión de que este proyecto educativo que propone la justicia restaurativa, como teoría republicana del castigo, puede considerarse paternalista o perfeccionista y, desde otro punto de vista, que va más allá del individualismo, ya que otorga un papel relevante a alguna noción de comunidad. La réplica podría ser que el republicanismo parte de bases filosóficas distintas del liberalismo individualista. La clave en este tema es el diferente papel de la educación y la coacción como mecanismos legítimos de intervención estatal. La propuesta republicana pondría el acento en la educación, en una descripción —no necesariamente individualista— de los conflictos sociales y en una apelación a un sentido de pertenencia.²¹⁸

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las personas de la minoría gitana forman parte de una minoría étnica con una idiosincrasia y personalidad características, que, en gran medida, se encuentran en situaciones de exclusión social, desigualdad y mal reconocimiento. Desde esta visión se defiende un enfoque de la justicia que combine el respeto efectivo de la igual dignidad —inclusión—, de la igualdad —redistribución— y de la identidad —reconocimiento—. Esto simplemente es ser coherente con la noción de los derechos humanos.

De esta forma, son condenables los intentos de explicar causalmente a la criminalidad en la biología, en concreto el origen racial. Planteamientos similares fueron atendidos por los nacionalsocialistas con su Ley de Extraños a la Comunidad, donde se consideraba delictivas las personalidades, los modos de vida y los caracteres. Desde esta visión, los países europeos que han

²¹⁸ He analizado el enfoque republicano de las virtudes cívicas en Pérez de la Fuente, O., “Sobre las virtudes cívicas. El lenguaje moral del republicanismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 23, pp. 145-182.

llamado a la expulsión de todo un colectivo, definido con base en características étnicas y no de personas concretas por acciones determinadas, van en contra de una noción coherente de derechos humanos y los principios del derecho penal moderno y democrático.

Dos elementos relevantes para analizar la situación de los miembros de la minoría gitana son: a) la situación de exclusión social que viene dada, entre otros factores, por su posición marginal, en términos generales, en el mercado de trabajo. Esto deriva en lo que se ha denominado el “círculo vicioso de la pobreza”, donde las posibilidades de ascensión social se ven socavadas gravemente por circunstancias económicas, sociales, culturales y de absentismo y abandono escolar; b) el prejuicio antigitano, que algunos consideran “petrificado”, que afecta a la situación de las personas gitanas, donde se concibe la diferencia como un estigma. Este prejuicio consiste, ente otros mecanismos, en considerar que las características de unos pocos pertenecen a cualquiera que pertenezca al colectivo.

A partir de estos elementos se puede explicar mejor la relación de la minoría gitana y la justicia penal, destacándose tres puntos: a) el prejuicio como una profecía que se autocumple. En las técnicas del *targeting* policial y el *sentencing* judicial, el sistema penal predetermina quienes serán los delincuentes; b) el derecho penal como un caso de discriminación indirecta. La idea de que una medida aparece como neutral, pero perjudica gravemente a un colectivo, se plasmaría en la consideración de penas agravadas para los delitos contra la salud pública o la propiedad, y las penas proporcionalmente leves para los delitos de cuello blanco, como la estafa, la evasión de impuestos o los paraísos fiscales, y c) el prejuicio como falacia de la generalización. La comunidad gitana mantiene que se le imputa al conjunto de sus miembros lo que en la inmensa mayoría de las ocasiones es tan solo responsabilidad de unos pocos.

Sobre la teoría del castigo y la minoría gitana, no parece adecuado el enfoque retribucionista, que combina el justo mercedi-

miento y la condena del mal moral por parte de la comunidad, porque considera el castigo como un bien intrínseco e incorpora elementos de moralismo legal y perfeccionismo para castigar a los culpables. El enfoque utilitarista parece justificado en la versión del derecho penal mínimo, que es defendido por Ferrajoli, donde el fin se equipara al mínimo sufrimiento necesario a infligirse a la minoría que no cumple con la norma, pero no con el enfoque que busque la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría de que cumplen con la norma. La justicia restaurativa es una visión interesante a explorar, que debe desarrollar alternativas viables que se puedan impulsar institucionalmente. Según en qué casos puede ser algo productivo, que puede combinarse con formas de justicia más tradicional en otros casos. Me parece especialmente indicado que este enfoque restaurativo en la prevención del delito se implemente en áreas con riesgo de exclusión social. En este sentido, se pueden defender la idoneidad de programas de conferencias para la prevención del delito y de las drogodependencias, donde se aporten visiones de diversas partes y se impliquen a los representantes de la comunidad y a los profesionales relacionados.

Como sostiene Pettit, de todas las características de la organización social, la justicia penal ha demostrado ser la más resistente al efecto de la deliberación y discusión razonada sobre la naturaleza de la buena sociedad y la buena política.²¹⁹ En este sentido, la situación de las personas de la minoría gitana en las cárceles merece iniciar un debate, con argumentos, sobre los fines del castigo, cómo afectan los prejuicios a la aplicación del derecho penal y qué implica la exclusión social para la legitimidad de la pena, entre otras cuestiones. Son debates necesarios en una sociedad democrática, donde deberían participar los sectores implicados, incluidos los miembros de las minorías. Me gustaría concluir con unas palabras de esperanza del Presidente Obama, que hace propias Juan de Dios Ramírez-Heredia:

²¹⁹ Pettit, Ph., "Is criminal justice politically feasible?", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2002, p. 427.

Sí, si eres gitano, las posibilidades de crecer entre la delincuencia y las bandas son mayores; sí, si vives en un barrio pobre, te enfrentarás a dificultades que algunos en los barrios residenciales ricos no tienen que sortear. Pero eso no son razones para tener malas notas, eso no son razones para faltar a clase o para abandonar los estudios. ¡Basta de excusas! Nadie ha escrito tu destino por ti. Tu destino está en tus manos. ¡No hay excusas!²²⁰

²²⁰ Juan de Dios Ramírez-Heredia es abogado y periodista; además, fue el primer diputado gitano del Congreso español y, posteriormente, de la Eurocámara. Ramírez-Heredia, J. de D., “La hora del «poder gitano»”, *El Mundo*, 28 de julio de 2009.