



Universitat de Lleida

El inmigrante como víctima de delito y su protección penal

Sebastián Salinero Echevarría

Dipòsit Legal: L.970-2013

<http://hdl.handle.net/10803/120149>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

**EL INMIGRANTE COMO VÍCTIMA DE DELITO Y SU PROTECCIÓN
PENAL**

**Memoria de Tesis Doctoral
presentada por
Sebastián Salinero Echeverría
para optar al grado de Doctor**

Directores:

Dr. Josep M. Tamarit Sumalla

Dra. Eulalia Luque Reina

“A Claudia, Rafael y Agustín
con todo el amor
de un esposo y padre”

ABREVIATURAS

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BCS	British Crime Survey
BOE	Boletín Oficial Español
CATI	Computer Assisted Telephone Interviews
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIEDR	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CP	Código Penal
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECS	European Crime Survey
ENICRIV	Encuesta Internacional sobre Criminalidad y Victimización
EPVC	Encuesta anual sobre las condiciones de vida en los hogares
ESPC	Encuesta de Seguridad Pública de Cataluña
EU-MIDIS	European Union Minorities and Discrimination Survey
FEDEA	Fundación de Estudios de Economía Aplicada
FRA	Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
ICVS	International Crime Victimization Survey
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAJG	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEX	Ley de Extranjería
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	: Ley Orgánica del Poder Judicial
NRLE	: No Residentes Legales en España
NU	: Naciones Unidas

OAVD	Oficinas de Atención de Víctimas del Delito
ODA	Observatorio de la Delincuencia en Andalucía
OEP	Orden Europea de Protección de las víctimas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMT	Organización Mundial del Turismo
PIDCP	Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PP	Partido Popular Español
PSOE	Partido Socialista Español
RAE	Diccionario de la Real Academia Española
RAJGA	Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SIS	Sistema Informático de Schengen
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea

INDICE

Introducción.	11
----------------------	----

Primera Parte **El inmigrante como víctima de delito**

Capítulo 1: La inmigración.

1. Introducción.....	15
2. El fenómeno de la inmigración.....	16
3. La inmigración en España y su regulación legal.....	18
4. Breve análisis de la política inmigratoria en España.....	34
5. El inmigrante como objeto de nuestro estudio: Delimitación conceptual.....	36

Capítulo 2: La Victimología: La víctima, tipologías victimológicas y factores victimógenos.

1. Introducción.....	42
2. Algunos conceptos previos.....	45
2.1. Concepto de Victimología.....	46
2.2. Otros conceptos victimológicos.....	49
3. La víctima. Aproximación conceptual, importancia, estructura elemental y delimitación del objeto de este estudio.....	53
4. Tipologías victimológicas.....	59
4.1. Beniamin Mendelsohn.....	61
4.2. Hans Von Hentig.....	62
4.3. Luis Jiménez de Asúa.....	66
4.4. Thorsten Sellin y Marvin Wolfgang.....	67
4.5. Abdel Ezzat Fattah.....	68
4.6. Stephen Schaffer.....	68
4.7. Guglielmo Gulotta.....	69
4.8. Elías Neuman.....	70
4.9. Gerardo Landrove.....	71
4.10. Antonio Beristain.....	72
4.11. Raúl Zaffaroni.....	72
4.12. Hans Joachim Schneider.....	73
5. Factores victimógenos.....	74
5.1. Clasificación de los factores.....	74
5.1.1. Factores biológicos.....	75
5.1.2. Factores psicológicos.....	76
5.1.3. Factores sociales.....	79

Capítulo 3: El inmigrante en la Victimología.

1. Introducción.....	80
2. El inmigrante como sujeto de estudio por parte de la Victimología.....	82
3. La víctima inmigrante.....	84
4. Tipologías victimales de los inmigrantes.....	87

5. Explicaciones teóricas sobre la victimización de inmigrantes.....	91
5.1. La Teoría del <i>life style</i> o estilo de vida.....	92
5.2. Teoría de las actividades rutinarias.....	93
5.3. La exclusión social: De sujeto de riesgo a sujeto en riesgo.....	94
6. La vulnerabilidad de los inmigrantes como causa de su victimización.....	99

Capítulo 4: La victimización primaria de inmigrantes.

1. Introducción.....	101
2. La investigación sobre victimización de inmigrantes: estado de la cuestión....	104
2.1. Estudios europeos.....	105
2.2. Estudios de victimización de inmigrantes en Estados Unidos, Canadá y Australia.....	107
2.3. Estudios de victimización de inmigrantes en el Reino Unido.....	109
2.4. Estudios de victimización de inmigrantes en Francia.....	110
2.5. Estudios de victimización de inmigrantes en Alemania.....	110
2.6. Estudios de victimización de inmigrantes en España.....	111
3. Una aproximación a la victimización en España y Cataluña.....	113
3.1. Las encuestas de victimización en España.....	114
3.2. Evolución de la delincuencia en España, desde la óptica de las encuestas de victimización.....	119
3.3. Las Encuestas de Victimización en Cataluña.....	121
3.4. La victimización en Cataluña.....	122
3.4.1. Principales resultados de la encuesta de victimización en Cataluña.....	129

Capítulo 5: La victimización secundaria de inmigrantes.

1. Introducción.....	131
2. Formas de victimización secundaria.....	134
2.1. El inmigrante y la policía: la denuncia, la actitud hacia la policía y los principales inconvenientes en su interacción.....	136
2.2. El inmigrante y los tribunales de justicia.....	143

Capítulo 6: Una aproximación a la victimización de inmigrantes. Investigación empírica.

1. Objetivos e hipótesis de investigación.....	150
2. Metodología.....	151
3. Resultados.....	158
3.1. Muestra.....	159
3.2. Victimización general.....	162
3.3. La denuncia a la policía. Aspectos generales.....	165
3.4. Victimización relacionada con el patrimonio.....	169
3.5. Victimización personal.....	204
3.6. Multivictimización.....	222
3.7. Actitud hacia el delito.....	222
3.8. Actitud de la víctima frente a las instituciones.....	224
3.8.1. Actitud frente a la policía.....	225
3.8.2. Actitud frente a los Juzgados y Tribunales.....	229
3.8.3. Actitud frente al Sistema Penitenciario.....	230
3.8.4. Actitud frente a las Oficinas de Atención de Víctimas (OAVD).....	230

4. Algunas reflexiones generales sobre los resultados de la encuesta.....	231
5. Conclusiones.....	234

Capítulo 7: La victimización del inmigrante como sujeto activo de delito.

1. Introducción.....	236
2. El proceso penal y la sentencia.....	239
2.1. La instancia judicial: Imparcial y objetiva en sus decisiones.....	239
2.2. Estudios sobre discriminación por raza o etnia en la instancia judicial...	241
2.3. La prisión provisional.....	245
2.4. La sentencia: La detención, la probabilidad de condena y la severidad del castigo.....	247
3. La expulsión judicial.....	254
3.1. Evolución histórica de la expulsión.....	254
3.2. Política criminal y expulsión.....	263
3.3. La expulsión en el código penal español.....	264
3.3.1. La expulsión sustitutiva de toda la pena.....	266
3.3.2. La expulsión sustitutiva de parte de la pena.....	279
3.3.3. La expulsión sustitutiva de una medida de seguridad.....	285
3.4. Toma de posición en relación a la naturaleza jurídica de la expulsión...	289
3.5. El carácter victimizador de la expulsión.....	297
3.6. Excepciones a la expulsión judicial.....	298
3.6.1. Excepciones objetivas.....	299
3.6.2. Excepciones subjetivas.....	304
3.7. Efectos y ejecución de la expulsión.....	307
3.8. El carácter de regla general y obligatoria de la expulsión. Análisis jurisprudencial y criminológico.....	310
3.8.1. Marco teórico, metodología y objetivos propuestos.....	310
3.8.2. Resultados.....	312
3.8.3. La expulsión según las Audiencias Provinciales.....	323
4. El sistema penitenciario español y los extranjeros.....	329
4.1. El tercer grado penitenciario: el régimen abierto ordinario y el régimen abierto restringido.....	330
4.2. La libertad condicional.....	332
4.2.1. Consideraciones previas: Concepto, naturaleza jurídica y requisitos.....	332
4.2.2. Libertad condicional de extranjeros.....	335
4.2.3. El acceso de los extranjeros a la libertad condicional.....	336
5. Conclusiones.....	341

Capítulo 8: La respuesta jurídica a la victimización. Los Derechos de las Víctimas.

1. Introducción.....	346
2. Los Derechos de las víctimas en la normativa internacional.....	347
2.1. Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de las víctimas.....	348
2.1.1. Acceso a la justicia.....	350
2.1.2. Resarcimiento e indemnización.....	351
2.1.3. Asistencia.....	353
3. Estatuto de las víctimas de delito en la Unión Europea.....	354
4. Estatuto jurídico de la víctima en España.....	364

4.1. El derecho a la participación en el proceso.....	366
4.1.1. Algunas consideraciones sobre el acceso a la justicia de los inmigrantes.....	366
4.2. El derecho a la información.....	368
4.2.1. Problemas para la concreción del derecho a la información tratándose de víctimas inmigrantes.....	369
4.3. El derecho a la protección de la seguridad, intimidad y dignidad.....	370
4.3.1. Protección de las víctimas del terrorismo.....	374
4.4. El derecho a la asistencia.....	378
4.5. El derecho a la indemnización por los daños y perjuicios del delito, y las ayudas estatales.....	380

Segunda Parte

Protección penal del extranjero

Capítulo 1: Sobre los tipos delictivos que protegen a los extranjeros

1. Introducción.....	383
2. Tráfico ilegal de personas.....	384
2.1. Consideraciones previas.....	384
3. El delito de trata de seres humanos.....	385
3.1. Bien jurídico protegido.....	387
3.2. Tipicidad: La conducta, sujetos y el resultado.....	388
3.3. Consentimiento de la víctima.....	390
3.4. Tipos cualificados o agravados.....	391
3.4.1. Agravación por mayor protección a la víctima.....	391
3.4.2. Agravación por la condición de autoridad o funcionario público del autor.....	391
3.4.3. Agravación por pertenencia a una organización o asociación... ..	392
3.5. La responsabilidad de las personas jurídicas.....	392
3.6. Punición de actos preparatorios.....	393
3.7. Reincidencia internacional.....	393
3.8. Exención de responsabilidad criminal.....	393
4. El delito de tráfico o inmigración ilegal.....	394
4.1. Bien jurídico protegido.....	395
4.2. Tipo básico (apartado 1).....	398
4.3. Sujetos.....	401
4.4. Tipo subjetivo.....	402
4.5. <i>Iter criminis</i>	402
4.6. Concurso de delitos.....	402
4.7. Tipos cualificados o agravados.....	403
4.7.1. Agravación por móvil del sujeto, desvalor de acción o resultado y peligrosidad.....	404
4.7.2. Agravación por la condición de autoridad o funcionario público del autor.....	404
4.7.3. Agravación por pertenencia a una organización o asociación.. ..	405
4.8. Responsabilidad de las personas jurídicas.....	405
4.9. Atenuación facultativa de la pena.....	405

5. El delito de contratación de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales.....	406
5.1. Tipicidad. Conducta, sujetos y tipo subjetivo.....	406
5.2. El bien jurídico protegido.....	408
5.3. <i>Iter criminis</i>	409
6. Delitos antidiscriminación.....	409
6.1. La discriminación.....	410
6.2. La igualdad en la CE.....	413
6.3. Normativa internacional y regional antidiscriminación.....	417
6.4. La respuesta penal a la discriminación en España.....	426
6.5. Los motivos antidiscriminación y su delimitación conceptual.....	428
7. El delito de discriminación laboral.....	438
7.1. Bien jurídico protegido.....	438
7.2. Tipicidad.....	439
7.3. Concurso de delitos.....	441
8. El delito de provocación a la discriminación y de injurias discriminatorias.....	441
8.1. Delito de provocación a la discriminación.....	443
8.1.1. El tipo penal y los sujetos del delito.....	443
8.2. El delito de injurias discriminatorias.....	445
9. Delito de discriminación en servicios públicos.....	445
9.1. Tipicidad. Conducta, tipo subjetivo y sujetos.....	446
10. Delito de discriminación profesional o empresarial.....	447
10.1. Tipicidad. Conducta y sujetos.....	448
11. El delito de amenazas dirigidas a un grupo étnico.....	449
11.1. El bien jurídico protegido.....	449
11.2. Conducta típica, sujetos del delito y consumación.....	450
12. El delito de asociación ilícita.....	452
12.1. El bien jurídico protegido.....	452
12.2. Tipo penal.....	453

Capítulo 2: La agravante de motivos discriminatorios como técnica de penalización de los delitos de odio

1. Introducción.....	455
2. Fundamento dogmático de la circunstancia agravante.....	457
2.1. Un mayor injusto de la conducta del autor.....	458
2.2. Un mayor reproche de culpabilidad.....	461
2.3. Toma de posición.....	462
3. El error en las cualidades de la víctima.....	471
4. La comunicabilidad de la circunstancia agravante a los partícipes.....	473
Conclusiones.	475
Bibliografía.	487
Anexo. Modelo de cuestionario de encuesta de victimización a inmigrante	516

Introducción

A lo largo de la historia de la humanidad, la víctima ha pasado por diversos estados. En los orígenes del Derecho Penal, la víctima era protagonista del proceso penal y de la pena a imponer al criminal. En los primeros tiempos de la civilización, la justicia penal era de carácter privado y se consideraba que todo delito producía únicamente daño privado, afectando exclusivamente a la víctima y nunca bienes de carácter público, por lo que la pena tenía su fundamento en la venganza privada por parte de la víctima del delito o por parte de los familiares más directos.

Con posterioridad, el papel de la víctima va evolucionando en aras de terminar con la primitiva venganza y comienza una especie de desprivatización de la justicia penal para pasar a un campo completamente público, con el consiguiente debilitamiento de la figura de la víctima y la pérdida de las prerrogativas que antaño tenía.

En la actualidad, la víctima ha recuperado parcialmente la posición que antes tenía. Es probable que la Victimología, con sus primeros estudios de autoinforme sobre exposición al delito, sus reiteradas encuestas de victimización en varios países del mundo, y la proliferación de estudios científicos sobre la víctima, haya contribuido no sólo al reconocimiento internacional en las Naciones Unidas, en noviembre de 1985, de los principios básicos sobre las víctimas de los delitos, sino también a que los distintos Estados tomaran conciencia, a través de sus ordenamientos jurídicos internos, de la necesidad de devolverles el protagonismo a aquellas.

La Victimología, con su método científico, se ha encargado, entre otros aspectos y dentro de sus distintos objetivos, de estudiar a la víctima, construir distintas tipologías de las mismas, teorizar sobre las causas de su victimización y definir diversos factores de riesgo que favorecen su situación. Toda esta información no sólo permite, entre otras cosas, la construcción de una política criminal para perseguir de mejor manera los delitos, sino también visibilizar la real situación de las víctimas y permitir, además, la confección de estrategias de prevención a partir de los propios dañados o afectados por los delitos.

Por otro lado, no es ningún misterio que de un buen tiempo a esta fecha, se viene desarrollando un proceso inmigratorio hacia España –y en general en Europa- a gran escala y con distintos efectos en diferentes planos. En general, se puede decir que esta situación ha sido propiciada por las *necesidades* de las personas que pretenden realizar

un proyecto migratorio y por las *necesidades* de una España industrializada de contar con mano de obra para realizar las tareas que los autóctonos no pueden o ya no están dispuestos a hacer. Estos factores favorecen la inmigración y traen como consecuencia una enorme gama de situaciones y problemas políticos, económicos, sociales y jurídicos, a raíz de las diferencias existentes entre las poblaciones de inmigrantes y las del país de recepción, e incluso entre los mismos inmigrantes cuando proceden de países y hasta de continentes distintos.

Sin hacer distinciones conceptuales de ninguna especie –inmigrantes legales e irregulares, o simplemente extranjeros-, algunos observan a los inmigrantes como personas peligrosas y los elevan a la categoría de sujetos de riesgo o eventuales delincuentes en potencia. Los fundamentos de esta afirmación, entre otros, equivocados o no, radican en la visión que de los inmigrantes nos presentan los medios de comunicación, las opiniones vertidas por los políticos en los últimos 20 años y las estadísticas negativas de origen policial, judicial o penitenciaria. En cambio, otros estiman que el extranjero, y más precisamente el inmigrante, *es la víctima*. Estos últimos piensan que los inmigrantes en España no sólo son etiquetados (*labelling approach*) por su alteridad, sino también en muchos casos son discriminados en diferentes niveles, afectándoseles una serie de derechos.

En este trabajo pretendemos profundizar sobre esta condición de los inmigrantes, sobre su eventual estatus de víctima. Por ello, nos hemos propuesto estudiar, desde el plano teórico y empírico, el sujeto inmigrante y su relación con la victimología, sus tipologías victimales, las explicaciones sobre sus victimización, cómo ha pasado de ser un sujeto de riesgo a una persona en riesgo, y así poder, desde la experiencia, poner en conocimiento de la sociedad o visibilizar la victimización delictiva que los afecta, por medio de la metodología que nos entrega la ciencia victimológica, a través de las encuestas de victimización, pero aplicada, en este caso, exclusivamente a extranjeros inmigrantes en Cataluña. Además de la victimización primaria, las encuestas nos proporcionarán valiosa información sobre otro punto de análisis de nuestro trabajo, la victimización secundaria o la producida en el inmigrante en su relación con el sistema de justicia penal. Saber cuestiones como si el inmigrante denuncia o no los delitos de los cuales es víctima, la percepción subjetiva del miedo al delito, la opinión que tienen de la policía y de los tribunales españoles y cómo estos actúan frente a aquellos son, entre otras, temáticas importantes y que entendemos no han sido descubiertas, por lo que ameritan una investigación en ese sentido.

Sin perjuicio de lo anterior, la victimización del inmigrante no sólo se reconduce a las consecuencias directas o indirectas del delito que padece, o en su participación como víctima en el sistema de justicia penal y del respeto de su estatus victimal, con todo lo que ello implica, sino que también su victimización se produce cuando este sujeto es un agente activo en la relación delictual, o dicho de otra forma, cuando el inmigrante ocupa el sitio de victimario o delincuente, tanto cuando es perseguido penalmente y aún cuenta con la presunción de inocencia que lo ampara, como cuando es condenado y puede verse expuesto a la expulsión judicial o a una serie de otras discriminaciones que se presentan en etapa de ejecución de la pena, como el acceso al tercer grado penitenciario y la libertad condicional.

En la segunda parte de nuestro trabajo, nos ocuparemos de analizar, con carácter general y sintético, de ciertos y determinados delitos que, por sus características especiales, afectan a los inmigrantes, y en su ocurrencia producen no tan sólo una victimización en el individuo afectado por el hecho ilícito, sino también en el seno del colectivo de pertenencia de la víctima y, a veces, afecta a la sociedad toda, independiente de su nacionalidad. Por lo anterior, nos hemos propuesto realizar, en la segunda parte, un análisis superficial o al nivel de Manuales de Parte Especial del Derecho Penal, de las diversas figuras que estarían predisuestas penalmente a la protección de los ciudadanos extranjeros y, por añadidura, a los inmigrantes, tales como: el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis); tráfico o inmigración ilegal (art. 318 bis); delito de contratación de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales (art. 312.2). Posteriormente, se tratará la gama de delitos antidiscriminación, como: delito de discriminación laboral (art. 314); delito de provocación a la discriminación y de injurias discriminatorias (art. 510); delito de discriminación en servicios públicos (art. 511); delito de discriminación profesional o empresarial (art. 512); delito de amenazas dirigido a grupo étnico (art. 170); delito de asociación ilícita que promueva la discriminación (art. 515.5); para, finalmente, recalcar en la agravante del artículo 22.4 del Código Penal, sobre delitos cometidos por motivos discriminatorios.

En relación a este último punto, realizaremos un estudio sobre el estatuto jurídico penal español que protege a los inmigrantes desde la óptica de las normas antidiscriminación, para profundizar en la circunstancia agravante de discriminación contemplada en el Código Penal y proponer, de *lege ferenda*, una interpretación de esta circunstancia modificativa, en el marco de los delitos de odio o también conocidos en el sistema anglosajón como *hate crime*.

En definitiva, planteamos un estudio victimológico de los inmigrantes. Desde esa perspectiva, será necesario conocer si los inmigrantes, más allá de ser afectados por delitos comunes, son protegidos jurídicamente y de manera adecuada, en razón de su pertenencia a una nacionalidad, raza, religión o cultura diversa.

Primera Parte

El inmigrante como víctima de delito

Capítulo 1

La inmigración

1. Introducción
2. El fenómeno de la inmigración
3. La inmigración en España y su regulación legal
4. Breve análisis de la política inmigratoria en España
5. El inmigrante como objeto de nuestro estudio: Delimitación conceptual

1. Introducción

La inmigración es la entrada a un país con ánimo de permanencia, temporal o permanente, de personas que nacieron o proceden de otro país. Este vocablo refleja una de las dos opciones del término *migración*, la que en general puede ser entendida como el movimiento de población de un lugar a otro. La otra forma de entender la migración la constituye el concepto *emigración*, la cual explica la salida de personas de un país, región o lugar determinado, para dirigirse a otro distinto.

Estos movimientos de personas generan una enorme gama de situaciones y problemas políticos, económicos, sociales y jurídicos, a raíz de las diferencias existentes entre las poblaciones inmigrantes y las del país de recepción, e incluso entre los mismos inmigrantes cuando proceden de países y hasta de continentes distintos.

En este capítulo, con carácter introductorio, pretendemos explicar y conceptualizar nuestro objeto de estudio, el cual será la inmigración, específicamente la inmigración hacia España. Desarrollaremos históricamente cómo se ha regulado jurídicamente este fenómeno desde iniciado el Siglo XX hasta nuestros días y, finalmente, haremos una breve ponderación de esa regulación jurídica.

2. El fenómeno de la inmigración

La inmigración no es nueva en la historia de la humanidad, pero en cada época reviste formas nuevas.¹ En nuestros tiempos, está ligado de manera estructural a la economía de libre mercado, aunque no podemos olvidar las migraciones forzadas por los regímenes políticos dictatoriales y por ciertas estructuras culturales y sociales de los pueblos.²

Las migraciones modernas tienen sus raíces en el mismo sistema económico.³ El fenómeno de la globalización y la concentración de la riqueza en determinados lugares, unidos a los procesos de dominación económica y de mantenimiento del subdesarrollo en otros lugares, favorecen las migraciones de la fuerza de trabajo al servicio de las exigencias del desarrollo de los países desarrollados.⁴

Los procesos migratorios obedecen, en consecuencia, a la política seguida por los países ricos para alcanzar la reindustrialización, a la dependencia y desorganización de la economía de los países y a la reestructuración del mercado de trabajo, en función de la precariedad de los empleos.⁵

En Europa, las migraciones se han venido concibiendo y tratando como un sistema general de aprovisionamiento de la mano de obra necesaria para el desarrollo económico de los países industrializados. Los inmigrantes no vienen al continente sólo porque tengan necesidad, sino también porque los países desarrollados los necesitan.

En un primer momento, se pensó que la inmigración era un fenómeno transitorio; sin embargo, la realidad ha dado muestras que se trata de un fenómeno permanente. Los

¹ Las tipologías de la migración suelen clasificarse de manera clásica en: migración económica, migración política y religiosa, y migraciones familiares. Sin embargo, hoy día se extiende a migración estudiantil, migración de competencia, migración de trabajo, etc. Véase GOURÉVITCH, Jean-Paul. *Les migrations en Europe*. Francia: Acropole, 2007, p. 66 y ss.

² *Ibidem*, p. 21.

³ Los mecanismos que ponen en marcha las migraciones, alimentadas por la concentración de la riqueza y medios de producción en determinadas áreas, son: Económicos: las expectativas de mejor empleo y mayores ingresos; Culturales: más oportunidades de educación y promoción; De bienestar social: mayores posibilidades de gozar de más y mejores servicios. Pero, ocurre que estos mecanismos, una vez activados, continúan ejerciendo su función impulsora de los movimientos migratorios independientemente de que la coyuntura económica sea de expansión o de recesión. Véase ANTÓN MORALES, José Antonio. *Criminalidad versus criminalización de la inmigración en España. La eficacia policial en el control de fronteras. Ley de extranjería y Derechos Humanos*. España: Ed. Académica Española, 2011, p. 21.

⁴ RIBAS MATEOS, Natalia. *El debate sobre la globalización*. Barcelona: Bellaterra, 2002, p. 26, para quien parece evidente que la desigualdad produzca descontento y violencia en las clases sociales más desfavorecidas y, a su vez, que el mercado requiera y demande seguridad y no inseguridad para su correcto funcionamiento; pero también que el aumento de la brecha entre países ricos y pobres, unido a la globalización de las comunicaciones, produzca el fenómeno de la inmigración, considerada por los expertos como parte de la globalización sumergida.

⁵ Cfr. ANTÓN MORALES, *Criminalidad, op. cit.*, p. 22.

inmigrantes se asientan en los países del primer mundo y comienzan a desarrollar una nueva vida con estándares sociales (sistema de sanidad, educación, etc.) y económicos que distan de los que pudiesen conseguir en sus países de origen. Hace algún tiempo, en algunos países europeos, tras constatar la permanencia de los inmigrantes, comenzaron a aparecer los debates sobre los “límites de la tolerancia” (principalmente en Francia), o hasta qué punto un país puede soportar la llegada de inmigrantes sin que suponga una disminución de la calidad de vida de sus ciudadanos, de sus libertades e igualdades, de sus culturas, etc. Incluso, se llegaron a idear políticas para incentivar económicamente a los inmigrantes para que volvieran a sus países de origen, aunque con resultados decepcionantes (se beneficiaron más los inmigrantes de origen europeo, como los españoles y portugueses, que los extraeuropeos).⁶

En consecuencia, la situación coyuntural presente ha originado que la inmigración sea percibida cada vez con más convicción como problema social, económico y cultural. De ahí la valoración negativa que las sociedades europeas tienen de los inmigrantes.⁷

Por otro lado, los inmigrantes se han convertido, económica y socialmente, en unos interlocutores que se han dado cuenta de su papel indispensable, lo que origina que la inmigración de trabajo se haya transformado en inmigración de ciudadanos. Ya no se trata sólo de mano de obra, sino de personas. Naturalmente, su permanencia entraña un costo social y un costo cultural de integración en la comunidad nacional. Sin embargo, estos procesos de integración no han ido del todo bien como debiese esperarse.⁸

Sin perjuicio de lo anterior, existe cierto consenso en afirmar que los movimientos de población han estado vinculados, a lo largo de la historia, a la búsqueda de mejores condiciones de vida, sobre todo en su esfera económica. Si bien, en épocas anteriores el flujo inmigratorio ha sido tolerado o acogido de buen modo por los países de recepción, en la actualidad este fenómeno se considera, de manera muy frecuente, como un problema o un factor potencial de futuros desequilibrios sociales.⁹

Es una regla general, en los países de recepción, enfrentar el fenómeno de las inmigraciones estableciendo políticas de control estricto y restricción a las entradas de extranjeros, argumentando, en ocasiones, la defensa de los niveles de bienestar

⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁷ Cf. GOURÉVITCH, *Les migrations*, *op. cit.*, p. 23-24.

⁸ Cf. ANTÓN MORALES, *Criminalidad*, *op. cit.*, p. 26.

⁹ Para un estudio en profundidad, véase CEA D'ANCONA. M. Ángeles; VALLÉS, Miguel. *Evolución del racismo y la xenofobia en España. Informe 2009*. Madrid: Ministerio del Trabajo e Inmigración, 2009. El informe dibuja el avance de la minoración de la capacidad receptiva de la población española ante la inmigración, en un escenario socioeconómico y político entonces marcado por la crisis económica internacional, que ya cobraba fuerza a principios del otoño de 2008.

nacionales y el equilibrio del mercado laboral.

3. La inmigración en España y su regulación legal

Entre los años 1910 y 1970, más de tres millones de personas, equivalentes a un 10% de la población, habían emigrado al extranjero. En consideración a aquello, España era calificada exclusivamente como un país de emigración. Sin embargo, esta situación terminó y se empezó a vivir un fenómeno inverso a partir de 1968, cuando Alemania cerró, por un tiempo, las puertas de sus fronteras a nuevos inmigrantes e hizo retornar a miles de magrebíes.¹⁰

De modo general, podemos decir que se han registrado tres períodos importantes de inmigración extranjera hacia España. El primero, a fines de la década de los sesentas y entrados los setentas, cuando comienza la entrada de los magrebíes a España, específicamente marroquíes y argelinos, que aumentarían sustancialmente en 1973, cuando Francia comunicó que no habría más regularización de inmigrantes.

En aquellos años, el término extranjero era sinónimo de turistas que venían a España procedentes, mayoritariamente, de la Europa Occidental. A los latinoamericanos no se les solía calificar como inmigrantes, sino que gran parte de la sociedad los consideraba como exiliados, la mayoría de los cuales se creía que volverían a su país apenas cayeran las dictaduras respectivas.¹¹

A raíz de estas primeras oleadas de inmigrantes, se aprobaría en 1968 la primera de una serie de leyes y decretos para regular la situación de los trabajadores extranjeros. Así, se promulgó la Ley 29/1968, de modificación de las exacciones por expedición de permisos a súbditos extranjeros (BOE 21 de junio de 1968) y, sobre todo, el Decreto 1870/1968, de 27 de julio (BOE 14 de agosto de 1968), por la que se regulaba el empleo, el régimen de trabajo y el establecimiento de los extranjeros en España.¹² Se establecía para los trabajadores por cuenta ajena los permisos especiales, con una duración de dos años para quienes llevaban más de ocho años trabajando en España, y

¹⁰ Algunos señalan que, desde mediados de los años ochenta, España comenzó a transformarse de emisor de flujos migratorios en país de residencia para un creciente número de extranjeros. Véase MORENO FUENTES, Francisco Javier; BRUQUETAS, María. *Inmigración y Estado de bienestar en España*. Barcelona: Obra social La Caixa, 2011, p. 13.

¹¹ RIUS SANT, Xavier. *El libro de la inmigración en España*. España: Almuzara, 2007, p. 18.

¹² En su preámbulo, el Decreto se refería a la necesidad de regular dos fenómenos nuevos: “La tendencia internacional dominante, favorable a la movilidad de mano de obra y a la necesidad de evitar que nuestra población trabajadora, en su amplia graduación profesional, sufriera una competencia que pudiera entorpecer (...) su promoción profesional”.

para el resto, los normales, con una duración de un año. Además, se establecían los permisos colectivos, que se aplicarían en la contratación en obras públicas, adjudicadas por el Estado, a una empresa privada.

Como bien reflexiona RIUS SANT, en 1968, en un momento que España experimentaba un crecimiento económico, la Administración no sólo daba facilidades a las empresas públicas para contratar inmigrantes, sino que se servía de una regularización extraordinaria para hacer aflorar la mano de obra extranjera que trabajaba en España.¹³

Luego, en 1969, se aprobaría la Ley 118, de 30 de diciembre, sobre Igualdad de Derechos Sociales de iberoamericanos, filipinos, portugueses y andorranos, que eximía a los nacionales de dichos países, de los requisitos de la Ley 29/1968, antes comentada. Estos sujetos podrían desarrollar actividades lucrativas en España sin necesidad de permisos de trabajo.

Posteriormente, en el año 1974, se dictó el Decreto 522, de 14 de febrero (BOE 27 de febrero de 1974), mediante el cual se regulaba el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros de España. Se buscaba, según lo declara su exposición de motivos, “dar paso a una nueva normativa dotada de la necesaria flexibilidad y amplitud, que se adapte a las diversas exigencias de las nuevas realidades”. En palabras de RIUS SANT, las nuevas realidades a las que se refería el preámbulo era la importante mano de obra marroquí que en ese tiempo se encontraba asentada en España, que no dejaba de crecer a raíz del cambio de política migratoria del año anterior.¹⁴ Este Decreto pretendía no sólo ajustar el ordenamiento jurídico a un tránsito creciente de turistas, sino regularizar el contingente de mano de obra norteafricana, establecer un procedimiento de admisión de foráneos y de expulsión, institución que debía ser compatible con el franquismo y funcional a su ideología, en cuanto a permitir el ingreso y facultar la salida forzada de aquellos extranjeros aceptados por el Régimen.¹⁵

El segundo período importante de inmigración extranjera hacia España coincide con lo que se ha denominado segunda regularización, y se extendió ampliamente durante una década y media, entre 1978 y 1996. Luego de la muerte de Franco, específicamente en

¹³ Cfr. RIUS SANT, *El libro, op.cit.*, p. 29.

¹⁴ *Ibidem*, p. 30. Según el periódico *Mundo Diario*, el 27 de octubre de 1974 se encontraban, en esa época, en Barcelona y en su área metropolitana, entre 50 mil y 80 mil marroquíes.

¹⁵ El artículo 11 del Decreto establecía que “*el Director General de Seguridad del Estado podrá acordar la prohibición de entrada en territorio nacional, aunque presente la adecuada documentación, de los extranjeros que por su conducta, antecedentes u otras circunstancias sean considerados como personas no acreedores a su admisión*”. A su vez, los mismos motivos subjetivos como conducta y forma de vida, podían motivar la expulsión, conforme lo establecía el artículo 29.

1978, el Estatuto de extranjería fue modificado por dos Reales Decretos, los que dejaron sin efecto la igualdad de derechos y la exención del requisito de obtención de permisos de trabajo para personas latinoamericanas, filipinas y portuguesas.

El primero de los Reales Decretos fue el 1617/1978, de 2 de junio (BOE del 7 de julio de 1978), el cual traspasaba a los Gobernadores Civiles la potestad de denegar entradas y decretar expulsiones, que antes recaía en el Director General de la Seguridad del Estado. También transfería la facultad de otorgar y anular permisos de permanencia y autorizaciones de residencia.

El otro Real Decreto fue el 1874/1978, de 2 de junio (BOE del 10 de agosto de 1978), el cual no sólo establecía un proceso de regularización extraordinario, similar al del año 1968, sino que, además, si bien no derogaba el Decreto de 1974, modificaba el procedimiento para obtener el permiso de trabajo, permanencia o residencia en España. Este procedimiento también debía tramitarse ante el Gobierno Civil. Esta nueva normativa permitió a las autoridades españolas denegar el ingreso de miles de latinoamericanos, bajo el argumento –hasta ahora- de la falta de suficiencia económica para permanecer en España, sumado a la imposibilidad de obtener permiso de trabajo, en razón de que la nueva normativa dejaba de considerar vigente la Ley de 1969, que los eximía de aquella obligación.

Luego, en diciembre de 1978, con la entrada en vigencia de la Constitución española, el artículo 13, que se ubica en el Capítulo Primero, denominado “De los españoles y los extranjeros”, hace una mención expresa a los derechos y deberes de los extranjeros. La citada disposición establece textualmente:

“1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un Tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”

Además de esta específica disposición sobre los derechos y deberes de los extranjeros en España, el artículo 10 de la Carta Magna reconoce expresamente: “1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social;* 2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. Esta norma no distingue entre españoles y extranjeros, y por aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es aplicable a cualquier persona, sin diferencia de nacionalidad.¹⁶ A su vez, el artículo 11 de la Constitución se refiere a la adquisición de la nacionalidad española, y prevé la posibilidad de concertar Tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con otros que tengan una especial vinculación con España.

Seguidamente, y con posterioridad a la promulgación de la Carta Magna, entra en vigencia el Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, el cual derogó el Real Decreto de 1978, pero mantuvo vigente el Decreto de 1974, de tal manera que la temática sobre extranjería siguió normativamente dispersa. Este nuevo Real Decreto establecía un único procedimiento para obtener los permisos de trabajo y residencia; regulaba los denominados permisos preferentes, especiales (pensados para directivos de empresas) y de validez restringida (tiempo inferior a tres meses). En lo que respecta a las normas que continuaban vigentes del Decreto de 1974, estas correspondían a los permisos de residencia y permanencia de extranjeros que no realizaban actividades lucrativas en España, y al procedimiento de expulsión previsto en ese cuerpo normativo, pese a las innumerables sentencias del Tribunal Supremo que revocaban las expulsiones de los Gobernadores civiles por infracción de garantías fundamentales, como por la dilación del tiempo de estancia en prisión, mientras se tramitaba y ejecutaba la expulsión.

Con la llegada del Partido Socialista Español (PSOE) al poder, se reinstaló o restauró la vigencia a la Ley 118/1969, que eximía de la necesidad de proveerse de permisos de

¹⁶ Vid. Artículo 2 DUDH “*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 índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía*”; artículo 13 “*Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*”.

trabajo a los latinoamericanos, portugueses y filipinos. Asimismo, en 1984, el Gobierno de Felipe González envía a las Cortes el proyecto de Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, el cual establecía un marco legal adecuado a la Constitución que regulara la entrada, permanencia y la expulsión de extranjeros.

Finalmente, el 1 de julio de 1985, luego de un arduo debate, el Congreso promulga la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de extranjeros en España (BOE N° 158, de 3 de julio de 1985), fuertemente criticada por el tratamiento policial del fenómeno de la inmigración.¹⁷ La Ley definía como extranjeros a quienes carezcan de la nacionalidad española; fijaba en su Título Primero los derechos y libertades de estos; les negaba el derecho de sufragio activo y pasivo (poder votar y ser candidato) en las elecciones, salvo alguna excepción; establecía su derecho a la libre circulación, pero podían ser sometidos a la necesidad de presentarse periódicamente ante la autoridad administrativa o someterse a órdenes de alejamiento de fronteras o de núcleos de población determinados; también les establecía el derecho a reunión y manifestación, pero con ciertas limitaciones (pedir permiso previo para reunión en un lugar cerrado). La Ley les reconocía el derecho a sindicarse, y restringía el derecho a la educación sólo a los que se encontrasen legalmente en España.

Por su parte, el Título Segundo se ocupaba de regular la entrada de los extranjeros. Así, podían entrar aquellos extranjeros por los puertos de acceso establecidos en su pasaporte y visado respectivo. Y con respecto a esta situación, los nacionales de aquellos países –del tercer mundo- que fuese necesario, acreditando poseer los medios económicos que señalaba el Reglamento. Las denegaciones de visado no necesitaban ser motivadas.

La Ley normaba dos tipos de situaciones: estancia de 90 días, con posibilidad de prórroga, y residencia concedida por períodos de hasta cinco años. Ahora bien, para ser acreedor de la residencia era menester no tener antecedentes penales en el país de origen y acreditar recursos económicos para permanecer en España. Los que pretendieran trabajar por cuenta ajena debían obtener el documento unificado de permiso de trabajo y residencia, que quedaría condicionado a la obtención del contrato de trabajo. Y para conceder la autorización se debía valorar que no existieran españoles en paro, la insuficiencia de mano de obra, y la correspondiente reciprocidad con ciudadanos

¹⁷ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. Ángeles. “La articulación del derecho de extranjería”, en: SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. Ángeles (Coord.), *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*. Murcia: DM, 2005, p. 95.

españoles en su país de origen. Tratándose de trabajo por cuenta propia, se valoraba si la empresa creaba puestos de trabajo. Sólo se eximía de permiso de trabajo a ciertos casos.¹⁸ También establecía una preferencia a la hora de otorgar el permiso de trabajo para los descendientes de españoles que hubiesen perdido la nacionalidad, para los casados con españoles, para quienes desempeñasen puestos de confianza, para montadores y para trabajadores necesarios para la instalación de maquinaria, además de aquellos que renovasen el permiso tras cinco años de residencia. Finalmente, la Ley no fijaba la duración de los permisos ni los plazos de sus renovaciones, los que debían determinarse por el Reglamento a dictarse.

En lo relativo a la expulsión, la Ley estableció que el Director de Seguridad del Estado era la autoridad gubernativa competente para decretarla.¹⁹ Los casos o supuestos de expulsión eran seis:²⁰

1º Encontrarse ilegalmente en España, sin haber obtenido prórroga de estancia o el permiso de residencia;

2º Encontrarse trabajando sin permiso de trabajo, incluso mediando permiso de residencia.

3º Estar implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior, o realizar actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones con otros países.

4º Haber sido condenado por determinados delitos, salvo cancelación de antecedentes.

5º Ocultar, en algunos casos, datos relativos a la situación personal, y

6º Carecer de medios lícitos de vida, ejercer actividades ilegales o la mendicidad.

Tratándose de las causas primera, tercera y sexta, tenían carácter preferente y la autoridad administrativa podía detener al extranjero en los denominados Centros de Internamiento, hasta por un plazo máximo de cuarenta días, mientras se sustanciaba y resolvía el expediente. En estos procedimientos preferentes, se comunicaban por escrito los motivos por los que se tramitaban la expulsión, y se debía alegar o defenderse en un plazo de 48 horas, pudiendo solicitar abogado e intérprete. Contra la resolución que fallaba la expulsión, se podía recurrir por la vía administrativa como judicial, pero no se suspendía el acto administrativo.

¹⁸ Los artistas, los corresponsales de prensa, ciertos científicos y profesores, los gibraltenses, etc.

¹⁹ SAGARRA I TRIAS, Eduard. *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Barcelona: Bosh, 1991, p. 90.

²⁰ Cfr. RIUS SANT, *El libro, op. cit.*, p. 62.

La misma Ley también regulaba la conocida devolución, figura jurídica que era confundida por los medios de comunicación con la expulsión.²¹ Se entiende por esta institución, la expulsión del territorio nacional de aquellos que, bien tras una expulsión han vuelto a entrar, contraviniendo una prohibición de entrada, bien la expulsión de aquellos que han entrado ilegalmente en el país, como por ejemplo por el mar, mediante patera. En estos casos, la expulsión era decretada directamente por el Gobernador Civil de la provincia, sin necesidad de abrir expediente alguno.

Por otra parte, la Ley derogaba la mencionada Ley 118/1969, relativa a la igualdad de derechos de latinoamericanos, portugueses y filipinos. Además, la Ley establecía un proceso de regularización de tres meses para los extranjeros insuficientemente documentados.²² Simultáneamente, se abría otro proceso de seis meses para aquellos trabajadores que, por Ley 118/1969, estaban exentos de permiso de trabajo.

La Ley 7/1985 no se podía aplicar plenamente, ya que se requería la promulgación de su Reglamento, lo que sólo ocurrió con la promulgación del Real Decreto 1199/1986, de 26 de mayo. Hasta ese entonces, lo único que se aplicaba eran las expulsiones y los internamientos preventivos no penitenciarios, en tanto se tramitaba el expediente sobre expulsión. La situación en aquella época no fue fácil para los inmigrantes, pues el Gobierno contaba con un procedimiento de expulsión eficaz y sumario que empezó a aplicar sin contemplación, pese a que por la otra vereda se encontraba el Defensor del Pueblo y los Tribunales de justicia, quienes habían recurrido al Tribunal Constitucional en contra de varios preceptos de la mentada Ley de Extranjería.²³ Por otro lado, se encontraba la población magrebí (marroquí), natural de Ceuta y Melilla, expuesta a la

²¹ *Ibidem*, p. 63.

²² Cfr. SAGARRA I TRIAS, *Los derechos*, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

²³ El Defensor del Pueblo recurrió la constitucionalidad de la Ley 7/1985 en cuatro aspectos fundamentales: La exigencia de autorización para reunión de extranjeros en lugares cerrados; la potestad del Consejo de Ministros de suspender por seis meses las actividades de asociación, promovidas o formadas mayoritariamente por extranjeros; el papel ambiguo que se otorgaba a los jueces en el internamiento de extranjeros mientras se tramitaba el expediente de expulsión; y la imposibilidad de los jueces para suspender cautelarmente la ejecución de resoluciones administrativas, tras la interposición de recursos. Para los tribunales, este último aspecto fue el que más suscitó que acudieran al Tribunal Constitucional. Por su parte, el Tribunal Constitucional, por sentencia 115/1987, de 7 de julio, declaró la inconstitucionalidad de tres de los cuatro aspectos recurridos por el Defensor del Pueblo y estableció los criterios interpretativos del cuarto aspecto. En efecto, declaró nula la exigencia de solicitar autorización a la autoridad para la realización de reuniones de extranjeros en lugares cerrados. Declaró inconstitucional la potestad que se le otorgaba al Gobierno de suspender, sin intervención judicial, las actividades de asociaciones formadas o promovidas por extranjeros. En el mismo sentido anterior, declaró la inconstitucionalidad del precepto que impedía a los jueces dictaminar la suspensión de la ejecución de las resoluciones administrativas. Finalmente, no declaró inconstitucional la norma relativa al internamiento hasta por cuarenta días de los extranjeros respecto de los que se les tramitaba el expediente de expulsión; sin embargo, fijó las garantías del procedimiento, como la presencia del afectado ante el juez en audiencia previa, el derecho a defensa, la resolución motivada, etc.

expulsión por esta nueva Ley, y no obstante tener la denominada “Tarjeta Estadística”, que les posibilitaba entrar y salir cuando quisieran de esas ciudades, les impedía alquilar una vivienda o desplazarse libremente a la Península. Todo esto generó un movimiento social sin parangón que luchaba contra lo que se calificaba como colonialismo español. La regularización que buscaba la Ley, entre otros objetivos, fue un fracaso, esgrimiéndose dos causas para aquello: la escasa difusión informativa en los medios de comunicación del proceso, pero, sobre todo, por la dificultad de cumplir los requisitos exigidos.²⁴

En el período comprendido entre 1987 y 1990, quienes no se regularizaron mediante el proceso extraordinario de 1985 y el año siguiente, les resultó difícil conseguirlo en el procedimiento posterior. Por ello, el crecimiento del número de extranjeros extracomunitarios regulares o con permiso de residencia fue muy limitado, tratándose en la mayoría de los casos de simple crecimiento vegetativo. Lo que sí ocurrió, es que España empezó una progresiva denuncia de los acuerdos bilaterales de exención de visados, de la que sólo se hablaría en mayo de 1991, cuando se cerró la puerta de entrada con pasaporte como turistas a los nacionales de Marruecos. Respecto de los ciudadanos latinoamericanos, podían seguir viajando a España como turistas sin necesidad de visado, pero el filtro estaba constituido por la necesidad de demostrar medios económicos para permanecer en España durante su estadía, lo que constituía, en algunos casos, que se interpretara de manera variable e incoherente esta exigencia.²⁵

Ya entrados los noventa, y debido a los múltiples problemas generados por la Ley de Extranjería que abocaba la ilegalidad de miles y miles de extranjeros que trabajaban en España, se aprobó una proposición no de Ley que instaba al gobierno a:²⁶

1. Desarrollar una política activa de inmigración con amplio respaldo de las fuerzas políticas y sociales, en la que la administración tome la iniciativa de canalización y organización de los flujos de inmigración.
2. Modernizar las instalaciones fronterizas para un mejor control de la entrada de extranjeros.

²⁴ GARCÍA ESPAÑA, Elisa. *Inmigración y delincuencia en España: Análisis criminológico*. Valencia: Tirant, 2001, p. 38.

²⁵ Cfr. RIUS SANT, *El libro, op. cit.*, p. 84.

²⁶ Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IV legislatura, Serie D, nº 165, 22 de marzo de 1991; RIUS SANT, *El libro, op. cit.*, p. 92 y ss.

3. Extender la implantación del visado como instrumento general de entrada, modernizando la red consular para su tramitación, sin renunciar a la política de apertura a los ciudadanos de Hispanoamérica.
4. Adoptar medidas para concluir el proceso de regularización principiado en 1985, al tiempo que se propicia la afloración y legalización de los colectivos de extranjeros que trabajan en situación irregular llegados con posterioridad y que puedan demostrar su inserción y arraigo.
5. Intensificar la lucha contra la explotación del trabajo clandestino, reforzando inspecciones y endureciendo las penas para el tráfico ilegal de mano de obra.
6. Desarrollar un programa de integración social que aborde cuestiones como empleo, formación, vivienda y protección social.
7. Potenciar la expulsión judicial de extranjeros encausados por delitos menos graves.
8. Reformar y modernizar la estructura administrativa encargada de gestionar la política de extranjería, creando una comisión interministerial, oficinas de extranjeros en los Gobiernos Civiles, y un servicio de inmigración en el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
9. Adoptar medidas para garantizar el examen individualizado de las solicitudes de asilo, evitando su uso fraudulento.
10. Potenciar la ayuda a países de los que parte la inmigración ilegal, especialmente los del Magreb.
11. Avanzar decididamente en la integración de España en el futuro espacio europeo sin fronteras, con adhesión al Acuerdo de Schengen y la participación activa en los trabajos comunitarios en la perspectiva de 1993.

A partir de esta proposición se realizarán una serie de cambios. Por una parte, bajo la premisa de adecuarse al acuerdo de Schengen, se cerrarían las puertas a los marroquíes, exigiéndose para todo el Magreb la entrada con visado. Por otro lado, se abrirá un nuevo período de regularización extraordinaria. Igualmente, se anunció la puesta en marcha del sistema de cupos anuales, que partió en 1993.

En lo que respecta al proceso de regularización, según un informe de la Dirección General de Migraciones de Marzo de 1992, se acogieron 123.943 personas, de las que resultaron favorecidas sólo 109.137. Es destacable que la mayoría de las denegaciones se fundó en que la Ley establecía la expulsión de aquellos que estuvieran implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado, o realizaren cualquier tipo de actividad contrarias a los intereses españoles o que pudieran

perjudicar las relaciones de España con otros países. Así, hacia 1992, tras esta regularización, el número de extranjeros que se encontraba en situación legal en España era de 511.696, de los cuales 248.848 eran ciudadanos de la Europa comunitaria, y 262.848 ciudadanos del resto del mundo, donde predominaban magrebíes, subsaharianos y latinoamericanos.

También, por aquellos años, se firmó el Acuerdo entre España y Marruecos relativo a la circulación, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente.²⁷ Este acuerdo implicaba que los originarios subsaharianos, mauritanos y argelinos que se demostrase que habían llegado a España en pateras o por Ceuta y Melilla, serían aceptados por Marruecos para posteriormente ser devueltos a sus países de procedencia. En el año 1993 se implantó el denominado sistema de cupos o contingentes, que pretendía paliar la imposibilidad práctica de los extranjeros para entrar legalmente como inmigrante en España y, además, paliaba el déficit de mano de obra existente para la realización de ciertos trabajos. Sin perjuicio del optimismo del gobierno, el sistema no funcionó, dada la complejidad que implicaba contratar a una persona que vive a miles de kilómetros de distancia y que el empleador no conoce. Sin embargo, este instituto sirvió en la práctica para regularizar a miles de inmigrantes en situación irregular en España. Por ejemplo, entre 1993 y 1999, cerca de 140.000 personas consiguieron papeles por medio de los contingentes anuales que actuaron como proceso de regularización extraordinario.

Hacia el año 1995, en virtud del acuerdo de Schengen, comenzó a aplicarse la supresión de fronteras externas, que inicialmente afectó a España, Francia, Portugal, Alemania, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo. Esto implicaba dos cosas: por un lado, que no se exigiría el pasaporte o documento de identidad en las personas que transitaban desde un país a otro (fronteras internas), y por otro, España se transformaba en una frontera de la Comunidad Europea que debía profundizar sus controles para evitar inmigración ilegal. El tercer proceso de inmigración extranjera hacia España comienza en 1996 y continúa hasta hoy; es el período de mayor incremento de la inmigración extranjera. En el epílogo del gobierno socialista de Felipe González, se aprobó un Decreto con un nuevo Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica 7/1985 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, decreto que en su disposición transitoria tercera abrió un proceso de regularización extraordinaria para aquellos extranjeros que estuvieran en España

²⁷ Firmado en Madrid, el 13 de febrero de 1992.

antes del 1 de enero de 1996. Este nuevo Reglamento se adaptaba a una serie de cambios que la época exigía en el ámbito jurídico administrativo y al proceso de integración europea. De entrada, se terminaba con el paradigma imperante de que España era un país de emigración y se reconoce que era ya un país de inmigración, y que los extranjeros son importantes en el proceso productivo español, se van a quedar en sus fronteras y van a seguir llegando. En segundo lugar, la adhesión de España a Schengen y al Sistema Informático de Schengen (SIS), que hace que un extranjero expulsado de uno de los miembros de la Unión no pueda entrar en los otros, obligó a adaptar la normativa. También fue necesario adaptarse al nuevo Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que había derogado la anterior Ley de Procedimiento Administrativo. Además, se crearon diversos organismos administrativos, ejecutivos y consultivos no previstos en la Ley, como las oficinas de Extranjeros, la Comisión Interministerial de Extranjería y el foro de inmigración.²⁸

Este nuevo Reglamento, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (BOE de 23 de febrero y 2 de abril de 1996), modificó los permisos de residencia, que serán de tres tipos. El primero, inicial por un año y con la posibilidad de renovarse por otro. El ordinario, de tres años, renovable también por un período igual. Y, finalmente, el permanente, que se otorgaba a aquellos que acreditaban permanencia legal y continuada de cinco años en España. La otra característica de esta nueva institucionalidad es que dio mayores garantías al procedimiento de reagrupación familiar y, como se dijo, abrió un nuevo proceso de regularización extraordinaria. En este proceso, que no fue lo esperado, sólo pudieron acogerse unos 21.283 extranjeros sin papeles, de un total de 25.128 solicitudes.

A mediados de 1998, el Congreso de Diputados aprobó el informe de la subcomisión a la que se encomendó, en 1996, estudiar la situación de los españoles que vivían fuera de España, así como los extranjeros y refugiados que estaban en el país; conocer a fondo sus necesidades y reivindicaciones prioritarias; proponer las medidas –legales y sociales- que fueran convenientes adoptar para la solución de los problemas habidos. Con respecto a la situación de los extranjeros en España, el informe estableció que la cifra de extranjeros con permiso de residencia era de 600.000 personas (casi la mitad europeos y el saldo era del resto del mundo). El informe también contextualizó el tema

²⁸ Cfr. RIUS SANT, *El libro, op. cit.*, p. 130 y ss.

de la inmigración no como un problema, sino como un fenómeno. Dedicó un apartado a la necesidad del consenso sobre una política activa de inmigración. Por último, el informe, en el apartado de proposición de medidas, sugirió 14 medidas, las que desembocaron en la futura Ley 4/2000.²⁹

El 1 de febrero de 2000, bajo el consenso de los distintos grupos parlamentarios se aprobó y entró en vigor la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introdujo políticas de integración,³⁰ y en su artículo primero transitorio, volvió a autorizar un proceso de regularización, desarrollado por el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, para todos los que se encontraban en España al 1 de junio de 1999. Los resultados del proceso fueron, según informó el gobierno, que se presentaron un total de 244.377 solicitudes, de las cuales se aprobaron 137.454 (el Ministerio del Interior informó que la cifra fue mayor y alcanzó a 150.053 los inmigrantes regularizados). Esta nueva Ley constituyó un avance en la situación jurídica de los extranjeros, ampliándose el reconocimiento de sus derechos y

²⁹ La Subcomisión consideró que el conjunto de propuestas del informe, en relación a los inmigrantes y refugiados, debía construir el eje principal de las políticas antirracistas que hemos de seguir desarrollando en el Estado español. A aquellas propuestas, la Subcomisión entendió que había que incorporar los siguientes compromisos a asumir por el conjunto de las Administraciones: a) La configuración del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia que, en cooperación con el Europeo, haga frente a los objetivos que los 15 países de la Unión se han planteado; b) El desarrollo de campañas de sensibilización para que el conjunto de la sociedad tomemos conciencia del serio problema que tendríamos si dejáramos crecer los comportamientos racistas; c) La preparación de materiales educativos en los valores de la tolerancia y el respeto a las diferencias para ser impartidos en el sistema educativo a todos los niveles, promoviendo un profesorado cualificado, programas antixenófobos que corrijan actitudes y comportamientos cercanos al racismo y difundan los principios de no rechazo al extranjero, respetando la diversidad cultural y social y avancen en la integración social. No olvidemos que en los últimos años han crecido las conductas xenófobas y con prejuicios en los escolares y en los jóvenes (investigación del catedrático Tomás Calvo y el Informe «Juventud en España» del Instituto de la Juventud); d) La revisión de los libros de texto para que los niños y los adolescentes aprendan a conocer la cultura y las costumbres de los otros niños y adolescentes de la escuela pública, hijos e hijas de inmigrantes; e) El desarrollo de un código de conducta con los medios de comunicación para que los principios de la educación intercultural y multicultural se incorporen en los programas y generen formación hacia las familias; f) La potenciación del asociacionismo que trabaje en la prevención del racismo y la intolerancia y el diseño de programas de actuación en este campo; g) Un plan de intervención sobre expresiones y manifestaciones de violencia y/o racismo en los estadios de fútbol o grandes espectáculos deportivos, a través de un desarrollo normativo específico, tras el estudio y diagnóstico del alcance de la problemática, así como las actuaciones de grupos violentos y/o racistas en este entorno, con la petición a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de una mayor vigilancia de los grupos violentos e intolerantes; h) El necesario apoyo de la Fiscalía General solicitando y vigilando que los fiscales actúen con dureza ante las expresiones políticas, sociales o culturales que tengan connotaciones racistas. Por último, el Parlamento declaró que debía de asumir la preparación de una Ley Antidiscriminación que plantee, como ya tenían otros países europeos, el desarrollo del nuevo concepto de ciudadanía (moral, activa y multicultural), desarrolle nuestro Artículo 14 de la Constitución, y en definitiva, se dote de herramientas jurídicas para prevenir la intolerancia, el racismo y la xenofobia en nuestra sociedad y para castigar todos los actos de violencia racista, desde la incitación al odio, la distribución de materiales racistas o la participación en actividades de organizaciones racistas. *Vid.* Boletín oficial de las Cortes Generales, serie D, número 308, de 15 de julio de 1998.

³⁰ Cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “La articulación”, *op. cit.*, p. 96.

se establecieron cauces permanentes para la obtención de permisos de residencia y trabajo. En diciembre de ese mismo año se aprobó, con la mayoría absoluta del PP, la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE 307 de 23 de diciembre), que modificó la LO 4/2000 y que conllevó un endurecimiento de la ley. El Reglamento que desarrolló la ley se aprobó en julio de 2001 y supuso un endurecimiento aún mayor en aspectos como el derecho a la reagrupación familiar, las trabas para el acceso a la residencia y en el régimen sancionador. En efecto, esta nueva institucionalidad, a juicio de la clase política de la época, venía a destrabar las dificultades o imposibilidad de expulsar a los irregulares y el automatismo de la regularización por arraigo. Sin perjuicio de aquello, en su disposición transitoria primera, establecía un nuevo proceso de regularización, el que se llevó a efecto entre enero y agosto del 2001, calculándose que a esa fecha el total de extranjeros empadronados en España era de 580.443 personas.

El 20 de julio, el Consejo de Ministros aprobó el Reglamento de la Ley (Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, BOE de 21 de julio con corrección de errores en BOE de 6 de octubre). Hay que recordar que tras la aprobación de la Ley 4/2000 no se elaboró Reglamento alguno y seguía formalmente vigente el segundo Reglamento de la Ley 7/1985, aprobado en 1996. Este nuevo Reglamento aprobado no traerá estabilidad normativa porque fue parcialmente anulado por el Tribunal Supremo.

Según la Estadística de Extranjería y Documentación relativa al año 2001, elaborada por la Comisaría General de Extranjería y Documentación, al 31 de diciembre de ese año había en España 1.109.060 extranjeros con permiso de residencia. De estos, 659.179 eran no pertenecientes a la Unión Europea y 499.881 al Comunitario. Por nacionalidades, citando sólo los más numerosos, había 234.937 marroquíes, 84.699 ecuatorianos, 80.183 británicos, 62.506 alemanes y 48.710 colombianos.³¹

Hacia el año 2003, la Ley de Extranjería –que recordemos siempre se seguirá llamando LO 4/2000- y que ya había sido modificada por la 8/2000, sería modificada nuevamente por la Ley 11/2003, de 29 de septiembre (BOE 30 de septiembre de 2003, número 234) y por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre (BOE 21 de noviembre de 2003, número 279). Esta última Ley no sólo superó los inconvenientes y agudos problemas de la primera ley de meses anteriores, sino también introdujo importantes cambios, siendo los más representativos los siguientes:

³¹ Los datos de la estadística citada, pueden verse en: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Anuarios/Archivos/Anuario2001_ANEXT01.pdf [visitado el 12/01/2012].

1. *Reagrupación familiar*: Sólo se permitió en casos excepcionales, dificultándose el reagrupamiento de hermanos menores de edad.
2. *Visado*: Se estableció el visado como regla general para ingresar y permanecer en España.
3. *Contingente*: Se permitió un número de visado de tres meses para extranjeros, hijos o nietos de españoles, para que busquen empleo. También podía establecerse en el contingente un número de visados para búsqueda de empleos, dirigido a determinados sectores o actividades. Tanto para los primeros como para los segundos, si pasado el plazo de tres meses no encontrasen un puesto de trabajo, debían abandonar España. Las ofertas de empleo se orientaron a países respecto de los cuales España hubiese firmado acuerdos de flujos migratorios.
4. *Devoluciones*: Cuando la devolución de un extranjero detenido en el trayecto –pateras en alta mar- o dentro del territorio español, no pudiera ejecutarse en 72 horas, se solicitaría al Juez el internamiento en un Centro.
5. *Centros de internamiento*: Se establecieron derechos y obligaciones.
6. *Expulsiones*: Se establecieron aspectos relativos al procedimiento de expulsión que se incluyeron en el Reglamento y fueron anulados. También se aprovechó de aclarar la confusión entre devolución, que se aplica sin orden judicial a quienes son interceptados en las fronteras y sus inmediaciones, y la expulsión, que se realiza a quienes ya han entrado, siendo preciso orden judicial con internamiento por un plazo máximo de 40 días.³²

El Reglamento de la Ley Orgánica 4 /2000, modificada por la 14/2003, fue aprobado con ocho meses de retraso, pese a que se preveía un plazo de cuatro (Real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre). La regularización extraordinaria se regiría por la orden Presidencial 140/2005, de 2 de febrero (BOE de 3 de febrero). Los requisitos exigidos eran que el trabajador estuviera empadronado (antes del 8 de agosto de 2004), adjuntar un contrato firmado por al menos seis meses, y el certificado de antecedentes penales del país de origen.

³² Otras modificaciones de la ley dieron relación con la creación del Observatorio Español del racismo y la xenofobia (Exigencia de una directiva europea); se modificó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, imponiendo a los extranjeros extracomunitarios la obligación de presentar personalmente la solicitud de permisos, algo que no se exigía a los españoles o ciudadanos comunitarios que podían delegar el trámite. En lo que respecta al padrón municipal, se impuso únicamente la obligación de que los extranjeros extracomunitarios estaban obligados a renovar cada dos años su padrón; se modificó la Ley 3/1991 de competencia desleal, considerando desleal la contratación de extranjeros irregulares.

A mediados de la primera década de este nuevo siglo, esto es, en el año 2005, y más específicamente en el mes de enero, según el Instituto Nacional de Estadística, basándose en el padrón municipal en el que están incluidos tanto los regularizados como los irregulares que se han empadronado, España tenía 44.108.530 habitantes, de los cuales 3.730.610 eran extranjeros (8,5% del total de la población del país). Las comunidades con más extranjeros eran Cataluña con 798.904, Madrid con 780.752, Comunidad Valenciana con 581.595 y Andalucía con 420.207. La división por nacionalidades venía constituida por los marroquíes con 511.294, seguidos por los ecuatorianos con 497.799, los rumanos con 317.366 y los colombianos con 271.239.³³

A partir de 2005, el volumen del flujo migratorio con destino a España, aunque significativamente menor, continuó siendo superior a la media europea. De este modo, entre 1990 y 2005, España se situó entre los principales países receptores de inmigración a nivel mundial, junto a países de tradición muy superior en la recepción de flujos migratorios, como Estados Unidos y Alemania (Naciones Unidas A/60/871, 2006: 31).³⁴

Finalmente, el año 2009 se produjo la última reforma a la Ley de Extranjería, impetrada por LO 2/2009, de 11 de diciembre (BOE de 12 de diciembre de 2009), y su posterior Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Prácticamente, como lo dice SOS RACISME, se trata de una nueva ley en cuanto a la forma, pero no en cuanto al contenido.³⁵ En resumen, esta nueva ley recoge las distintas sentencias del Tribunal Constitucional,³⁶ incorpora Directivas Europeas³⁷ y se adapta a la nueva realidad migratoria, según reza su exposición de motivos.

³³ Véase Instituto Nacional de Estadísticas de España, estadísticas de población por padrón, año 2005, en: www.ine.es [visitado el 01/02/2012].

³⁴ Cfr. MORENO FUENTES; BRUQUETAS, *Inmigración, op. cit.*, p. 13.

³⁵ La ley modificó más de 60 artículos de los 71 que contiene la Ley primitiva. Véase en: http://www.sosracisme.org/reflexions/pdfs/FEDERACION_ANALISIS_LEX.pdf [visitado el 12/05/2012].

³⁶ El Tribunal Constitucional ha resuelto los recursos de inconstitucionalidad, entre otras, en las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, reconociendo que la exigencia que la indicada ley de extranjería imponía a los extranjeros, para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución, ya que según la misma, los indicados derechos alcanzan a todas las personas por el hecho de serlo. Consecuentemente con ello, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de los artículos de la ley Orgánica 4/2000 que regulaban los indicados derechos fundamentales.

³⁷ Hasta el momento de promulgación de esta ley, estaban pendientes de incorporación al ordenamiento jurídico español, las Directivas que se han aprobado con posterioridad a la última reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, realizada en diciembre de 2003, siendo estas las siguientes:

a) Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DOUE de 6 de diciembre de 2003); b) Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales

Los objetivos de la Ley son:³⁸

1. Establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.
2. Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo.
3. Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, especialmente lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso, y reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente al país.
4. Reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración que, teniendo en cuenta el acervo de la Unión Europea en materia de inmigración y protección internacional, apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas.
5. Adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía, que inciden en el régimen de autorización inicial de trabajo, y a las competencias estatutarias en materia de acogida e integración, así como potenciar

de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004); c) Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DOUE de 6 de agosto de 2004); d) Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DOUE de 6 de agosto de 2004); e) Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países, a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE de 23 de diciembre de 2004); f) Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países, a efectos de investigación científica (DOUE de 3 de noviembre de 2005); g) Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008); h) Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países, para fines de empleo altamente cualificado (DOUE de 18 de junio de 2009); i) Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE de 30 de junio de 2009). En todo caso, conviene señalar que, aunque la legislación española es anterior a la aprobación de las indicadas directivas, muchos de los aspectos que se regulan en las mismas ya están recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, bien en la Ley 4/2000, de 11 de enero, en su redacción actual, o bien en el Reglamento de la misma que fue aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Igualmente, resulta determinante a estos efectos, la ratificación y entrada en vigor en nuestro país, de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

³⁸ Vid. Exposición de motivos LO 2/2009.

la coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencias que, asimismo, inciden en materia de inmigración y reforzar la cooperación entre ellas con el fin de prestar un servicio más eficaz y de mejor calidad a los ciudadanos.

Dado que durante el último período legislativo se han aprobado diversas reformas en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas que, por primera vez, incorporan competencias vinculadas a la inmigración, es lógico que se adapte su marco regulador al nuevo reparto competencial. Asimismo, atendido dicho reparto competencial, parece imprescindible que en esta Ley se concreten los niveles competenciales en un artículo, como lo es el nuevo artículo 2 bis, que define genéricamente los principios ordenadores de las políticas de inmigración en España.

6. Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones de inmigrantes y con otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, incluyendo entre ellas a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, en la definición y desarrollo de la política migratoria.

La ley sigue insistiendo en el reforzamiento del control de la frontera, en la sanción a la inmigración irregular y que, lejos de reforzar los mecanismos de integración para quienes ya están aquí, añade dificultades a la estabilidad en los permisos.³⁹

Para terminar, de acuerdo a las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística, a enero del año 2011, el total de población extranjera asentada en España es de 5.730.667 personas. La división por nacionalidades ha tomado un nuevo rumbo, en consideración a que prima el colectivo de Rumania con 864.278, le sigue Marruecos con 769.920, Reino Unido con 390.880, Ecuador con 359.076 y Colombia con 271.773.⁴⁰

4. Breve análisis de la política inmigratoria en España

Las consideraciones anteriores permiten afirmar, con los debidos recaudos que la regulación legal del fenómeno de la inmigración en España ha tenido, una ausencia de instrumentos normativos uniformadores,⁴¹ situación que guarda la debida correspondencia con lo que ocurre en Europa donde, pese a los intentos, no existe un

³⁹ Sobre los diferentes tipos de permiso y la manera de obtenerlos, esta nueva ley crea nuevas autorizaciones e incluye a las Comunidades Autónomas en la concesión de permisos iniciales. Con todo ello, el sistema de permisos es más complejo y sobre todo se amplía la distancia entre un grupo de inmigrantes “escogidos” (trabajadores altamente cualificados, investigadores, etc.) frente a otro grupo de inmigrantes “no deseados” (irregulares, extranjeros que no superen el “esfuerzo de integración”, etc.).

⁴⁰ Vid. Instituto Nacional de Estadísticas de España, estadísticas de población por padrón, año 2010, en: www.ine.es [visitado el 01/02/2012].

⁴¹ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 55.

marco coherente y armonizado, y las pocas normas comunes que se han aprobado van en un sentido restrictivo de la inmigración.⁴² Por lo demás, es posible que exista en España una distorsión entre el contenido legislativo y la situación real, distorsión que no sólo se produce por un sobredimensionamiento y tratamiento del flujo inmigratorio desde una perspectiva administrativa y policial, sino por la capacidad que se le atribuye para alterar el mercado nacional de empleo, reduciendo el fenómeno a una pura inmigración laboral⁴³ y sirviendo de base para la exclusión social.⁴⁴

Por lo visto, la política de inmigración se articularía sobre las necesidades de poder obtener mano de obra: Si se necesitan trabajadores, las barreras jurídicas para acceder a España y permanecer ahí se restringen o bien se eliminan, pero si hay escasez de empleo, las posibilidades de entrada se coartan, pasando el extranjero a ser un ilegal, con todo lo que ese estigma conlleva.⁴⁵

Una política de inmigración basada en aspectos laborales implica, de uno u otro modo, contribuir a la permanencia y consolidación del estereotipo del inmigrante como fuerza de trabajo destinada a cubrir aquellos empleos rechazados por los trabajadores españoles o que estos, por cualquier razón, no puedan asumir.⁴⁶ Una política de inmigración parametrizada en este sentido, sin duda ignora el elemento central del fenómeno de la inmigración, como es la integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida o, mejor dicho, de recepción.⁴⁷

Entender que los inmigrantes se incorporan únicamente como fuerza laboral, obviando

⁴² MONCLÚS MASÓ, Marta. *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2008, p. 360.

⁴³ Cfr. ANTÓN MORALES, *Criminalidad*, op. cit., p. 29.

⁴⁴ APARICIO WILHELMI, Marco. “Desde los márgenes. Diversidad cultural, democracia e inclusión social”, en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010, p. 65 y ss.

⁴⁵ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, op. cit., p. 55.

⁴⁶ En los casi tres lustros de crecimiento económico iniciados a mediados de los años noventa, la población autóctona rechazaba determinados tipos de empleo por su baja remuneración y/o dureza, al tiempo que mostraba una escasa disponibilidad para la movilidad geográfica o funcional. Muchas actividades económicas, que han sobrevivido fundamentalmente gracias al uso intensivo de mano de obra, los bajos salarios y la precariedad laboral, han sido desempeñadas por trabajadores inmigrantes, que han contribuido de esta manera a prolongar la supervivencia de determinados sectores productivos que, de otro modo, hubiesen desaparecido. Véase MORENO FUENTES; BRUQUETAS, *Inmigración*, op. cit., p. 44. La autora Calavita ejemplifica muy bien lo anterior: “...un escritor estadounidense que vive en España desde hace 25 años, es sistemáticamente corregido cuando se refiere a sí mismo como inmigrante. Se le dice de forma educada pero firme que es “extranjero” pero no “inmigrante”. Inmigrantes son los trabajadores procedentes de países del tercer Mundo que trabajan en el campo o barren las calles, aún cuando ellos, a diferencia del estadounidense, vengan a España sólo para unos meses o incluso no tengan ninguna intención de ‘inmigrar’”. CALAVITA, Kitty. “Un “ejército de reserva de delincuentes: La criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, (2004), pp. 1-15, p.1.

⁴⁷ Cfr. ANTÓN MORALES, *Criminalidad*, op. cit., p. 30.

aspectos sociales en su integración, entendiendo por aquellos todos los que permiten el desarrollo de su personalidad tal como lo hace un ciudadano autóctono, es reducir su composición a la formación y reconocimiento de una “nueva esclavitud”.

La población inmigrante es un colectivo que puede ser fácilmente expuesta a los mecanismos de exclusión social, situación por lo demás querida o a lo mejor reconocida por Europa, al fortalecer la denominada ciudadanía europea.⁴⁸ Este concepto de exclusión es más amplio que el de pobreza y supone la ausencia de participación en los intercambios, prácticas y derechos sociales que configuran la integración social. Los factores que dan lugar a la exclusión social de ciertos colectivos inciden en la población inmigrante y, en especial, en el colectivo de irregulares:⁴⁹ la pobreza, que tiene efectos en el ámbito del empleo, de la vivienda, de la educación y formación, la salud y el acceso a servicios; la precariedad en el empleo, el desempleo de larga duración, las dificultades de inserción laboral, reflejo de una crisis generalizada del empleo; la ausencia de vivienda estable, que condiciona el acceso al trabajo, a los medios de asistencia social y a la salud. La ausencia de niveles mínimos en cada uno de los aspectos antes relacionados, incide negativamente en el proceso de integración social del colectivo.⁵⁰

En síntesis, estamos frente a una política inmigratoria que se centra únicamente en el extranjero como sujeto de trabajo, que ha fomentado su exclusión social y que poco a poco –pero demasiado lento- ha ido observando positivamente su integración, pero no por mera liberalidad de los gobiernos de turno, sino que, como vimos anteriormente, por forzadas resoluciones de los Tribunales de Justicia y, más parcialmente, por decisiones tomadas en el seno de la UE.

5. El inmigrante como objeto de nuestro estudio: Delimitación conceptual

Antes de entrar en el análisis concreto y, específicamente, a lo propuesto en la introducción de este trabajo, debemos definir con precisión el sujeto que será objeto de nuestro estudio. Con aquella finalidad, pretendemos explicar las diferencias entre extranjero, minoría étnica, migrante e inmigrante, para posteriormente fundamentar por

⁴⁸ Cfr. MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal*, op. cit., p. 366.

⁴⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y posmodernistas”, en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (Coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, pp. 9 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*.

qué optamos por el estudio de este último.

Para comenzar, podemos señalar que extranjero es definido por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE 2010) como la persona “que es o viene de país de otra soberanía”, o bien como alguien “natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra”, y finalmente, la última acepción “toda nación que no es la propia”.

La derogada LO 7/85, sobre derechos y libertades públicas de los extranjeros en España, definía en su artículo 1 lo que se entiende por extranjero: “*Se consideran extranjeros, a los efectos de la presente ley, a quienes carezcan de nacionalidad española*”.⁵¹ En los mismos términos, define al extranjero la vigente LO 4/2000, de 11 de enero.⁵² Estamos frente a un concepto negativo, donde se define como extranjero a todo aquel que no es español.

En los mismos términos anteriores, el artículo 1 de la Convención de la Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, define extranjero como “*toda persona que no es nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas*”.⁵³ De esto, se deduce la existencia de dos categorías de personas: los comunitarios –en virtud del principio de equiparación, rige la no discriminación- y los extracomunitarios. Así ha quedado establecido expresamente en la Ley de Extranjería (LO 4/2000), al excluir de su ámbito de aplicación a los miembros de la Unión Europea, salvo aspectos que pudiesen ser más favorables.⁵⁴

Establecida una definición, la conceptualización del vocablo extranjero y su asentamiento en España, los podemos dividir en cuatro categorías: ciudadanos de países miembros de la Unión Europea (jubilados, trabajadores con niveles de cualificación medio o alto, así como estudiantes); nacionales de países occidentales desarrollados no pertenecientes a la UE; ciudadanos de países de Europa del Este que se incorporaron a la UE a partir de 2004; y finalmente, un gran cajón de sastre que incluiría a los nacionales de países en vías de desarrollo asentados en España.

Para MONCLÚS MASÓ, la voz extranjero remite al concepto de Estado y de soberanía, porque es el Estado, en uso de su soberanía, el que atribuye la condición de nacional a unas personas, con exclusión de todo el resto, que son considerados extranjeros.⁵⁵

Dicho lo anterior, en cuanto a su definición y clasificación, el concepto de extranjero es del todo heterogéneo, cabiendo en él diversas tipologías, tales como migrantes,

⁵¹ Vid. Art. 1 de LO 7/1985, de 1 de julio.

⁵² Vid. Art. 1 LO 4/2000.

⁵³ Ratificado por España el 23 de julio de 1993.

⁵⁴ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 134.

⁵⁵ Cfr. MONCLÚS MASÓ, *La gestión, op. cit.*, p. 27.

inmigrantes, turistas, residentes jubilados, transeúntes, refugiados asilados, exiliados.⁵⁶ Este concepto, en definitiva, impide precisar un colectivo homogéneo y es constitutivo, más precisamente, del género de sujetos que no son españoles asentados en España.

Por su parte, las minorías⁵⁷ son un segmento de la sociedad que se diferencian por su lengua, raza, religión u origen histórico, y esto, a menudo, constituye motivo para que los otros grupos mayoritarios los discriminen.

Según el Diccionario de Etnología y Antropología, se entiende: “Asociadas entre sí, las dos nociones de ‘etnia’ y de ‘minoría’ nos invitan a considerar juntas las de grupo y relación. El grupo puede ser definido según criterios objetivos internos (comunidad de origen, de cultura, de religión, lazos de parentesco que unen a sus miembros entre sí) o externos (trayecto histórico común, situación en el seno de la sociedad global, papel económico, etc.), y según criterios subjetivos, que pueden ser igualmente internos (sentimiento de pertenencia, lazos de solidaridad que unen a los miembros, etc.) o externos (visión del grupo por parte de la sociedad circundante). La fenomenología de los grupos así identificados revela una extrema diversidad de situaciones. Existen minorías que se han convertido en tales en su propio territorio (indios de América del Norte), otras que eran extrañas, en origen, al país en cuestión, que se han formado a partir de descendientes de deportados (negros de América), de refugiados o exiliados (originarios del Sudeste asiático), o de inmigrados (trabajadores extranjeros de países industrializados). (...) Algunas minorías se identifican con el territorio que ocupan y sólo son minoritarias políticamente: existe ‘nación’ o ‘nacionalidad’, pero no Estado. En otros casos, la relación con un territorio, estatal o no, es inherente a la existencia minoritaria: los albaneses son por definición mayoritarios en Albania, y mayoritarios en la provincia de Kosovo, constituyen una de las minorías yugoslavas. (...) Existen por último minorías muy dispersas, sin base territorial común (los gitanos). (...) El grupo

⁵⁶ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*. Comares, Granada, 2011, p. 6.; WAGMAN, Daniel. “Población extranjera y minorías étnicas”, en: MANZANOS, César. (Coord.), *Servicios sociales y cárcel. Alternativas a la actual cultura punitiva*. Vitoria-Gasteiz: Salhaketa, 2005, p. 83; AEBI, Marcelo. *Temas de Criminología*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 52 y ss; GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 137 y ss.

⁵⁷ La Declaración de las Naciones Unidas sobre las Minorías, aprobada por consenso en 1992, se refiere en su artículo 1 a las minorías sobre la base de su identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística, y dispone que los Estados protejan su existencia. No hay ninguna definición internacionalmente acordada sobre qué grupos constituyen minorías.

El término «minoría», como se utiliza en el sistema de las Naciones Unidas, en relación con los derechos humanos, se refiere generalmente a las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, con arreglo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre las Minorías. Todos los Estados tienen en sus territorios nacionales de uno o varios grupos minoritarios, caracterizados por su propia identidad nacional, étnica, lingüística o religiosa, que difiere de la identidad de la población mayoritaria.

minoritario no plantea su existencia oponiéndose a grupos equivalentes, sino a través de su relación con la sociedad global, que no afirma su naturaleza ‘étnica’. La ‘etnia minoritaria’ es considerada por la sociedad global como portadora de caracteres que la alejan de la norma que ella define al encarnarse normalmente en el Estado-nación”.⁵⁸

Conforme a esta definición, no podemos hacer sinónimos minorías étnicas con extranjero, porque se puede ser nacional de un país –no extranjero- y pertenecer a una minoría étnica (gitanos); por el mismo motivo, tampoco podemos entender la inmigración como un símil de minoría étnica.

Por otra parte, la noción de migrante –bastante utilizada en diversas monografías y artículos- es definida por el Diccionario de la RAE como el “Que migra o emigra”. Por su parte, migrar es sinónimo de “emigrar”⁵⁹ e “inmigrar”, respectivamente, referido el primero, en su primera acepción, a: “Dicho de una persona, de una familia o de un pueblo: Dejar o abandonar su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero”, y el segundo a: “Dicho del natural de un país: Llegar a otro para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya formadas”.⁶⁰

Tras la diferenciación que acabamos de ver, la expresión de migrante utilizada por algunos autores como BRANDARIZ GARCÍA, pese a que él mismo reconoce que se trata de una noción con cierta heterogeneidad, ya que en ella pueden incluirse hasta los extranjeros irregulares o personas con distinto tipo de residencia o estancia, y además los comunitarios y nacionalizados españoles,⁶¹ no sólo tiene un carácter genérico para referirse tanto al sujeto que deja –abandona- un país, como al que llega al mismo, lo cual podría generar cierta duda al hablar de dos sujetos que corren en direcciones distintas, sino que semánticamente tampoco es adecuada, por cuanto se podría confundir en ella a los propios españoles que abandonan España para radicarse en otros países, sujeto que, por lo demás, está fuera de estudio tanto para este autor como para nosotros.

⁵⁸ BONTE, Pierre; IZARD, Michael. *Diccionario de Etnología y Antropología*. Madrid: Akal Ediciones, 1996, p. 261 y ss.

⁵⁹ La expresión emigrar, conforme al Diccionario de la RAE, tiene cuatro acepciones: 1. intr. Dicho de una persona, de una familia o de un pueblo: Dejar o abandonar su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero; 2. intr. Ausentarse temporalmente del propio país para hacer en otro determinadas faenas; 3. intr. Abandonar la residencia habitual dentro del propio país, en busca de mejores medios de vida; 4. intr. Dicho de algunas especies animales: Cambiar periódicamente de clima o localidad por exigencias de la alimentación o de la reproducción.

⁶⁰ La expresión inmigrar tiene dos acepciones, conforme al Diccionario de la RAE: 1. intr. Dicho del natural de un país: Llegar a otro para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya formadas; 2. intr. Dicho de un animal: Instalarse en un territorio distinto del suyo originario.

⁶¹ Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal, op. cit.*, p. 6.

En consideración a lo anterior, estimamos que la noción de inmigrante es la adecuada y, por lo tanto, será el centro de nuestra atención. En ella se designa exclusivamente a la persona de otro país que viene a España para establecerse y desarrollar aquí su personalidad (realizar una vida laboral, familiar, social, económica, religiosa, etc.). Esta noción es uno de los componentes específicos del género extranjero.⁶²

En este concepto, menos heterogéneo y más restringido, el cual naturalmente supone a un extranjero, caben tanto los irregulares o ilegales. Son irregulares o ilegales los que ingresan en España eludiendo los controles de entrada, o permanecen en ella una vez vencido el permiso de estancia o residencia; se les ha denominado extranjeros o inmigrantes ilegales o clandestinos o irregulares o peyorativamente “sin papeles”.⁶³

Cabe precisar que desde la óptica geopolítica, la inmigración puede ser interna o externa, siendo la interna la que tiene una característica nacional en que se deja un territorio determinado para asentarse en otro y pueden participar los autóctonos como los extranjeros, y la segunda, denominada externa o internacional, de la cual nos ocuparemos en este trabajo, en que una persona o un grupo deja su país para asentarse o establecerse en otro.⁶⁴

En la actualidad, lo que caracteriza a los inmigrantes y los distingue del término extranjero, es que se trata de sujetos que dejan su país para venir a trabajar a España. Esta afirmación entrega dos elementos: Por una parte, la intención de residencia – temporal o permanente- en el país de recepción,⁶⁵ y por otro lado, la intención de trabajar en este nuevo país, para la supervivencia económica personal o de su núcleo familiar.⁶⁶

También podemos decir que la inmigración se caracteriza por ser genéricamente una *minoría*, situación que se demuestra tanto cuantitativamente, porque los inmigrantes son un número reducido de población en relación al total, como cualitativamente, al ser el colectivo inmigrante un grupo partícipe de características culturales (lengua, religión, historia, etc.) comunes y distintas al del país de recepción.

Al igual como lo dijera GARCIA ESPAÑA, en su trabajo de principios de este siglo, el perfil de los inmigrantes que llegan a España sigue siendo el mismo en la actualidad. Se trata de personas que vienen de países pobres (Tercer Mundo), en la mayoría varones

⁶² Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 138.

⁶³ Cfr. MONCLÚS MASÓ, *La gestión, op. cit.*, p. 31.

⁶⁴ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 139.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 140.

⁶⁶ El concepto de inmigración económica se contrapone, desde el punto de vista del objeto y las causas, a la inmigración generada por los exiliados políticos.

jóvenes, debiendo sortear todo tipo de obstáculos, incluido los legales, pudiendo reducirse sus características a tres puntos: llegan a su destino con vocación de permanencia; el motivo de su traslado es económico-laboral; y ocupan los sectores más deprimidos del mercado del trabajo, empleos eventuales, jornadas prolongadas y escasa remuneración. Todo, marcado por un fuerte desarraigo familiar y cultural.⁶⁷

En definitiva, centraremos nuestro estudio en el inmigrante, sin perjuicio que en este trabajo nos pudiésemos referir a él como extranjero, lo cual, dicho sea de paso, tampoco es erróneo, porque si bien todo inmigrante –inmigración externa- es un extranjero, no todo extranjero es un inmigrante.

⁶⁷ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 141.

Capítulo 2

La Victimología: La víctima, tipologías victimológicas y factores victimógenos

1. Introducción
2. Algunos conceptos previos
 - 2.1. Concepto de Victimología
 - 2.2. Otros conceptos victimológicos
3. La víctima. Aproximación conceptual, importancia, estructura elemental y delimitación del objeto de este estudio
4. Tipologías victimológicas
 - 4.1. Benjamin Mendelsohn
 - 4.2. Hans Von Hentig
 - 4.3. Luis Jiménez de Asúa
 - 4.4. Thorsten Sellin y Marvin Wolfgang
 - 4.5. Abdel Ezzat Fattah
 - 4.6. Stephen Schaffer
 - 4.7. Guglielmo Gulotta
 - 4.8. Elías Neuman
 - 4.9. Gerardo Landrove
 - 4.10. Antonio Beristain
 - 4.11. Raúl Zaffaroni
 - 4.12. Hans Joachim Schneider
5. Factores victimógenos
 - 5.1. Clasificación de los factores
 - 5.1.1. Factores biológicos
 - 5.1.2. Factores psicológicos
 - 5.1.3. Factores sociales

1. Introducción

En Beccaria, las miradas estaban puestas en el Derecho, mientras que con el surgimiento de la escuela positiva y, más precisamente, con Lombroso, se empieza a mirar a la persona y más específicamente al criminal o delincuente.

Por su parte, la víctima no ha sido foco de atención por parte de la Ciencia Jurídica, y particularmente por la Criminología. Su tratamiento más bien ha sido variado desde los orígenes de la civilización hasta nuestros días. Se advierte, desde un tiempo importante hasta esta época, la existencia de una verdadera transición en su tratamiento, donde su situación está siendo repensada y reelaborada.

A lo largo de nuestra historia, la víctima ha pasado por diversos estados. Es así como en los orígenes del Derecho Penal, la víctima era protagonista del proceso penal y de la pena a imponer al criminal. En los primeros tiempos de la civilización, la justicia penal era de carácter privado y se consideraba que todo delito, únicamente, producía daño privado, o dicho de otro modo, daño en la víctima, no afectando nunca bienes de

carácter público, por lo que la pena se fundamentaba en base a la venganza privada por parte de la víctima del delito o por parte de los familiares más directos.⁶⁸ En esta época, la víctima gozaba de las más amplias e ilimitadas prerrogativas. Tanto así, y descriptivo de esta situación, es que SCHAFFER acuñó la expresión “edad dorada de la víctima”,⁶⁹ para referirse a este poder protagonista y todopoderoso de la víctima.

El papel de la víctima va evolucionando en aras de terminar con la primitiva venganza imperante en esos tiempos. Dos medidas vienen a generalizarse y, de alguna manera, se pasa desde una esfera privada de justicia penal a un campo enteramente público, lo cual se consigue con las denominadas leyes taliónicas y las prácticas de compensación.

El Talión, recogido en diversas leyes de la Edad Antigua, como en el Código de Hammurabi, en el Derecho Arcaico Chino, en la Legislación del Egipto Faraónico, en las Leyes Griegas y en las Doce Tablas de Roma,⁷⁰ hoy en día a todas luces sinónimo de una barbarie e individualismo, para la época constituyó un notable avance como regla jurídica de proporcionalidad en la reacción de la víctima frente al criminal. Esta medida juega a favor del victimario e impide una sobre reacción frente al injusto cometido.

Importante destacar la situación de las Tablas Romanas, donde se estableció un catálogo de delitos susceptibles de ser vengados privadamente, para diferenciarlos de aquellos que tenían el carácter de públicos y denominados crimina.⁷¹ Sin embargo, en paralelo se permitía la compensación como una forma de evitar la venganza y el consiguiente e inevitable derrame de sangre.

Por su parte, el sistema de compensación impone la tarea formal de cuantificar el daño que se ha producido a la víctima, con el propósito de poder fijar una suma compensatoria por el mal causado.

En el Código de Hammurabi, que también permitía el talión, se llegaba a exigir para la

⁶⁸ DRAPKIN decía: "En los albores de la civilización humana, la víctima del delito fue siempre el protagonista máximo del drama penal. Las leyes taliónicas y la compensación, sea mediante dinero ("wergeld") u otra clase de bienes, fueron los mecanismos gracias a los cuales el hombre fue progresando lentamente desde el sistema de la venganza privada al de la justicia pública. Progresivamente, a medida que el Estado fue haciéndose cargo de la administración de justicia, el delincuente fue transformándose en el personaje principal de los estrados judiciales, relegando a la víctima a un rol subalterno, primero, hasta llegar a ser casi totalmente olvidada después". Véase DRAPKIN. "El Derecho de las víctimas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid (1964), pp. 145 y ss.

⁶⁹ SCHAFFER, Stephen. *Victimology: The victims and his Criminal*. Virginia: Reston Publishing Company Inc., 1977, p. 6.

⁷⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal, 5º Ed, t.1*. Buenos Aires: Ed. Losada, 1963, p. 739.

⁷¹ Cfr. SCHAFFER, *Victimology, op. cit.*, p. 10.

reparación de la víctima hasta treinta veces el valor del daño inferido.⁷² En la Grecia antigua, operaba institucionalmente la práctica de la indemnización por homicidio.⁷³ La práctica compensatoria se inició, por vez primera, en el Imperio Otomano, así como en la India (Leyes Magnum de resarcimiento establecidas como privilegio real).⁷⁴ Los libros XLVII y XLVIII del Digesto Justiniano, responsables de la materia penal, no abordan con la concisión precisa el papel de la víctima, en lo referente a los casos de compensación, sino que únicamente delimitan la suma reparadora.⁷⁵

En la Alta Edad Media, y conforme se va consolidando el poder de las Monarquías, la tendencia generalizada es el debilitamiento de la figura de la víctima. El infractor sufraga su culpa ya no sólo, y bien parcialmente, en la víctima, sino que ahora lo hace también en la figura de la Corona. De esta manera, el victimario se asegura que no será objeto de venganza y con el mero pago de una pena pecuniaria será reincorporado en la sociedad, con todos sus derechos y privilegios. En definitiva, es el Rey quien asume el papel de la víctima, a él y sus representantes les corresponde el deber de cobrar las multas.

En la Baja Edad Media, los poderes que otrora tenía la víctima se van difuminando, existe una centralización del poder en manos del Estado y una consecuente desprivatización del Derecho penal. Se va produciendo lo que se ha denominado “neutralización de la víctima”.⁷⁶ Sin embargo, este término es poco apropiado, dado que no se anulan ni quedan congelados los derechos y poderes de las víctimas, sino que lisa y llanamente se pierden por un cambio del paradigma imperante en la época. Por la razón que sea, incluso por la necesidad de cobrar tributos en la pseudo-mediación que realizaba el Rey o el detentador del poder político, el conflicto penal deja de ser un asunto privado –incluso parcialmente– para transformarse netamente en una cuestión pública.

A medida que avanza el tiempo, el Estado se convierte en una instancia plenipotenciaria susceptible de instrumentar más eficazmente las aspiraciones vindicatorias de las víctimas. Pero este intervencionismo estatal irá en aumento hasta consumarse la plena aprehensión del monopolio del aparato jurisdiccional penal, paralelamente a una

⁷² Cfr. SCHAFFER, *Victimology*, *op. cit.*, p. 9.

⁷³ Un destacado al respecto es el canto noveno de la Iliada, donde Ajax, enviado por Agamenón, recuerda a Aquiles las prácticas de compensación para rehabilitar socialmente del homicidio y condonar la venganza de la víctima.

⁷⁴ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, *op. cit.*, p. 271.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 739.

⁷⁶ HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona: Ed. Bosch, 1984, pp. 92 y ss.

exacerbación de las penas que sólo con el advenimiento del humanismo del Siglo XVIII se verá frenada.⁷⁷

En la actualidad, la víctima ha recuperado parcialmente la posición que antes tenía, probablemente por causa de la Victimología, con sus primeros estudios de autoinforme sobre exposición al delito, allá por la década del 40 y 50.⁷⁸ Luego, con sus reiteradas encuestas de victimización en varios países del mundo (destacándose EE.UU. por ser el primero en aplicar este tipo de estudios), y la proliferación de estudios científicos sobre la víctima, destacándose el del pionero de esta disciplina, VON HENTIG, con su obra “*The criminal and his victim*”, y luego MENDELSON, a quien se le atribuye la creación del vocablo Victimología, han contribuido no sólo al reconocimiento internacional en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en noviembre de 1985, de los principios básicos sobre las víctimas de los delitos, sino también a que los países tomasen conciencia, a través de sus ordenamientos jurídicos internos, de la necesidad de devolverles el protagonismo a las víctimas que alguna vez tuvieron.

2. Algunos conceptos previos

Como veremos más adelante, no sólo el concepto de “víctima” genera discordia en la doctrina ligada a la Victimología, sino que existen una serie de términos, incluido éste, cuya semántica es objeto de permanente discusión. Esto se agudiza, aún más, cuando existe un ímpetu de los victimólogos de poder establecer un idioma propio.⁷⁹

La controversia en torno al significado de los conceptos ligados a la victimología no es baladí. Tanto así, que de los simposios internacionales de victimología (Jerusalén (1973), Boston (1976), Münster (1979), Tokyo y Kioto (1982), se ha dedicado buena parte de ellos a descubrir e interpretar el alcance de los términos que engloban esta joven ciencia.

No obstante las disputas conceptuales, hay que subrayar los notables esfuerzos realizados desde el ámbito de la Victimología para alcanzar una terminología propia.⁸⁰

Con ello, se busca reafirmar la propia identidad y conseguir un lugar en el conjunto de

⁷⁷ HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*. Madrid: Edersa, 1996, p. 52.

⁷⁸ PORTERFIELD, Austin L. *Youth in trouble*. Fort Worth: Leo Potishman Foundation, 1946; SHORT, J.F. Jr.; NYE, F.I., “Reported behavior as a criterion of deviant behavior”, *Social Problems*, 5 (1957), pp. 207–213.

⁷⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología, 12ª Ed.* México: Editorial Porrúa, 2010, p. 63.

⁸⁰ SANGRADOR, José Luis. “La Victimología y el sistema jurídico penal”, en: JIMÉNEZ BURILLO, Florencio; CLEMENTE, Miguel, *Psicología social y sistema penal*. Madrid: Alianza, 1986, p. 63.

las disciplinas científicas ya consolidadas. Así, se utilizan términos como *victimización*, *victimario*, *victimizable*, *víctima*, *victimógeno*, *victimizar*, *victimante*, *iter victimae*, *desvictimización*, *victimización secundaria*, *victimización terciaria*, etc. No está demás decir que muchos de estos vocablos son neologismos, no localizables en los diccionarios clásicos ni -a veces- en los especializados sobre la materia. En no pocas ocasiones, son frutos de traducciones, en exceso literales y, por ello, no siempre correctas. Sin embargo, en la juventud de la propia Victimología y en el desarrollo experimentado por la misma, en los últimos tiempos, han encontrado justificación las posibles correcciones terminológicas.⁸¹

La importancia de poder establecer el significado de estos conceptos no es meramente etimológica, sino que también obedece a la necesidad de poder fijar el marco teórico conceptual en que se moverá este análisis.

2.1. Concepto de Victimología

Para conceptualizar esta joven ciencia, necesariamente tendremos que pasar por aquellos autores que la pretenden definir en base a sus creencias científicas y orientación ideológica y filosófica. Así, clásicamente la doctrina se ha dividido en tres grupos: aquellos que otorgan a la Victimología un carácter científico autónomo; los que la consideran que forma parte de la Criminología; y, finalmente, los negacionistas de su autonomía, incluso de su existencia.⁸²

Los primeros, esto es, aquellos que consideran a la Victimología como ciencia autónoma, señalan que tiene un objeto, método y fines propios. Entre ellos está MENDELSON, ⁸³ quien entendía que la Victimología era una ciencia paralela a la Criminología e independiente de ésta, en el que la Victimología era como el reverso, el negativo de la Criminología, ya que ésta se ocupa del delincuente y aquella de la víctima. Este autor dio a la Victimología un ámbito muy amplio, abarcándose a todo tipo de víctimas, y llegó a utilizar el término de Victimología general. Mendelsohn definió la victimología como “la ciencia sobre las víctimas y la victimidad”.

⁸¹ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, *op. cit.*, p. 76 y ss.

⁸² En la década de los años sesenta, ya se había radicalizado la confrontación entre defensores y detractores de la independencia científica de la Victimología. Véase al respecto PAASCH, “Problèmes fondamentaux et situation de la Victimologie”, *Reveu internationale de Droit pénal*, (1967), fundamentalmente pp. 126 y ss.

⁸³ Entre los denominados autores autonomistas destacan: Mendelsohn, Drapkin, Separovic, Young-Rifai, Ramírez-González y Aniyar.

Otros autores, como DRAPKIN, SEPAROVIC y ANIYAR, dicen que la victimología es "el estudio científico de la víctima", identificando a la víctima no sólo como sujeto pasivo del delito, sino también como persona afectada o perjudicada más allá del ámbito delictual, ya que no sólo se puede ser víctima de un delito sino también de otras situaciones (ej. víctima de un desastre natural como maremoto o terremoto, víctima de un incendio, etc.).⁸⁴

Por otra parte, los que sitúan a la Victimología como una parte o rama de la Criminología, entre los que destacan ELLENBERG, FATTAH y GOPPINGER, sostienen la falta de independencia científica y de objeto de estudio.

Por su parte, ELLENBERG la considera como "una rama de la criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen y que comprende el conjunto de conocimientos biológicos, sociales y criminológicos concernientes a la víctima". FATTAH, por otra parte, la define como "aquella rama de la Criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen y que designa el conjunto de conocimientos biológicos, sociológicos, psicológicos y criminológicos concernientes a la víctima". GOPPINGER, por último, dice que "la Victimología representa un determinado sector del campo total relativamente cerrado de la criminología empírica y en particular, del problema del delincuente y sus interdependencias sociales, es decir, podríamos hablar de un todo que sería la criminología y dentro de ese todo habría un sector que se ocuparía de la victimología".

Finalmente, están los negacionistas de la Victimología, es decir, no sólo rechazan la autonomía, sino incluso su propia existencia. Para ellos, no existe la victimología y niegan su originalidad. Entre sus seguidores, y sin duda de una crítica más acérrima, destaca JIMÉNEZ DE ASÚA, quien afirmó que "el asunto no consiste en crear una nueva ciencia, sino en poner varias a contribución para establecer el papel de la víctima en los delitos".⁸⁵ En la misma línea, KAISER define la Criminología como el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo y sobre los controles de esta conducta; reconoce KAISER que, a todo ello, hay que agregar lo concerniente a la víctima y a la prevención del delito.⁸⁶ Lo

⁸⁴ Para mayor profundidad sobre el tema, véase RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 23 y ss.; También MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo; PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa María; AGUILAR CÁRCELES, Marta María. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 18 y ss.

⁸⁵ Pese a la crítica, Jiménez de Asúa construyó su propia tipología victimal. Véase *Infra* p. 66.

⁸⁶ KAISER, Günther. *Introducción a la Criminología, Séptima edición*. Madrid: Ed. Dykinson, 1988, pp. 25 y ss.

que deja de manifiesto es que la victimología no existe por la uniformidad y la multiplicidad de la Criminología.⁸⁷

Sin perjuicio de aquellos autores tratados anteriormente que, de uno u otro modo, lo que plantean es la naturaleza de esta disciplina, también existen diversas corrientes de lo que es la Victimología, lo cual resulta importante porque, dependiendo de la ideología del investigador -no necesariamente político-, manifiestan el enfoque de lo que es el objeto central de su estudio. Así, la doctrina plantea tres corrientes fundamentales que curiosamente son las mismas de la Criminología: Victimología positivista, Victimología interaccionista y Victimología crítica.

Sin ahondar en demasía sobre el tema, se puede decir que la postura *positivista* concibe a la Victimología como una parte de la Criminología y estudia la relación víctima – criminal. Por otra parte, la corriente *interaccionista*, de corte liberal, ha tomado el paradigma en que se considera la criminalidad no desde la conducta, sino de la respuesta que provoca. La conducta criminal es la que es etiquetada como tal y, por lo tanto, el sujeto es también etiquetado como criminal.⁸⁸ Para terminar, la postura *crítica*, de enfoque socialista, reconoce las diferencias sociales, los diversos grupos y sus conflictos de valores, metas e intereses. Esta Victimología censura el Estado capitalista que sostiene un orden social y económico que preserva el poder y la diferenciación de clases, criminalizando las conductas que atentan a ese orden previamente establecido. En ese entendido, esta Victimología, reconociendo el carácter de victimizador del sistema de justicia, propone un cambio de estructuras sociales que evite, en definitiva, la victimización de sus actores.⁸⁹

Las diversas tendencias anteriormente expuestas, desde sus propios feudos, le otorgan un significado parcial a la Victimología, que lamentablemente la tiñen con su propia ideologización. Sin más, la oposición entre ciencia e ideología,⁹⁰ plantean, desde una perspectiva epistemológica, no sólo la imposibilidad de una Victimología objetiva – como debe ser de toda ciencia que se ufane de tal- sino que, también, impide un concepto transversal al problema de la víctima, que es su objeto de estudio.

Pues bien, para ir concretando ideas en torno al concepto de Victimología, podemos decir que respecto de su propia denominación se trata de un neologismo aparecido a

⁸⁷ Otros negacionistas de la calidad de ciencia autónoma son: López Rey, Bruinsma y Fisilier.

⁸⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*, Trad[s]. VARELA, Julia, ÁLVAREZ-URÍA, Fernando. Madrid: La Piqueta, 1978, pp. 175-189, p. 177.

finales de los años cuarenta del siglo veinte, y utilizado por primera vez en lengua inglesa (*Victimology*) y francesa (*Victimologie*) como contrapuesto a *Criminology* y *Criminologie*.

La Victimología, como tal, se definió en el I Simposio Internacional celebrado en Jerusalén (1973), como: "el estudio científico de las víctimas", a lo que, inmediatamente, se añade la referencia a la especial atención que merecen los problemas de las víctimas del delito.

También MORILLAS FERNÁNDEZ, a partir del método y fines, nos entrega la siguiente definición de Victimología: "aquella disciplina científica que posee un método empírico e interdisciplinar encargada del estudio de la víctima, capaz de presentar información relevante sobre los procesos de victimización, sus formas de actuación y prevención".⁹¹

Por su parte, para TAMARIT,⁹² la victimología puede definirse hoy como "la ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento de los procesos de victimación y desvictimación, es decir del estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimación (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima". Sin duda, la definición de TAMARIT es la que nos entrega la composición global de todos los elementos que son objeto de estudio para la Victimología. Es un concepto limitado, que no se agota sólo en el delito y no se nubla en cualquier devenir; también es un concepto que no sólo se ocupa de la etiología de la victimación, sino también de la prevención y de la reacción frente a la misma.

2.2. Otros conceptos victimológicos

Sin perjuicio de la especial dedicación que le daremos en los siguientes acápites, por ahora podemos decir, en términos generales, que la *víctima* es toda persona que sufre.

Por otra parte, etimológicamente, la palabra *victimario* proviene del latín *victimarius* que, en su sentido original, es el sirviente de los antiguos sacerdotes que encendían el

⁹¹ Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología, op. cit.*, p. 41

⁹² TAMARIT SUMALLA, Josep María. "La Victimología: Cuestiones conceptuales y metodológicas", en: BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.), *Manual de Victimología*. Valencia: Ed. Tirant, 2006, p.17.

fuego, ataba a las víctimas al ara y las sujetaba en el acto del sacrificio.⁹³ Desde la óptica de la Victimología, el victimario es el sujeto que produce el daño, sufrimiento o padecimiento de la víctima.⁹⁴

Como bien apunta RODRÍGUEZ MANZANERA, el victimario no necesariamente se identifica con el delincuente, sujeto eminentemente protagonista de la relación delictual, ya que se puede ser victimario, por una acción u omisión, que no será en todos los supuestos antisocial o delictiva.⁹⁵

También existe la autovictimización, donde el papel de victimario y de víctima se confunden y se unen en la misma persona. Un ejemplo clásico lo constituye el suicidio realizado por propia mano.

Otro concepto importante y recurrente en este trabajo, será el de *victimización*, el que puede ser definido como el proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático. Como bien advierte SEVERINO DOMÍNGUEZ,⁹⁶ en el estudio del proceso de victimación hay que considerar dos dimensiones: los factores que intervienen en la precipitación del hecho delictivo o (en la versión extendida del concepto de víctima) traumatizante y, por otra parte, los factores que determinan el impacto de tal hecho sobre la víctima. En este sentido, se establece la distinción entre *víctimas de riesgo* (aquella persona que tiene más probabilidad de ser víctima) y *víctima vulnerable* (aquella que, cuando ha sufrido una agresión, queda más afectada por lo ocurrido en función de una situación de precariedad material, personal, emocional, etc.). Por su parte, RODRÍGUEZ MANZANERA entiende por victimización “aquel fenómeno por el cual una persona, o grupo, se convierte en víctima”.⁹⁷ Junto a ésta, o circunscrita de ésta, hallamos la victimización criminal. En ella, la víctima se ceñiría al ámbito del delito, es decir, que la víctima sería el sujeto pasivo de un hecho punible.⁹⁸

Los conceptos de *victimizable* o *victimable* hacen alusión, indistintamente, al sujeto capaz de convertirse en víctima. En palabras de MORILLAS FERNÁNDEZ,⁹⁹ la conjunción de la persona victimizable con los factores victimógenos permitirá la delimitación de las víctimas especialmente vulnerables de un determinado delito.

⁹³ Esta es una de las acepciones de esta palabra que entrega la RAE. Además, y como primera acepción, la asocia al término homicida, sea masculino o femenino.

⁹⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, *op. cit.*, p. 84.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ SEVERINO DOMÍNGUEZ, Antonio. “Conceptos Fundamentales de Victimología”, p. 2. Versión online en: www.institutodevictimologia.com/Formacion19a.pdf [visitado el 28/05/11].

⁹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, *op. cit.*, p. 82.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología*, *op. cit.*, p. 90

Manifiesta la siguiente ecuación: Víctima especialmente vulnerable = persona victimizable + factores victimógenos.

También es importante el concepto de *victimidad*, que es definido como una condición objetiva, derivada del padecimiento de una injusticia victimaria, y vinculada al merecimiento de un específico status jurídico por el reconocimiento social del carácter abusivo del daño.¹⁰⁰ La victimidad es, pues, una plataforma a la que la víctima accede tanto por razones jurídicas como de ética socio-política.¹⁰¹

Otra definición es la de MENDELSON, quien señala que es “la totalidad de las características socio-bio-psicológicas, comunes a todas las víctimas en general, que la sociedad desea prevenir y combatir, sin importar cuáles sean su determinantes (criminales u otros factores)”.¹⁰² El conocimiento de la personalidad de la víctima, sus características y las condiciones objetivas y subjetivas en que se produce la victimización, pueden contribuir a la comprensión del hecho delictivo concreto; de la misma manera que los estudios realizados desde una óptica grupal o social, pueden aportar información útil sobre el fenómeno criminal, así como para la prevención especial y general.

Por otra parte, *victimante* es aquello con capacidad de victimar, es decir, hacer objeto a otro u otros de una acción victimante; es, en última instancia, convertir a alguien en víctima.

Un concepto a tener en cuenta es el de *victimógeno*, esto es, lo que puede producir la victimización (factores victimógenos), es decir, todo aquello que favorece la victimización, o sea, las condiciones o situaciones de un individuo que lo hacen proclive a convertirse en víctima.¹⁰³ Se les suele separar en factores victimógenos internos o endógenos y en externos o exógenos.

¹⁰⁰ HERRERA MORENO, Myriam. “Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima”, en: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (Ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Granada: Comares, 2009, p. 75 y ss. Dicha acepción, social y estatutaria, fue acogida y desarrollada en amplitud desde los planteamientos propios de la Victimología promocional; También, véase MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología, op. cit.*, p. 90; O.o. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 83. Contrapone la expresión “victimidad” a “criminalidad”, entendiéndola como el total de victimizaciones dadas dentro un límite espacial y temporal; NEUMAN, Elías. *Victimología - El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. México: Ed. Cárdenas, 1992, p. 38.

¹⁰¹ COLE, Alyson. “Victims no more”, *Feminist Review*, N° 64 (2000), pp. 135-138, p. 135.

¹⁰² Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 84.

¹⁰³ Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología, op. cit.*, p. 89; RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 85.

Para FATTAH, las predisposiciones victimógenas no solamente contribuyen a la selección de ésta o de aquella persona como objeto de crimen, sino que desempeñan el rol de agente provocador que inicia la acción o inspira al criminal la idea del crimen.

El *iter victimae* se entendería como el proceso o dinámica de victimización. RODRÍGUEZ MANZANERA resalta que la victimización resulta del encuentro del “*iter criminae*” con el “*iter victimae*”.¹⁰⁴

Otro concepto, pero quizás con carácter más novedoso, es el de *desvictimización*, que consiste en dejar de ser víctima. Para ello, es necesario un proceso de reparación, entendida no sólo como indemnización de perjuicios, sino como reconocimiento social, asistencia y reintegración social. Así, trata de conjurar riesgos como la estigmatización de la víctima, la instalación crónica en la victimación, así como la construcción de una “sociedad de víctimas”. El fenómeno de desvictimización es complejo y en él intervienen diversos factores y actores sociales. Los actores implicados en primera fila son, principalmente, el sistema de justicia penal, las fuerzas de seguridad, los servicios sociales, los profesionales sanitarios y de la salud mental. Y como la victimación tiene una proyección social innegable en nuestros días, también intervienen en el proceso los responsables políticos, los medios de comunicación, las instituciones de apoyo a las víctimas, las asociaciones de víctimas y familiares, etc.¹⁰⁵

Para terminar, en Victimología, la *victimización primaria, secundaria y terciaria* tiene dos acepciones. Por una parte, está referido a la individualidad del sujeto de la víctima, donde entendemos por victimización primaria la que recae sobre individuos o personas particulares concretas. Cuando hablamos de victimización secundaria nos estamos refiriendo a aquella que recae sobre grupos de individuos que tienen algún punto en común. Así, por ejemplo, nos referimos a la victimización de las prostitutas. Por su parte, la victimización terciaria es aquella que sufre la sociedad en general. Ejemplo de este tipo de victimización lo constituye el sentimiento de inseguridad ciudadana generalizada ante cierto tipo de delitos.¹⁰⁶

Una segunda acepción, y en lo que nos interesa para este estudio, está en función de la naturaleza del delito, de las características y personalidad del sujeto pasivo y de una amplia gama de circunstancias concomitantes, de las cuales se derivan distintas

¹⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 156.

¹⁰⁵ Cfr. CEVERINO DOMÍNGUEZ, “Conceptos”, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 82 y ss.

consecuencias de la infracción penal para las víctimas.¹⁰⁷ Así, suele distinguirse entre tres niveles básicos de victimización: se reconocen la denominada victimización primaria, la secundaria y la terciaria.

Por *victimización primaria* se entiende a las iniciales consecuencias del delito, que pueden ser de índole física, económica, psicológica y social.

A su vez, la *victimización secundaria* o segunda experiencia víctima viene dada por la relación de la víctima con el sistema jurídico-penal.

Finalmente, se encuentra la *victimización terciaria*, donde no existe un criterio conceptual unánime. Algunos la vinculan a la victimización del delincuente (ámbito legislativo, esfera policial y judicial, y plano ejecutivo), otros a la victimización del entorno de la víctima (familiares y amigos) y, por último, una posición ecléctica, que la identifican con el conjunto de costes de penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros, y tendría que ver con la premisa lógica de que los costes del delito sobre las personas y la sociedad deben ser ponderados con los costes de penalización del infractor para él mismo, terceros o la propia sociedad. En otras palabras, acontecería en un momento ulterior a la victimización secundaria, asociándose a la reacción de la comunidad y el modo en que lo experimenta la víctima.¹⁰⁸

3. La víctima. Una aproximación

En doctrina, el concepto de víctima como su origen etimológico no genera un consenso unánime; el vocablo, en palabras de GARCÍA-PABLOS, se presenta como un juicio problemático.¹⁰⁹ Entre otras cosas, se discute si esta condición es privativa de las personas físicas o, en cambio, se puede extender a las denominadas personas morales; también se encuentra controvertido las causas que generarían tal estado. Si se puede reducir la fuente sólo a los crímenes o delitos, o puede ampliarse a otros fenómenos como los de la naturaleza (terremotos, inundaciones, etc.), que pudiesen colocar al sujeto en esa condición.

¹⁰⁷ LANDROVE, Gerardo. *La moderna Victimología*. Valencia: Tirant, 1998, p. 49; MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología, op. cit.*, p. 118 y ss.

¹⁰⁸ Una buena explicación puede verse en MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología, op. cit.*, p. 118 y ss.

¹⁰⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant, 2009, p.122; MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología, op. cit.*, p. 95 y ss.

En cuanto a su origen, la noción de víctima viene del latín *víctima*, y con ello se designa a la persona o animal sacrificado o que se destina al sacrificio.¹¹⁰ Pero como ya se adelantó, la autenticidad de su origen latino tampoco genera acuerdo entre los entendidos. Por ejemplo, Ernout y Millet ponen en duda esa procedencia y aluden a la posibilidad de que los etruscos la hubiesen tomado en préstamo de alguna lengua indoeuropea y la hubiesen transmitido al latín; mientras que Littré, a pesar de que la hace provenir del latín, se refiere a las divergencias de los mismos etimologistas latinos en cuanto al origen del término.¹¹¹

El profesor RODRÍGUEZ MANZANERA indica que, con independencia de la discusión etimológica, es indudable que el concepto de víctima ha evolucionado desde sus orígenes hasta estos días: evolución que va desde aquel que podía vengarse libremente hasta el que tenía como restricción la ley del talión, para llegar a conceptos como sujeto pasivo del delito y, más actualmente, víctima precipitante o participante.¹¹²

Como se dijo, la dispersión conceptual en torno a la noción de víctima se agudiza con énfasis en la oferta doctrinaria. Es así como los tradicionalmente reconocidos padres de la Victimología, MENDELSON y VON HENTIG, participan de conceptos totalmente disímiles. El primero, entiende la concepción de víctima en un sentido amplio: “Es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento determinado por factores de origen muy diverso: físico, psíquico, económico, político o social, así como el ambiente natural o técnico.”¹¹³ No se limita el término a la sola pareja criminal –delincuente y víctima-, sino que se extiende a los distintos colectivos y grupos, en general a la sociedad toda, y a la colectividad internacional incluso. No es una concepción estrecha al sólo sujeto físico y pasivo de una conducta delictual, sino que trasciende a éste; se trata, en algunos casos, de lesiones o puesta en peligro de intereses supraindividuales. Por su parte, VON HENTIG es partidario de un concepto restringido sólo a la persona física que experimenta subjetivamente, con desazón o dolor, una lesión o puesta en peligro

¹¹⁰ Diccionario de la RAE. Las otras acepciones del concepto, según este diccionario, son: “2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra; 3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.; 4. f. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito”; Véase KARMEN, Andrew. *Crime Victims: An introduction to victimology*, 7º Ed. USA: Wadsworth Publishing, 2010, p. 1.

¹¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, op. cit., p. 64.

¹¹² Para profundizar sobre la evolución histórica del concepto, puede verse HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima*. España: Edersa, 1996.

¹¹³ En este sentido MENDELSON, en RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, op. cit., p.65 (La cursilla es de su autor).

objetiva de sus bienes jurídicos.¹¹⁴ A su vez, Separovic, de modo expansionista, nos señala que víctima es cualquier persona física o moral que sufre como resultado de un despiadado designio incidental o accidentalmente. En cambio, Stanciu, en un sentido restringido, nos dice que la víctima es un ser que sufre injustamente, destacando que la injusticia no es necesariamente lo ilegal.¹¹⁵ Desde una óptica funcional, Morillas Fernández, reconociendo el carácter equívoco del concepto, indica que la definición de víctima dependerá del campo o rama jurídica o social en el que se pretenda desenvolver el investigador. Destaca, en todo caso, que las tres más importantes son: Victimológica general (individuo o grupo de personas que padece un daño por acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita), Victimológica criminal (individuo o grupo de personas que sufre un daño producido por una conducta antisocial, propia o ajena, aunque no sea el detentador del derecho vulnerado) y Jurídico-penal (sujeto pasivo del delito).¹¹⁶

Por otra parte, desde noviembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas se ha preocupado también de este concepto, pero reduciendo la causa del episodio traumático a la existencia de un delito, por lo cual define que, víctima de los delitos, es la persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión en su propia persona, propiedad o en sus derechos humanos, como resultado de una conducta que constituye una violación de la legislación penal nacional, una violación de los principios sobre Derechos Humanos reconocidos internacionalmente, o un abuso de poder por parte de la autoridad política o económica. Además, para las Naciones Unidas, la víctima puede ser individual o colectiva, incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales y grupos u organizaciones políticas. Desde un punto de vista jurídico, se tiene en cuenta el bien jurídico tutelado y que la conducta esté tipificada en la ley penal.

Para GARRIDO, la declaración de las Naciones Unidas no hizo sino recoger de forma oficial la preocupación que las víctimas del delito han venido suscitando en los últimos veinte años, tanto entre los poderes públicos como en los criminólogos.¹¹⁷

Asimismo, recientemente la Directiva 29/2012, de 25 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, define lo que se debe entender por víctima, indicando que es la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o

¹¹⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS, *Tratado, op. cit.*, p. 123; RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p.65.

¹¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 65 y ss.

¹¹⁶ Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al, Victimología, op. cit.*, p. 102.

¹¹⁷ GARRIDO, Vicente. *Pedagogía de la delincuencia juvenil*. Barcelona: Ed. Ceac, 1990.

mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal.¹¹⁸

Por su parte, la Sociedad española de Victimología, como asimismo la Sociedad catalana de Victimología, han recogido en sus Estatutos una concepción ecléctica del concepto víctima: “Se entiende principalmente por víctima, a los efectos de la delimitación de las actividades de la Sociedad, toda persona que haya sufrido personalmente, de modo directo o indirecto, las consecuencias de un hecho delictivo, haya sido declarada formalmente o no como tal la existencia del mismo por parte de un órgano jurisdiccional. En un sentido más extenso también son consideradas víctimas las personas que hayan sufrido los efectos de la guerra, enfrentamiento armado, catástrofe natural o accidente”.¹¹⁹

Como sea, tanto VON HENTIG como MENDELSON se ocuparon de una clasificación de las víctimas en función de muy diversos criterios, pero siempre indagando sobre la interacción autor-víctima y los factores que determinan sus papeles respectivos.¹²⁰

Una clasificación importante para este trabajo es la que distingue entre víctimas en consideración a la vinculación que ellas tienen con el delito o el episodio traumático, pudiendo distinguirse *entre víctimas directas e indirectas*. Las primeras son las que sufren de modo inmediato el delito o acontecimiento traumático, es decir, padecen personalmente las consecuencias del episodio victimal. En cambio, la segunda no vivencia este episodio de manera inmediata y personal, pero es allegada a una víctima directa. Tal es el caso de los parientes, novios, amigos, etcétera. Este tipo de victimización, como advierte TAMARIT, no admite límites en abstracto; otra cosa son las restricciones que las autoridades prescriben en relación con los fines, como sucede con los beneficiarios de indemnizaciones.¹²¹

Ahora bien, con acierto, TAMARIT destaca la importancia de la distinción entre sujeto pasivo, propio de la relación delictual (Derecho Penal), y el término víctima, el cual supone un horizonte conceptual más amplio que el primero. Sujeto pasivo es el titular de un bien jurídico protegido, mientras que víctima puede ser atributiva de personas

¹¹⁸ Vid. Art. 2.1 letra a) de la Directiva 29/2012; En un sentido parecido, se definía en el art. 1 letra a) de la Decisión Marco del Consejo de la UE 220/2001.

¹¹⁹ Cfr. TAMARIT, “La victimología”, *op. cit.*, p. 23; Vid. Art. 6 Estatutos Sociedad catalana de victimología.

¹²⁰ Cfr. LANDROVE, *La moderna*, *op. cit.*, p. 28; Sobre las tipologías de estos autores, véase *Infra* p. 61 y ss.

¹²¹ Cfr. TAMARIT, “La victimología”, *op. cit.*, p. 24.

afectadas indirectamente por el hecho delictivo, como son los allegados de una persona fallecida en el delito de homicidio, que propone el autor. La idea de víctima se acerca más al concepto de perjudicado -es un concepto más amplio y de una dimensión no sólo económica-, como la persona que se ha visto afectada, de modo directo o indirecto, por las consecuencias del hecho.¹²²

A su vez, ZAFFARONI, siguiendo a Bettiol, Mantovani y Betti, dice que, en cuanto al sujeto pasivo, cabe consignar que es, en general, el titular del bien jurídico, pero puede darse el caso que el sujeto pasivo se encuentre indeterminado, lo que nada obsta a la tipicidad del delito, salvo que se requieran en él determinadas calidades que, al no darse su individualización, no pueden ser probadas; ello obedece a que hay bienes jurídicos que en ciertos momentos pueden hallarse sin sujeto, como acontece con la herencia yacente, cuando el heredero no es conocido.¹²³

En otro aspecto, la víctima no sólo tiene una importancia semántica y constitutiva del principal objeto de estudio de la Victimología, sino también tiene otras importantes repercusiones en otras disciplinas científicas, como en la Criminología, el Derecho Penal y en la Política Criminal.¹²⁴

En la Criminología, y específicamente en la de corte Marxista, se sostiene que la víctima es una “construcción social de los poderosos” o “mecanismos de defensa” de la clase dominante para legitimar o enmascarar la explotación o el sometimiento de las clases oprimidas. Para esta clase de Criminología, las verdaderas víctimas son las víctimas del sistema capitalista.¹²⁵

La incidencia en el Derecho Penal, entre otros aspectos, queda manifestada en que la víctima puede aportar una visión distinta del entero sistema penal. La víctima, en algunos supuestos delictivos, favorece la consumación del hecho criminal; esto puede conducir a afirmar que aquella es corresponsable por haber contribuido a él con actos dolosos e imprudentes y, en este sentido, valorar una atenuación e incluso una eximente

¹²² *Ibidem*.

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General, t. III*. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 283.

¹²⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS, *Tratado, op. cit.*, p. 122; La independencia científica de la Victimología, para algunos como Mendelsohn, se sustentan en un concepto amplio de la víctima, ya que ello evitaría que la Victimología naciera prisionera o parte de la Criminología. Un concepto limitado exclusivamente a la persona física que sufre los embates dañinos en la denominada pareja criminal, sin duda dejarían a la Victimología subsumida como un objeto más de la Criminología.

¹²⁵ SCHNEIDER, Hans Joachim. *Kriminologie*. Berlín-New York: Walter de Gruyter, 1987, p.758. Criticando tal posición teórica, véase GARCÍA-PABLOS, *Tratado, op. cit.*, p. 123.

de la responsabilidad del autor del delito (y a esta concepción se la ha denominado *Victimodogmática*).

También, entre otros supuestos, una concepción amplia conllevaría el incremento cuantitativo de los identificados como víctima del delito y, por consiguiente, de los eventuales actores que pudiesen reclamar la responsabilidad civil derivada del mismo. Por ejemplo, en el caso de aquel a quien le sustraen violentamente una pintura valorada en miles euros de propiedad de un amigo, quien se la ha prestado, nos encontramos frente a dos víctimas: la primera, que de manera directa sufre los efectos de la violencia para asegurar la sustracción de la pintura, y la segunda, que si bien no sufre agresión, de manera indirecta sí es perjudicada al ser privada de un objeto valioso de su patrimonio. No existen dudas que ambas integran el concepto de víctima y pudiesen reclamar la responsabilidad civil del autor del delito, al ser ambas perjudicadas. Pero también se pudiese pensar lo contrario, esto es, que la víctima es sólo aquella que de manera directa sufre los efectos dañinos o perniciosos de la conducta delictiva.

A su vez, el impacto de la víctima en la Política Criminal viene dado porque es ésta la que canaliza las aportaciones teóricas y los programas de los poderes públicos, dentro de unos términos razonables, para, por un lado, evitar el abandono y el olvido del agraviado por el delito y, por otro, impedir los excesos, en cuanto a su relevancia y significado.¹²⁶ En este contexto, la importancia de la real determinación de la víctima cumple un papel mayúsculo a la hora de fijar las medidas y criterios de carácter jurídico, para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal.

Las víctimas, en general, son personas distintas en un variado ámbito de aspectos, tales como género, sexo, raza, nacionalidad, etc. (conocidas como tipologías victimológicas). Se presentan como diversas en su naturaleza jurídica; algunas son personas físicas y otras son personas morales. Son dispares en el mismo origen del suceso victimal, pudiendo algunas incluso contribuir al mismo. Son diversas en la cantidad de veces que les ha tocado sufrir un episodio traumático. Son también diferentes en la forma de asumir el episodio victimal. Son distintas, a su vez, en la manera en cómo respondieron ante el evento victimizante, sea ejerciendo los derechos que consagra la legislación nacional o bien dando cuenta de una pasividad al respecto.

Para finalizar, las hipótesis para ser víctima son variadas, y se pueden clasificar en dos grandes grupos: víctima por intervención humana y sin ella.¹²⁷ Cuando media

¹²⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant, 2003, p. 79.

¹²⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 70.

intervención humana, a su vez, puede ser: por conducta propia o denominada de auto victimización, o por conducta ajena o de persona distinta de la víctima. En este último caso, o sea de victimización por conducta ajena, podemos estar frente a un delito o no, empero, son igualmente victimizables para el sujeto. En los casos en que no hay intervención humana, se alude a los ataques de animales y a los desastres de la naturaleza, tales como terremotos, inundaciones, maremotos, derrumbes, etcétera.

Al igual que la concepción defendida en este trabajo, la víctima en los delitos que protegen los derechos de los ciudadanos extranjeros o los derechos de los inmigrantes en España, no puede ser reducida a la persona física afectada por el delito, sino también, en algunos casos, al grupo minoritario de pertenencia étnico, racial o nacional del directamente agraviado. Pues bien, en algunos supuestos del denominado derecho penal nuclear que protege los valores clásicos, en la mayoría de los casos, la víctima será la persona física estrechamente relacionada con el delito. En cambio, tratándose de un delito antidiscriminación, la mayoría de los autores ha sostenido que no sólo está en juego la persona que sufre el daño, sino también el grupo minoritario de correspondencia del directamente afectado y, en otros casos, incluso la paz social.

Lo que para el estudio interesa, es la victimización producida de manera directa o indirecta a extranjeros, específicamente la referida a los inmigrantes, procurada por la intervención humana ajena a la víctima, y cuya participación se puede enmarcar dentro de una conducta tipificada como delito, o en el evento de no ser un ilícito, constituye una conducta que se denomina antisocial y que afecta seriamente a la comunidad. En este último caso, el inmigrante está desamparado jurídicamente y se convierte en víctima de un sistema, de una discriminación o del abuso de poder de ciertas personas o instituciones sociales que actúan *aparentemente* dentro de la legalidad vigente.

4. Tipologías victimológicas

Al hablar de tipologías victimológicas, se está haciendo estricta alusión al estudio y clasificación de los tipos de víctima que se conocen en esta nueva ciencia denominada Victimología.

Este esquema clasificatorio ayuda a entender qué tiene en común un grupo de víctimas y cómo se distingue de otros. Es un sistema de clasificación en base a características comunes entre aquellos que configuran la categoría específica.

Esta esquematización no es privativa de nuestro estudio, ya que desde el principio, en la Victimología, se intentó establecer tipologías propias que permitieran un mejor entendimiento del papel desempeñado por la víctima en el hecho que le produce victimización.¹²⁸

Ellas no deben ser entendidas como categorías estancas, inamovibles y aplicadas de forma mecánica, ya que cada hecho debe ser analizado en forma individual, de acuerdo a las especiales y particulares características del mismo. Las tipologías sirven a los fines de permitir la reunión, en grandes grupos, de aquellas características más significativas de las personas devenidas en víctimas. Ya lo decía KARMEN, una tipología constituye “un esquema clasificatorio que ayuda a entender qué tiene en común un grupo y cómo se distingue de otros”.¹²⁹

Si bien existen críticas a esta ordenación por considerarse etiquetadoras, importando en la actualidad los denominados factores de riesgo como decisores del perfil de víctima y un análisis multifactorial del proceso victimal,¹³⁰ no es menos cierto que una completa esquematización ha permitido no sólo su crítica, sino también, entre otros aspectos, una renovación a la que se han incorporado nuevos criterios clasificatorios, siendo eficaces y operativos tanto para la teorización y planteamiento de modelos sobre victimación, como para ilustrar las categorías penales acuñadas en torno a las víctimas. A tales efectos, son valores relevantes en una tipología la coherencia interna, el respaldo empírico, la utilidad legal y la capacidad de integración y correlación teórica.¹³¹

Asimismo, la catalogación también tiene importancia porque comporta una trascendencia de una cierta tipología que, a la postre, podrá incidir notoriamente en el reconocimiento jurídico de ese estatus victimal.¹³²

En este epígrafe, analizaremos las tipologías más importantes propuestas a lo largo de la historia de esta ciencia, y para empezar desde ya a adentrarnos en nuestro objeto de estudio, indicaremos, en la medida que así lo hicieran sus autores, cómo eran clasificados los inmigrantes en cada una de sus tipologías. Además, asumiremos, de

¹²⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, *op. cit.*, p. 94.

¹²⁹ Cfr. KARMEN, *Crime victims*, *op. cit.*, p. 116.

¹³⁰ Cfr. TAMARIT, “La victimología”, *op. cit.*, p. 29; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la Criminología*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 149 y ss.

¹³¹ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. “Posibilidades y límites de las clasificaciones tipológicas en Criminología”, en: FIGUEREIDO DIAS; SERRANO GÓMEZ; POLITOFF LIFSCHITZ; ZAFFARONI (Dir.), *El penalista liberal, Homenaje a Manuel Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2004, p. 785 y ss.

¹³² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal”, en NÚÑEZ, Ricardo (Dir.). *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en la Ciencias Penales*. Buenos Aires: De Palma, 1990, p. 27.

existir, cuáles son las probables características de este grupo que los colocaría en esa especial posición victimal.

4.1. Benjamin Mendelsohn

La aportación de MENDELSON, entre otras cosas, radica en que ofrece una clasificación de la víctima que ha servido a los nuevos victimólogos y científicos en general. Fundamenta su clasificación en la correlación de culpabilidad entre víctima y el infractor. Es el único que llega a relacionar la pena como consecuencia jurídica del delito, con la actitud victimal. Sostiene que hay una relación inversa entre la culpabilidad del agresor y la del ofendido: a mayor culpabilidad del uno, menor la culpabilidad del otro.¹³³ Su clasificación puede esquematizarse resumidamente en los siguientes términos:

- 1) *Víctima enteramente inocente o víctima ideal* es aquella que no ha intervenido de manera alguna en el desencadenamiento del hecho criminal que sufre. Es una persona ajena a la actividad del delincuente.¹³⁴
- 2) *Víctima por ignorancia o de culpabilidad menor* es la que da un impulso no deliberado al delito. El sujeto, por cierto grado de culpa o por medio de un acto poco reflexivo, causa su propia victimización.¹³⁵
- 3) *Víctima provocadora o más culpable que el infractor* es aquella que por su propia conducta, incita al infractor a cometer la infracción. Tal incitación crea el crimen.¹³⁶
- 4) *Víctima voluntaria* es aquella que colabora con el victimario (suicidio, eutanasia).¹³⁷
- 5) *Víctima agresora*, la que considera 3 variedades: primero, aquella víctima infractora, como en el caso de la legítima defensa; segundo, la víctima simulante, que denuncia y logra imputar un hecho criminal con el objeto que la justicia cometa un error; y para terminar, la denominada víctima imaginaria, que denuncia no una infracción, sino un hecho imaginario.¹³⁸

Partiendo de la base que cualquier persona, no necesariamente un extranjero, puede participar de cualquiera de las clases de víctima “mendelsohniana”, las que claramente

¹³³ MENDELSON, Benjamin. “La victimologie”, *Revue Francaise de Psychanalyse*, Vol. 22 N° 1 (1958), pp. 95-119.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 114.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 114 y 115.

tienen naturaleza individual,¹³⁹ en abstracto, o en una revisión apriorística de la situación, podemos concluir que en el esquema propuesto por MENDELSON, el cual no lo tipifica, el inmigrante podría caer en cualquiera de sus tipologías.

4.2. Hans Von Hentig

En su obra principal, *“El Criminal y su Víctima”*, Von Hentig elaboró una clasificación general y un estudio de los tipos psicológicos de las víctimas. Centró su atención especialmente en los ancianos, los niños, las mujeres, los extranjeros, las prostitutas, los homosexuales, los viciosos, entre otros sujetos, a los que consideraba altamente victimizables. Analiza también la actitud de la víctima frente a su agresor.

Intenta una clasificación en la que se aparta de criterios legales, para proponer cinco categorías de "clases generales" y seis de "tipos psicológicos". No pretende hacer una clasificación de todas las víctimas, sino de categorizar a las que son más frecuente o mayormente victimizables.¹⁴⁰

A) Las clases generales:

1) El joven, que por su debilidad es el más propenso a sufrir un ataque. En este supuesto, no importa sólo la inmadurez meramente física, sino que también importa la inmadurez moral. La facilidad de la presa viene dada porque la víctima joven, generalmente, falta de un pleno desarrollo, no experimenta una fuerza inversa y equivalente capaz de imponer resistencia al agresor.¹⁴¹

2) La mujer, cuya debilidad también la hace propensa a ser víctima. Constituye otra especial forma de vulnerabilidad para el autor. El incremento en la posibilidad de ser víctimas, viene dado por factores biológicos debilitantes –siempre y cuando el agresor sea un hombre–, que la pondrían en una situación de escasa resistencia u oposición frente al agresor.¹⁴²

3) El anciano es otro sujeto propenso por su incapacidad natural. Su vulnerabilidad es radical. Estamos frente a un ser que no solamente es débil físicamente, sino que mentalmente también es frágil. Si a esto sumamos que sea una víctima que, a lo largo de

¹³⁹ SILVERMAN, Robert. *Victims Typologies: Overview, critique, and reformulation*. *Victimology*. USA: Lexington Books, 1976, p. 56.

¹⁴⁰ VON HENTIG, Hans. *The Criminal and his victims*. USA: Schocken Books, 1979.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 404.

¹⁴² *Ibidem*, p. 406.

sus años de trabajo, atesoró algún tipo de riqueza, su status es notablemente estimulante para el agresor.¹⁴³

4) Los disminuidos psíquicos y otros mentalmente deteriorados, entre los que sitúa al drogadicto y el alcohólico. Estos sujetos ofrecen al agresor uno de los más ostensibles flancos de vulnerabilidad. La disminución mental es patente, pero la física también se da en muchos casos, lo que los convierte en víctimas fáciles.¹⁴⁴

5) Los inmigrantes, otras minorías y los tontos (*dull normals*), pues tienen una desventaja frente al resto de la población. La inmigración comporta una regresión del status personal hacia un intenso desarraigo y desamparo en las relaciones vitales, lo que propende a una acusada vulnerabilidad.¹⁴⁵

B) Los tipos psicológicos:

1) El deprimido viene a depauperarse moralmente por una apatía y laxitud moral que limitan sus niveles de resistencia a la acción victimaria.¹⁴⁶

2) El ambicioso (*acquisitive*), cuyo deseo de lucro y avaricia lo hacen fácilmente victimizable. Se presenta principalmente en el área penal de la estafa.¹⁴⁷

3) El lascivo (*wanton*), aplicado principalmente a mujeres víctimas de delitos sexuales que han provocado o seducido.¹⁴⁸

4) El solitario y el acongojado (*heart broken*), que por sus carencias afectivas hacia la compañía y consuelo, se ve propulsado a ser víctima.¹⁴⁹

5) El atormentador o tirano, que ha martirizado a otro hasta provocar su victimización. Ejemplo, es el tiranicidio doméstico.

6) El bloqueado, el excluido y el agresivo (*fighting*), que por su imposibilidad de defensa, su frustración y rabia, o su provocación, son fáciles víctimas.¹⁵⁰

Posteriormente, en la parte final de su obra “El delito”, da un tratamiento diferente, y sin intentar propiamente una clasificación, divide a las víctimas según cuatro criterios: la situación; los impulsos y la eliminación de inhibiciones; la capacidad de resistencia; y la propensión a ser víctima. En esta clasificación, Von Hentig aporta elementos bio-psico-sociales.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 408.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 411.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 414.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 419.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 422.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 426.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 427.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 433.

Por situaciones de las víctimas:

- 1) Víctima aislada. Persona que se aparta de las relaciones sociales normales, poniendo en peligro su integridad, ya que se priva de la natural protección de la comunidad. Ej: el anciano, el extranjero, la viuda, el desertor, etc.¹⁵¹
- 2) Víctima por proximidad. La proximidad excesiva, angustiosa, que puede ser espacial, familiar, profesional, etc.¹⁵²

Por impulsos de las víctimas, o por eliminación de inhibiciones de estas:

- 1) Víctimas con ánimo de lucro. Aquellas que por codicia, caen en manos de sus victimarios.¹⁵³
- 2) Víctimas con ansias de vivir. Las que se han privado del goce de muchas vivencias y tratan de vivir y hacer lo que no han vivido. Ej.: ansias de libertad, búsqueda de aventuras y peligros, emigrar, juego, etc.¹⁵⁴
- 3) Víctimas agresivas. Las que han torturado a su familia, a sus amigos, su amante o subordinados, y por mecanismo de saturación se convierten de victimarios en víctimas.¹⁵⁵
- 4) Víctimas sin valor. Parece un sentimiento arraigado en el pueblo, el hecho de que determinadas personas inútiles son víctimas de menos valor. Ej.: viejos, pesados, malos, pecadores, infieles, etc.¹⁵⁶

Víctimas con resistencia reducida:

- 1) Víctima por estados emocionales. Los sentimientos fuertes arrastran consigo a la totalidad de las funciones psíquicas y las agotan y varían en su favor. Eliminan todo atisbo de crítica que impida su pleno desarrollo y que suponga, de momento, un debilitamiento. La esperanza, la compasión, el miedo, el odio, son estados que propician la victimización.¹⁵⁷
- 2) Víctima por transiciones normales en el curso de la vida. La niñez por su ingenuidad, la pubertad, la vejez, el embarazo, la menopausia.¹⁵⁸

¹⁵¹ VON HENTIG, Hans. *El delito*, vol. II, Trad. CEREZO MIR, José. España: Editorial Espasa-Calpe, 1972, p. 441 y ss.

¹⁵² *Ibidem*, p. 459 y ss.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 490 y ss.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 493 y ss.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 497 y ss.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 509 y ss.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 512 y ss.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 520 y ss.

3) Víctima perversa, bebedora, depresiva. Los psicopáticos. Ej.: los homosexuales, las prostitutas, el violador, etc. Por su parte, la preocupación y la depresión llevan a buscar la autodestrucción, y el sujeto se pone en situaciones victimógenas.¹⁵⁹

4) Víctima voluntaria. Permite que se cometa el ilícito, o por lo menos no ofrece resistencia. Se produce especialmente en materia sexual.¹⁶⁰

Víctimas propensas:

1) Víctima indefensa. La persona se ve privada de la ayuda del Estado, la víctima tiene que tolerar la lesión, pues la persecución penal le produciría más daño de los que ha recibido.¹⁶¹

2) Víctima falsa. Es la que se auto-victimiza para obtener un beneficio; por ejemplo, puede ser para cobrar un seguro.¹⁶²

3) Víctima inmune. Son personas que son tabú en el mundo del crimen, considerándose como un error su victimización. Ej.: los sacerdotes, jueces, fiscales, policías, etc.¹⁶³

4) Víctima hereditaria. Como su nombre lo dice, su condición de víctima es transmitida por sus predecesores.¹⁶⁴

5) Víctima reincidente. Sujetos que no toman experiencia, a pesar de haber sido víctimas con anterioridad, y no se protegen. Sus impulsos defensivos son débiles, y su capacidad de resistencia demasiado pequeña.¹⁶⁵

6) Víctima que se convierte en autor. Parte de la premisa que no existe un claro contraste entre víctima y ofendido. En otras palabras, estos roles se confunden.¹⁶⁶

En la victimología de Von Hentig, desde su clase general, los inmigrantes o también denominados *dull normals*, tienen una nomenclatura específica y son entendidos como sujetos con una desventaja frente al resto de la población. La inmigración comporta una regresión del status personal por el intenso desarraigo y desamparo de estos sujetos que son colocados en una situación de manifiesta vulnerabilidad.¹⁶⁷

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 529 y ss.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 540 y ss.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 547 y ss.

¹⁶² *Ibidem*, p. 550.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 551 y ss.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 553 y ss.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 557 y ss.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 560 y ss.

¹⁶⁷ DOERNER, William; LAB, Steven. *Victimology*, 5º Ed. USA: Matthew Bender & Company, 2008, p.6; WOLBERT, Ann; REGEHR, Cheryl; ROBERTS, Albert. *Victimology. Theories and Applications*. USA: Jones and Bartlett, 2010, p.40.

Desde sus tipos psicológicos, los inmigrantes adoptarían tres posiciones: el deprimido, el solitario y el excluido. Estos personajes marcan, posiblemente, la personalidad del inmigrante desde el momento mismo del desarraigo desde su país de origen hasta el país de acogida o recepción, y lo enlutan durante su permanencia.

Asimismo, desde el punto de vista de la situación, el inmigrante es una víctima aislada. Los seres desarraigados que tratan de salvarse, se convierten en víctimas fáciles por la prisa, la precipitación y la credulidad. Los extranjeros nunca son bien recibidos del todo. Ser extranjero significa estar indefenso en todo, desde el idioma hasta las costumbres de un mundo nuevo y los muchos peligros que en él acechan.¹⁶⁸

4.3. Luis Jiménez de Asúa

El maestro español elabora una tipología partiendo de la óptica en los que se mueve el delincuente. Ubica a las víctimas en dos categorías:¹⁶⁹

1) Víctimas indiferentes: también llamadas indefinidas, es aquella que al victimario le es indiferente la víctima contra la cual ejerce el delito. Al victimario no le interesa ni el nombre ni la condición de la víctima. Podríamos decir que la víctima puede ser cualquier persona, escogida por el criminal al azar.¹⁷⁰

2) Víctimas determinadas. El victimario dirige sus actos contra una persona determinada. Ejemplo, en el crimen pasional, al hombre que mata a la mujer que le ha sido infiel, no le da igual matarla a ella que a otra mujer; tiene que ser determinada, concreta, esa mujer.¹⁷¹

Esta categoría, a su vez, se subdivide en:

a) Víctimas resistentes. Es aquella víctima que ante un ataque se defiende de manera efectiva (también llamada real), o bien es victimizada en forma tal, que nos indica que el victimario sabía que se iba a defender (también llamada presunta).

b) Víctimas coadyuvantes: son aquellas que "colaboran" a su propia victimización. Jiménez de Asúa pone como ejemplo de víctimas coadyuvantes a las víctimas de tiranicidio, los homicidios justicieros, los homicidios pasionales, los duelos, la riña, el

¹⁶⁸ Cfr. VON HENTIG, *El delito, op. cit.*, p. 451.

¹⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La llamada Victimología, Estudios de derechos penal y Criminológico*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1961.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 26.

suicidio, los delitos sexuales, las muertes y las lesiones en accidentes causados por otros y aquellos contra la propiedad, en especial la estafa.

El autor no sitúa a los inmigrantes o grupos minoritarios en ninguna de sus clases victimales. Su tipología es evidentemente individualista, ocupándose sólo de las personas individuales. Se acoge a un solo criterio delimitador general (indeterminación de las personas individuales. Se acoge a un solo criterio delimitador general (indeterminación o no de la víctima). Por ello, es ampliamente criticada su desatención a las víctimas indeterminadas, las cuales son contempladas como masa anónima inasible analíticamente, no merecen una sola subdivisión interna.

4.4. Thorsten Sellin y Marvin Wolfgang

Estos autores plantean una tipología victimal en cuanto a la relación víctima-victimario. Dividen la victimización en primaria, secundaria y terciaria.¹⁷²

- 1) Victimización primaria, categoría que se refiere a una víctima individual o personalizada.
- 2) Victimización secundaria, está referida a una víctima impersonal, comercial o colectiva, a un grupo en particular.
- 3) Victimización terciaria, presupone una víctima difusa y generalizada, en delitos contra el orden público, por ejemplo.
- 4) Victimización mutua, que plantea casos en los que ambos participantes pueden ser criminal y víctima a la vez.
- 5) No victimización, se hace referencia más bien al ofensor que a la víctima, se acerca mucho al denominado «crimen sin víctima».

En la tipología de estos autores, los inmigrantes están dentro de lo que denominan victimización secundaria, en cuanto la víctima no es individual, sino impersonal, o sea, está compuesta por un grupo o un colectivo.

¹⁷² SELLIN, Thorsten; WOLFGANG, Marvin. *The Measurement of Delinquency*. USA: Nueva York, John Wiley and Sons, 1964.

4.5. Abdel Ezzat Fattah

Al igual que Mendelsohn, este autor elaboró su clasificación atendiendo a una posible distribución gradual de responsabilidad de la víctima. Estableció 5 posibles tipos de víctimas:¹⁷³

- 1) La víctima no participante: no contribuye en la agresión o configuración del delito.
- 2) La víctima latente o predispuesta: tiene cierta inclinación a ser víctima por diversos factores (predisposiciones):
 - Predisposiciones biopsicológicas: la edad, estado físico, sexo, incluso el alcoholismo.
 - Predisposiciones sociales: profesión, condición económica, forma de vida.
 - Predisposiciones puramente psicológicas: desviaciones sexuales, negligencia, avaricia, confianza e incluso la vanidad.
- 3) La víctima provocadora o precipitadora: incita al criminal a cometer el delito.
- 4) La víctima participante: es aquella que interviene mediante una actitud pasiva o facilitando la acción delictual.
- 5) La víctima falsa: es la que simula haber sido víctima de un delito cometido por otra persona, o que ha sido víctima de sus propias acciones.

En la tipología de Fattah, los inmigrantes estarían bajo la denominada víctima latente o predispuesta, en tanto sus características sociales de desarraigo, forma de vida y condición económica, la harían franqueable para el delincuente.

4.6. Stephen Schaffer

Schaffer propone una clasificación en base a siete categorías de víctimas. Dicha clasificación tiene sus pilares en el concepto genérico de contribución victimal y, específicamente, de coadyuvancia victimológica, pero además el autor incluye aspectos de vulnerabilidad:¹⁷⁴

- 1) Víctimas no implicadas. Es aquella que no tiene relación con el criminal. Normalmente coinciden con figuras victimales azarasas y fungibles.

¹⁷³ FATTAH, Abdel. "Quelques problemes poses a la justicie penale par la victimologie", *Anales Internacionales de Criminología*, Paris, (1966), p. 354 y ss.; FATTAH, Abdel. "Towards a Criminological clasification of victims", *Criminology and Police Science*, Vol. 58, N° 4 Diciembre (1967), 524-531.

¹⁷⁴ Cfr. SCHAFFER, *Victimology, op. cit.*, pp. 45 y ss.; DOERNER; LAB, *Victimology, op. cit.*, p. 8.

- 2) Víctimas provocativas. Es la que incita de cierta manera el crimen en su contra. De cierta forma, juegan un papel básico en la apertura de la hostilidad criminal.
 - 3) Víctimas precipitadoras. No realizan conducta alguna en contra del agresor, pero inducen o atraen al delincuente en virtud de un reprochable actuar imprudente.
 - 4) Víctimas biológicamente débiles. Aquellas que por sus características físicas o mentales son susceptibles de ser victimizadas. De cierta manera, precipitan el actuar del agresor, pero no les cabe reproche alguno en la motivación victimal. Sin embargo, para el autor, la responsabilidad la debe asumir el Estado y la sociedad, por no saber cuidar a sus ciudadanos.
 - 5) Víctimas socialmente débiles. Son aquellas rechazadas por la sociedad como parte de ella. Su victimización se produce por su marginación o vulnerabilidad social.
 - 6) Víctimas-victimarias o autovictimizadoras. Se victimizan a sí mismas. Son autoras y responsables de su propia situación victimal.
 - 7) Víctimas políticas. Son las perseguidas por causas o razones políticas. Precipitan la acción victimal a consecuencia de su posición ideológica, opuesta a la del victimario.
- En la clasificación de Schaffer, los inmigrantes son víctimas socialmente débiles, por encontrarse en un país extraño, sin lazos o redes particulares de apoyo donde recurrir, en caso de necesitar ayuda.

4.7. Guglielmo Gulotta

Basándose en un enfoque de tipo psicológico-psiquiátrico, el autor se ocupa de tres predisposiciones de las víctimas: las biofisiológicas, las sociales y las psicológicas.

En su clasificación establece categorías centradas en la culpabilidad. Distingue entre:¹⁷⁵

- 1) Falsas víctimas. No es en realidad víctima, o puede haber sufrido en efecto un daño, por accidente o autovictimización, del que acusa a una persona inocente (víctima simulada); la víctima imaginaria no ha sufrido en realidad daño alguno.¹⁷⁶
- 2) Víctima fungible: Lo son por azar, y pueden sufrir el daño por accidente o por victimización indiscriminada.¹⁷⁷
- 3) Víctima no fungible: Es la que participa en su victimización, por propia voluntad o por provocación o imprudencia, o por el desarrollo de la acción.¹⁷⁸

¹⁷⁵ GULOTTA, Guglielmo. *La vittima*. Milán: Giuffrè, 1976.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 34.

En la tipología de Gulotta, los inmigrantes y las minorías étnicas no participan de una especial clasificación victimológica, sino que la cualidad inherente de su persona constituye una condición social que los coloca en una situación de predisposición social para ser víctima de un delito.¹⁷⁹

4.8. Elías Neuman

Este autor atiende tanto al concepto de contribución victimal como a los factores de riesgo. En su categoría podemos distinguir entre:¹⁸⁰

1) Víctimas individuales. Distinguen entre aquellas que carecen de actitud victimal (inocentes, resistentes), frente a las que adoptan una actitud victimal culposa (provocadora, colaboradora o coadyuvante) y dolosa (suicidio, ciertos tipos en la estafa).¹⁸¹

2) Víctimas familiares. Pudiendo localizar entre estas a los niños golpeados y a las mujeres maltratadas, así como distintos delitos cometidos en el seno de la familia.¹⁸²

3) Víctimas colectivas. Se refiere a la comunidad como nación, comunidad social y determinados grupos comunitarios por medio del sistema penal. En esta clasificación sitúa una serie de víctimas, como de alta traición, sedición, terrorismo, genocidio, censura y uso abusivo de medios de comunicación, menores con conductas antisociales, exceso de detenciones preventivas, inoperancia de la reinserción social de los liberados (definitivos o condicionales), etc.¹⁸³

4) Víctimas de la sociedad o del sistema social. Son aquellas colectividades a las que el propio sistema social convierte en víctimas o en delincuentes. En este grupo entran los niños abandonados, minusválidos, los ancianos, los marginados socialmente, las minorías étnicas, raciales y religiosas, etc.¹⁸⁴

Claramente, en la clasificación de Neuman los inmigrantes se enmarcan como víctimas de la sociedad o del sistema social. El autor reflexiona que esto se debe a la propia debilidad y falta de asistencia de estos grupos.¹⁸⁵ También enjuicia a ciertos grupos que son víctimas del sistema social, los que denomina sumergidos sociales. Si bien no se

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 36.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 28.

¹⁸⁰ Cfr. NEUMAN, *Victimología*, *op. cit.*, p. 38 y ss.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 69.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 70.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 71.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

refiere explícitamente a ellos como inmigrantes o minorías, no existe duda que es una alusión implícita a ellos, al estimar que forman parte en estos grupos los desposeídos y subculturalizados. Pero quizás lo más dramático es que reconoce a estos grupos como víctimas con predisposición a convertirse en victimarios, una suerte de víctimas contra sí mismas, que suelen transformarse en delincuentes por el denominador común del resentimiento.¹⁸⁶

4.9. Gerardo Landrove

Realiza una esquematización de las tipologías difundidas, en las siguientes categorías:¹⁸⁷

1) Víctimas no participantes o fungibles. También denominadas enteramente inocentes, donde cualquier miembro de la sociedad es una potencial víctima de delito. No hay una concreta relación entre víctima y delincuente; el hecho delictivo no se desencadena en base a su intervención.¹⁸⁸

2) Víctimas participantes o infungibles. Se caracterizan por participar en la génesis del delito.¹⁸⁹

3) Víctimas familiares. Son víctimas que pertenecen al mismo grupo familiar que el infractor. Se trata de los supuestos de vulnerabilidad convivencial o doméstica.¹⁹⁰

4) Víctimas colectivas. Al lado de la clásica víctima individual se ha consolidado una víctima de dimensión colectiva, como las personas jurídicas, determinados colectivos, la comunidad o el Estado.¹⁹¹

5) Víctimas especialmente vulnerables. Se trata de personas que tienen mayor probabilidad de ser víctima, por encontrarse en ellos ciertos factores de vulnerabilidad, sean estos personales (edad, sexo, etc.) o sociales (estilo de vida, posición económica, etc.).¹⁹²

6) Víctimas simbólicas. Están referidas al ataque de determinados sistemas de valores, un partido político, una ideología, una secta religiosa o una familia a la que la víctima

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 75.

¹⁸⁷ Cfr. LANDROVE, *La moderna*, op. cit., p. 43 y ss.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 44.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 46.

¹⁹² *Ibidem*, p. 47.

pertenece y de la que constituye un elemento básicamente representativo. No faltan ejemplos ilustrativos, como el asesinato de Aldo Moro o Marthin Luther King.¹⁹³

7) Falsas víctimas. Por diversos motivos (ánimo de lucro, venganza, senilidad, autoexculpación o simplemente deseo de llamar la atención) denuncian un delito que nunca existió. Estas falsas víctimas tienen una doble morfología: simuladora o imaginaria.¹⁹⁴

En la tipología de Landrove, los inmigrantes están situados como víctimas colectivas y especialmente vulnerables. Estos sujetos participan de un factor social de vulnerabilidad que lo predispondría a convertirse en víctima de delito.¹⁹⁵

4.10. Antonio Beristain

El autor aborda la victimización derivada de estructuras políticas injustas. En ese sentido, realiza la siguiente clasificación:

- Macro-victimización: en referencia a la victimización causada por desamparo estatal.
- Micro-victimización: el círculo clásico de víctimas convencionales, amparadas por el Estado.

Asimismo, y dentro de lo que se podría denominar la Micro-victimización, sintetiza algunos tipos de víctimas con diversos grados de culpabilidad.¹⁹⁶

- 1) Víctima completamente inculpable. La cual no tiene ninguna participación activa en el delito.
- 2) Víctima parcialmente culpable. Es aquella que tiene una mayor o menor contribución en la génesis del delito.
- 3) Víctima completamente culpable. Es la que contribuye de manera exclusiva o en forma predominante a la ocurrencia del hecho delictivo.

La tipología de BERISTAIN no se refiere a los inmigrantes.

4.11. Raúl Zaffaroni

Para el autor existen dos rangos de vulnerabilidad social correlativos: la vulnerabilidad a la criminalización y la vulnerabilidad a la victimación.¹⁹⁷

¹⁹³ *Ibidem*, p. 48.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 46 y ss.

¹⁹⁶ BERISTAIN, Antonio. *Victimología. Nueve palabras clave*. Valencia: Ed. Tirant, 2000, p. 461y ss.

El concepto de vulnerabilidad a la victimación atiende al enfoque socio-económico marcador de desigualdad y discriminación. Según el autor, hay víctimas y víctimas, que en palabras propias de Zaffaroni serían:

- Víctimas primarias;
- Víctimas primarias secundariamente victimizadas por la selección institucional.

4.12. Hans Joachim Schneider

Al igual que Zaffaroni, realiza una ordenación basada en la vulnerabilidad de ciertos grupos sociales. Este autor establece tres tipos de víctimas.¹⁹⁸

- 1) Víctimas socio-estructurales. Estas víctimas serían el resultado de un sistema social deficitario y de desigualdad (reparto de bienes y abuso de poder).
- 2) Víctimas culturales. Las que dicen relación con aquellas víctimas ideológicamente reprimidas (racismo).
- 3) Víctimas institucionales. Son las que se materializan como consecuencia de las acciones desplegadas por ciertos organismos oficiales.

En cuanto a la victimización de extranjeros por hechos de violencia criminal, SCHNEIDER menciona las siguientes teorías: en primer lugar, para sustentar la criminalidad de inmigrantes, considera que los autores son producto de un defecto de socialización (hogares destrozados, incapacidad de verbalización, etc.); la teoría de la privación relativa en el plano socioeconómico, al que se correspondería una frustración psíquica; en cambio, para fundamentar la victimización de los inmigrantes, se refiere al concepto de crimen de odio, que sería una exacerbación del etnocentrismo en forma de prejuicio del que la víctima sería un objeto simbólico; la que sostiene que es el producto de una crisis de identidad producida por el proceso de unidad europea, que quiebra la anterior identidad sin haber llegado aún a construir una nueva; y la que simplemente atribuye el hecho a la discriminación y cosificación de los extranjeros (teoría de la marginación social de los extranjeros).

¹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

¹⁹⁸ SCHNEIDER, Hans Joachim. *Kriminologie der Gewalt*. Stuttgart-Leipzig: S. Hirzel Verlag, 1994.

5. Factores victimógenos

Los factores victimógenos se definen como aquellos factores que favorecen la victimización, como “las condiciones o situaciones de un individuo que lo hacen proclive a convertirse en víctima”.¹⁹⁹ Agregaríamos, para enriquecer esta definición, que estas condiciones que predisponen la situación victimal pueden estar referidas a una persona o un grupo de personas. Como el autor aclara, no puede confundirse *factor* con *causa*, pues no son lo mismo; mientras el primero favorece, facilita, conduce hacia el fenómeno victimal, la segunda produce la victimización.

Los factores victimógenos favorecen la victimización, pero no la producen; de esta manera, dos personas que compartan ciertos factores victimógenos, no por ello, automáticamente, van a ser víctimas de un delito, sino que aquello depende de las diferentes circunstancias concretas, las que no se encuentran completamente determinadas y pueden contribuir a neutralizar estas situaciones o condiciones favorecedoras del episodio victimal.

Los factores victimógenos también son conocidos como “predisposiciones victimógenas” o “factores de riesgo”. Sea cualquiera el nombre que les asignemos, su importancia radica en que son elementos fundamentales para la Victimología, en tanto permiten medir el riesgo de victimización que puede sufrir un sujeto e incluso delimitar algunas víctimas de una determinada tipología delictiva.²⁰⁰

5.1. Clasificación de los factores

Hay diversas formas de clasificar los factores victimógenos. Así, STANCIU²⁰¹ los divide en dos grupos: Endógenos (los factores referidos a deficiencias orgánicas) y Exógenos (aquellos de inmediato carácter social). Algunos autores que consideran a la víctima como un ente biopsicosocial, clasifican los factores en biológicos, psicológicos y sociológicos. Otros, como DI TULLIO,²⁰² de manera más dinámica, los divide en predisponentes, preparantes o desencadenantes. Los factores predisponentes son aquellos que hacen de la víctima un ser propenso de ser víctima de sí o de otros. Pueden

¹⁹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 113.

²⁰⁰ Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al, Victimología, op. cit.*, p. 203.

²⁰¹ STANCIU, Vasile. *Les Droits de la victime*. Francia: Press Universitaires de France, 1985, p. 44.

²⁰² DI TULLIO, Benigno. *Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense*. Madrid: Ed. Aguilar, 1966, p. 301.

contribuir a ello, a su vez, factores biológicos (edad, enfermedad), psicológicos (deficiencia mental) y sociales (marginación, discriminación). A su vez, los factores preparantes son aquellos que se van formando con el transcurso del tiempo, como ocurre con el consumo de droga o alcohol. Para finalizar, los factores desencadenantes son aquellos de variada índole que pueden dar origen al episodio traumático, como cuando se provoca al victimario o se asiste a un lugar victimógeno.²⁰³ Para otros, como RODRÍGUEZ MANZANERA, se dividen en factores víctima-impelentes y víctima-repelentes, donde el primero impulsa al sujeto a la situación victimal, mientras que el segundo inhibe tal situación. La victimización se producirá cuando los factores víctima-repelentes son superados, sea en calidad o cantidad, por los factores víctima-impelentes.²⁰⁴

Para facilitar el análisis, dividiremos los distintos factores en biológicos, psicológicos y sociales.

5.1.1. Factores biológicos

Tal como la Criminología atribuye un valor explicativo de la conducta delictiva a los denominados factores biológicos, la Victimología, por su parte, entiende que estos mismos factores, de inmediato corte genético, configuran una especial aptitud victimal de ciertas personas.

Este es un factor endógeno de la victimización, ya que es propio, interno o inherente al individuo. En otras palabras, son factores personales que naturalmente colocan al sujeto en un estado de predisposición victimal.

En opinión de VON HENTIG: “el individuo débil, tanto en el reino animal como entre los hombres, es aquel que probablemente será víctima de un ataque. Algunos como los menores y los ancianos son débiles en lo físico; otros pertenecen al sexo débil; otros son débiles de espíritu”.²⁰⁵

Son dos los factores biológicos esenciales en la elección de la víctima: edad y género.

a) Edad: Tal como la edad es un importante factor criminológico, también lo es en la Victimología. La asociación entre edad y víctima es determinante a la hora de predecir qué delito puede sufrir una persona en el transcurso de su vida. Así, las personas menores

²⁰³ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, op. cit., p. 117.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ Cfr. VON HENTIG, *El delito*, op. cit., p. 553.

de edad y ancianas, por su carácter vulnerable, asociado a sus características físicas propias de la edad, son potenciales víctimas de delitos.²⁰⁶

b) Género: Es uno de los más importantes factores a la hora de la elección de una víctima, por parte de su delincuente. Con acierto, indica MORILLAS FERNÁNDEZ,²⁰⁷ que mayoritariamente el sexo de la víctima orienta la comisión de un delito. En este escenario, la victimización entre hombres y mujeres se distribuye de manera análoga, salvo en algunos delitos en que la victimización se acentúa en un sujeto más que otro. Así, por ejemplo, en los delitos sexuales o en la violencia doméstica, la mujer es más victimizada que los hombres.

A estos factores ya expuestos, también agregaríamos la *raza*, la cual es un factor victimogénico importante para ciertos y determinados delitos, como victimizaciones generadas por actitudes de fanatismo genocida (grupos neonazis, cabezas rapadas).

5.1.2. Factores psicológicos

Un análisis en profundidad de este tipo de factores, sumado al desconocimiento de la ciencia psicológica, nos coloca en la posición de sólo poder hacer una mera descripción, en este apartado, acerca de cuáles son los factores generalmente concurrentes en el fenómeno victimal.

Se puede afirmar que se han estudiado, en menor medida, los factores victimógenos de naturaleza psicológica.²⁰⁸ La Psicología y Psiquiatría se han dedicado casi siempre a estudiar la personalidad del delincuente y no de la víctima. Esto es consecuencia del olvido de las víctimas.

Un buen esquema de cuáles serían estos factores lo entrega RODRÍGUEZ MANZANERA.²⁰⁹

1) Los llamados “procesos cognoscitivos”:

- La “sensopercepción”: los sujetos con deficiencias auditivas, visuales e incluso aquellos que no tienen sensibilidad cutánea o la tienen aminorada.

²⁰⁶ MAWBY, Rob. “Age vulnerability and the impact of crime”, en *Victims of crime*. EE.UU.: Open University Press, 1988, p. 105 y ss.; RODRÍGUEZ MANZANERA indica que la edad es un factor victimógeno cuyo reconocimiento resulta pacífico en la doctrina. Véase en *Victimología, op. cit.*, p. 132; En el mismo sentido anterior, MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología, op. cit.*, p. 210.

²⁰⁷ Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología, op. cit.*, p. 207.

²⁰⁸ Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología, op. cit.*, p. 214.

²⁰⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 135 y ss.

- La “atención”: tema de las distracciones en tráfico.
- La “memoria”: sujetos olvidadizos de objetos, de cerrar la casa o coche.
- La “imaginación y la fantasía”: hay sentimientos de culpabilidad, etc.
- La “inteligencia”: parece que, cuanto más inteligente es el sujeto, ha de ser menos victimizable, aunque también hay delitos que se tiene que ser bastante inteligente para poder ser víctima.

2) Las esferas volitiva y afectiva:

- La motivación: igual que existen motivaciones para delinquir, también hay motivaciones para ser víctima. Entre los motivos que citan los autores, se encuentran: el deseo de seguridad, son los casos en que se extreman las precauciones y se produce el efecto inverso, porque atrae la atención; el deseo de aprobación, reconocimiento, que suele suceder con los jóvenes que, para conseguir esta aprobación o reconocimiento, corren riesgos innecesarios, como por ejemplo conducir rápido, carreras suicidas; el deseo de participación, el individuo puede llegar a integrarse en grupos criminógenos: pandillas, sectas, mafias, etcétera; las ansias de vivir, son impulsos como el deseo de emigrar, búsqueda de aventuras, la pasión por el juego, el derroche, vivir a tope el momento.
- Los sentimientos: pueden arrastrar a la victimización. Ejemplo, la devoción (secta destructiva), la comprensión, la beneficencia, etc.
- Las emociones: los autores citan la ira, el odio, el amor, el miedo. La ira y el odio son emociones que hacen que el sujeto sea fácilmente victimizable, porque puede perder el control por su culpa. En el amor, hay sujetos que quedan anulados, que entregan sus bienes o incluso pueden llegar al suicidio. El miedo, es la más victimógena de las emociones, porque puede llegar a dejar al sujeto inmovilizado y sin defensa.
- La falta de voluntad: aquellos sujetos que no saben negarse, decir “no”, y de ello se aprovecha el victimario.

3) La personalidad: en la teoría del Psicoanálisis, la personalidad se compone de dos partes: una parte dinámica, que se compone por el “yo”, el “ello” y el “súper yo”, y una parte topográfica, en la que se incluye el inconsciente y el consciente. Dentro de la parte dinámica, el “yo” es la parte más importante de la personalidad y está conectada con la realidad, y en él residen la inteligencia y la voluntad. El “ello” se compone de los instintos, de las emociones que pueden impulsar al sujeto a ser víctima; el “ello” se rige

por el principio del placer que ha de satisfacerse, sin ver las consecuencias. El “súper yo” es la parte moral de la personalidad. La moralidad es el equilibrio entre el yo, el ello y el súper yo, es decir, entre la realidad, los deseos y lo que debemos hacer. Las carencias o desequilibrios, en alguno de estos tres elementos, puede favorecer la victimización. Por otra parte, en cuanto a la parte topográfica, cabe destacar el papel importante del inconsciente, ya que en él existen motivaciones que pueden provocar la victimización. No es raro encontrar sujetos que no saben exactamente por qué cayeron en estado victimal. Muchas distracciones, olvidos o errores tienen su explicación en el inconsciente. Además, y esto es aún de mayor interés, hay muchas víctimas que inconscientemente desean ser víctimas. Son individuos con sentimientos de culpabilidad que necesitan ser castigados. Y esto sucede también en algunos criminales, en que hay un substrato de culpabilidad inconsciente y tienden por ello a que sean castigados, o bien, desde el punto de vista de víctima o como culpable, posteriormente castigados.

4) Los instintos: el instinto básico, el de conservación, tiene tres planos o niveles diferentes:

- La conservación propia del individuo;
- El instinto de conservación de la especie o instinto sexual;
- El instinto de conservación al grupo de pertenencia o instinto gregario.

Dentro del Psicoanálisis, se citan dos instintos también: el llamado “eros”, instinto positivo, de la vida, creador, y “tanatos”, el instinto negativo, de muerte, de destrucción. En los individuos, cuando predomina el tanatos, el sujeto se inclina por la heteroagresión o hacia la autoagresión, o bien se inclina por ambas; puede llevar incluso a la autodestrucción del individuo (suicidio), como también al alcoholismo y la drogadicción. Cuando falla el instinto de conservación propia, personal, el sujeto puede volverse depresivo, con desinterés hacia la vida, descuidado y llega a estar sin alerta frente al peligro. Las desviaciones del instinto sexual son especialmente victimógenas (por ej., el masoquismo). No sólo las desviaciones sino también las particularidades, como ser homosexual, pues supone una discriminación y chantaje, insultos, rechazo. Cuando hay carencias en el instinto gregario, el individuo queda aislado y es más vulnerable, ya que el grupo es una protección natural.

5) Otros factores:

- Las fobias, que pueden llegar a paralizar al individuo;

- La depresión;
- La agresividad;
- El alcoholismo y drogodependencia;
- Todo tipo de enfermedades mentales.

5.1.3. Factores sociales

Estas predisposiciones victimales son de naturaleza exógena, porque se encuentran fuera del sujeto. Dentro de los factores sociales, quizás los más importantes son el estado civil, el nivel económico, la escolaridad, la procedencia, la profesión, el espacio y tiempo victimales, etc.

1) Estado civil: determinados por el estado civil de la víctima y si ésta ha tenido relación con su victimización.

2) Nivel económico: se debe observar tanto por exceso como por defecto, es decir, según la tipología delictiva concreta, habrá una incidencia distinta de este factor tanto para el que posee solvencia económica como para el que no la tiene.

3) Procedencia: ésta se suele asociar a extranjería o nacional, pero a los efectos victimológicos, debemos identificarla más con la raza.

Compartimos sobre este factor, la reflexión de MORILLAS FERNÁNDEZ,²¹⁰ en cuanto señala que la nacionalidad constituye –a lo menos hoy por hoy- uno de los factores de mayor relevancia que mayor atención se le suele prestar, no sólo desde una perspectiva victimal sino igualmente criminal (para justificar el aumento de la delincuencia).

4) Profesión: es sabido que existen determinadas profesiones u oficios que sufren una mayor tasa de victimización, según el tipo de delito. Ej.: Los taxistas y empleados de gasolineras, respecto de los robos.

5) Espacio y tiempo victimales: todo delito ocurre en un lugar específico y en un tiempo determinado.

6) Otros: escolaridad, familia, posición social.

²¹⁰ Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología*, *op. cit.*, p. 219.

Capítulo 3

El inmigrante en la Victimología

1. Introducción
2. El inmigrante como sujeto de estudio por parte de la Victimología
3. La víctima inmigrante
4. Tipologías víctimales de los inmigrantes
5. Explicaciones teóricas sobre la victimización de inmigrantes
 - 5.1. La Teoría del *life style* o estilo de vida
 - 5.2. Teoría de las actividades rutinarias
 - 5.3. La exclusión social: De sujeto de riesgo a sujeto en riesgo
6. La vulnerabilidad de los inmigrantes como causa de su victimización

1. Introducción

En el capítulo anterior, hablamos de la víctima desde los comienzos de la historia hasta nuestros días, pero cómo ella se relaciona con la inmigración es una total incógnita. Esta incertidumbre se genera no sólo por la falta de estudios victimológicos sobre la materia, sino también por la ausencia o desinterés de las autoridades en medir, por ejemplo, la victimización particular de este grupo de personas. En efecto, las estadísticas oficiales sólo se ocupan de una población heterogénea, sin distinguir, por lo general, más que el género y grupo etario. A su vez, datos como la raza, etnia o nacionalidad, no han sido de interés para las autoridades encargadas de la seguridad pública. Podríamos decir, de esta manera, tal como se expresó algún día respecto de la víctima en general, que existe un completo olvido del inmigrante como sujeto de eventual victimización. Relevante al efecto, son las palabras de TAMARIT SUMALLA, quien sugiere prestar atención a víctimas ya conocidas, pero con demasiada frecuencia ignoradas. En esa afirmación, se encuentran víctimas como los inmigrantes, ancianos, niños de la calle, etcétera.²¹¹

Si bien los ojos no han estado puestos en el inmigrante como víctima, sí ha existido una notoria preocupación política y social en este sujeto pero desde una óptica negativa, específicamente como un sujeto criminal o delincuente. Ejemplos de esto sobran por doquier en España. Famosas son las expresiones “Inmigración y delincuencia un matrimonio inseparable”, las palabras del Frente Nacional “Hacen falta más policías o menos inmigrantes”, y la célebre frase de la ministra Esperanza Aguirre “Vienen muchos extranjeros a delinquir porque es muy barato delinquir en España”. Existe, de

²¹¹ TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.) *Victimas olvidadas*. Valencia: Tirant, 2010, pp. 10 y ss.

cierta manera, un convencimiento, equivocado o no, de que el aumento de la delincuencia estaría íntimamente correlacionado con el incremento de la inmigración. Sin embargo, esto no es privativo del entorno español, sino de toda Europa en general, o a lo menos de su parte occidental –y ahora también, de algunas economías pujantes de América latina- y, por cierto, de los países desarrollados de América del Norte.

Esta visión negra o maligna del inmigrante, por parte de los países receptores de los mismos, responde ciertamente a la información o datos entregados por las estadísticas oficiales de los agentes de control social, a las opiniones de algunos políticos y a la información de ciertos medios de comunicación, los cuales, en base a un criterio de selectividad,²¹² donde la policía detiene a las personas que quieren detener, los políticos con poca información pero con mucho interés demagógico dicen a los votantes lo que estos quieren escuchar, y los medios de comunicación muestran o exhiben lo que los auditores quieren leer, ver o escuchar.²¹³

Esta ligera mirada de los inmigrantes, la que evidentemente no es global sino sólo parcial y sin ningún tipo de objetividad, muestra un solo aspecto de la problemática del sujeto en estudio, generando, a nuestro juicio, dos grandes problemas: el primero, y quizás el más grave, es que en la conciencia colectiva del ciudadano medio del país receptor de inmigrantes, se genera un sentimiento de rechazo contra ese colectivo; y el segundo problema es que, desde el punto de vista científico, existe una opinión sesgada en el análisis de datos, que son parciales, y que, como consecuencia, distorsiona los resultados.

En relación al primer problema, existe una resistencia justificada frente a los inmigrantes, claro que esta legitimidad es sólo bajo el prisma del ciudadano que reside en el Estado receptor de inmigrantes, y ésta se basaría en el incumplimiento del pacto social del que hablaba Rousseau, o dicho de manera metafórica, en el mal comportamiento del que visitaba la casa a la que fue gentilmente invitado. Ya no sólo

²¹² Este criterio de selectividad dice relación con que el sistema penal no persigue todos los delitos cometidos, sino tan sólo una pequeña parte. Esta selección se hace en base a factores muy variados, entre los que se cuentan las prioridades político-criminales, los usos y costumbres de los agentes encargados de la justicia penal, así como los prejuicios y estereotipos clasistas y racistas sobre la imagen del delincuente.

²¹³ Sobre este punto no deja de ser interesante el estudio de la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), en el que se establece, entre otras cuestiones, que la inmigración ha pasado a ser, en breve espacio de tiempo, una de las principales preocupaciones de los españoles. Al mismo tiempo que se hacían públicos los primeros estudios, demostrando la aportación positiva de los inmigrantes al progreso de España, aumentaba la percepción de la inmigración como un problema. Además, como causa de aquello, entre otras, se culpa al impacto de los medios de comunicación. AHN, Namkee; VÁSQUEZ, Pablo. “¿Por qué preocupa la inmigración?: Un análisis de los datos de la encuesta del CIS”, Documento de trabajo 2007-11, en: <http://www.fedea.es/pub/papers/2007/dt2007-11.pdf> [visitado el 14/10/11].

existe una repulsión contra aquellos que vienen a quitar el trabajo a los autóctonos o aprovecharse gratuitamente del sistema sanitario y de subsidios estatales, o a tener una educación gratuita u otros beneficios, sino que ahora el repudio se basaría en que la moneda de pago del inmigrante a todas estas prestaciones, es la delincuencia.

Lamentablemente, la reacción social no es pacífica frente a este fenómeno, no mantiene sólo una postura inmutable de rechazo, sino que deviene en sentimientos racistas y xenófobos.²¹⁴ Así, el inmigrante victimario que se teje en la conciencia social, se transformará en una eventual víctima.

Por otro lado, el segundo problema está referido al subjetivismo en el estudio del problema del inmigrante, porque al estudiar el fenómeno de la eventual correspondencia entre éste y la delincuencia, no se advierte, por parte de los estudiosos, el hecho de que no sólo las cifras estarían sobre-representadas, entre otros factores atingentes que explicarían esta falsa correlación, sino también en que no se ha percibido la otra cara de la moneda, esto es, en poder saber si los inmigrantes son víctimas y en qué magnitud. Pero no es sólo importante la victimización primaria, es decir, la derivada de manera directa del hecho delictual, sino también la victimización secundaria y la terciaria. Aquella, referida a la relación del sujeto con las policías y con la Administración de Justicia, y la última, relativa a la ejecución de las penas.

2. El inmigrante como sujeto de estudio por parte de la Victimología

La preocupación científica por los inmigrantes como víctimas del delito o del acceso que ellos han tenido a la justicia como sujetos pasivos de algún ilícito, ha sido un tema poco estudiado en los países de corte continental. La falta de investigación sobre su victimización está aparentemente relacionada con la dificultad de obtener datos sobre el estatus migratorio de estas personas (identificación) y sobre su real victimización en cualidad y magnitud. El hecho de no haberse puesto a los “inmigrantes” como un foco de atención de la ciencia victimológica, no significa necesariamente que la preocupación por su victimización no exista en absoluto. Por el contrario, se debe posiblemente a que ciertos problemas de los inmigrantes han sido subsumidos en los

²¹⁴ Sobre la diferencia entre xenofobia y racismo, véase ARIAS, Inocencio. *Racismo y xenofobia: búsqueda de las raíces*. Madrid: Fundación Rich, 1993.

temas políticamente más calientes, tales como “crímenes de odio” y “violencia doméstica”.²¹⁵

Ahora bien, una respuesta al por qué la inmigración debe ser sujeto de estudio por parte de la victimología encuentra, a nuestro juicio, cuatro razones que están ligadas de una u otra forma, y son: el crecimiento que ha tenido en el mundo entero el fenómeno migratorio. Sobre este punto, cabe hacer memoria que los procesos migratorios acompañan la historia de la humanidad desde sus comienzos. En la prehistoria paleolítica, pasando por el medioevo, hasta la gran emigración europea que duró casi un siglo y medio, los procesos migratorios marcaron de diversa manera la geografía, conformación y el desarrollo del mundo en general. En España, la inmigración ha existido desde siempre, pero desde la década de 1990 es un fenómeno de gran importancia demográfica y económica. Según el INE 2011, a primero de enero de 2011, en el país residían casi 6,7 millones de personas nacidas fuera de sus fronteras (de los cuales casi un millón habían adquirido la nacionalidad española). Esto representa el 14,1% de una población total registrada de 47,1 millones de personas.²¹⁶

Una segunda razón estaría constituida por la histórica discriminación del hombre a la alteridad, configurada, en particular, por el racismo y xenofobia como sus magnas representaciones.²¹⁷ La primera, como una ideología que enaltece una raza sobre otra, y la segunda, como una manifestación de odio a los extranjeros. Tanto esta doctrina como este sentimiento no son propios de nuestra era actual, sino que también encuentran sus raíces en la historia de la humanidad, en acontecimientos como los de la doctrina de la limpieza de sangre, en la España del Siglo XIV, o con los lamentables episodios acaecidos en el régimen nacional socialista liderado por Adolf Hitler, o más recientemente con el *Apartheid* de Sudáfrica.

La tercera razón vendría dada por la especial vulnerabilidad o fragilidad de los inmigrantes.²¹⁸ Esta situación se presenta desde el momento mismo del desarraigo desde el país de origen, donde por diversas razones se debe renunciar a su nación e

²¹⁵ MACDONALD, William F.; EREZ, Edna. "Immigrants As Victims: A Framework", *International Review of Victimology*, 14 (2007), pp. 1-10.

²¹⁶ El Instituto Nacional de Estadísticas (INE) basa sus datos en el Padrón Municipal, donde se suman desde los inmigrantes nacionalizados hasta los extranjeros empadronados con o sin permiso de residencia.

²¹⁷ WIEVIORKA, Michel. *El racismo: una introducción*. España: Gedisa, 2009.

²¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte General*. 2º Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 14 y ss. Para el autor, la vulnerabilidad a la victimación no sólo es clasista, sino también de género, racista y prejuiciosa. Los grupos migrantes latinoamericanos, y en especial los inmigrantes ilegales, cuya situación de ilegalidad les priva del acceso a la justicia, suelen ser particularmente vulnerables a la criminalización, pero también a la victimización.

idiosincrasia en busca de una nueva vida en otro país, y se prolonga y perdura en esta nueva sociedad de acogida. Esta vulnerabilidad sólo termina cuando el sujeto pasa a formar parte de manera integrada, regular y sin miramientos, de ninguna especie, a esta nueva sociedad de adopción.

Por otro lado, la cuarta y última razón estaría constituida por el concepto mismo de “víctima”, acaso el principal objeto de estudio de la victimología, dentro del cual se puede circunscribir sin ningún esfuerzo, y en términos amplios o restringidos, no sólo a cualquier persona, sino también a los inmigrantes como un colectivo especial y susceptible de ser victimizado.

Para recapitular, el crecimiento sin parangón de los procesos inmigratorios en el mundo entero; la discriminación por la raza o el origen de las personas, manifestada por el racismo y la xenofobia; la especial vulnerabilidad del hombre desarraigado de su tierra y en un país de acogida; y el concepto mismo de víctima, constituyen una sinergia que colocaría a los inmigrantes como un sujeto de victimación y, en consecuencia, como un interés para la Victimología.

3. La víctima inmigrante

Cuando analizamos el concepto de víctima, indicamos que existían dos grandes concepciones: una, que ampliaba el alcance no sólo al sujeto físico y pasivo de una conducta delictual, que puede reconocer un sufrimiento determinado por factores de origen muy diverso –no sólo con carácter de delito-, y se extiende a los distintos colectivos y grupos y, en general, a la sociedad toda; y la otra concepción, que restringe su alcance a la persona física que experimenta subjetivamente un dolor, una lesión, o puesta en peligro objetiva de sus bienes jurídicos.

En esta línea, creemos que la victimización que afecta a los inmigrantes puede recaer en una sola víctima, o sea, acotada a una sola persona –concepto restringido-, o bien puede haber una pluralidad de víctimas –concepto amplio-, es decir, no está restringida necesariamente a la persona que sufre el daño directo de la acción u omisión de su victimario, sino que puede afectar, según las circunstancias, a todo el colectivo de pertenencia de ese inmigrante victimizado. Tratándose de la victimización cuya fuente de producción es un delito, se daría, a nuestro juicio, respecto de alguno de los delitos que protegen los derechos de los ciudadanos extranjeros o los derechos de los inmigrantes en España, la circunstancia que la víctima no puede ser reducida solamente

a la persona física afectada por el delito, sino también al grupo étnico, racial o nacional al cual pertenece ese sujeto. De esta manera, en algunos supuestos del denominado derecho penal nuclear que protege los valores clásicos, la víctima, en la mayoría de los casos, será la persona física estrechamente relacionada con el delito. En cambio, tratándose de un delito antidiscriminación, como veremos más adelante, la mayoría de los autores sostiene que no sólo está en juego la persona que sufre el daño, sino también el grupo minoritario de correspondencia del directamente victimizado.

Además del número de agraviados, el origen de la victimización puede ser atribuido a diversas causas, como puede ser una acción u omisión constitutiva de un delito previsto en la legislación; un trato abusivo de algún órgano o poder del Estado; o simplemente un hecho de la naturaleza que causa daño. Aquí lo que interesa son las dos primeras hipótesis, las que son atribuibles en definitiva a un hecho del hombre o donde se procura la victimización por la intervención humana, independiente o ajena a la persona de la víctima.

En cuanto al origen de la victimización de los inmigrantes, específicamente, GARCÍA ESPAÑA concretiza en la realidad su afectación y alude al concepto de *victimación social* del inmigrante, definiendo la misma en relación a las conductas delictivas que se cometen contra él, junto con los procesos sociales que lo tratan injustamente. El contexto social en el que se van a desenvolver los inmigrantes en España está marcado por dos momentos claves: uno, es el acceso al país, las dificultades y alternativas a la entrada legal; es en este momento cuando la persona con un proyecto migratorio claro puede ser una víctima fácil de traslados fronterizos ilegales con fines de explotación laboral o sexual a manos de organizaciones criminales. El otro momento clave que señala es la permanencia en el país, supeditada a los permisos administrativos, todo ello oculto bajo la clandestinidad en la que se encuentran muchos inmigrantes que se encuentran expuestos a una posible explotación laboral o sexual, además de ser dianas fáciles de ataques racistas o xenófobos.²¹⁹

En una senda similar, se sitúa BRANDARIZ GARCÍA, el que sugiere una reflexión en tres ámbitos distintos de victimización. En primer lugar, medita sobre lo que en el ámbito de la criminología anglosajona se ha dado en llamar “delitos de odio” (*hate*

²¹⁹ GARCÍA ESPAÑA, Elisa. “Victimización de inmigrantes”, en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (Coord.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, pp. 153-178, p. 154; RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, op. cit., p. 238 y ss.

crimes), es decir, una pluralidad de comportamientos infractores tendencialmente impulsados por motivaciones xenófobas, que tienen como víctimas por antonomasia a los inmigrantes. En segundo lugar, hace una reflexión de cómo la especial vulnerabilidad de los inmigrantes puede hacerlos víctimas propicias de la violencia institucional ilegítima, en concreto, de los excesos ilícitos en el uso de la coerción por parte de las fuerzas policiales. Finalmente, alude a la victimización frecuentemente desconsiderada, pero de mayor relevancia en el caso de los inmigrantes, referida a los delitos contra los derechos de los trabajadores, de cotidiana manifestación en relación con unos grupos sociales sometidos a las dinámicas de explotación propias de la economía sumergida y semisumergida.²²⁰

Nuestra posición personal es que el origen de la victimización de los inmigrantes, independiente de los sujetos afectados, es una coyuntura que no puede reducirse a ciertas y determinadas tipologías o clasificaciones. Entendemos que su victimización, la cual queremos visualizar en este trabajo, puede tener su origen en cualquier tipo de delito, independiente de su clase, sin perjuicio de que por ciertos factores de riesgo puedan ser más propensos a ciertos tipos penales, como los *hate crimes* o los delitos contra los derechos de los trabajadores a los que se refiere Brandariz García. Sin embargo, estimamos que su victimización es más amplia que la netamente *primaria*, pudiendo tener su origen en la producida por los agentes o instituciones del Estado -que no son necesariamente constitutivas de delito- y reconocen como causa inmediata una conducta o trato discriminatorio o de abuso de poder que podría estar o no dentro de la legalidad vigente.²²¹ Más concretamente, nos referimos a la victimización secundaria procurada por la policía y tribunales de justicia, y la victimización que puede recaer sobre el inmigrante cuando éste es sujeto activo de delito, como sucede por un posible trato discriminatorio al momento de ser condenados o resolver la prisión provisional a su respecto; la victimización que puede padecer por su especial situación penitenciaria; y la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español, como última situación que puede producir sufrimiento en ciertos y determinados casos. En otro orden de ideas, y partiendo de la base que el inmigrante puede ser una categoría especial de víctima, como lo pueden ser -entre otros- los niños, los ancianos y las

²²⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. “Victimización de migrantes”, en: TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.), *Víctimas olvidadas*. Valencia: Tirant, 2010, p. 47 y ss.

²²¹ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, “Victimización de inmigrantes”, *op. cit.*, p. 158. Señala que no se debe olvidar que la victimización del inmigrante no sólo se produce con la realización del hecho delictivo, sino también por los efectos nocivos ocasionados por algunas previsiones procesales y administrativas.

prostitutas, debemos indicar que esta individualización, como sujeto, requiere la correspondencia de un efecto dañoso en su contra que, como dijimos, no necesariamente debe ser constitutivo de delito. Esto quiere decir que el inmigrante no puede ser considerado *a priori* o *ex ante* una víctima, sino que sólo lo será cuando sufra la consecuencia dañosa del episodio victimal. Antes de tal evento, el inmigrante sólo puede tener una propensión a convertirse en víctima (víctima potencial) por ciertos factores que se denominan victimógenos. En base a estas consideraciones, podemos decir que la víctima es el resultado de un sujeto que sufre un daño.

4. Tipologías victimales de los inmigrantes

Las distintas tipologías de los autores que revisamos en el capítulo anterior, de cierta manera reconocen a los inmigrantes en sus clasificaciones victimales.

Así, a modo de recapitulación, podemos decir que Von Hentig entiende expresamente a los inmigrantes como *dull normals*, esto es, como sujetos con una desventaja frente al resto de la población. Para él, la inmigración comporta una regresión del estatus personal por el intenso desarraigo y desamparo de estos sujetos, que son colocados en una situación de manifiesta vulnerabilidad. A su vez, desde sus tipos psicológicos, los inmigrantes adoptarían tres posiciones: el deprimido, el solitario y el excluido. Estos personajes marcan, posiblemente, la personalidad del inmigrante desde el momento mismo del desarraigo desde su país de origen hasta su llegada al país de acogida o recepción y lo enlutan durante su permanencia.

Asimismo, desde el punto de vista situacional, el inmigrante es una víctima aislada, es un ser desarraigado que trata de salvarse, se convierte en víctima fácil por la prisa, la precipitación y la credulidad. Ser extranjero significa estar indefenso en todo, desde el idioma hasta las costumbres de un mundo nuevo y los muchos peligros que en él acechan.

En la clasificación de Schaffer, los inmigrantes son una víctima socialmente débil, por encontrarse en un país extraño, sin lazos o redes particulares de apoyo donde recurrir, en caso de necesitar ayuda.

Por otra parte, en la clasificación de Neuman, los inmigrantes se encuadran como víctimas de la sociedad o del sistema social. El autor reflexiona que esto se debe a la propia debilidad y falta de asistencia de estos grupos. También enjuicia a ciertos grupos que son víctimas del sistema social, los que denomina sumergidos sociales. Si bien no

se refiere explícitamente a ellos como inmigrantes o minorías, claramente es una alusión implícita, al estimar en este grupo a los desposeídos y subculturalizados. Pero quizás lo más dramático es que reconoce a estos grupos como víctimas con predisposición a convertirse en victimarios. Una suerte de víctimas contra sí mismas que suelen transformarse en delincuentes por el denominador común del resentimiento.

Otro autor, Landrove, sitúa a los inmigrantes como víctimas especialmente vulnerables. Estos sujetos participan de un factor social de vulnerabilidad que los predispondría a convertirse en víctimas de delito.

A su vez, Schneider proyecta la victimización de extranjeros por la marginación social de los mismos, frente al proceso de unidad europea.

Buscando un común denominador entre las distintas tipologías, claramente el elemento característico, si no el único, es la *vulnerabilidad social* del inmigrante como elemento típico. Para estos autores, en caso alguno se trata de un factor endógeno –sea biológico o psicológico–, sino más bien es de carácter exógeno a la persona del inmigrante.

Nosotros no pretendemos una tipología universal que permita categorizar a todas las víctimas de delito, sino más bien descubrir para así poder visibilizar las características propias de los inmigrantes, como una especial categoría de riesgo victimal. Ahora, la situación está en poder conocer cuáles son aquellas especiales características que colocan a los inmigrantes como un potencial sujeto victimal.

En un primer análisis, algunos inmigrantes participan de elementos victimales intrínsecos y personales, o de carácter endógeno, como la raza. Este factor, de reconocida aptitud victimogénica, tiene el mérito negativo de producir la identificación o individualización de las víctimas frente a su victimario. Piénsese en lo fácil que fue para el grupo extremista del *Ku Kux Klan* la identificación de sus víctimas, la gente de raza negra.²²² La raza es un estigma originario, que naturalmente cargan algunos inmigrantes, que les permiten encontrarse a sí mismos y ser diferentes de los demás. Esta especial característica permite a sus victimarios su fácil localización y victimización, como ocurre tratándose de los denominados *Hate Crimes* o Delitos de odio.

Un segundo estudio también nos coloca en un plano de características endógenas de los inmigrantes, ahora referido a la edad de estos y la reconocida aptitud victimal de este factor.²²³ En efecto, la edad de los inmigrantes que residen en un país de acogida,

²²² Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología*, *op. cit.*, p. 213.

²²³ *Ibidem*, p. 210.

generalmente oscila entre aquellos que, en la pirámide de los sujetos de riesgo, son mayormente victimizados. Para confirmar aquello, podemos señalar que para nadie es una incógnita que la mayoría de los inmigrantes llegados a España son hombres jóvenes cuyas edades fluctúan entre los 20 y 40 años,²²⁴ y que las víctimas de delito, en general, se encuentran en los grupos etarios que varían entre los 16 y 40 años.²²⁵

Un tercer análisis, referido específicamente a las características exógenas, esto es, de rasgos que se encuentran fuera del individuo, nos colocan en la posición de informar que se podrían correlacionar en la victimización de inmigrantes, los siguientes factores:

a) *Escolaridad*. Según da cuenta la Encuesta de Inmigrantes del año 2007, la mayor parte de los inmigrantes (59%) tienen completados estudios de primer y segundo ciclo de secundaria, un 17% tienen estudios de educación superior y sólo un 23% pertenecen al grupo de educación primaria o sin estudios.²²⁶ A su vez, la victimización de individuos de escolaridad inferior es un hecho que la Victimología ha podido probar.²²⁷

b) *Profesión u oficio*. Otro factor victimógeno importante está asociado a la profesión u oficio de las personas.²²⁸ Los primeros estudios de Victimología descubrieron que existen profesiones que llevan consigo situaciones de peligro.²²⁹ Como típicos ejemplos podemos citar a los policías, taxistas, cajeros de banco, cobradores, repartidores de mercancías y algunas profesiones ilícitas (prostitución, *dealer* de drogas, apostadores). En lo que respecta a los inmigrantes, es necesario tener en cuenta que los recién llegados se encuentran con mayores dificultades para incorporarse al mercado laboral legal, por falta de autorización de residencia y permisos de trabajo.²³⁰ Al menos durante el primer período de su estancia en España, una considerable parte de población

²²⁴ La mayoría de la población inmigrante que viene a España lo hace buscando un puesto de trabajo, de ahí que el 51,91% de los extranjeros residentes en España tengan entre 20 y 39 años y que el 30,19% de los extranjeros tengan entre 25 y 34 años. Véase INE, Población extranjera por sexo, país de nacionalidad y edad.

²²⁵ Véase la victimización por edades en delitos sufridos por las personas entrevistadas en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA ESPAÑA, Elisa (Dirs.). *Encuesta a víctimas en España 2009*. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2009, p. 105 y ss.

²²⁶ Vid. INE - Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007, p. 30, en: http://www.ine.es/daco/daco42/inmigrantes/informe/eni07_informe.pdf [visitado el 10/07/2012].

²²⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología, op. cit.*, p. 121.

²²⁸ Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al, Victimología, op. cit.*, p. 222.

²²⁹ Cfr. VON HENTIG, *The criminal, op. cit.*, p. 297 y ss.

²³⁰ ARANGO VILA-BELDA, Joaquín. “La inmigración en España a comienzos del siglo XXI”, en: LEAL MALDONADO, J. (Ed.), *Informe sobre la situación demográfica en España*. Madrid: Fundación Fernando Abril Martorell, 2004, pp. 161-186; El 80% o más de la prostitución en España, es ejercida por extranjeras. SOLANA, José Luis. “Movimientos migratorios, trabajadoras inmigrantes y empleo en la prostitución”, *Documentación Social*, pp. 37-57, en: <http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/907/03%20MOVIMIENTOS%20MIGRATORIOS,%20TRABAJADORAS%20INMIGRANTES%20Y%20EMPLEO%20EN%20LA%20PROSTITUCIÓN.pdf> [visitado el 13/01/2012].

inmigrante extracomunitaria se ve obligada a trabajar en el mercado sumergido, en condiciones laborales precarias. Tan sólo con el paso del tiempo, los inmigrantes pueden conseguir la regularización mediante una de las vías posibles que les permita mejorar sus condiciones laborales.²³¹ Luego, cuando su situación administrativa se regulariza, alcanzan empleos generalmente no cualificados y respecto de los cuales no se emplean los españoles.

c) *Nacionalidad*. Es un factor relevante y al que hoy se le viene prestando atención no sólo desde una perspectiva victimal, sino también criminal, ya que en virtud de él se aportan explicaciones, por ejemplo sobre por qué aumenta la criminalidad en España.²³² En el plano victimal, por ejemplo, se ha establecido una elevada victimización de extranjeros, tratándose de violencia doméstica, lo que se ha traducido en la ineficacia de las campañas preventivas y de sensibilización de la población extranjera, atribuido a razones culturales entre otras razones.²³³

Una última reflexión que, especulativamente, podría justificar la victimización de inmigrantes, es de índole ecológico, específicamente referido a los espacios físicos de desarrollo de las comunidades de inmigrantes en España, en particular en los lugares en que los extranjeros tienen su vivienda.

Para la Victimología, el espacio es un elemento importante. Toda victimización se concreta o produce en un tiempo y en un espacio determinado.²³⁴ Así, los inmigrantes se asientan generalmente en zonas urbanas marginales, en viviendas precarias o de tamaño y confort inferiores a la media, donde habitan más personas de lo común y son, en la mayoría de los casos, pisos alquilados.²³⁵ A su vez, la mayor cantidad de crímenes en términos absolutos o por densidad de población se produce en aquellos barrios. Un ejemplo paradigmático de aquello lo constituye el distrito de Ciutat Vella, en el municipio de Barcelona, el que ha sido tildado como un gueto de inmigrantes,²³⁶ y el

²³¹ Vid. INE- Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007, *op. cit.*, p. 107.

²³² Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología*, *op. cit.*, p. 219.

²³³ *Ibidem*, p. 220. Se ha demostrado que el 34,6% de las víctimas son extranjeras en violencia de género. Otro dato preocupante es que el 38,3% de extranjeras ha sido víctima de agresiones con resultado de muerte; Véase también Estadísticas Instituto de la Mujer en: www.inmujer.gob.es [visitado el 13/01/2012].

²³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, *op. cit.*, p. 125; MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología*, *op. cit.*, p. 222.

²³⁵ Vid. INE - Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007, *op. cit.*, p. 78 y ss.; REQUENA HIDALGO, Jesús. “La peor casa en el peor barrio. Barrios de inmigración y marginalidad en la periferia urbana de Barcelona. El caso de Badalona”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. VII, núm. 146 (2003), en: [http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146\(058\).htm](http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146(058).htm) [visitado el 15/03/2012].

²³⁶ ARAMBURU, Mikel. *Bajo el signo del gueto. Imágenes del "inmigrante" en Ciutat Vella*. Tesis de doctorado. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2000.

año 2010 -en conjunto con el distrito de Eixample-, según estadísticas oficiales, se cometieron el 51% de los delitos denunciados en esa zona.²³⁷

5. Explicaciones teóricas sobre la victimización de inmigrantes

La importancia de una teoría sobre la victimización radica no sólo en la posibilidad de explicar el fenómeno victimal, sino también en la posibilidad de dotar de un marco teórico o teoría general a las tipologías victimológicas, las que son, por naturaleza, reduccionistas, especialmente cuando subrayan la menor o mayor contribución etiológica de la víctima a su propia victimización.²³⁸ También esta materia alcanza su mayor importancia al constatar que el marco teórico de la victimización de inmigrantes, se tiñe de una falta absoluta de desarrollo doctrinario que pudiese sentar las bases que justifiquen su origen.

Siguiendo a HERRERA MORENO,²³⁹ las teorías explicativas de la victimización pueden ser reducidas a: modelos interactivos, modelos de enfrentamiento social, modelos de oportunidad y modelos psicosociales de creación a la victimización.²⁴⁰

²³⁷ Véase *El Periódico*, “Radiografía de la delincuencia en la capital catalana”, 15 de marzo de 2011.

²³⁸ HERRERA MORENO. “Victimación. Aspectos generales”, en: BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (Coord.), *Manual de Victimología*. Valencia: Ed. Tirant, 2006, p. 88; GARCÍA-PABLOS, p. 132

²³⁹ Cfr. HERRERA MORENO, “Victimación”, *op. cit.*, p. 90 y ss.

²⁴⁰ El modelo de la interacción víctima-ofensor conoce, a su vez, diversas variantes teóricas: teoría de los ciclos victimológicos, las de la precipitación victimal y de la transacción situacional. La teoría de los ciclos victimológicos, de ZIEGENHAGUEN, señala un factor psicológico (el estado de frustración) como capaz de aliar la frustración agresiva del criminal y las correlativas actitudes de frustración de la víctima que, de este modo, interactuarían reforzándose y retroalimentándose recíprocamente; La teoría de la precipitación victimal, de WOLFANG, constató empíricamente que un tanto por ciento de los homicidios se precipitaron como consecuencia de un comportamiento agresivo de la víctima; Por su parte, la teoría de la transacción situacional, de LUCKENBILL, concluye que un número importante de homicidios son una respuesta simbólica en contexto de violencia, no debiendo atribuirse a características del ofensor ni a la propensión de la víctima. La victimización homicida sería el resultado de un conjunto de transacciones situacionales de carácter simbólico, marcadas por una determinada situación interactiva y contexto temporo-espacial y social, convirtiéndose la víctima en destinataria específica no sólo de la agresión sino además del mensaje social que ésta incorpora. El victimario percibe la respuesta violenta como único mecanismo para mantener su autoestima ante los otros y ante la propia víctima; Por último, los modelos psicosociales, como el conocido modelo del “mundo justo”, de LERNER, que explican ciertas distorsiones falaces de la realidad determinantes de la estigmatización social de la víctima (las cosas malas suceden a los que andan en malos pasos y a la inversa). Véase GARCÍA-PABLOS, “La resocialización”, *op. cit.*, p. 132 y ss; Otro modelo está constituido por la denominada teoría del enfrentamiento social (Dussich, 1988). Esta teoría asocia la victimización a dos factores: a) la vulnerabilidad por la naturaleza objetiva del problema; y b) la vulnerabilidad por incapacidad de enfrentar un evento amenazante debido a una falta de recursos adecuados. Según DUSSICH, un enfrentamiento o abordaje correcto del problema requiere una etapa previa, necesaria, de concienciación, siendo vulnerable quien no es capaz de anticipar el problema, de definirlo, de valorar sus recursos para enfrentarse al mismo y ensayar el hipotético enfrentamiento. También lo será quien, por desamparo aprendido o por sensación de carencia de control, no sea capaz de abordarlo; o de revisar y valorar la experiencia victimal,

En lo que aquí interesa, se estima que existiría consenso en que los modelos de oportunidad podrían explicar con cierto éxito la victimización (o falta de ella) que afecta a los inmigrantes.²⁴¹ Las otras teorías no sólo las descartamos por la inexistencia de estudios empíricos al respecto, sino también por el carácter especializado en que han sido invocadas por sus autores para explicar un tipo de victimización en particular. Igualmente, estimamos que la exclusión social, independiente de los factores de su producción, es un elemento que puede victimizar en todo sus niveles a los inmigrantes.

5.1. La Teoría del *life style* o estilo de vida

La teoría basada en el estilo de vida de la víctima,²⁴² se basa en que la victimización no es un riesgo aleatorio o azaroso –no se reparte por igual entre las personas- sino que es selectivo en cuanto al tiempo y al espacio, en el que hay espacios y períodos de alto riesgo.²⁴³ Así, el riesgo de potencial victimización no depende de factores biológicos o psicológicos, sino de factores sociales, específicamente del estilo de vida, que se define a partir de las actividades cotidianas –tanto profesionales, vocacionales, como de descanso y entretenimiento- y viene moldeado por las fuerzas sociales, en forma de expectativas de rol y constricciones estructurales. De esta manera, la posibilidad de ser victimizado dependerá de la exposición a lugares y horarios de riesgo, como de las asociaciones con otros individuos potencialmente delictivos.²⁴⁴

Este modelo de oportunidad podría explicar, desde la perspectiva de una teoría general, la victimización de los inmigrantes. En efecto, de los escasos estudios de campo sobre la cuestión y que podrían sustentar tal aseveración, podríamos citar el trabajo de GARCÍA ESPAÑA, DURÁN DURÁN y CEREZO DOMÍNGUEZ, quienes a propósito

constructivamente, optando por negarla o por la evasión. Véase GARCÍA-PABLOS, “La resocialización”, *op. cit.*, p. 133; HERRERA MORENO, “Victimación”, *op. cit.*, p. 96.

²⁴¹ PAPADOPOULOS, Georgios. “The relationship between Immigration status and victimization. Evidence from British Crime Survey”, *Department of Economics*, University of Essex, Enero (2011), pp. 1-78; GARCÍA ESPAÑA, Elisa; DURÁN DURÁN, Auxiliadora; CEREZO DOMÍNGUEZ, Anabel. “Victimización de mujeres inmigrantes en Málaga”, *Cuadernos de política criminal*, N° 65 (1998), pp. 467-494. Estos modelos vinculan la victimización al “estilo de vida” de la potencial víctima, o a las oportunidades que las “actividades rutinarias” cotidianas de la sociedad actual favorecen al delincuente, abriendo un abanico de situaciones victimógenas; GARCÍA-PABLOS, “La resocialización”, *op. cit.*, p. 133.

²⁴² HINDELANG, Michael; GOTTFREDSON, Michael; GAROFALO, James. *Victims of personal crime: an empirical foundation for a Theory of personal victimization*. Ballinger: Cambridge MA, 1978.

²⁴³ GAROFALO, James. *Lifestyle and victimization: An update, en: From crime Policy to victim policy*. New York: Ed. Fattah, 1986; Cfr. HERRERA MORENO, “Victimación”, *op. cit.*, p. 96.

²⁴⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS, “La resocialización”, *op. cit.*, p. 135; HERRERA MORENO, “Victimación”, *op. cit.*, p. 97.

de un estudio sobre victimización de mujeres inmigrantes en Málaga, concluyeron, entre otras cosas, que el estilo de vida de las mujeres en estudio ofrece oportunidades para su victimización (abusos en el trabajo, malos tratos del marido, etc.), o bien es el elemento de cuya ausencia se justifica la falta de victimización para algunos delitos (por una vida bastante limitada que se reduce al trabajo y familia, donde apenas salen de casa).²⁴⁵

Un segundo trabajo es el de PAPADOPOULOS, quien concluyó que el estilo de vida y la rutina de los inmigrantes podrían explicar la victimización de estos en algunos delitos (robo en vivienda) y la falta de la misma para otros ilícitos (robos violentos).²⁴⁶

5.2. Teoría de las actividades rutinarias

El modelo de las actividades rutinarias,²⁴⁷ se basa en las oportunidades cotidianas que brindan las actividades sociales. Aquí, las tasas de criminalidad no se asocian a características del infractor, o de la víctima, ni a factores sociales, sino a las actividades rutinarias o cotidianas, sean legales o ilegales. Para esta teoría, los cambios de la vida moderna, el desarrollo económico, el trabajo de la mujer fuera de casa, el hecho de que las personas pasan más tiempo en compañía de extraños, son factores que han dado causa a un aumento de la delincuencia. En palabras de COHEN y FELSON, para que el crimen ocurra es necesario la convergencia de tres factores: un delincuente potencial; un objetivo atractivo, que también puede ser una víctima apropiada; y, por último, la ausencia de control, sea de naturaleza formal o informal. Así, concurriendo copulativamente estos elementos, se crea el ambiente propicio para que ocurra el crimen, sin que para esto importen las condiciones del entorno social, como la ocurrencia de si hay más o menos desempleo, pobreza, etc. *A contrario sensu*, si llega a faltar cualquiera de esos elementos, bastaría para impedir la victimización. FELSON agregó dos factores o elementos que incrementan el riesgo de victimización: la ausencia

²⁴⁵ Cfr. GARCÍA ESPAÑA; DURÁN DURÁN; CEREZO DOMÍNGUEZ, “Victimización de mujeres”, *op. cit.* Es un trabajo en que se desarrollaron entrevistas anónimas y voluntarias a 32 mujeres marroquíes en dos asociaciones de ayuda a inmigrantes en Málaga, y tenía como primer objetivo establecer las condiciones de vida y problemas que padece este colectivo: situación laboral, vivienda, relaciones familiares, problema de ajuste cultural, etc.; y como segundo objetivo, el análisis de la posible victimización sufrida desde su llegada a España, y comparación del tipo de delitos padecidos con los datos existentes sobre mujeres malagueñas, obtenidos desde una encuesta de victimización ya realizada.

²⁴⁶ Cfr. PAPADOPOULOS, “The relationship”, *op. cit.* Este trabajo se basa en las estadísticas de victimización de Inglaterra y Gales 2007/2008, de la British Crime Survey (BCS), y tuvo por objeto central establecer si existía una relación entre el estatus migratorio y la victimización.

²⁴⁷ COHEN, Lawrence; FELSON, Marcus. “Social change and crime rate trends: A routine activity approach”, *American Sociological Review*, Vol. 44, N° 4 (1979), pp. 588-608.

de un supervisor íntimo (persona próxima al ofensor que puede neutralizar su potencial delictivo) y el comportamiento del denominado gestor del espacio (portero, vigilante, etc.). Por su parte, CLARKE agrega un sexto elemento: el facilitador del crimen o persona que suministre al autor las herramientas necesarias para llevarlo a cabo.²⁴⁸

El estudio de CHESNEY-LIND y LIND, de 1986,²⁴⁹ demostró la asociación entre turismo de extranjeros y crimen. Sus resultados revelaron que los turistas, en los sitios investigados (Hawai y Honolulu), experimentaron mayores tasas de hurto, robo y delitos sexuales que los autóctonos. Esto se explicaría, a juicio de los autores, por diversas razones, pero en especial por ser el extranjero turista una víctima apropiada: los turistas son tentadores objetivos, ya que son conocidos por llevar grandes sumas de dinero; además, los turistas llevan otras formas de valores, la denominada "riqueza portátil", como cámaras y joyas, que están entre las más frecuentemente robados; el robo de objetos de valor de los automóviles de los turistas es uno de los delitos más comunes; también los turistas se dedican a otras actividades que facilitan su victimización. En vacaciones, su conducta se aleja de lo normal, existe una asunción de riesgos, tales como frecuentar clubes nocturnos, lugares peligrosos que desconocen, etc. A su vez, el estudio de HODGKINSON y TILLEY,²⁵⁰ en base a la encuesta de victimización de la British Survey 2002-2003, estableció que las actividades rutinarias de la víctima, en particular los viajes y estar lejos de un entorno familiar -situación que atañe por antonomasia a los inmigrantes-, pueden conferir un mayor riesgo de ser víctima de delito.

5.3. La exclusión social: De sujeto de riesgo a sujeto en riesgo

La exclusión social es entendida como un proceso que relega a algunas personas al margen de la sociedad y les impide participar plenamente, debido a su pobreza, a la falta de competencias básicas y oportunidades de aprendizaje permanente, o por motivos de discriminación. Esto las aleja de las oportunidades de empleo, percepción de ingresos y educación, así como de las redes y actividades de las comunidades. Tienen poco acceso

²⁴⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS, "La resocialización", *op. cit.*, p. 134.

²⁴⁹ CHESNEY-LIND, Meda; LIND, Ian. "Visitors as victims: Crimes against tourists in Hawai", *Annals of Tourism Research*, 13(2), (1986), pp. 167-191.

²⁵⁰ HODGKINSON, Sarah; TILLEY, Nick. "Travel to crime: Homing in the victim", *International Review of Victimology*, vol. 14 (2007), pp. 281-298.

a los organismos de poder y decisión y, por ello, se sienten indefensos e incapaces de asumir el control de las decisiones que les afectan en su vida cotidiana.²⁵¹

Este factor, sumado a otros, por cierto, ha permitido explicar etiológicamente la delincuencia de los inmigrantes,²⁵² pero creemos también que es un término positivo para poder explicar su victimización. En efecto, muchos inmigrantes, sobre todo los irregulares, permanecen en España en la absoluta clandestinidad, lo que los coloca como blancos fáciles o víctimas de explotación laboral o sexual, entre otros delitos que los pueda afectar. Si a ello agregamos la imposibilidad que estos sujetos puedan reportar a las autoridades el delito, por la eventualidad de estar expuestos a una expulsión del país, los sitúa como víctimas ideales e incapaces de pedir ayuda. Sin embargo, creemos que esto no es privativo sólo de los irregulares o sin papeles, ya que las personas que gozan de permiso administrativo para permanecer lícitamente en el país, especialmente los extracomunitarios provenientes del tercer mundo, son verdaderos *parias* que son excluidos del sistema social, por ser considerados inferiores a los autóctonos o infraclass.²⁵³ En definitiva, se trata de una verdadera discriminación negativa que encuentra respaldo en la política migratoria española, al considerarlos como meras unidades para el trabajo y, en general, como veremos en este estudio, en el propio sistema penal.

Las causas de esta exclusión social las podríamos explicar haciendo una analogía con el excelente estudio de BRANDARIZ GARCÍA,²⁵⁴ quien en su trabajo informa sobre los fundamentos de la construcción de los inmigrantes como *sujeto de riesgo* (victimario), permitiéndonos, de un modo inverso, establecer los cimientos teóricos de cómo el inmigrante puede ser reconocido como *sujeto en riesgo* (víctima). A nuestro entender, la exclusión encontraría los siguientes motivos, que pueden estar estrechamente relacionados:

²⁵¹ Vid. Comisión Europea (2003). Informe conjunto sobre la inclusión social, en el que se resumen los resultados del examen de los planes nacionales de acción a favor de la inclusión social (2003-2005). Bruselas: Comisión Europea. En: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/situation_in_europe/c10616_es.htm [visitado el 15/10/2012].

²⁵² Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, op. cit., p. 112 y ss.

²⁵³ WACQUANT, Loic. *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*. Buenos Aires: Manantial, 2001, p. 170 y ss.

²⁵⁴ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. "La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: Fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español", en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010, p. 276 y ss.

a) *Alteridad*: Si algo caracteriza a los inmigrantes es su alteridad, esto es, la condición de ser otro, un sujeto distinto y fácilmente identificable en algunos casos, ya sea por sus cualidades físicas y/o culturales -en sentido amplio-, tales como idioma, religión, etc., entre otros aspectos. Esto permite la marginación del inmigrante del entorno social por parte del ciudadano autóctono. Los inmigrantes, como todos los extraños, no son percibidos como miembros plenos o participantes de la vida social y cultural de la comunidad.

La alteridad como construcción social, a través de distintas categorías, como pueden ser la nacionalidad, religión, raza, cultura y clase social,²⁵⁵ se convierte en el instrumento de mayor exclusión social.

En relación específicamente a los inmigrantes, existen algunos trabajos que han demostrado la mencionada exclusión social basada en su alteridad. Ejemplo de aquello lo constituye el trabajo de JIMÉNEZ-BAUTISTA, quien demostró que la religión fue el elemento central de los jóvenes de la sociedad granadina (Andalucía-España), para excluir socialmente a los inmigrantes marroquíes.²⁵⁶

b) *Estereotipos, prejuicios y discriminación*: La relación de estos tres conceptos, independientes entre sí, pero con una estrecha conexión, puede reducirse a entender y diferenciar cada uno, en base a la siguiente fórmula: estereotipo como creencia puede llevar al prejuicio como actitud y puede producir discriminación como comportamiento. El estereotipo es una preconcepción que dirige nuestra percepción y nuestras expectativas acerca de un grupo de personas. La noción se define de buena manera con la siguiente frase “definimos primero y luego vemos”.²⁵⁷ El estereotipo estaría dado por la imagen o idea comúnmente aceptada por la sociedad respecto del carácter negativo de la inmigración, característica además que se ha mostrado inmutable en el tiempo.²⁵⁸ La mejor prueba de aquello son las encuestas de victimización, en que los entrevistados

²⁵⁵ Para profundizar sobre la construcción social de la alteridad, véase BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

²⁵⁶ JIMÉNEZ-BAUTISTA, Francisco. “Alteridad y religión excluyente hacia los inmigrantes: El caso de Granada (España)”, *Ra Ximbai* (México), septiembre-diciembre Vol. 4 N° 3 (2008), pp. 713-735. El estudio se basó en una entrevista personal realizada en Granada (Capital), a 400 estudiantes, de manera estratificada y aleatoria, y de edad entre 14 y 25 años.

²⁵⁷ ESPELT, Esteve. *¿Somos racistas? Valores solidarios y racismo latente*. Barcelona: Icaria, 2009, p. 38.

²⁵⁸ Cfr. GARCIA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p.79 y ss.; BAZZACO, Edoardo. “Minorías e inmigración en España en los discursos de los medios de comunicación y la política: Construcción del peligro y falsificación de la realidad”, en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010, p. 291.

dan cuenta prioritaria de la inmigración como un problema o tienen una visión negativa del fenómeno.²⁵⁹

A su vez, los prejuicios estarían constituidos sobre una opinión previa, generalmente desfavorable que se tiene de los inmigrantes.²⁶⁰ Además, esta reflexión de la sociedad sobre el fenómeno inmigratorio no encontraría un sustento racionalmente probado. Una prueba de estos prejuicios padecido por los españoles, y quizás el más significativo, lo constituiría el binomio o asociación de que la inmigración estaría ligada con la delincuencia.²⁶¹ A esta estigmatización generalizada contribuyen tanto las actitudes de los medios de comunicación,²⁶² los diversos actores políticos,²⁶³ como el debate ciudadano.²⁶⁴

Para finalizar, la discriminación como comportamiento sería la consecuencia de estos estereotipos o prejuicios, sin perjuicio de constituir una exclusión o tratamiento de inferioridad por motivos raciales,²⁶⁵ religiosos, ideológicos, etc. La aparente prueba de esta discriminación estaría configurada, primariamente, por la legislación inmigratoria existente en España y por un sistema penal selectivo.²⁶⁶

²⁵⁹ Véase la Encuesta de Seguridad Pública de Cataluña del año 2005, donde el 32,1% de los encuestados señaló que la inmigración era el principal problema. En el año 2006, pasó a ser el segundo problema, después de la inseguridad ciudadana (30,6%). En el 2007, seguía siendo un problema y ocupaba el cuarto lugar. A partir de las Encuestas posteriores al año 2008, ya no se pregunta por los principales problemas que afecta a Cataluña; MANERI, Marcello. “Los medios de comunicaciones y la guerra contra las migraciones”, en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010, p. 34; DAL LAGO, Alessandro. “Esistono davvero i conflitti tra culture?”, en: GALLI, C. (Ed.), *Multiculturalismo*. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 45

²⁶⁰ Cfr. ESPELT, *¿Somos racistas?*, op. cit., p. 35.

²⁶¹ Al respecto, véase, entre otros muchos, a los siguientes autores: NAVARRO CARDOSO, Fernando. “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en: RODRÍGUEZ MESA, María José; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (Coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 223-254; WAGMAN, Daniel. “Estadística, delito e inmigrantes”, *Bibliotecas Ciudades para un futuro más sostenible*, N° 21, septiembre (2002), en: <http://habitat.aq.upm.es/boletin/n21/adwag.html/> [visitado el 01/03/2012]; GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, op. cit., p. 81.

²⁶² AIERBE, Peio. “Inmigrantes delincuentes: una creación mediática”, *Revista Mugak*, N° 19 (2002), pp. 93-119.

²⁶³ *Ibidem*, p. 118.

²⁶⁴ El Diario “El Mundo” recogía en su edición del 18 de agosto del 2008, que el 66% de la población manifestaba que existía una relación entre inmigración y delincuencia.

²⁶⁵ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, op. cit., p. 85; En EE.UU., la Corte Suprema, desde los años 70, ha permitido a los agentes policiales la detención, control e inspección de personas, basado en antecedentes como el color de piel. HARCOURT, Bernard. “El camino hacia el profiling racial está pavimentado con migrantes”, en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010, p. 34 p. 161; SOS Racismo. Informe anual sobre el racismo en el Estado español 2006, 2008, 2009 y 2010, en: www.sosracismo.org [visitado el 23/01/2012].

²⁶⁶ Cfr. APARICIO WILHELM, “Desde los márgenes”, op. cit., p. 65 y ss; GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, op. cit., p. 303 y ss.; MONCLÚS MASO, *La gestión*, op. cit., p. 25 y ss.

c) *Estatus inmigratorio*: El sociólogo DAL LAGO promocionó el concepto *no-persona*. Señala que la persona no deriva materialmente de consideraciones filosóficas o teológicas, sino de la incardinación en un determinado contexto de normas positivas, en un ordenamiento jurídico. Indica que sólo la concesión de derechos permite hablar de *persona*, esto es, de ser humano en sentido social, y no meramente natural. En definitiva, frente a las declaraciones de textos constitucionales o jurídico-internacionales modernos, sólo la ciudadanía atribuye la personalidad social a un ser humano, de modo que la condición de inmigrante (irregular) tiende cada vez más a coincidir con la de *no-persona*.²⁶⁷

A lo anterior, se agrega que el estatus inmigratorio, en sentido general –inmigrante regular o no-, está preconcebido bajo la creencia de que se trata de sujetos provenientes del tercer mundo, que no alcanzaron en sus propios países los derechos y privilegios características de las sociedades industrializadas, por lo que las sociedades de recepción deben tener una mirada condescendiente de protección y asistencia, pero la verdad es que se esconde una creencia de desprecio por ser considerados como seres desvalidos, desesperados, incapaces de velar por sus propios intereses.²⁶⁸

Si bien las anteriores causas podrían ser derribadas por un inmigrante que quiere insertarse e integrarse a la sociedad de recepción, esto sólo sería posible para los insertos en un régimen de regularidad y no bajo un estatus de ilegalidad o irregularidad, que obliga al inmigrante necesariamente a su marginalidad. Tratándose de un sujeto cuyo ingreso y/o permanencia en territorio español es contrario al ordenamiento vigente, lo colocará en una situación de no sólo recurrir probablemente al delito, como medio de subsistencia, o trabajar en una economía sumergida, con todo lo que ello pueda significar (explotación laboral y sexual, etc.), sino también en la imposibilidad de contar con redes asistenciales y, en particular, privándolo de recurrir al sistema de control formal del delito.

Conforme a lo anterior, podemos advertir que la posición de inmigrante en una sociedad determinada, es un concepto estereotipado por los autóctonos, los cuales bajo la

²⁶⁷ DAL LAGO, Alessandro. “Personas y no-personas”, en: SILVERA GORSKI, Héctor (Ed.), *Identidades comunitarias y Democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 130 y ss.

²⁶⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia. “El modelo de protección penal de los inmigrantes de víctimas a excluidos”, en: CANCIO MELIA, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (Coords.), *Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. España: Aranzadi, 2008, p. 227 y ss.

creencia de una cierta superioridad por haber conseguido derechos y privilegios en su país de origen, estiman que pueden subordinar a los otros.²⁶⁹

En síntesis, la exclusión social de los inmigrantes como antónimo de una política de integración, o sea, de la posibilidad de que el inmigrante pase a formar parte de la sociedad de recepción, con todos los derechos y obligaciones que de ello deriva, constituye un motivo altamente plausible para convertirlos en víctimas de delito o de conductas antisociales en su contra.

6. La vulnerabilidad de los inmigrantes como causa de su victimización

Un objetivo propio de la Victimología es su función etiológica, es decir, encontrar las causas o razones de la victimización de los sujetos. En ese entendido, GARCÍA-PABLOS ha señalado que un tema favorito de esta ciencia es la de la *vulnerabilidad* de la víctima,²⁷⁰ esto es, el riesgo que corre una persona o colectivo de personas determinadas de convertirse en víctima de ciertos delitos.²⁷¹

La literatura generalmente asocia o atribuye la victimización de los inmigrantes a la existencia de una vulnerabilidad –especial o no-, que aparentemente padecerían estos grupos.²⁷² Sin embargo, cabe cuestionarse si el término vulnerable es un concepto adecuado para etiquetar a este grupo. En ese plano, nuestra respuesta es que discrepamos de esta cualidad atributiva a los inmigrantes y las razones para aquello las podemos reducir a dos:

a) *Término estático*: Si bien en muchos casos los inmigrantes son semejantes a los autóctonos y en otros tantos pueden tener marcadas diferencias, no puede existir un atributo universal a estos sujetos, que inherentemente o *per se* los haga un potencial sujeto de lesión y, por ello, ser víctimas. Pensar lo contrario no sólo implica caer en una

²⁶⁹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo”, en: SILVEIRA G., Héctor (Ed.), *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 277.

²⁷⁰ Conforme al Diccionario de la Real Academia, vulnerable significa: “Adj. Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

²⁷¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS, “La resocialización”, *op. cit.*, p. 136.

²⁷² Entre otros: ZAFFARONI, Eugenio; SLOKAR, Alejandra. *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 16; ORBEGOZO ORONÓZ, Izaskun. “La mujer inmigrante desde la Victimología”, *Revista Eguzkilore*, Nº 23, Diciembre (2009), pp. 45-57, p. 47; GARCÍA ESPAÑA, Elisa. “Victimización de inmigrantes”, en: ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel (Dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (Coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant, 2007, p. 155; ALBRECHT, Hans-Jörg. “Criminalizzazione e vittimizzazione degli immigrati in Germania”, en: PALIDDA, S. (Ed.), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*. Milan: Agenzia X, 2009, p. 125 y ss.; MUCCHIELLI, Laurent; NEVANEN, Sophie. “Delinquenza, vittimizzazione e criminalizzazione degli stranieri in Francia”, en: PALIDDA, S. (Ed.), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*. Milán: Agenzia X, 2009, p. 92.

falacia lógica de generalizar, y de paso construir un estereotipo, sino también de minusvalorar a estos sujetos como fáciles víctimas y desacreditar a otros individuos que pueden ser tan o más víctimas que aquellos (ancianos, niños, etc.).

Acoger la tesis de la vulnerabilidad de estos sujetos, implica entender que todos los inmigrantes son o pueden ser víctimas, o *a contrario sensu*, las víctimas son inmigrantes.

b) *Etiológicamente ufano*: La vulnerabilidad no es una causa o motivo de la victimización, sino que sólo es explicativa de una posibilidad, como es que el sujeto pueda ser herido o recibir lesión, sea ésta física o moral.

Se trata de un sinónimo de *victimable*, esto es, de un sujeto con capacidad de convertirse en víctima.²⁷³

En definitiva, aunque la aparición del delito sea selectivo –contrario a aleatorio–, creemos que la categoría o estatus de inmigrante no puede ser elevado a la categoría universal de importar una vulnerabilidad propia que convierta por sí solo, al sujeto que la ostenta, en víctima o presa fácil. Estimamos que una eventual predisposición victimal vendría dada más concretamente por la existencia de factores de riesgo –o en inglés “risk factor”–, atribuibles a estos individuos y que los colocaría, siempre que concurren, en una especial situación de vulneración o victimable. De esta manera, son estos factores de riesgo los que predicen la eventual vulnerabilidad y no al revés.

Los factores de riesgo han sido ampliamente definidos como las características, variables, o los peligros que, si está presente para un individuo dado, aumenta la probabilidad de sufrir un daño.²⁷⁴

Estos factores de riesgo, como lo hicimos en apartados anteriores, los podemos clasificar en endógenos y exógenos a la persona del inmigrante; siendo un ejemplo paradigmático de los primeros la *raza*, la que favorecerá evidentemente la victimización xenofóbica y racista, y un ejemplo de la segunda sería la *nacionalidad*, que envuelve una serie de tópicos (idioma, cultura, religión, condición económica, desarraigo, etc.) que podrían conspirar para la victimización primaria, secundaria y terciaria del sujeto.

²⁷³ Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología*, *op. cit.*, p. 90.

²⁷⁴ MRAZEK, Patricia J.; HAGGERTY, Robert J. *Reducing Risks for Mental Disorders: Frontiers for Preventative Intervention Research*. Washington DC: National Academy Press, 1994, p. 127; KAZDIN, Alan; *et al*. “Contributions of risk factor research to developmental psychopathology”, *Clinical Psychology Review*, 17 (1997), pp. 375–406.

Capítulo 4

La victimización primaria de inmigrantes

1. Introducción
2. La investigación sobre victimización de inmigrantes: estado de la cuestión
 - 2.1. Estudios europeos
 - 2.2. Estudios de victimización de inmigrantes en Estados Unidos, Canadá y Australia
 - 2.3. Estudios de victimización de inmigrantes en el Reino Unido
 - 2.4. Estudios de victimización de inmigrantes en Francia
 - 2.5. Estudios de victimización de inmigrantes en Alemania
 - 2.6. Estudios de victimización de inmigrantes en España
3. Una aproximación a la victimización en España y Cataluña
 - 3.1. Las encuestas de victimización en España
- 3.2. Evolución de la delincuencia en España, desde la óptica de las encuestas de victimización
 - 3.3. Las Encuestas de Victimización en Cataluña
 - 3.4. La victimización en Cataluña
 - 3.4.1. Principales resultados de la encuesta de victimización en Cataluña

1. Introducción

Por victimización primaria, suele entenderse el proceso por el que una persona sufre, de modo directo o indirecto, los efectos nocivos derivados del delito o hecho traumático, sean estos materiales o psíquicos. Los daños no se limitan a los que suponen una afectación al bien jurídico protegido por la norma penal que se presenta incumplida (libertad sexual en el caso de una violación, por ejemplo), sino que existen otros intereses que también se encuentran erosionados, como sucede con la salud mental.²⁷⁵

Para LANDROVE, la victimización primaria refleja la experiencia individual de la víctima y las diversas consecuencias perjudiciales producidas por el delito, de índole física, económica, psicológica o social.²⁷⁶ La víctima sufre a menudo un severo impacto psicológico, que incrementa el daño material o físico del delito; a ello, se suma la impotencia ante la agresión, o que el miedo se repita, lo que produce como consecuencia ansiedad, angustia o abatimiento, cuando no complejos de culpabilidad con relación a los hechos acaecidos, lo que, con cierta frecuencia, repercute en los hábitos del sujeto, altera su capacidad de relación. Más aún, LANDROVE agrega que la respuesta social a los padecimientos de la víctima no es siempre solidaria y, en el mejor de los casos, cristaliza en actitudes compasivas, lo que, a su vez, genera aislamiento.²⁷⁷

En este capítulo, pretendemos conocer específicamente la victimización primaria de que

²⁷⁵ Cfr. GARCIA-PABLOS, *Tratado, op.cit.*, p. 127; TAMARIT, “La victimología”, *op. cit.*, p. 32.

²⁷⁶ Cfr. LANDROVE, *La moderna, op. cit.*, p. 49.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 50.

son objeto los inmigrantes o, dicho de otro modo, poder develar la criminalidad que afecta a estos sujetos que son objeto de nuestro estudio. Ya CHRISTIE había advertido que la delincuencia soportada por la población migrante estaba infra-representada en las encuestas de victimización, hecho que se explicaba por la tendencia de estos instrumentos de investigación a centrarse en la “víctima ideal”.²⁷⁸ Sea más o menos cierta esta afirmación, no podemos desconocer los obstáculos que pueden dificultar el acceso de los entrevistadores o la confianza en estos, y que las encuestas de victimización no acostumbran a estratificar la muestra, incluyendo entre los grupos de población prefijados en la muestra invitada, la nacionalidad de las personas entrevistadas. Tampoco podemos desconocer que el método telefónico de encuesta no es un buen canal de investigación, porque no todos los inmigrantes tienen un aparato residencial.²⁷⁹ Las encuestas de victimización realizadas en Cataluña y, en general, en España, no han sido una excepción en estos puntos y, por lo tanto, es pertinente dudar sobre si reflejan, de manera adecuada, la victimización que padecen estos colectivos.²⁸⁰ No es baladí recordar la importancia que ha adquirido el fenómeno de la inmigración en Cataluña, durante la primera década del siglo XXI, donde la población extranjera ha pasado a representar un 16,4% del total, con un impacto muy significativo desde el punto de vista demográfico, social y económico, como es de sobra conocido.²⁸¹ El conocimiento de la realidad, con bases empíricas, es siempre el mejor remedio contra los prejuicios que tienen un gran potencial de generar conflictos. Conocer en qué medida la población inmigrante es víctima de delitos es una aportación necesaria y relevante que podemos hacer.²⁸²

En el estudio de la criminalidad, viene siendo común atender particularmente a la variable del inmigrante. Pero la observación ha sido, lamentablemente, parcializada, ya que son muchos los estudios que relacionan la criminalidad y la sensación de seguridad

²⁷⁸ CHRISTIE, Nils. “The ideal victim”, en: FATTAH, Ezzat (Ed.), *From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System*. Londres: Macmillan, 1986, p. 17 y ss.

²⁷⁹ La población extranjera es uno de los colectivos que menos dispone de teléfono fijo. Según un estudio de PELETEIRO, Isabel; GABARDO, José, “Los hogares exclusivamente móviles en la investigación telefónica de audiencia”, *Metodología de Encuestas*, vol. 8 (2006), p. 113 y ss., si la proporción de españoles sin teléfono fijo es de un 16%, en el caso de los extranjeros residentes en España llega a un 60%.

²⁸⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep María; LUQUE, Eulalia; GUARDIOLA, María Jesús; SALINERO, Sebastián. “La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-11 (2011), pp. 1-22, p. 2.

²⁸¹ Según la Secretaría para la Inmigración del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña, dato basado en personas extranjeras empadronadas en Cataluña el 1 de julio de 2010, hay un total de 1.241.524 personas, lo que supone un ligero descenso respecto al año 2009.

²⁸² Cfr. TAMARIT, *et al*, “La victimización de migrantes”, *op. cit.*, p. 3.

percibida por los ciudadanos, con el aumento de la población extranjera. Según las Encuestas de Seguridad Pública de Cataluña, la inmigración es uno de los problemas que los ciudadanos identifican con mayor frecuencia, junto con el de la seguridad y, actualmente, el desempleo y la economía.²⁸³ La asociación entre delincuencia e inmigración ha sido explotada por algunos para explicar el aumento en la ocurrencia de delitos y para justificar reformas legislativas. Ello ha conducido a que algunos estudios empíricos se ocupen de correlacionar ambas variables (inmigración y criminalidad), desde la perspectiva del extranjero como sujeto activo de delitos, y han llegado a la conclusión de que los extranjeros no delinquen más que los españoles.²⁸⁴ Se hace imprescindible, en la actualidad, el estudio científico de la otra vertiente que correlacione las variables de victimidad e inmigración, esto es, la delincuencia que afecta a los inmigrantes.

Los estudios de victimización ponen de manifiesto que el riesgo de ser víctima no se distribuye de manera uniforme entre la población, sino que existen determinados colectivos que tienen un riesgo diferencial, por razones diversas, que la victimología acostumbra a distinguir entre factores estáticos, como la edad y el género, y factores dinámicos, como el estilo de vida. Algunos estudios han reflejado que los migrantes tendrían un riesgo más alto de ser víctima. La diferencia se podría explicar por circunstancias intrínsecas a la condición de migrante, como el hecho de tener un estatus jurídico diferenciado, en que no disfrutan de los mismos derechos que la población autóctona. Otras circunstancias que pueden incidir en este posible riesgo diferencial, pueden relacionarse con el estilo de vida, como lo explicamos *supra* –así sucede respecto de las personas que ejercen la prostitución en Europa, que en su mayor parte son inmigrantes, siendo esta una actividad con un alto riesgo de victimización-, o derivar de factores estáticos, como la edad (la población migrante es más joven) o la raza.

Algunos delitos de los que puede ser víctima esta población están, de una u otra manera, relacionados con su condición de migrantes, como sucede en los delitos de odio (*hate crimes*), que, en los hechos, poseen una motivación de carácter racista o discriminatoria y son formas de expresión con un mensaje excluyente, degradante o segregador,

²⁸³ Vid. Encuesta de Seguridad Pública de Cataluña, Edición 2010, p.17. Si bien la inmigración fue identificada como el mayor problema de Cataluña entre el año 2006 y 2008, hoy sigue siendo un tema primordial, sólo superado el paro o desempleo.

²⁸⁴ Quizás el paradigma de esta aseveración lo constituya el estudio de GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*

realizados por parte de autóctonos contra los recién llegados. Agresiones, amenazas y vandalismo son los delitos que más se acostumbran a cometer por motivos raciales.²⁸⁵ Otro ejemplo son los delitos de trata de personas o contra los derechos de los trabajadores. Otra fuente de riesgo son las diversas formas de victimización intracultural, consistentes en conflictos propios de la cultura de origen que perviven en la sociedad de acogida, como las mutilaciones genitales femeninas o ciertas conductas de violencia contra las mujeres, abuso y explotación sexual o matrimonios forzados, entre otras. Más allá de estas situaciones intrínsecas, de una u otra manera, a la condición de inmigrante, en ocasiones se ha puesto de manifiesto un riesgo diferencial de sufrir delitos convencionales. Así, por ejemplo, KARMEN destaca cómo la Encuesta de victimización nacional de EE.UU., de 2006, hace aflorar diferencias raciales o étnicas en el delito de robo: si la media de robos es de 2,9 por 1.000 habitantes, en el caso de la minoría afroamericana la ratio se eleva a 3,8 y en los hispanos al 4,9.²⁸⁶

2. La investigación sobre victimización de inmigrantes: estado de la cuestión

Expondremos a continuación los estudios que existen a escala europea y otros a nivel nacional, concretamente en EE.UU., Canadá, Reino Unido, Francia, Alemania y España. Se trata, en general, de encuestas muy recientes, lo cual evidencia la novedad y el estado embrionario de estas investigaciones.²⁸⁷ No está demás señalar que ha existido una falta de investigación sobre la victimización criminal que afecta a los inmigrantes, lo que ha sido atribuido, por algunos, a la dificultad para obtener los datos necesarios sobre la cuestión.²⁸⁸ Otra razón esgrimida es que, tradicionalmente, se ha trabajado por los investigadores, con respecto a los inmigrantes, dentro de una determinada categoría de delitos y no por todos aquellos que podrían sufrir.²⁸⁹

²⁸⁵ SALISBURY, Heather; UPSON, Anna. *Ethnicity, victimisation and worry about crime: findings from the 2001/02 and 2002/03*. London: British Crime Surveys, Home Office, 2004, p. 1.

²⁸⁶ Cfr. KARMEN, *Crime Victims*, *op. cit.*, p. 87.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ HAGAN, John; PALLONI, Alberto. "Immigration and crime in the United States", en: SMITH, J.P.; EDMONSTRON, B. (Eds.), *The immigration debate: Studies on the economic, demographic, and fiscal effects of immigration*. Washington D.C.: National Academy Press, 1998, pp. 367-387, p. 382.

²⁸⁹ BAUMANN, Eileen. "Research rhetoric and the social construction of elder abuse", en: BEST, J. (Ed.), *Images of issues*. New York: Adline de Gruyter, 1989, pp. 55-70; JACOBS, James; HENRY, Jessica. "The social construction of a hate crime epidemic", en: BING, Robert L.; DEL CARMEN, Alex, *Race and Crime*. Bellevue: Coursewise Publishing, 2000, pp. 13-24; RAJ, Anita; SILVERMAN, Jay. "Intimate partner violence against immigrant women: The roles of immigrant culture; context, and legal status", *Violence against women*, 3 (2002), pp. 367-398.

2.1. Estudios europeos

A nivel europeo, la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA) ha llevado a cabo encuestas sobre minorías y discriminación. Así, el EU-MIDIS (European Union Minorities and Discrimination Survey) estudia la victimización, la discriminación y el trato vejatorio contra los inmigrantes y las minorías étnicas, elaborando un conjunto de informes que hacen referencia, cada uno de ellos, a un colectivo determinado de inmigración. En este sentido, se ha analizado específicamente la victimización de la población gitana²⁹⁰ y musulmana.²⁹¹ Con todo, el documento más completo sobre esta cuestión es el informe EU-MIDIS de 2009, “Main Results Report”, en el que se analizó la discriminación y la victimización de diversas minorías en 27 Estados europeos, entre los cuales se encuentra España.²⁹² La metodología utilizada fue entrevistas *face to face* en el domicilio del encuestado, según una ruta aleatoria en las grandes ciudades. Se analizaron cinco categorías de victimización: los delitos relacionados con los vehículos, los hurtos, los robos en domicilio, las agresiones y amenazas, y el asalto grave.

Los resultados globales de esta macro-encuesta reflejaron una mayor victimización de los inmigrantes respecto a la población autóctona. Así, el promedio del índice de victimización en todos los colectivos examinados, en este estudio europeo, es del 24% en los últimos doce meses, muy por encima de la población autóctona, si comparamos estos resultados con las encuestas de victimización que se realizaron en los diferentes

²⁹⁰ Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), 01 EU-MIDIS, “La población romaní”, Encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación, *serie Data in Focus* (2009), en: http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/EU-MIDIS_ROMA_ES.pdf [visitado el 10/11/2010]. Esta encuesta estudia siete Estados miembros, entrevistando a 500 personas en cada Estado (en total, 3.500 entrevistas), a través de un muestreo aleatorio. Los resultados ponen de manifiesto una tasa de victimización muy alta en este colectivo. Así, como promedio, el 32% de todos los consultados había sido víctima durante los 12 meses anteriores, de alguno de los delitos considerados en esta investigación (robo de o en un vehículo, robo en propiedades personales sin fuerza ni amenaza y asalto grave). Específicamente, en relación con los delitos contra la persona, es decir, agresiones, amenazas y casos de asalto grave, tanto la tasa de incidencia como la de prevalencia también pueden considerarse elevadas. Así, como promedio en los siete Estados miembros analizados, el 23% de los consultados había sido víctima de uno o más delitos de este tipo durante los últimos doce meses.

²⁹¹ Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) 02 EU-MIDIS, “Los musulmanes”, Encuesta de la Unión europea sobre las minorías y la discriminación, *serie Data in Focus* (2009), en: http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/EU-MIDIS_MUSLIMS_ES.pdf [visitado el 10/11/2010]. Fueron objeto de estudio 14 Estados miembros y se incluyó en la muestra a las personas que se identificaron como musulmanas, con independencia de sus orígenes étnicos. Como resultado, el 11% de los encuestados se consideran víctimas de casos de agresión, amenaza o asalto grave, por motivos raciales, en los últimos doce meses, presentando, como media, tres incidentes por víctima durante este período. Sin embargo, la mayoría de los encuestados tampoco denunciaron los hechos a la policía (entre el 53 y el 98%, según el país de residencia).

²⁹² Véase http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/eumidis_mainreport_conference-edition_en.pdf [visitado el 22/12/2010].

países (14% en la encuesta de 2005, en 18 países europeos).²⁹³ En todas las tipologías delictivas que se analizaron, el grupo minoritario que presenta una mayor prevalencia es el sub-sahariano (el 33%), seguido de cerca por el colectivo gitano (32%).

Las agresiones y las amenazas son experimentadas por una gran cantidad de minorías, y las experiencias de asalto grave son muy comunes entre los colectivos analizados, superiores también a los índices de victimización registrados en la población autóctona. Ello puede ser debido a que, a menudo, estos episodios de asalto están relacionados, según las propias víctimas, con motivos racistas.

Como se ha señalado, en esta investigación participó España. La encuesta se centró en tres colectivos (norte-africanos, rumanos y sudamericanos), realizando unas 500 entrevistas por cada grupo en las ciudades de Madrid y Barcelona.²⁹⁴ Los datos particulares de España indican que el grupo más victimizado es el colectivo norte-africano (prevalencia de un 21% en España, frente a un 24% en el conjunto de Estados analizados en los últimos 12 meses), seguido del sudamericano (17% tanto en España como en el conjunto de Estados europeos analizados) y, finalmente, por los rumanos (con un 14% de prevalencia en España). En relación con las particulares tipologías delictivas, la diferencia entre la victimización patrimonial y la victimización personal es menor que lo común, con respecto a las cifras arrojadas en las encuestas realizadas a la población general. Así, el índice de victimización de norte-africanos en España, tanto en relación con los delitos patrimoniales como en los delitos contra la persona, es del 14%. En el caso de sudamericanos, la prevalencia en los delitos patrimoniales es del 10%, mientras que la victimización en los personales se sitúa en un 9%. Finalmente, la población rumana soporta una victimización del 9% en los delitos patrimoniales y de un 8% en los personales. Con todo, pesan más las diferencias de victimización entre países que entre grupos nacionales internos.

En el informe se afirma que, a pesar de que las minorías son estereotipadas y consideradas a menudo como potenciales delincuentes, los datos indican que estos colectivos son, en gran parte, victimizados, y necesitan de una protección y asistencia adecuadas. De ahí que sea necesario adaptar los instrumentos de prevención del delito y de asistencia a las víctimas, a las particularidades específicas de estos colectivos.

²⁹³ VAN DIJK, Jan; *et al.* "The Burden of Crime in the EU, Research Report. A comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey", EU ICS (2005), en: <http://www.europeansafetyobservatory.eu/downloads/EUICS%20%20The%20Burden%20of%20Crime%20in%20the%20EU.pdf> [visitado el 22/12/2010].

²⁹⁴ Concretamente, 514 entrevistas a norteafricanos, 504 a sudamericanos y 508 a rumanos.

También se deberán establecer estrategias que fomenten la denuncia de delitos, teniendo en cuenta que, en la mayor parte de casos, esta victimización no llega a ser conocida por el sistema de justicia penal.

2.2. Estudios de victimización de inmigrantes en Estados Unidos, Canadá y Australia

En Estados Unidos, KERCHER y KUO se ocuparon de la victimización de inmigrantes en Houston.²⁹⁵ En este caso, se distribuyeron 7.796 cuestionarios en 19 organizaciones sociales,²⁹⁶ de los cuales fueron retornados cumplimentados 907. Los colectivos de inmigrantes objeto de la investigación fueron los chinos, coreanos, vietnamitas e hispanos, y las entrevistas las realizaron dos hispanos, cinco oficiales de policía asiáticos y una persona encargada de los servicios a la víctima en Houston, el año 2007. Los resultados de esta encuesta pusieron de manifiesto un elevadísimo índice de victimización y de multivictimización. En efecto, el 59,3% de la muestra afirmó haber sido víctima de un delito en los últimos tres años, de los cuales el 48% había declarado haberlo sido en más de una ocasión. Estos elevados porcentajes se pueden explicar por la metodología utilizada en el estudio, que propicia que las personas más motivadas para responder sean las que han sido víctimas. Por otra parte, la victimización varía dependiendo de los grupos étnicos analizados en este estudio. De ellos, el colectivo más victimizado es el hispano (el 82,7%), seguido del vietnamita (60,8%) y del coreano (59,9%), ocupando el último lugar el chino, con un 56,4%.

Otro estudio es el de MILLER, quien, siguiendo el camino de Kate Claghorn y Edith Abbott en la documentación de la conducta criminal sin escrúpulos y en el límite dedicado a las personas que explotan la impotencia y el analfabetismo cultural de los inmigrantes, concluye, mediante el contraste de la victimización de inmigrantes con poco tiempo de permanencia en los Estados Unidos (menos de un año) versus aquellos inmigrantes con una participación más activa en la vida cívica del país (permanencia entre cinco a quince años), que la victimización empeora a medida que los inmigrantes se vuelven más aculturados. Ello, sin duda, es una advertencia que es contraria a lo que

²⁹⁵ KERNER, Glen; KUO, Connie. "Victimization of Immigrants", *Crime Victim Institute*, Criminal Justice Center, Sam Houston State University, 2008, en:

<http://www.crimevictimsinstitute.org/documents/ImmigrantVictimizationfinalcorrected.pdf> [visitado el 24/12/2010].

²⁹⁶ A 12 Iglesias y 7 Centros de Servicio a la Comunidad.

cabría esperar.²⁹⁷

En otro estudio, BIAFARA y WARHEIT presentan una investigación más positiva, tanto en el fondo como en la metodología empleada. En su trabajo, mediante una encuesta de victimización realizada en Miami, a un universo de 1.473 personas (inmigrantes cubanos, inmigrantes nicaragüenses y autóctonos), concluyeron que algunos inmigrantes, en ciertos lugares, no son más propensos a ser víctimas de crímenes violentos que los autóctonos. Sin embargo, descubrieron que la población afroamericana sí está más predispuesta a sufrir crímenes violentos y sexuales.²⁹⁸

Por su parte, en Canadá, PERRAULT analiza la victimización de las minorías visibles en relación con los delitos violentos, además de su percepción sobre la seguridad personal y opinión sobre el sistema de justicia penal.²⁹⁹ En relación con la victimización, se destaca que la prevalencia por delitos violentos, en estas minorías, es similar al de las personas que no integran este colectivo. Sin embargo, cuando se examinan los índices de victimización con violencia por grupos de edad, se detectan algunas diferencias. Se constata que los miembros de tales minorías, de 25 o más años, presentan una menor prevalencia en delitos violentos en comparación con las personas que no forman parte de estos colectivos. Si se examinan los datos según el lugar de nacimiento, las minorías que han nacido en Canadá poseen índices de victimización más elevados que los inmigrantes y que las personas que no pertenecen a los colectivos minoritarios estudiados. Una posible explicación de este dato, según los autores de la encuesta, es que los miembros de minorías visibles nacidos en Canadá son, en su gran mayoría, personas de edades comprendidas entre los 15 y los 24 años y solteros, además de cobrar bajos salarios. Todos estos factores están normalmente asociados a un mayor riesgo de victimización. Concluye el estudio afirmando que, el hecho de haber nacido en Canadá y pertenecer a una minoría visible, no aumenta significativamente el riesgo

²⁹⁷ MILLER, Linda. "The exploitation of acculturating immigrants populations", *International Review of Victimology*, Vol. 14 (2007), pp. 11-28.

²⁹⁸ BIAFARA, Frank; WARHEIT, George. "Self-Reported Violent Victimization Among Young Adults in Miami, Florida: Immigration, Race/Ethnic and Gender Contrasts", *International Review of Victimology*, Vol. 14 (2007), pp. 29-55.

²⁹⁹ PERRAULT, Samuel. "Les minorités visibles et la victimisation", *série de profils du Centre Canadien de la Statistique Juridique* (2004). Se entiende en este caso por "minoría visible" (minorités visibles), a las personas que no sean autóctonas, que no sean de raza blanca o que no tengan la piel blanca, de 15 o más años. La población migrante se incluye dentro de esta categoría más amplia de minoría visible y representa más del 80% de ésta. En este estudio, concretamente, se estudian las siguientes tipologías: agresión sexual (tentativa o consumada), que comprende la actividad sexual forzada, tocamientos sexuales, besos y caricias no deseadas; el robo o tentativa de robo cualificado (cuando el infractor se encuentra armado o existen actos de violencia o amenazas contra la víctima) y las vías de hecho, que consisten en un ataque a la víctima (golpes, etc.), así como las amenazas de perjuicio psíquico o cualquier tipo de incidente donde esté presente una arma.

de ser víctima de un delito violento. En cambio, el hecho de ser inmigrante y de pertenecer a estos colectivos minoritarios, reduce el riesgo de ser víctima en un 40%. En Australia, COLLINS unió datos primarios de una encuesta de victimización de ese país y además se apoyó en distinta literatura. Su investigación estaba dirigida a diversos aspectos, pero cuya relación era precisamente la victimización de inmigrantes en Australia. Estudiaba a los inmigrantes como víctimas de delitos, a los inmigrantes como víctimas del miedo al delito, a los inmigrantes como víctimas de los crímenes de odio después del ataque al *World Trade Center*, del 11 de septiembre, y a los inmigrantes como víctimas de los discursos de los medios de comunicación sobre el crimen étnico. Las conclusiones de este estudio fueron que los inmigrantes no eran más propensos a ser víctimas de un delito que los autóctonos, en lo que a delincuencia general se refiere. Más aún, se detectó que los inmigrantes tenían menos probabilidades de ser víctimas de agresiones o amenazas, pero eran más propensos al temor a la delincuencia. También se detectó que la victimización entre inmigrantes jóvenes y viejos era similar.³⁰⁰

2.3. Estudios de victimización de inmigrantes en el Reino Unido

En el Reino Unido, la *British Crime Survey* introdujo una muestra adicional de personas pertenecientes a minorías étnicas en 2001/02 y 2002/03. Como resultado, las personas de composición racial mixta arrojaban un riesgo mayor de victimización en diversos delitos personales y patrimoniales, aunque la diferencia era sólo estadísticamente significativa en el robo en vivienda. Además, las diferencias subsistían con independencia de la edad y el área de residencia.³⁰¹

En esta misma senda, el estudio de PAPADOPOULOS³⁰² presenta un análisis exhaustivo de la relación entre el estatus migratorio y la victimización en Inglaterra y Gales, con el barrido 2007/08 de la *British Crime Survey*. En el estudio se concluye que los hogares de los inmigrantes tienen más riesgo de robos en su interior, pero esto se explica principalmente por el hecho de que los inmigrantes residen en áreas urbanas que son parte de las denominadas zonas deprimidas de la ciudad.

³⁰⁰ JOHNSON, Holly. "Crime victimisation in Australia: Key results of the 2004 International Crime Victimization Survey", *Research and Public Policy*, Series No. 64 (2005), Canberra: Australian Institute of Criminology.

³⁰¹ Cfr. SALISBURY; UPSON, *Ethnicity*, *op. cit.*, p. 4 y ss.

³⁰² Cfr. PAPADOPOULOS, "The relationship", *op. cit.*, pp. 1-78.

Por otro lado, existe una correlación negativa entre los hogares de los inmigrantes y los robos en el exterior. El estudio sostiene que esto se debe, probablemente, a que los inmigrantes tienen una menor cantidad de propiedades que son objeto de robos en el exterior, tales como cobertizos, garajes, etc.

Además, mostró evidencia de robos personales, un delito que es de naturaleza muy diferente, que implica el contacto personal entre el ofensor y la víctima. Los resultados indicaron que los inmigrantes están en mayor riesgo de robos personales, pero la mayor parte de esta asociación positiva puede atribuirse al hecho de que residen en aquellas zonas de Londres donde el incidente de robo personal es mucho más probable que en cualquier otra región de Inglaterra y Gales.

Otra conclusión importante de este estudio, es que mostró evidencia de que la probabilidad de victimización es mayor para los hombres debido a su mayor exposición, y que las mujeres son victimizadas, con mayor frecuencia, tal vez debido a la violencia doméstica.

2.4. Estudios de victimización de inmigrantes en Francia

En Francia, un estudio de MUCCHIELLI y NEVANA intentó determinar si los extranjeros son más o menos victimizados que los franceses, a través del análisis de las encuestas de la EPVC (encuesta anual sobre las condiciones de vida en los hogares), desde 1996 hasta 2004, las cuales contienen en su muestra un 6% de extranjeros. Las únicas clases de victimización de las que se ocupa son las agresiones y los hurtos personales. Según esta investigación, los nacionales están más protegidos que ciertas categorías de extranjeros o de franceses nacidos fuera de Francia, en particular las personas originarias del África negra y de Asia. Estos últimos colectivos son víctimas de robos personales de forma más habitual, de los cuales una pequeña parte (entre un 10 y el 15%), son cometidos con violencia.³⁰³

2.5. Estudios de victimización de inmigrantes en Alemania

En Alemania, ALBRECHT da cuenta de los estudios de victimización de inmigrantes

³⁰³ MUCCHIELLI, Laurent; NEVANEN, Sophie. “Delincuencia, victimización, criminalización y tratamiento penal de los extranjeros en Francia”, en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010.

en este país y de los problemas específicos para la investigación de estos colectivos.³⁰⁴ En este sentido, y como respuesta deliberada al fascismo y al holocausto, las estadísticas oficiales, ya sean criminales, judiciales o relativas a la población en general, no pueden informar sobre la composición étnica de la población alemana. Con todo, la victimización de los extranjeros fue estudiada por primera vez en los años noventa, en Bayern. El resultado de esta investigación arrojó un 11% de víctimas extranjeras, contabilizadas en las estadísticas policiales. Para varias nacionalidades, la prevalencia en la delincuencia violenta es de 2 a 5 veces superior a la correspondiente a las personas de nacionalidad alemana. Por otra parte, en cuanto a distritos policiales, se halló un 54% de víctimas extranjeras en delitos de homicidio o asesinato, y una tasa elevada de victimización de extranjeros en agresión sexual y lesiones (casi el 30% de los sujetos pasivos de dichos delitos). Con todo, de los datos provenientes del ECS (*European Crime Survey*) de 2005, que contienen una muestra representativa de inmigrantes, se desprende que la tasa de victimización en Alemania es aproximadamente la misma para inmigrantes que para no inmigrantes, en relación con un grupo de infracciones contra la propiedad y contra la persona. A los entrevistados también se les solicitó información sobre los motivos discriminatorios de los delitos sufridos, donde se concluye que los datos oficiales de la violencia racial minusvaloran seriamente la extensión del fenómeno, ya que una gran proporción de hechos victimizadores se percibe por los inmigrantes como motivados por la xenofobia.

2.6. Estudios de victimización de inmigrantes en España

La realidad española no escapa a la tendencia mundial, en materia de estudios sobre victimización de inmigrantes. Los estudios existentes son exiguos, y pese a nuestra intensa búsqueda, sólo se reduce a un trabajo realizado a fines del siglo pasado.

El año 1997, GARCIA ESPAÑA, DURÁN DURÁN y CEREZO DOMÍNGUEZ,³⁰⁵ realizaron un estudio de campo en la ciudad de Málaga, consistente en la entrevista a 32 mujeres marroquíes que residían en dicha localidad. Los objetivos de la investigación fueron: a) Conocer las condiciones de vida y problemas que padece este colectivo,

³⁰⁴ ALBRECHT, Hans-Jorg. “Criminalización y victimización de inmigrantes en Alemania”, en: PALIDDA, S.; BRANDARIZ, A. (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010.

³⁰⁵ Cfr. GARCIA ESPAÑA, Elisa; DURÁN DURÁN, Auxiliadora; CEREZO DOMÍNGUEZ, Anabel. “La victimización de mujeres marroquíes”, *Cuadernos de política criminal*, Nº 65 (1998), pp. 467-494.

referidos a su situación laboral, vivienda, relaciones familiares, problemas de ajuste cultural, etc.; y b) Conocer la posible victimización sufrida desde su llegada a España, y comparación del tipo de delitos padecidos, con los datos existentes sobre mujeres malagueñas, conseguidos de una encuesta de victimización ya realizada.

Los resultados obtenidos, en cuanto a victimización sufrida, es que las mujeres entrevistadas presentan un porcentaje de victimización del 37,5% (índice de prevalencia), habiendo sufrido más de un delito por alguna de ellas. Se contabilizaron 17 incidentes (índice de incidencia). A su vez, si se compara el índice de prevalencia de la población estudiada con relación al de la población femenina residente (56%), como a los turistas que visitaron la Costa del Sol (11,9%), las autoras afirmaron que las mujeres marroquíes que residen en esta zona no presentaron un alto riesgo de victimización. Esta baja tasa de victimización la explicaron en base al tipo de vida que llevan estas mujeres: salen poco de casa, tienen pocos bienes materiales y no frecuentan lugares de diversión. En definitiva, no reúnen las características típicas de los grupos de riesgo. Los delitos de los que más frecuentemente han sido víctimas, fueron los cometidos contra el patrimonio (hurto y robo, en su modalidad de “tirón”), delitos que, por otra parte, parecen sufrir más las mujeres residentes que los hombres. La nacionalidad de los autores del delito era, en su mayoría, española (en el 58% de los casos, las mujeres indicaron que el agresor era español). Suelen denunciarlos, sobre todo si el objeto material sustraído han sido documentos (58%). En cuanto a los casos de malos tratos conyugales, el porcentaje de mujeres de la muestra que afirmaron haber sufrido este tipo de delitos fue elevado (6,8%). No obstante, la cifra de denuncias presentadas por las mujeres residentes no muestra la incidencia real de casos de malos tratos habituales.

Por otra parte, el estudio de DÍEZ ADÁN, HERNÁNDEZ CALLES y MONTALVO FRÍAS, titulado “Estudio Criminológico sobre las víctimas españolas en el 2007”,³⁰⁶ se centró principalmente en víctimas de delitos violentos sucedidos en España, entre el 1 de Enero y el 31 de Diciembre de 2007. La investigación se basó en una muestra de 2.378 víctimas, recogidas en las noticias del periódico digital “20 minutos”. Las variables que se utilizaron para el análisis estadístico fueron las siguientes: delitos contra la propiedad, delitos contra las personas, delitos contra la libertad sexual y otros.

³⁰⁶ DÍEZ ADÁN, Eva María; HERNÁNDEZ CALLES, Laura; MONTALVO FRÍAS, Nuria. “Estudio Criminológico sobre las víctimas españolas en el 2007”, en http://www.victimas.org/html/Nuria%20Montalvo%20Frias_2.pdf [visitado el 10/07/2010].

Sus resultados más importantes fueron:

a) El mes en el que se registró un mayor número de fallecidos fue en Enero (14 víctimas), seguido de Mayo (13 víctimas) y, en tercer lugar, Noviembre (12 víctimas). En el primer caso, se trató de españoles; sin embargo, los fallecidos en los meses de Mayo y Noviembre fueron, con más frecuencia, extranjeros.

Con respecto a los no fallecidos, existió un mayor número de víctimas en el mes de Septiembre (39 víctimas), seguido de Octubre (31 víctimas). Por su parte, mientras en Septiembre fueron 39 españoles, frente a 30 extranjeros, en Octubre fueron 31 extranjeros, frente a 4 españoles.

b) Delitos contra la libertad: entre estos delitos se encuentra la detención ilegal y el secuestro. Aquí, el 60% era español (18), frente al 40% de extranjeros (12). Las víctimas solían ser mujeres jóvenes que oscilaron entre los 15 y los 16 años de edad, y la media se estableció en los 25 años de edad.

c) Delitos contra la libertad sexual: el 55,56% (150) era nacional, frente a un 44,44% de extranjeros (120). El tipo de delito más frecuente, en el que se observó un mayor número de víctimas, fue el abuso sexual, con un 41,67%. Por su parte, los delitos en los que se encontró un menor número de víctimas fueron el acoso sexual y el exhibicionismo, con un 4,17%. Las víctimas solían ser del sexo femenino, en el 87,14%.

d) Delitos contra las personas: el 55,08% eran nacionales (168) y el 44,92% (137), correspondió a extranjeros. Las personas fueron víctimas, en la mayoría de los casos, de lesiones contra la integridad física, seguido por el delito de homicidio. Los hombres tuvieron mayor riesgo para convertirse en víctimas de estos delitos.

e) Violencia de género: El 37,5% de las víctimas fueron nacionales, frente al 62,5% de extranjeros. La procedencia que destacó en las víctimas era rumana, con un 19,57%; seguida de la ecuatoriana, con un 8,7%; la colombiana, con un 8,7%; y la brasileña, con un 8,7%. El 90% fue denunciado, frente al 10% que no. Finalmente, fue menor el número de víctimas españolas asesinadas por sus parejas, con un 26,79% (15), frente a los extranjeros, con un 32,14% (18).

3. Una aproximación a la victimización en España y Cataluña

Las víctimas de un delito (victimización primaria), las podemos individualizar y conocer mediante las estadísticas oficiales (denuncia a las policías) o a través de las

denominadas encuestas de victimización. Ambas, si bien son criticables,³⁰⁷ resulta incuestionable que sirven para aproximarnos al mundo de las víctimas de los delitos.

El desencanto con las estadísticas oficiales de criminalidad y el reconocimiento de la existencia de unas «cifras negras» no registradas por las agencias de control social, llevó a la aplicación de distintas técnicas de recolección de datos al campo de la criminalidad,³⁰⁸ todo lo cual dio origen a las encuestas de victimización.

A partir de 1966, la aplicación de cuestionarios o encuestas de victimización se generalizará no sólo en Estados Unidos,³⁰⁹ sino también en otros países del mundo occidental: Francia, Gran Bretaña, Canadá, Suecia, Dinamarca. Estas investigaciones suelen recoger datos de victimización, inseguridad y representaciones sociales de la delincuencia, y van acompañadas del desarrollo de una cierta “cultura de la víctima”.³¹⁰

En los epígrafes siguientes, nos adentraremos en el mundo de las encuestas de victimización en España y Cataluña, con resultados gráficos, lo que nos permitirá no sólo conocer este método de conocimiento científico, sino también fijar el marco referencial sobre el estado de la cuestión (victimización), para posteriormente aportar nuestro estudio empírico sobre la victimización de inmigrantes que, como se dijo, constituiría una novedad para una realidad no investigada de momento.

3.1. Las encuestas de victimización en España

En España, la primera encuesta de victimización data del año 1978, dentro del marco

³⁰⁷ En Criminología, en general, se critica la denuncia como medio idóneo de registro de la delincuencia, en razón de no ser una variable *exógena*, sino más bien *endógena* al problema delictual, lo cual impediría la existencia de imparcialidad o produciría cierto sesgo en la mensura de la criminalidad. La denuncia puede estar condicionada por múltiples factores, como por ejemplo, en el caso hipotético que aumente las pólizas de seguros, es probable que aumenten las denuncias como requisito para cobrar una indemnización. También puede estar condicionada por las facilidades que exista para denunciar, por ejemplo, la utilización del teléfono o internet. Véase GARRIDO; STANGELAND; REDONDO, *Principios, op. cit.*, p. 124; En mismo sentido, STANGELAND, Per. “Encuestas de Victimización”, en: DÍEZ RIPÓLLES, José Luis; CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel (Eds.), *Los Problemas de la Investigación Empírica en Criminología: La situación española*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 12; BUSTOS RAMÍREZ / LARRAURI, *Victimología, op. cit.*, p. 60 y ss.; LUQUE REINA, Eulàlia. “Las encuestas de victimización”, en: BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.), *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 227 y ss.

³⁰⁸ ALVIRA MARTIN, Francisco; RUBIO RODRÍGUEZ, María Ángeles. “Victimización e inseguridad: La perspectiva de las encuestas de victimización en España”, *Reis*, 18 (1982), pp. 29-50, p. 30.

³⁰⁹ Las primeras encuestas de naturaleza experimental fueron desarrolladas por la President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, en 1967, y su principal objetivo era brindar una medición más cercana a la “criminalidad real” que las estadísticas oficiales, que padecían el problema de la “cifra negra”.

³¹⁰ VAN OUIRIVE, Lode; PHILIPPE, Robert. “Una visión de conjunto”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Nº 5 (1999), pp. 15-26.

del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Esta encuesta fue de ámbito nacional, incluyendo las provincias insulares, con la excepción de Ceuta y Melilla. Se realizó sobre una muestra aleatoria estratificada por cruce de región-tamaño de hábitat y representativa a nivel regional. La selección aleatoria de puntos de muestreo, dentro de cada estrato, se llevó a cabo a partir de listados de municipios y secciones electorales. El tamaño real de la muestra obtenida fue de 5.706 elementos, representativo de un universo constituido por la población española de ambos sexos, mayores de dieciocho años. La recolección de datos se efectuó mediante un cuestionario pre-codificado y administrado en el propio domicilio del entrevistador.³¹¹

El CIS ha llevado a cabo seis encuestas nacionales que incluyen preguntas sobre victimización. Estas se realizaron en los años 1978, 1991, 1992, 1995, 1998 y 1999.³¹²

El cuestionario estaba dividido, además de las características sociodemográficas de los entrevistados (edad, renta, ideología, profesión, estado civil, religión, nivel de educación), en cuatro partes: una, referida a la percepción de seguridad del encuestado; otra, sobre creencias y actitudes del proceso judicial; una escala de gravedad de los delitos; y, finalmente, una serie de preguntas sobre delitos contra las personas y el patrimonio.

Posteriormente, en el año 1979, el CIS llevó a cabo la segunda encuesta sobre victimización realizada en España. La muestra fue representativa a nivel nacional y también a nivel del País Vasco. La muestra estaba constituida por 2.520 elementos, repartidos de la siguiente forma: 520 en el País Vasco y 2.000 en el resto de España. El universo lo constituyeron los individuos de ambos sexos, mayores de dieciocho años y residentes en el territorio español (los municipios de menos de 20.000 habitantes no fueron incluidos en la muestra seleccionada, lo que significa que este estudio resulta comparativo sólo a nivel urbano, quedando sin representación el hábitat rural).³¹³ Al igual que la encuesta del año anterior, la recolección de datos se efectuó mediante un cuestionario pre-codificado en el que, además de los datos sobre victimización y percepción de seguridad ciudadana, se incluían preguntas sobre el parecer de los encuestados acerca de la pena de muerte, medidas para hacer frente al aumento de la

³¹¹ Cfr. ALVIRA / RUBIO, "Victimización", *op. cit.*, p. 33.

³¹² Una crítica puede verse en GARCIA ESPAÑA, Elisa; *et al.* "Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuestas de victimización", *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2, Número 8 (2010), pp.1-27, p. 2. "En la actualidad tan solo ha llevado a cabo cinco encuestas nacionales, sin periodicidad y con una técnica (selección muestral, cuestionario, etc.) que hace imposible la incorporación de España a la comparación internacional".

³¹³ Cfr. ALVIRA / RUBIO, "Victimización", *op. cit.*, p. 34.

delincuencia, y el parecer de los encuestados frente a la actuación de la policía para combatir la delincuencia.

En el año 1980, el CIS llevó a efecto su última encuesta de victimización, con un tamaño de muestra de 6.032 entrevistas. El universo lo constituyeron todos los españoles de ambos sexos, de dieciocho años en adelante. El estudio fue realizado sobre una muestra aleatoria estratificada (40 estratos) por cruce de región y tamaño de hábitat, representativa a nivel nacional y regional. La distribución de la variable región se mantuvo en esta encuesta igual a la distribución de la encuesta de 1978. Es decir, no se adoptó la nueva distribución autonómica, con el fin de mantener un nivel comparativo en ambas encuestas. El cuestionario de esta última encuesta es igual al de la primera, excepto que incorpora un apartado específico sobre creencias y consumo de drogas.

La encuesta de 1995 también fue realizada por el CIS, a petición del Ministerio del Interior. El estudio original fue denominado “Delincuencia, Seguridad Ciudadana e Imagen de la Policía” (CIS 2152). El propósito de la encuesta era proporcionar una valoración nacional de actitudes y experiencias ciudadanas relacionadas con los temas de delincuencia, seguridad ciudadana, policía, política penitenciaria y temas de juventud.

Esta encuesta tuvo un ámbito nacional, incluyendo las provincias insulares, y excluyendo Ceuta y Melilla. La muestra incluye ciudadanos de ambos sexos, de 18 años y más. Así, 4.000 entrevistas fueron distribuidas en 6 sub-muestras: Madrid y Área Metropolitana (500 entrevistas), Barcelona y Área Metropolitana (500 entrevistas), Bilbao y Área Metropolitana (500 entrevistas), Sevilla y Área Metropolitana (500 entrevistas), Valencia y Área Metropolitana (500 entrevistas), Resto del País (1.500 entrevistas). El ámbito espacial de las sub-muestras de las Capitales y Áreas Metropolitanas fue la totalidad de los municipios que las componían. La muestra del resto del país se realizó sólo en los municipios de 30.000 habitantes y más. El muestreo fue polietápico, estratificado por conglomerados, con selección de las unidades primarias de muestreo (municipios) y de las unidades secundarias (secciones) de forma aleatoria proporcional, y de las unidades últimas (individuos) por rutas aleatorias y cuotas de sexo y edad. La fijación fue no proporcional, por lo que, para tratar la muestra conjuntamente, tuvimos que aplicar los coeficientes de ponderación suministrados en la matriz de datos. Los cuestionarios se aplicaron mediante entrevista personal en los domicilios. De las 4.000 entrevistas diseñadas, 3.919 pudieron ser realizadas.

En el año 1998, esta encuesta fue repetida. El estudio llevó por título “Seguridad

ciudadana y victimización” (CIS 2284).

De la misma manera que la anterior, esta encuesta tuvo un ámbito nacional, incluyendo las provincias insulares, y excluyendo los habitantes del País Vasco. La muestra incluyó ciudadanos de ambos sexos, de 18 años y más. El total de entrevistas ascendió a 2.500, las que fueron distribuidas en 3 sub-muestras: Baja, Media y Alta. El ámbito espacial de las sub-muestras correspondió a 312 Municipios y 45 Provincias. El procedimiento de muestreo fue idéntico al anterior. Los cuestionarios se aplicaron mediante entrevista personal en los domicilios de los entrevistados. De las 2.500 entrevistas diseñadas, sólo 2.456 se pudieron realizar.

La última encuesta realizada por el CIS fue en el año 1999, y también fue denominada “Seguridad ciudadana y victimización” (CIS 2315).

Esta encuesta tuvo un ámbito nacional, sin exclusiones. La muestra incluyó ciudadanos de ambos sexos, de 18 años y más. El total de entrevistas ascendió a 13.055, las que fueron distribuidas en 19 sub-muestras, correspondientes a cada Comunidad Autónoma: Andalucía (907 entrevistas), Aragón (675 entrevistas), Asturias (671 entrevistas), Baleares (655 entrevistas), Canarias (690 entrevistas), Cantabria (647 entrevistas), Castilla-La Mancha (695 entrevistas), Castilla y León (732 entrevistas), Cataluña (882 entrevistas), Comunidad Valenciana (789 entrevistas), Extremadura (669 entrevistas), Galicia (741 entrevistas), Madrid (835 entrevistas), Murcia (669 entrevistas), Navarra (648 entrevistas), País Vasco (714 entrevistas), La Rioja (636 entrevistas), Ceuta (400 entrevistas), Melilla (400 entrevistas). El ámbito espacial de las sub-muestras correspondió a 513 Municipios y 52 Provincias. Tal como se venía desarrollando previamente, el procedimiento de muestreo fue igual al de los años previos. Los cuestionarios se aplicaron mediante entrevista personal en los domicilios de los encuestados. De las 13.055 entrevistas, 12.994 pudieron ser realizadas.

Por su parte, a nivel regional, el ayuntamiento de Barcelona y, más recientemente, la *Generalitat de Catalunya*, viene realizando encuestas de victimización desde el año 1983. No obstante, sólo a partir de 1989 fue ampliada al área metropolitana de Barcelona, en un conjunto de 26 municipios. El modelo de cuestionario seguido fue propio, parecido al utilizado en la *International Crime Victimization Survey* (ICVS), pero con preguntas que detallan más el delito.³¹⁴ En los epígrafes posteriores, analizaremos con mayor profundidad este modelo de encuesta y su último resultado, a

³¹⁴ Cfr. GARRIDO; STANGELAND; REDONDO, *Principios, op. cit.*, p. 126.

objeto que nos permita realizar un paralelismo con nuestra propia encuesta que ofreceremos más adelante.

Por su parte, la sección de Málaga del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, desde el año 1994, ha venido desarrollando encuestas a nivel local y autonómico, pero no es sino en el año 2008, cuando decide realizar una encuesta con carácter nacional, a través del Observatorio de la Delincuencia en Andalucía (ODA).³¹⁵ Esta encuesta se ha venido realizando con el internacionalmente validado ICVS, lo que ha permitido no sólo comparar a España, en el ámbito de la victimización, con las encuestas en que participó a nivel internacional (1989 y 2005), sino cotejarlo con el resto de países individuales que utiliza el mismo método en Europa y América.

Esta encuesta alcanzó una población mixta de hombres y mujeres, mayores de 16 años, correspondientes a capitales de provincia y municipios, de más de 50.000 habitantes. El total de la muestra fue de 1.400 encuestas, de un total de 15.334 teléfonos asignados. Se diseñó una muestra representativa del conjunto del universo definido, probabilística, polietápica, y con selección aleatoria de las diferentes unidades en las sucesivas etapas. La recolección de información se realizó mediante encuestas telefónicas, a través del sistema CATI.³¹⁶

En el ámbito internacional, España participó sólo en dos de los cinco países internacionales de la Encuesta Internacional sobre Criminalidad y Victimización (ENICRIV, o también conocida como ICVS, por sus siglas en inglés). Por razones que se desconocen, no participó en las encuestas de los años 1996, 1999 y 2000. Seguramente, esta omisión se debió a razones políticas de la época, al constatarse que se estaba aplicando un modelo propio de encuesta realizado por el CIS. La primera encuesta internacional de la que formó parte, fue la del año 1989. La muestra incluyó varones y mujeres, de 16 años y más. El total de entrevistas realizadas, con metodología de encuesta “cara a cara”, fue de 1.500 personas.

Por otra parte, en el año 2005, se realizó la que, por el momento, es la última encuesta internacional y que, en España, fue de carácter nacional. La muestra incluyó ciudadanos de ambos sexos, de 16 años y más. El total de entrevistas ascendió a 2.000, las que se dividieron aleatoriamente en 800 para la capital (Madrid) y 1.200 para el resto del país. La mayoría de las entrevistas de la ENICRIV fueron hechas vía telefónica, con

³¹⁵ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS /GARCÍA ESPAÑA, *Encuesta, op. cit.*

³¹⁶ *Ibidem*, p. 25 y ss.

asistencia computarizada (CATI se aplicó en 24 de los 30 países).³¹⁷

3.2. Evolución de la delincuencia en España, desde la óptica de las encuestas de victimización

En base a las encuestas de victimización realizadas en los años 1998 y 2005, en el seno de ENICRIV, y en el año 2008, por el Observatorio de la Delincuencia en Andalucía - las cuales pueden ser comparables-, es que el Observatorio de la Delincuencia, del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, realizó un estudio titulado “Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuestas de victimización”,³¹⁸ arribando a las siguientes e importantes conclusiones, en relación a la victimización:

- La delincuencia en España está descendiendo desde hace 20 años, lo que contrasta no sólo con las estadísticas policiales sobre el registro del delito, sino también con las percepciones sociales y, sobre todo, con el discurso político. La evolución de la delincuencia común en España, hallada a través de las encuestas de victimización, presentó una tendencia descendente entre 1989 y 2008. Así, la tasa de victimización hallada para los últimos cinco años anteriores al pase, de cada una de las tres encuestas de victimización realizadas desde la primera, o sea, la del año 1989 (47,2%), luego la de 2005 (42,7%), y la del año 2008 (38,5%), ha bajado en casi 9 puntos porcentuales.
- La evolución de la tasa de los delitos totales, en el año 2008, coincidió con la tasa de victimización, ya que en ambas tasas se produjo un descenso importante entre 1989 y

³¹⁷ Entre sus principales resultados relacionados con España, podemos destacar los siguientes: a) Los niveles más bajos de victimización se encontraron en España, Japón, Hungría, Portugal, Austria, Francia, Grecia e Italia. Estos últimos tienen cifras de victimización significativamente menores al promedio de los países participantes en la encuesta. España, específicamente, ni siquiera llegó a una tasa de prevalencia de un 10% para los delitos censados (los tipos de delitos incluidos abarcan el conjunto de “delitos comunes”, como el robo simple o sin violencia, el robo a casa habitación, el robo con violencia contra las personas y las agresiones –lesiones-). Mediante un conjunto de preguntas especiales, la encuesta también recabó información de delitos no convencionales, como la corrupción ordinaria (solicitud de soborno por oficiales o funcionarios públicos), fraude al consumidor y delitos por discriminación; b) El miedo al delito alcanzó un índice del 26%, medido a través de la probabilidad que el encuestado sea víctima de un robo a su vivienda. De igual forma, el 33% declaró que tenían temor, luego de la medianoche, en la calle; c) En lo que respecta a la tasa de denuncia a la policía, de los delitos que una persona es víctima, España se situó en el promedio de la encuesta, esto es, con un 47% (las tasas más altas de denuncia se encontraron en Austria (70%), Bélgica (68%), Suecia (64%) y Suiza (63%)). A su vez, el 65% quedó satisfecho con la forma con que la policía atendió su denuncia; d) En lo relativo al apoyo de las víctimas, se encontró que el menor apoyo a víctimas se da en Hungría (0.4%), Lima (1%), Bulgaria (1%), Finlandia (2%), Alemania (2%), Grecia (2%), Maputo (2%), Turquía/Estambul (2%), Italia (3%) y España (3%); e) La actitud hacia la policía dio cuenta que, el 58% opinó que la policía hacía un trabajo bueno o muy bueno, en el control del crimen local.

³¹⁸ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *et al*, “Evolución”, *op. cit.*, pp. 1-27.

2005, para después aumentar levemente entre 2005 y 2008. La tasa de delitos totales subió ligeramente entre 2005 (9,1%) y 2008 (11,6%), aunque no tanto como la que bajó a contar del año 1989 (21,8%).

- La evolución de la tasa de victimización fue descendente para todas las categorías delictivas, salvo para los hurtos. Sin embargo, si se atiende a la tasa de delitos totales, se advierte que, aunque en la mayoría de los delitos descendió o se mantuvo, la tentativa de robo en vivienda presentó una tendencia al alza. Con esto, se concluyó que sólo han aumentado las víctimas que padecen un hurto, y que la tentativa de robo en viviendas fue el delito que más aumentó de la minoría de delitos que se incrementaron.

- Del total de víctimas en el año 2008, sólo el 58,6% denunció el delito a la policía. Esta cifra fue menor el año 2005, con un 48%, pero superior a 1989, donde alcanzó a un 35% (esta medición se basó en 9 delitos).

Por otro lado, hay que destacar que las tasas de victimización y denuncia presentaron, según el estudio, tendencias diferentes, siendo la primera descendente y la segunda ascendente.

Conforme a los investigadores, esto mostraría un indicio de correlación negativa entre la tasa de victimización y el hecho de que la víctima ponga lo sucedido en conocimiento de la policía (denuncia). No obstante, si los datos oficiales recogen los hechos conocidos por la policía, y una de las formas que la policía tiene de alcanzar dicho conocimiento es a través de las denuncias de las víctimas, el ascenso de la tasa de denuncias que se encontró, podría ser una de las causas que explique el aumento de la delincuencia, según las estadísticas policiales.

- Los hechos que más denunciaron las víctimas a la policía, en forma habitual, durante los últimos 5 años anteriores a 2008, fueron el robo de coches (90,5%), robo de motos (76,9%) y robo consumado en viviendas (63,6%). El hecho que tiene una tasa menor de denuncias es el “daño a coches”.

- De los ocho motivos en los que se dividen las respuestas (recuperar el objeto, tener un seguro, deber de denunciar, detener al delincuente, no vuelva a ocurrir, recibir ayuda, indemnización, otros), frente a la pregunta “¿por qué denunció el delito?”, la mayoría de los entrevistados denunciaron por considerar que era un hecho que debía ser puesto en conocimiento de la policía.

- Por último, el estudio de ODA también entregó otra importante conclusión, en orden a que, con preguntas adicionales que se incorporaron al cuestionario que fue objeto de encuesta, se pudo ahondar en los motivos que llevan a la ciudadanía a considerar por

qué la delincuencia ha aumentado, no obstante, según las tasas de victimización, ha disminuido en los últimos 20 años. Los resultados apuntaron a que la visión distorsionada del volumen de delincuencia en España puede deberse, en parte, a la reiterada información de hechos delictivos que los ciudadanos reciben a través de los medios de comunicación, más que al hecho de haber sido ellos o personas cercanas víctimas de un delito.

3.3. Las Encuestas de Victimización en Cataluña

Como con precisión describe GONDRA en su trabajo,³¹⁹ la primera encuesta catalana de victimización se realizó en Barcelona, en el año 1984, a iniciativa del Ayuntamiento. Es destacable que, a partir de esa primera edición, la encuesta se haya llevado a cabo cada año, sin interrupciones, y que adicionalmente, en 1989, se extendiera a los 27 municipios del área metropolitana de Barcelona, manteniendo la periodicidad anual.

Entre los años 1984 y 1991, se seleccionaba la muestra utilizando el sistema de rutas aleatorias, y a partir de 1992, se implantó la selección de hogares en base a los listados de teléfonos fijos, seleccionando –siempre aleatoriamente– a uno de los residentes en el hogar, de 16 años o más de edad. Desde 1991, la entrevista ha sido, pues, telefónica, y a partir del año 2000, se ha llevado a cabo con la ayuda de un sistema CATI (Computer Assisted Telephone Interview). En cifras, durante los años noventa se realizaban unas 7.000 entrevistas en la ciudad de Barcelona, y por encima de 5.500 en el resto de municipios del área metropolitana.³²⁰

Paralelamente, en el año 1999, la Generalitat de Catalunya inició la prueba piloto de una gran encuesta sobre seguridad y policía en el conjunto del país, también con una periodicidad anual. La existencia de dos operaciones estadísticas, en ámbitos de estudios similares o idénticos, planteó la necesidad de una confluencia por razones de economía y de ajuste a la normativa estadística vigente. En consecuencia, desde el año 2002, se llevó a cabo una única operación de campo, con un cuestionario común y módulos adaptados a las necesidades de cada institución.³²¹

La unificación de estas operaciones requirió la firma de varios convenios de

³¹⁹ GONDRA, Bernat. “La encuesta de seguridad pública de Cataluña”, en: *10 años de Encuesta de seguridad pública de Cataluña: experiencias europeas: balance y retos de futuro*. Barcelona: Secretaría de Seguridad, Generalitat de Catalunya, 2010, p. 39.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ *Ibidem*.

colaboración, principalmente entre la Generalitat de Catalunya, el Ayuntamiento de Barcelona y la Mancomunidad de Municipios del área Metropolitana de Barcelona, que se hacen cargo conjuntamente del coste de la operación, pero también con el Instituto de Estadística de Cataluña, que es formalmente el responsable de supervisar la operación, ya que la Encuesta de Seguridad Pública de Cataluña (ESPC) forma parte de la estadística oficial catalana.³²²

Las muestras de esta operación conjunta alcanzaron un máximo hacia el año 2002, superando las 18.000 entrevistas en el conjunto de Cataluña, pero últimamente se han estabilizado en torno a las 14.000. El diseño de la muestra no es proporcional para asegurar que en los territorios relevantes se garanticen niveles de error estadístico aceptables. Y, adicionalmente, los municipios que lo deseen, pueden aumentar la muestra en su término municipal, cubriendo sólo el gasto que comporte el aumento de la sub-muestra en su territorio, pero son pocos los ayuntamientos que se han acogido a esta posibilidad de ampliación.³²³

La Encuesta de victimización de Barcelona nace no del interés en la contraposición con otras herramientas de conocimiento, como las estadísticas policiales o judiciales, sino al contrario, su justificación se encuentra tanto en el orden conceptual de lo que se entiende que son las realidades de la ciudad, esto es, la participación de la ciudadanía en la decisión de cuáles son sus necesidades, y el ajuste de las políticas a la realidad de los territorios de la ciudad, como del convencimiento de que la seguridad también es una responsabilidad de los gobiernos municipales y que su gestión en proximidad requería de nuevas herramientas y nuevas aproximaciones.³²⁴

3.4. La victimización en Cataluña

a) La victimización

La victimización, desde 2003 al 2010, ha registrado un incremento del 21%. Como podemos observar, las personas que se han considerado víctimas de algún hecho delictivo (robo, agresión, amenaza o coacción), durante el año 2010, han llegado al

³²² *Ibidem*.

³²³ *Ibidem*, p. 40.

³²⁴ LAHOSA, Josep M. “La encuesta de victimización y opinión sobre la seguridad en Barcelona: Una opción estratégica de política pública de seguridad”, en: *10 años de Encuesta de seguridad pública de Cataluña: experiencias europeas: balance y retos de futuro*. Barcelona: Secretaría de Seguridad, Generalitat de Catalunya, 2010, p. 26.

19,3% de la población residente. La prevalencia global de la victimización, es decir, el porcentaje total de las personas victimizadas, por cualquier hecho, a lo largo del año pasado, ha tenido una leve, pero considerable baja con respecto al año 2009 (20,2%), donde se registró el índice más alto del lustro (Gráfico 1).

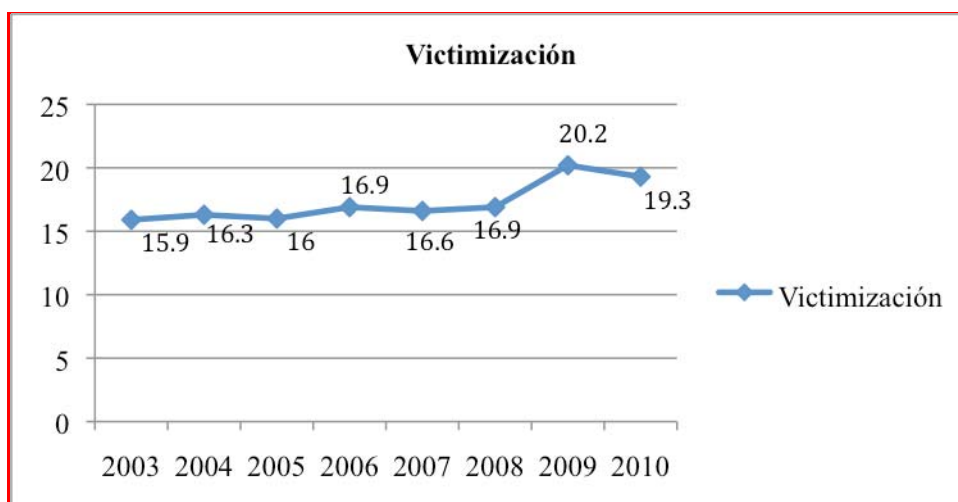


Gráfico 1. Victimization in Catalonia. Año 2003 – 2010. (Elaboración propia con datos obtenidos desde Gencat 2011)

Ahora bien, en lo que se refiere a victimización desagregada por tipo de delito, la preeminencia la tuvieron los delitos contra la seguridad personal (atracos, intento de atraco, tirón, intento de tirón, robo de bolso o cartera, intento de robo de bolso o cartera, robo del teléfono móvil, intento de robo del teléfono móvil, agresión física, intento de agresión física, amenazas, coacciones o intimidaciones), la cual anotó el año 2010 una prevalencia del 9,6%; le siguieron los delitos contra los vehículos (están excluidos los daños o actos de vandalismo), con un 7,3% ese mismo año; y, finalmente, se encuentran los delitos contra el domicilio, con un 1,9% el año 2010 (Gráfico 2).

Prevalencia de la victimización delictiva	1999	2000	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Contra los vehículos	7,4	6,4	6,4	7,6	7,4	6,9	8,6	6,8	7,4	9,8	7,3
Contra el domicilio	1,6	1,8	1,6	1,7	1,8	1,1	2,1	1,9	1,8	2,2	1,9
Contra la segunda residencia	0,7	0,9	0,7	0,7	0,7	0,7	0,8	0,6	0,7	0,8	0,9

Contra los pequeños negocios	0,7	1,1	1	1	0,9	0,9	1	1,1	0,9	0,9	1
Contra la economía agraria	0,8	0,6	0,7	0,8	0,6	0,6	0,5	0,8	1	1,1	0,9
Contra la seguridad personal	3,7	5,6	6,3	7,1	7,9	8,2	8,8	8,7	8,8	10,1	9,6

Gráfico 2. Prevalencia de la victimización delictiva y no delictiva. (Elaboración propia con datos obtenidos desde Gencat 2011)

En lo que se refiere a los delitos contra la seguridad personal, el robo de bolsa y robo del móvil lideraron el año 2010, con un 3,1% y un 1,1%, respectivamente (Gráfico 3).

	2009	2010
Agresión física	0,6	0,5
Amenazas	1,3	1
Atraco	0,8	0,6
Tirón	0,7	0,6
Robo de móvil	1,3	1,1
Robo de bolsa	3,2	3,1

Gráfico 3. Victimización contra la seguridad personal. (Elaboración propia con datos obtenidos desde Gencat 2011)

La distribución territorial de la victimización sigue un esquema que no presenta grandes variaciones de un año a otro. En el año 2010 -y en los anteriores-, se puede constatar que Barcelona (24,8%), El Camp de Tarragona (19,8%), Les Terres de l'Ebre (19,7) y Girona (15,3%), tienen una victimización superior a la media. Y ésta ha sido una constante en los estudios catalanes de victimización, con la importante excepción de las comarcas gerundenses, que se habían situado por debajo de la media hasta el año 2008.³²⁵ Barcelona ha tenido siempre un nivel de victimización superior a la media.

³²⁵ Cfr. GONDRA, "La encuesta", *op. cit.*, p. 48.

La distribución de la victimización por género no presenta particularidades, los hombres son más victimizados que las mujeres. Así, el 53% de los hombres resultó víctima de delito, frente al 47% de las mujeres.

En lo que a victimización por edades respecta, tampoco tiene particularidades, ya que se presenta de manera homogénea, como en la gran mayoría de otras encuestas y latitudes. La gente joven está más victimizada que el resto de la población, y los datos de la ESPC así lo confirman. El grupo etario que se ubica entre los 16 y 25 años registró una victimización, el año 2010, de 30,8%; le sigue la franja de 26 a 40 años, con un 21,9%. Lo curioso es que esta situación, a lo menos desde el año 2003 a la fecha, siempre ha sido igual, es decir, una mayor victimización en las personas más jóvenes de la pirámide.

b) La afectación subjetiva

La afectación subjetiva de las personas victimizadas es medida por la ESPC, mediante dos indicadores, en una escala de 0 (nada) a 10 (muchísimo). El primer indicador valora las molestias asociadas al hecho (“Valore... las molestias que le ocasionó este hecho”), y el segundo pretende evaluar la afectación psicológica de la víctima (“Valore... cómo le afectó psicológicamente el hecho”). Teniendo en cuenta el predominio estadístico de los hechos más leves, no puede sorprender que la valoración media de las molestias fue superior a la afectación psicológica. En la edición del año 2010, las molestias asociadas al delito han recibido una valoración media de 7,1 puntos, muy similar a la del año anterior (6,9), y una afectación psicológica de 5,8 puntos, una décima superior a la del año 2009 (Gráfico 4).

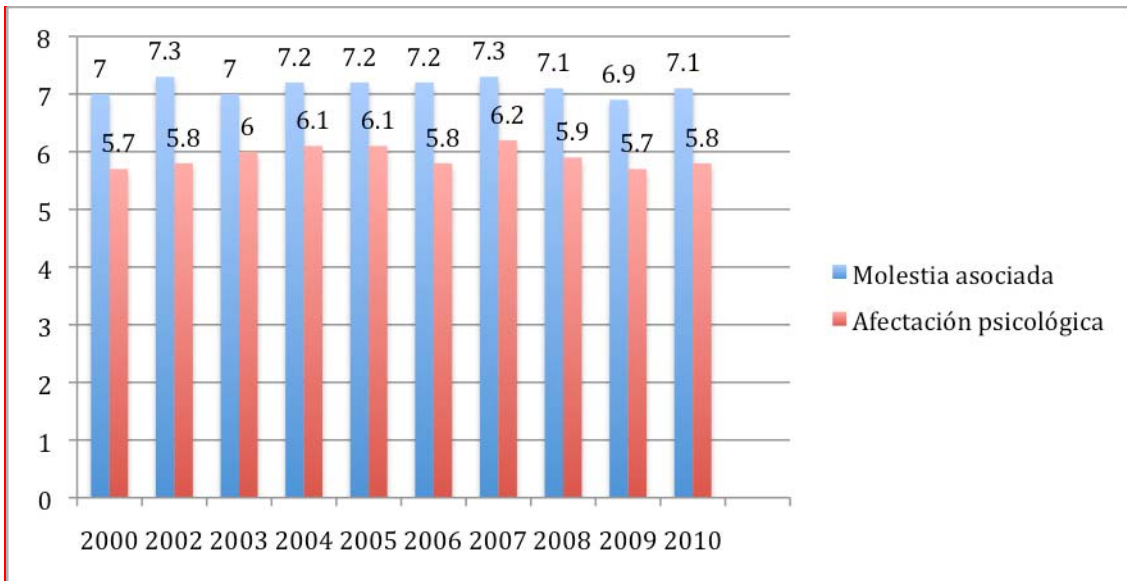


Gráfico 4. Afectación subjetiva asociada a la victimización, 2000–2010. Escala 1-10. (Elaboración propia con datos obtenidos desde Gencat 2011)

c) La denuncia de delitos

En el año 2010, el índice de delitos denunciados alcanzó a algo más del 45% del total de eventos. Sin duda, mejoró con respecto al 2009, año en que se registró el índice más bajo del lustro, con un 41.6% (Gráfico 5).

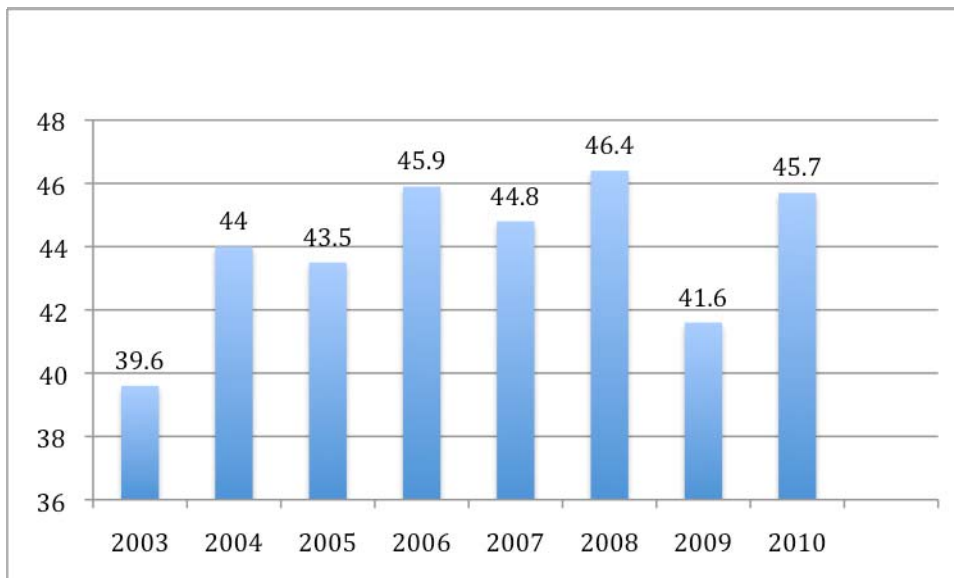


Gráfico 5. Porcentaje de delitos denunciados. (Elaboración propia con datos obtenidos desde Gencat 2011)

Las razones esgrimidas por los encuestados para no denunciar los delitos, fueron lideradas por la respuesta “La policía podía hacer pocas cosas”, con un 70,2%; le siguió el motivo “Porque era poco importante”, con un 63,3%, y “Resultaba complicado”, con un 57,4% (Gráfico 6).

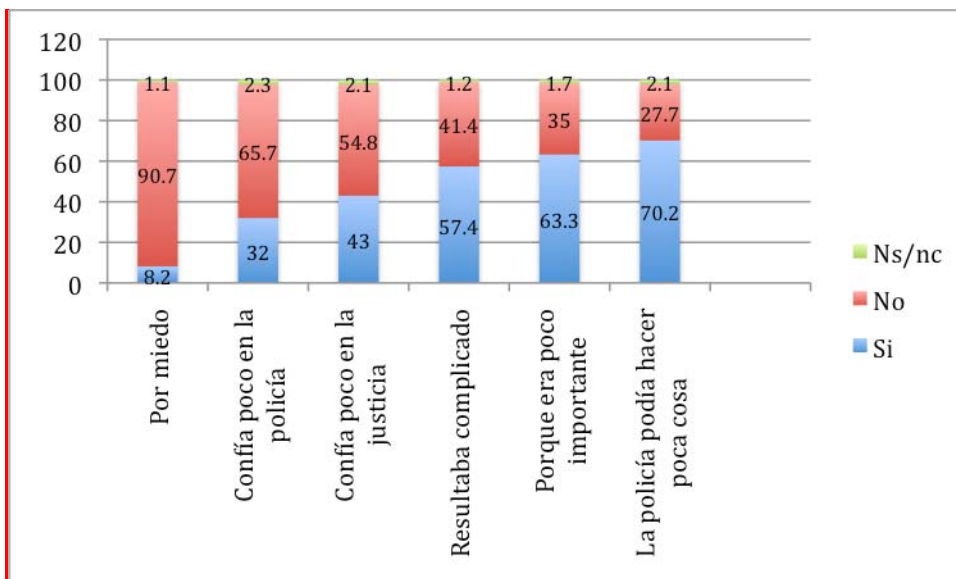


Gráfico 6. Motivos para no denunciar. (Elaboración propia con datos obtenidos desde Gencat 2011)

d) Percepción del nivel de seguridad

En lo que se refiere a la percepción del nivel de seguridad, la población catalana ha valorado, el año 2010, el nivel de seguridad existente en su municipio de residencia, con una media de 6,3 puntos sobre 10. Esta cifra también fue la media en el período 2003 a 2011 (Gráfico 7).

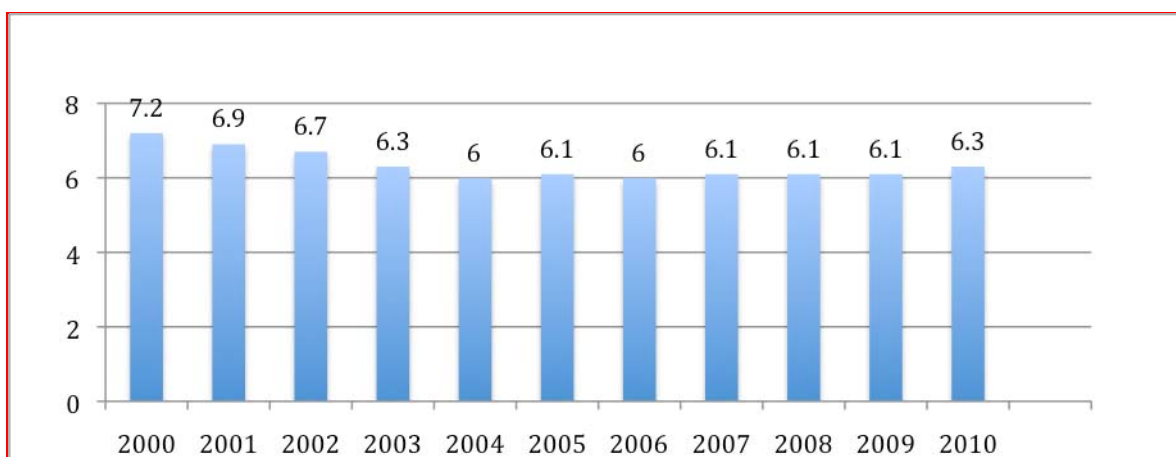


Gráfico 7. Percepción del nivel de seguridad. Escala 0-10. (Elaboración propia con datos obtenidos desde Gencat 2011)

Sin perjuicio de lo anterior, las respuestas a una pregunta complementaria de la ESPC (“¿Cuál es su opinión sobre la evolución de la seguridad en su municipio durante el último año?”), expresaron una visión más crítica en torno a la percepción del nivel de seguridad. En efecto, hay entrevistados que piensan que la situación de seguridad ha empeorado. Y esta tendencia aumenta desde el año 2008 (del 18,7% al 20,1%, en el 2010). Por otra parte, están los que creen que la seguridad ha mejorado. Sin embargo, estos disminuyen ese mismo año (del 22,9% al 19,4%, en el 2010).

e) Valoración de la policía

La valoración del servicio que presta la policía de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ha mostrado una tendencia a la baja, suave pero persistente, entre el año 2000 y el 2007, para estabilizarse en torno a los 6,5 o 6,6 puntos sobre 10, en los últimos tres años. Y la valoración de los servicios que prestan las policías municipales, por su parte, también disminuyó ligeramente durante la primera mitad de la década, pero se estabilizó después, en este caso, en torno a los 6 o 6,1 puntos.

Esta evolución se muestra con detalle en la tabla siguiente, en la que no constan las puntuaciones de los cuerpos estatales de los últimos años, ya que se dejó de preguntar por la valoración de sus servicios en el año 2007 (Gráfico 8).

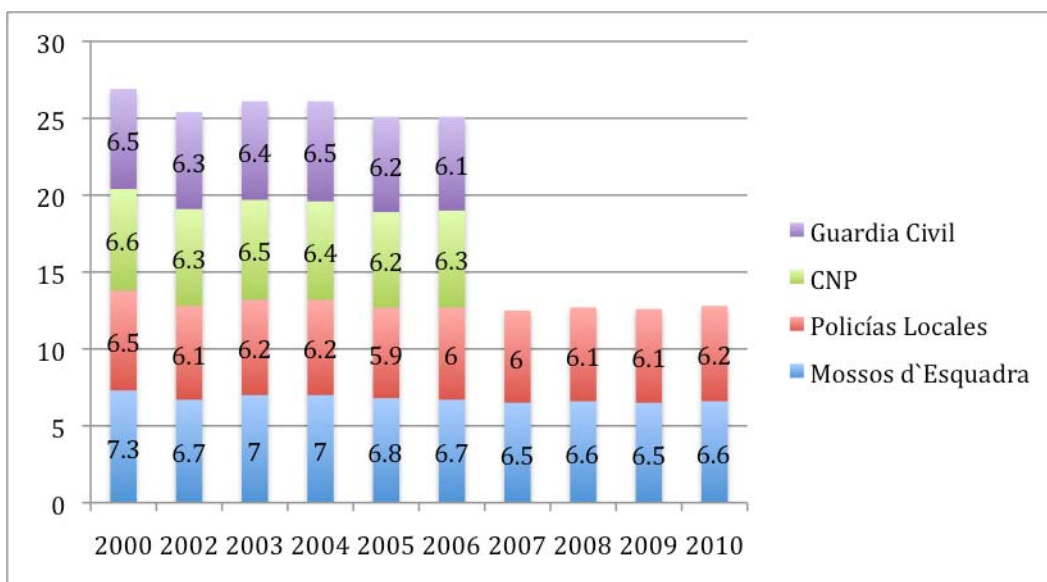


Gráfico 8. Valoración global de los servicios policiales. Año 2000-2010. Escala 0-10. (Elaboración propia con datos obtenidos desde Gencat 2011)

La satisfacción con la recepción de la denuncia, por parte de la policía autonómica catalana, en general, ha sido buena. Más del 65% de los encuestados la calificaron con nota sobre siete (escala de 0 a 10), y casi un 27% le otorgó 10 puntos.

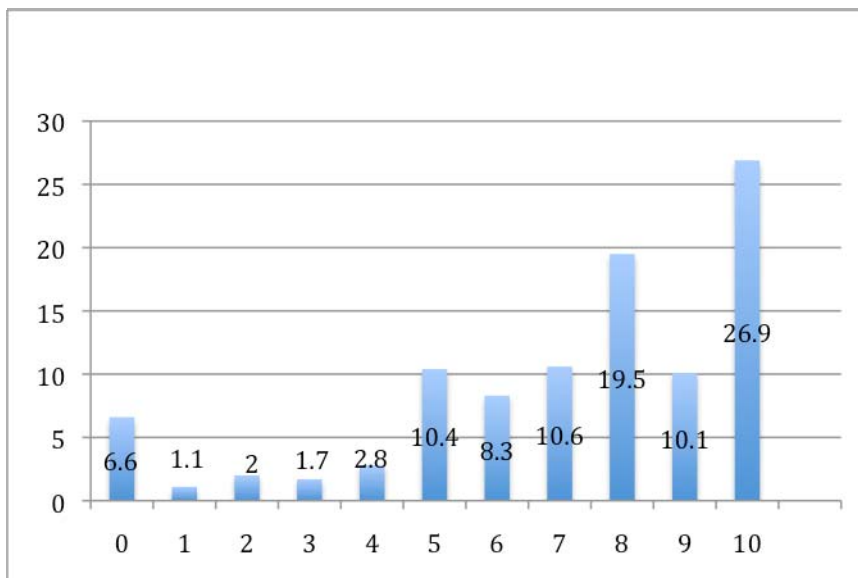


Gráfico 9. Satisfacción con la recepción de la denuncia por parte de los Mossos d'Esquadra, en el año 2010. Escala 0-10. (Elaboración propia con datos obtenidos desde Gencat 2011)

3.4.1. Principales resultados de la encuesta de victimización en Cataluña

Conforme la Encuesta, la victimización en Cataluña ha disminuido ligeramente respecto al año anterior, pero con cifras que aún están por sobre la media de los años anteriores, al 2008 inclusive. Si bien hay una corrección a la baja, en relación a la encuesta anterior, lo que constituye un dato esperanzador, es del todo insuficiente todavía.

Los datos arrojan que una de cada cinco personas fue víctima de un hecho que ella ha considerado delictivo, durante el año 2010. Además, el 6,5% de los catalanes dijo haber sufrido daños a bienes privados considerados delictivos (destrozos en el domicilio, el vehículo, a pequeños negocios o maquinaria y productos del campo). Sin embargo, la prevalencia de los incidentes delictivos (victimización y daños) mantuvo la tendencia a la estabilización.

A nivel territorial, la victimización continúa alta en el municipio de Barcelona, donde uno de cada cuatro residentes ha sufrido algún ilícito considerado delictivo. Cabe destacar que la victimización delictiva disminuye en la mayor parte de ámbitos

territoriales, con respecto a la medición de la edición anterior de la encuesta, en el año 2009.

Por su parte, los ámbitos con más victimización fueron los hechos cometidos contra la seguridad personal y el vehículo.

El 9,6% de los catalanes ha sufrido, en el último año, algún tipo de incidente contra la seguridad personal: atraco e intento de atraco; tirón e intento de tirón, agresión física e intento de agresión; amenazas; robo de móvil e intento; y robo de bolsa e intento. En este aspecto, destacó también una reducción en el conjunto de hechos con cierto grado de violencia o intimidación (1,2 puntos).

Respecto al robo de vehículo e intento del mismo, se ha producido una gran mejoría en más de un punto, pues la población que ha sido objeto de este hecho ha pasado del 8,6%, en 2009, al 7,3%, en el 2010.

Por otro lado, la percepción subjetiva de seguridad se mantuvo estable. Los catalanes han puntuado este año con una nota media de 6,2 sobre 10, el nivel de seguridad en su municipio. La percepción que tienen los ciudadanos, en torno a la seguridad, se ha mantenido estable entre 6,0 y 6,3 puntos, desde 2003.

Por otro lado, los Mossos d'Esquadra es la policía mejor valorada, con una nota de 6,6 sobre 10. El trabajo realizado por las policías locales obtuvo un 6,2. Así pues, los resultados de la ESPC reflejan una leve tendencia a la baja de la valoración de los servicios policiales y del trabajo que hacen los Mossos d'Esquadra, en relación a las últimas ediciones. En efecto, a nuestro juicio, la baja ha sido considerable. Mientras el año 2000 puntuaba 7,3, el año 2010 calificó 6,6.

En cuanto al servicio de recepción de denuncias, los encuestados dieron una buena nota a la atención recibida por parte de los Mossos d'Esquadra: más del 65% de los encuestados la calificó con nota sobre siete (escala de 0 a 10), y casi un 27% le otorgó 10 puntos. Tan sólo un poco más del 25% de los encuestados calificó a esta policía bajo los 5 puntos.

Capítulo 5

La victimización secundaria de inmigrantes

1. Introducción
2. Formas de victimización secundaria
 - 2.1. El inmigrante y la policía: la denuncia, la actitud hacia la policía y los principales inconvenientes en su interacción
 - 2.2. El inmigrante y los tribunales de justicia

1. Introducción

En Victimología, se entiende por *Victimización Secundaria o Revictimización o Doble Victimización*, aquel sufrimiento que las víctimas experimentan por parte de la actuación de las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia, a saber, Ministerio Fiscal, policías, jueces, peritos y demás instancias públicas con competencia en la materia.

Muchos autores coinciden en definir la victimización secundaria como las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Supone un choque frustrante entre las legítimas expectativas de las víctimas y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión acerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, dejándolas desoladas e inseguras, y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones, para dar respuesta a las necesidades de las mismas.³²⁶ Asimismo, se entiende como una segunda experiencia victimal que resulta, con alguna frecuencia, siendo más negativa que la primaria, y puede llevar a incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión psicológica o patrimonial.³²⁷

Por su parte, BUSTOS y LARRAURI atribuyen a la segunda victimización un carácter de desamparo e inseguridad propios del concepto de víctima. En efecto, el hecho que

³²⁶ SORIA VERDE, Miguel Ángel; MAESO, Julio; RAMOS, Emili. “Delincuencia y victimización”, en: SORIA VERDE, M.A. (Ed.), *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*. Barcelona: PPU, 1993, p. 62; LANDROVE, *La moderna, op. cit.*, p. 50.

³²⁷ BERRIL, Kevin; HEREK, Gregory. “Primary and secondary victimization in anti-gay hate crimes: oficial response and public policy”, en: HEREK, G.M.; BERRILL, K.T. (Eds.), *Hate crimes: confronting violence against lesbians and gay men*. US.: Newbury Park, 1992, p. 26; GARCÍA-PABLOS, *Tratado, op. cit.*, p. 151; LANDROVE, *La moderna, op. cit.*, p. 51; ONU. “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios fundamentales de Justicia para las Víctimas del delito y del abuso de poder”, en: <http://www.uncjin.org/> [visitado el 24/12/2010].

frecuentemente la víctima del delito no tenga información sobre sus derechos; que no reciba la atención jurídica correspondiente; que sea completamente mediatizada en su problema; y que más aún, en muchos casos, como son las violaciones o agresiones sexuales en general, la violencia doméstica, etc., reciba un tratamiento que le significa ahondar la afectación personal sufrida con el delito, implica que los operadores del sistema penal procesal le determinan sus condiciones de desamparo e inseguridad, con lo cual se reafirma su etiqueta de víctima.³²⁸

Para GARRIDO, STANGELAND y REDONDO, la victimización secundaria estaría constituida por las personas que resultan negativamente afectadas por el tránsito dentro del sistema de justicia, en que además del daño del delito, se añade una penalidad de un trato insensible y costoso -en varios sentidos, según estos autores-, por parte del sistema, encargado de reprimir la delincuencia e impartir justicia.³²⁹ Señalan que las prácticas corruptas, abusivas y discriminatorias tienen como resultado, entre otros, una mayor victimización secundaria por parte del sistema de justicia. Esgrimen que es el caso, por ejemplo, cuando emigrantes, mujeres o minorías étnicas, reciben un trato que aumenta su penalidad, dificulta su acceso a los resortes de la justicia, facilita la revictimización al hallar, el agresor, que su delito queda impune. La víctima, por consiguiente, ve que su estado de vulnerabilidad no ha mermado, o incluso ha aumentado, como consecuencia de la acción fallida de la justicia.³³⁰

Para GARCÍA-PABLOS, la victimización secundaria abarca los costes personales derivados de la intervención del sistema legal. Da como ejemplo el dolor que le causa a la víctima revivir la escena del crimen, al declarar ante el Juez; el sentimiento de humillación que padece la víctima por ser culpabilizada por los abogados del acusado, que argumentan sus alegaciones en orden a que ella habría provocado, con su conducta, el delito; el impacto traumatizante de las declaraciones de la víctima ante los agentes policiales, la exploración ante los peritos, el eventual reencuentro con el acusado en juicio, etc.³³¹

Por su parte, VILLACAMPA ESTIARTE asocia el contacto de la víctima con la Administración de justicia, como el factor que produce a aquella un segundo efecto victimizador, y que su relación con las instancias policiales y ulteriormente judiciales,

³²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; LARRAURI, Elena. *Victimología Presente y futuro*. Colombia: Temis, 1993, p. 30.

³²⁹ GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de Criminología, 3ª Ed.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 838.

³³⁰ *Ibidem*, p.839.

³³¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS, *Tratado, op. cit.*, p.128.

conlleva consecuencias perversas. Agrega que, con el proceso, la víctima se ve sometida a una nueva experiencia victimal, que enfatiza los efectos perjudiciales derivados directamente del padecimiento del ilícito penal, y que puede aún agravarlos, añadiendo, a estos, nuevos quebrantos de naturaleza psicológica e incluso patrimonial.³³²

Finalmente, TAMARIT SUMALLA indica que esta clase de victimización constituye los costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo, su intervención en el proceso penal, en el que ésta es objeto de enjuiciamiento.³³³

Cabe aclarar que el término revictimización, en ocasiones, se utiliza para referirse a múltiples victimizaciones producidas por el mismo agresor o distintos agresores, en diferentes momentos. Esta situación se describe especialmente en delitos como la agresión sexual (generalmente por parte del cónyuge o pareja, o en casos como el incesto)³³⁴ y la violencia conyugal, donde la víctima es una y otra vez agredida por su compañero, padre o padrastro.

De este modo, se puede afirmar que la victimización secundaria se presenta no por el acto delictivo en sí mismo, sino como consecuencia directa de la respuesta institucional que el Estado da a la víctima que sufrió un delito.

En concreto, este sufrimiento puede tener su génesis o derivar de un completo rechazo de los derechos humanos de las víctimas de grupos culturales en particular, clases o un género en específico, mediante una negativa para reconocer su experiencia victimizadora. También ello puede resultar de una conducta imprudente o inapropiada por parte de la policía o de otras autoridades del sistema de justicia. Más sutilmente, el proceso entero de investigación criminal y del proceso en sí, pueden causar victimización secundaria, por parte de la investigación, a través de las decisiones -sean para la persecución o no-, la ausencia de normas para perseguir el delito, el propio proceso penal, y la sentencia del delincuente o de su eventual liberación. La victimización secundaria, a través del proceso de justicia penal, puede ocurrir debido a las dificultades entre el equilibrio de los derechos de la víctima contra los derechos del acusado o delincuente.³³⁵

En lo que aquí interesa, y partiendo de la premisa que las investigaciones sobre lo

³³² Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Evolución legislativa”, *op. cit.*, p. 55.

³³³ Cfr. TAMARIT SUMALLA, “La Victimología”, *op. cit.*, p. 32.

³³⁴ CAMPBELL, Rebecca; RAJA, Sheela. “The sexual assault and secondary victimization of female veterans: Helpseeking experiences in military and civilian social systems”, *Psychology of Women Quarterly*, 29 (2005), 97-106, p. 98.

³³⁵ Naciones Unidas. “Manual de Justicia para Víctimas, Oficina de las Naciones Unidas para el Control de Drogas y Prevención del Delito, Centro para la Prevención del Delito Internacional”, en: www.unojust.org [visitado el 02/01/2012].

concerniente a inmigración y acceso a la justicia –expresión genérica para referir la relación de una persona y el sistema de justicia- es o ha sido escasa,³³⁶ nos ocuparemos en este capítulo de la relación que se presenta entre la víctima inmigrante, por un parte, y por otra, la policía y los tribunales de justicia. Para ello, expondremos las investigaciones científicas existentes sobre estas interrelaciones y sus respectivos resultados. Asimismo, expondremos los resultados obtenidos desde nuestro propio trabajo empírico -encuesta de victimización-, en los puntos que son atingentes para este capítulo.

2. Formas de victimización secundaria

La victimización secundaria se puede presentar en diferentes momentos: durante la etapa del arresto, la denuncia, la toma de declaración, la atención en salud, el juicio, la sentencia, y en diferentes niveles: judicial, familiar, social y laboral. Además, las formas de victimización secundaria y los factores asociados a ésta, se relacionan con el tipo de delito.³³⁷

Como bien precisa TAMARIT SUMALLA, el concepto de victimización secundaria comprende los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico-forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral. Agrega que, en un sentido más extenso, involucra considerar los efectos del tratamiento informativo del suceso, por parte de los medios de comunicación.³³⁸

Diversos estudios han evidenciado cómo la policía influye en las víctimas para evitar que denuncien ciertos delitos, como la violencia conyugal o el hurto. También se ha establecido que el trato dispensado a la víctima por los agentes de la policía, en los delitos sexuales, no es adecuado, persiguiendo y acosando a las víctimas, como si estas fuesen las culpables.³³⁹

En la misma línea anterior, no es ninguna incógnita señalar que, a propósito de la

³³⁶ DAVIS, Robert C.; EREZ, Edna. "Immigrant population as victims: Toward a multicultural criminal justice system", *Research in brief. National Institute of Justice*, Mayo (1998), p. 1; DAVIS, Robert C.; EREZ, Edna; AVITABILE, Nancy. "Access to justice for immigrants victimized by crime: The perspectives of police and prosecutors", *Criminal Justice Policy Review*, 3 (2001), pp. 183-196.

³³⁷ CAMPBELL, Rebecca. "What Really Happened? A Validation Study of Rape Survivors' Hel-Seeking Experiences With The Legal and Medical Systems", *Violence And Victims*, 1 (2005), pp. 55-68; CAMPBELL; RAJA, "The sexual assault", *op. cit.*, 97-106.

³³⁸ Cfr. TAMARIT, "La Victimología", *op. cit.*, p. 32.

³³⁹ GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa; PÉREZ, Carlos. "Revisión teórica del concepto de victimización secundaria", *Liberabit, Revista de psicología*, Vol. 15, Nº 1 (2009), pp. 49-58, p. 52.

victimización producida por los tribunales de justicia, ésta se presenta, entre otras formas y, en general, con la congestión, ineficiencia e ineficacia de los juzgados, en la medida en que los procesos se alargan y no existen respuestas a las víctimas frente a sus peticiones de información, desconociendo el derecho que tienen a una pronta reparación e indemnización.³⁴⁰ Se genera una impotencia en la víctima por su contacto con la administración de justicia, en que ella entiende que pierde el tiempo, que no comprende las reglas y la operatividad del sistema, se siente ignorada por la administración, no es tratada de manera acogedora, no es informada, etc. Y si no se produce una impotencia, se crea un malestar producto de la incompreensión del sistema judicial, al no entender que bajo las circunstancias actuales de la víctima, ésta no recuerde inmediatamente el hecho victimizante, o no sepa cómo describirlo, no pueda dar un mayor número de detalles o, simplemente, el relato sea del todo incoherente.³⁴¹

En la misma línea anterior, a propósito de la victimización que se produce en el proceso judicial, ECHEBURÚA señala que ésta tiene su origen en las declaraciones repetidas que se le solicitan a la víctima, de las exploraciones psicológicas o médicas reiteradas, la poca delicadeza en los interrogatorios policiales, la demora en el juicio oral, con la consiguiente declaración en público y frente al ofensor, así como de la crítica –directa o encubierta- al estilo de vida de la víctima o la puesta en tela de juicio de su testimonio.³⁴²

Por su parte, ALBERTIN enumera algunos factores causantes de la victimización secundaria por parte del sistema jurisdiccional penal, los cuales podrían reducirse a los siguientes:³⁴³

- a) Dar prioridad a la búsqueda de la realidad del suceso delictivo, olvidando la atención a la víctima o despersonalizando su trato.
- b) La falta de información sobre la evolución del proceso, sobre la sentencia y sobre el destino del victimario.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 53.

³⁴¹ HERRERO ALONSO, Carmen; GARRIDO MARTÍN, Eugenio. “La víctima: El gran olvido social”, *Universidad de Salamanca, Facultad de Psicología*, p. 20, en: http://www.webs.ulpgc.es/revipsicoso/WEB/Numero_1/texto_2_herrero.pdf [visitado el 02/01/2011].

³⁴² Cfr. ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; GUERRICAECHEVARRÍA, Cristina. “Especial consideración de algunos ámbitos de victimación”, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep María. *Manual de Victimología*, Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 158.

³⁴³ ALBERTIN, Pilar. “Psicología de la victimización criminal”, en: SORIA, M; SAÍZ, D. (Coord.), *Psicología Criminal*. España: Pearson Educación, 2006, pp. 245-276; En el mismo sentido, y para una mayor profundidad, véase GUTIÉRREZ DE PIÑERES; CORONEL; PÉREZ, “Revisión teórica”, *op. cit.*, p. 53.

- c) La falta de un entorno de intimidad y protección.
- d) Excesivos tecnicismos jurídicos.
- e) Desconocimiento de los roles profesionales por parte de la víctima.
- f) La excesiva lentitud del proceso judicial y su interferencia con el proceso de recuperación y readaptación de la víctima.
- g) El juicio oral: la narración del delito, la puesta en entredicho de su credibilidad y el sentimiento de culpabilidad, son importantes inductores de tensión.

Así las cosas, podemos afirmar que las formas como se presenta la victimización secundaria está estrictamente referido a los efectos dañinos que se presentan en la víctima de un delito (victimización primaria), por la interrelación de ésta y los diferentes actores del sistema de justicia penal: policía, tribunales de justicia, abogados y agentes auxiliares, como médicos, psicólogos, psiquiatras y, en general, los peritos. Merece destacar que esta victimización no se produce por la acción del Derecho penal y/o del Derecho procesal penal –por lo menos en la generalidad de los casos-, meros instrumentos de los sirvientes del Derecho, sino por las estructuras organizadas y, específicamente, sus dependientes, que conforman el aparataje de la justicia penal.

2.1. El inmigrante y la policía: la denuncia, la actitud hacia la policía y los principales inconvenientes en su interacción.

Como indica SANGRADOR, el primer contacto de las víctimas con el sistema de justicia penal es a través de la policía, la que, sin duda, es la puerta de entrada al sistema.³⁴⁴ Si no fuese por la denuncia, un hecho que reúna las características de delito jamás podría ser investigado, y pasaría a engrosar las estadísticas de la denominada cifra negra o de delitos no denunciados. La importancia de la denuncia no sólo radica en ser la llave del aparato penal, sino también, entre otros aspectos, y en lo que a la victimología interesa, en la posibilidad de visualizar y, por ende, conocer a la víctima de un determinado delito.

Las razones que tiene una persona para denunciar o no un delito son de variada índole. Así, se ha asentado empíricamente que existen algunos factores que favorecerían tal iniciativa. En efecto, el estudio de SCHNEIDER, BURCART y WILSON, combinando en su investigación los análisis bivariado y multivariado, establecieron que los delitos

³⁴⁴ Cfr. SANGRADOR, “La Victimología”, *op. cit.*, p. 68.

tienden a ser más denunciados cuando la víctima está más integrada en la sociedad, cuando tiene una actitud positiva sobre la policía, y cree que ésta tiene alguna posibilidad de detener al delincuente.³⁴⁵

Las razones por las cuales las víctimas denuncian los delitos están ligadas, de una u otra forma, con las siguientes intenciones:³⁴⁶ obtener algún tipo de compensación; recuperar la propiedad perdida, o ser indemnizada por alguna compañía de seguros; deseos de venganza contra el autor del delito; evitar una victimización futura de la propia víctima o de otra persona; deber social de denunciar los delitos o el imperativo moral de cooperar con la justicia; etc.

Por otra parte, lamentablemente, la tendencia mayoritaria es que las víctimas no denuncian los delitos, y sólo una pequeña parte de estos ilícitos llegan a conocimiento del sistema de justicia penal. Se ha estudiado mucho, por diferentes criminólogos, cuáles serían los factores que explicarían la reticencia de las víctimas a reportar los delitos.³⁴⁷ Dentro de estas razones, destacan las siguientes: reacción psicológica de la víctima, como ansiedad, miedo o incluso autoinculpación; sentimiento de impotencia personal y frente a la labor policial, al estimar que esta última nada puede hacer; miedo a una victimización secundaria; temor a la venganza del criminal o su grupo; algún tipo de relación preexistente entre la víctima y su agresor, etc.

Nos sumamos a lo reflexionado por GARCÍA-PABLOS, en orden a que las razones del distanciamiento de la víctima respecto del sistema de justicia penal, deben buscarse en el funcionamiento de este último y en la percepción social de los principios que la inspiran. La alienación de la víctima respecto del sistema, su actitud de desconfianza hacia éste y el sentimiento de indefensión e impotencia, explicarían inequívocamente el rechazo al sistema por parte de la víctima.³⁴⁸

En lo que atañe a la actitud de la víctima hacia la policía, estudios han demostrado la

³⁴⁵ SCHNEIDER, Anne; BURCART, Janie; WILSON, L.A. "The role of attitudes in the decision to report crimes to the police", en: McDONALD, Williams (Ed.), *Criminal justice and the victim*. USA: Beverly Hills, 1976, pp. 89-113; En el mismo sentido, hay estudios recientes: BIRKBECK, Christopher; GABALDÓN, Luis Gerardo; LA FREE, Gary. "The Decision to Call the Police: A Comparative Study of the United States and Venezuela", *International Criminal Justice Review*, 1 (1993), pp. 25-43; ROBERT, Philippe; *et al.* "The Victim's Decision to Report Offences to the Police in France: Stating Losses or Expressing Attitudes", *International Review of Victimology*, 1 (2010), pp. 179-207. Sin embargo, este último estudio profundiza en la confianza de las instituciones de seguridad como factor, a la hora de reportar un delito.

³⁴⁶ Cfr. SANGRADOR, "La Victimología", *op. cit.*, p. 74.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 70 y ss.

³⁴⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, *op. cit.*, p. 171.

satisfacción de las víctimas con la actuación de la policía.³⁴⁹ Cabe aclarar que estos estudios dicen relación con la actuación de la policía respecto al trato dispensado a la víctima al momento de tomar su denuncia (que fuera servicial, atenta, comprensiva, que la tratase con consideración, etc.), y no a los resultados propios de la investigación policial, tendientes a la detención del criminal.

Por otro lado, el desencanto con la policía tiene también su explicación. Las víctimas ven a la policía como un servicio cercano: es ésta la que acude a sus llamados, se preocupa por lo que ha ocurrido, trata de buscar al culpable, recuperar lo perdido, etc. Las víctimas pueden tener la creencia de que van a seguir en contacto con la policía, que ésta va a tenerles informados del progreso de la investigación, etc.³⁵⁰ Lamentablemente, esto no es así. La policía raramente informa a la víctima ni la consulta para nada. El contacto con ella es cuando necesita algo y para nada más, por lo cual se genera una especie de expectativas incumplidas. La situación se agudiza aún más cuando no se detiene al delincuente. En estos casos, no sólo no se le informa del fracaso a la víctima, sino tampoco qué gestiones se realizaron en la investigación, tendientes a un resultado positivo.³⁵¹

En lo que se refiere específicamente a la relación de la policía y la población inmigrante, los operadores de la administración penal han empezado a apreciar la importancia de la respuesta adecuada de la justicia, para las personas que participan en los procesos penales y que son, a su vez, inmigrantes.³⁵² Históricamente, las relaciones entre la policía y las minorías étnicas han estado plagadas de problemas o malentendidos, falta de sensibilidad y, en general, falta de comunicación.³⁵³ Esto no sólo ha existido en Gran Bretaña, sino también en los EE.UU. y en Canadá.³⁵⁴

Una encuesta nacional, llevada a cabo por el Instituto Nacional de Justicia (EE.UU.),³⁵⁵ reveló, sin embargo, que la diversidad cultural se ha convertido en una preocupación de

³⁴⁹ SHAPLAND, Joanna; WILLMORE, Jon; DUFF, Peter. *Victims in the criminal justice system*. Aldershot: Gover, 1985. En esta investigación se detectó que el 80% de las personas que denunciaron un delito estaban conformes con la actuación policial; En esta misma línea, se encuentra el primer estudio nacional de victimización en Inglaterra y Gales realizado por la *British Crime Survey*, en 1982.

³⁵⁰ Cfr. SANGRADOR, "La Victimología", *op. cit.*, p. 77.

³⁵¹ Cfr. SHAPLAND; WILLMORE; DUFF, *Victims*, *op. cit.*, p. 65.

³⁵² LUMB, Richard, "Policing culturally diverse groups: Continuing professional development programs for police", *Police Studies*, 18 (19) (1995), pp. 23-42.

³⁵³ Cfr. DAVIS; EREZ; AVITABILE, "Access", *op. cit.*, p. 185; WEITZER, Ronald; TUCH, Steven. "Race and perception of police misconduct", *Social Problem*, Vol. 51 (2004), pp. 305-325, p. 305.

³⁵⁴ WADDINGTON, Peter; STENSON, Kevin; DON, David. "Race, and police stop and search", *British Journal of Criminology*, Vol. 44 (2004), pp. 889-914.

³⁵⁵ McEWEN, Thomas. *National Assessment Program: 1994 survey result*. Washington D.C.: National Institute of Justice, 1995.

los jefes de policía en Estados Unidos. Los resultados mostraron que 9 de cada 10 jefes de policía tenían estrategias especiales para trabajar con diferentes grupos culturales en sus comunidades. Por su parte, los que no tenían en marcha estrategias especiales, querían desarrollar un sistema para trabajar con poblaciones culturalmente diversas. McEWEN llegó a la conclusión que la composición cultural diversa de muchas comunidades requiere estrategias nuevas, como la contratación de oficiales bilingües, la capacitación del personal de campo en actividades culturales, la sensibilidad y la capacitación en lengua extranjera, a los oficiales de policía.

Un problema con la población inmigrante es lo que dice relación con la falta de denuncia a la policía. El sub-registro es algo que se ha encontrado de manera común entre la población inmigrante, debido a su percepción de la delincuencia y de las autoridades policiales.³⁵⁶ Las percepciones y las experiencias con las autoridades policiales son fundamentales, ya que determinan si la gente estará dispuesta a reportar el crimen o no.³⁵⁷ También se ha establecido que la raza, la etnia, la edad, el género y la clase social, influyen poderosamente en la percepción de la policía.³⁵⁸ A su vez, las personas que tienen experiencia personal con la autoridad, como el contacto involuntario con la policía, son menos propensas a decir que iban a denunciar un delito, mientras que los que tenían contactos con la policía de manera voluntaria, estaban más dispuestos a denunciar un delito.³⁵⁹

Una cuestión que a menudo se pasa por alto es cómo la policía, así como otros funcionarios del gobierno, tales como los fiscales, perciben a los inmigrantes y su propensión a denunciar los delitos. En un estudio realizado por DAVIS, EREZ y AVITABILE sobre acceso a la justicia de los inmigrantes, una encuesta realizada a 37 jefes de la policía y a 32 fiscales de distrito, en las 50 ciudades más grandes de los Estados Unidos, frente a la pregunta si los inmigrantes eran más o menos propensos a denunciar los delitos a la policía frente a otras víctimas, se concluyó que dos tercios (67%) creían que los inmigrantes reportaban los delitos con menos frecuencia que otras

³⁵⁶ MENJIVAR, Cecilia; BEJARANO, Cynthia. “Latino Immigrants’ Perceptions of Crime and Police Authorities in the United States: A Case Study from the Phoenix Metropolitan Area”, *Ethnic and Racial Studies*, 1 (2004), pp. 120-148.

³⁵⁷ COVINGTON, Jeanette; TAYLOR, Ralph B. “Fear of Crime in Urban Residential Neighborhoods: Implications of Between and Within Neighborhood Sources for Current Models”, *The Sociological Quarterly*, 2 (1991), pp. 231-249.

³⁵⁸ DECKER, Scott. “Citizen Attitude Toward Police: A Review of Part Findings and Suggestions for Future Policy”, *Journal of Police Science and Administration*, 1 (1981), pp. 80-87.

³⁵⁹ DAVIS, Robert C.; HENDERSON, Nicole. “Willingness to Report Crimes: The Role of Ethnic Group Membership and Community Efficacy”, *Crime and Delinquency*, 4 (2003), pp. 564-580.

víctimas; sólo el 13% de los encuestados creía que los inmigrantes denunciaban más; y el 20% no manifestó opinión. La mitad de los encuestados también informó que el subregistro de la delincuencia de los inmigrantes, dificulta su capacidad para controlar la misma. Estos jefes de policía y fiscales informaron que los principales obstáculos para la plena participación de los inmigrantes en el sistema de justicia penal eran: el idioma, las diferencias culturales y la ignorancia del sistema de justicia de EE.UU. Asimismo, indicaron que la presión de los familiares y amigos para que no cooperaran con la policía, también es algo que los encuestados creen que afecta a los reportes de los inmigrantes.³⁶⁰

En el Reino Unido, la *British Crime Survey* introdujo una muestra adicional de personas pertenecientes a minorías étnicas, en la encuesta de victimización 2001/02 y 2002/03, que dio como resultado que las personas de composición racial mixta arrojaban un riesgo mayor de victimización en diversos delitos personales y patrimoniales, aunque la diferencia era sólo estadísticamente significativa en el robo en vivienda. Al mismo tiempo, las personas de procedencia mixta denunciaban menos los delitos sufridos.³⁶¹

En el estudio de DAVIS y HENDRICKS, se realizó una comparación de los inmigrantes y no inmigrantes a una muestra de la ciudad de Seattle, consultando, mediante una encuesta telefónica, la opinión y experiencia con la policía estadounidense (este estudio tiene datos cuantitativos sobre los inmigrantes reales y no incluye segunda o tercera generación de inmigrantes). Se preguntó sobre la eficacia policial, su conducta, y la satisfacción en los contactos con la policía, fueren estos de manera voluntaria e involuntaria. Concluyen que los inmigrantes calificaron mejor a la policía que los nacidos en Estados Unidos.

Aunque el hallazgo parece ser positivo, viene con una preocupante correlación que deriva en que, a pesar de la opinión favorable de los inmigrantes sobre la policía, aquellos siguen prefiriendo evitar el contacto con ésta, incluyendo el hecho de no denunciar los delitos. El hallazgo del estudio arrojó, a nuestro parecer, una nueva luz

³⁶⁰ Cfr. DAVIS; EREZ; AVITABILE, "Access", *op. cit.*, pp. 183-196. Funcionarios de la justicia penal creen que el no reportar crímenes y cooperar en su persecución, era un problema importante, especialmente para los delitos de violencia doméstica. Los resultados del estudio sugieren que muchas áreas metropolitanas han hecho algunos esfuerzos para promover la participación de las víctimas inmigrantes en el sistema de justicia penal. Pero, todavía hay muchos obstáculos, como las barreras del idioma y la desconfianza en las autoridades. El estudio concluyó que aún queda muchísimo por hacer para garantizar el acceso de los inmigrantes a un sistema uniforme de la justicia.

³⁶¹ Cfr. SALISBURY / UPSON, *Ethnicity*, *op. cit.*, p.1 y ss.

sobre las dimensiones críticas del nexo entre la policía y los inmigrantes.³⁶²

Por otra parte, y a propósito de la victimización de los inmigrantes indocumentados, el estudio de BUCHER, MANASSE y TARASAWA, que se llevó a cabo mediante una encuesta realizada durante Marzo y Abril de 2004, con datos recolectados en Memphis, Tennessee, a través de entrevistas semi-estructuradas a hombres, en su mayoría con origen hispano (mexicanos específicamente), que tenían la especial característica de ser inmigrantes indocumentados, concluyó que estas personas experimentan una alta tasa de victimización, siendo poco probable que denuncien los delitos que los afecten o que busquen la ayuda de la justicia penal. Las causas de esta extraordinaria victimización se encontrarían en el riesgo de deportación percibido. La renuencia a involucrar a la policía puede aumentar su idoneidad como blancos y, en última instancia, sirven para aumentar aún más su probabilidad de victimización.³⁶³

En estudios realizados en Gran Bretaña, se encontró que la percepción de la policía, por parte de los inmigrantes, derivado de un contacto directo o indirecto con ellos, es diferente entre blancos, negros y asiáticos. La percepción de los asiáticos, ya sea como víctimas o testigos, tiende a ser similar a los blancos. Los negros tienden a ser más hostiles con la policía, en comparación con los blancos y los asiáticos.³⁶⁴ WADDINGTON y BRADDOCK³⁶⁵ encontraron que los jóvenes negros miran a la policía como agresores. Descubrieron que las distintas minorías étnicas tienden a percibir a la policía de manera dispar. Los asiáticos son más propensos a quejarse que la policía es ineficaz en protegerlos de los ataques raciales, mientras que los negros se quejan que son predominantemente acosados o maltratados por la propia policía. Algunos estudios que analizan las percepciones de las minorías respecto de la policía, en diversos contextos, detectó que los asiáticos son menos propensos a estar insatisfechos con la policía, en comparación con negros, latinos y blancos.³⁶⁶ En general, los estudios encuentran que los blancos son más proclives a expresar una mayor

³⁶² DAVIS, Robert C.; HENDRICKS, Nicole. "Immigrants and Law Enforcement: A Comparison of Native-Born and Foreign-Born Americans' Opinions of the Police", *International Review of Victimology*, Vol. 14 (2007), pp. 81-94.

³⁶³ BUCHER, Jacob; MANASSE, Michelle; TARASAWA, Beth. "Undocumented victims: An examination of crimes against undocumented male migrant worker", *Southwest Journal of Criminal Justice*, Vol. 7 (2010), pp. 159-137.

³⁶⁴ WEBSTER, Colin. "Policing British Asian communities", en: BURKE, R.H. (Ed.), *Dilemmas and Debates in Contemporary Policing*. Portland: Willan Publishing, 2004, pp. 69-84.

³⁶⁵ WADDINGTON, Peter; BRADDOCK, Quentin. "Guardians or bullies? Perceptions of the police amongst Black, White and Asian boys", *Policing and Society*, Vol. 2 (1991), pp. 31-45.

³⁶⁶ SOUTHGATE, Peter; EKBLOM, Paul. *Contacts between Police and Public: Findings from the Chinese British Crime Survey*. London: Home Office, 1984; SOUTHGATE, Peter; CRISP, Debbie. *Public Satisfaction with Police Services*. London: Home Office, 1992.

satisfacción, en distintos aspectos, en relación a la actuación policial para con otros grupos minoritarios.³⁶⁷

En el estudio de CHU y HUEY-LONG,³⁶⁸ se investigó a los inmigrantes chinos en Toronto, Canadá,³⁶⁹ y se concluyó que alrededor de un tercio de los encuestados expresaron un gran respeto por la policía. Más de la mitad de los encuestados dijo que la policía de la ciudad fue efectiva en el tratamiento de la delincuencia. Sólo el 20% de los encuestados indicaron que el problema de los prejuicios contra los asiáticos era grave o muy grave. Se encontró que las variables demográficas sobre estado civil y duración de la residencia en Canadá, fueron las dos únicas variables significativas que afectaban su percepción sobre la policía. En ese sentido, se estableció que las personas que estaban casadas y habían residido en Canadá, por un período más largo de tiempo, eran menos propensas a percibir los prejuicios de la policía. Probablemente, tenían un sentido más profundo de la estabilidad y de seguridad, lo que los llevó a una mayor adaptación y a la asimilación del sistema de justicia penal canadiense. Además, la falta de comunicación fue un predictor de la percepción de la policía, como prejuiciosa contra los asiáticos.

Uno de los principales inconvenientes que se han encontrado en la literatura comparada, respecto de esta relación vicarial de policía e inmigrante, lo constituye la barrera del idioma. Por ejemplo, muchos inmigrantes no saben hablar inglés y no tienen la capacidad para comunicarse eficazmente en su encuentro con la policía. Y si a este problema le sumamos que los agentes de policía no emplean a intérpretes calificados, los inconvenientes se agudizan. En una encuesta realizada a inmigrantes latinas maltratadas, en Washington, D.C., el 31% de las víctimas que llamaron a la policía para pedir ayuda dijo que cuando los policías llegaron al lugar, hablaron con otras personas en lugar de la propia víctima.³⁷⁰

Así, cuando los funcionarios policiales toman las declaraciones detalladas de las víctimas, las que poseen limitados conocimientos del inglés, y sin contar con la ayuda de un intérprete calificado, esto trae como lógica consecuencia que se va a socavar el éxito de la investigación y del proceso penal basado en esas declaraciones. Adicionalmente, las diferencias en las declaraciones de la víctima, que fueron el

³⁶⁷ Cfr. WEITZER / TUCH, "Race", *op. cit.*, p. 305 y ss.

³⁶⁸ CHU, Doris; HUEY-LONG, John. "Chinese immigrants' perceptions of the police in Toronto, Canada", *Policing An International Journal of Police Strategies & Management*, Vol. 31, No. 4 (2008), pp. 610-630.

³⁶⁹ Se entregaron 508 y 293 de ellos fueron completados y devueltos (con un aproximado de 58 por ciento de tasa de respuesta). El 99% de la muestra no había nacido en Canadá.

³⁷⁰ ORLOFF, Leslye; STORY, Rebecca; ANGEL, Carole. "The Criminal Justice System And Immigrant Victims", pp. 1-30, p. 14, en: <http://www.legalmomentum.org/> [visitado el 05/12/2011].

resultado de la falta de uso de intérpretes calificados, incluso podrían ser utilizadas por el abogado de la defensa durante el interrogatorio de la víctima para afectar la credibilidad del testimonio de ella y, de esta manera, crear dificultades para el procesamiento o para obtener una condena del autor.

Las víctimas inmigrantes suelen tener miedo de llamar a la policía por muchas razones: el temor a la deportación; el miedo a las represalias de sus parejas o victimarios; el miedo de ser ellas mismas detenidas; el temor de ser separadas de sus hijos; el temor de que la policía informe a las autoridades de inmigración;³⁷¹ el miedo de las futuras repercusiones económicas, sociales, culturales, o relacionada con el empleo, por haber expuesto públicamente los hechos de haber sido asaltados sexualmente, por ejemplo; y las experiencias negativas con la policía en su propio país. Las barreras son aún más pronunciadas cuando el agresor es un ciudadano autóctono del país de acogida o residente permanente, y la víctima no tiene ese status.³⁷²

2.2. El inmigrante y los tribunales de justicia

La relación entre víctima y tribunales se origina una vez que se ejerce la acción penal contra el culpable del delito. En esa instancia, la víctima puede participar en el proceso a seguir, siendo sus intereses asumidos por el fiscal, quien dirige la acusación y exige la condena del culpable y la pena respectiva, por el injusto cometido. Sin perjuicio de aquello, la víctima también tiene la posibilidad de constituirse, por sí sola, en parte interesada, ejerciendo la respectiva querrela.³⁷³

Como reseñamos anteriormente, la victimización aquí aparece por la experiencia y problemas que se presentan para la víctima que incursiona en el aparataje de los tribunales de justicia. Un detalle de estos momentos adversos para la víctima, concluidos de diversas investigaciones sobre la materia, son señalados de manera esquemática por SANGRADOR, quien distingue: problemas económicos (costos de transporte a los tribunales); problemas de tipo familiar (cuidado de los hijos por las largas ausencias); problemas laborales (descuentos por tiempo no trabajado);

³⁷¹ DUTTON, Mary; ORLOFF, Leslye; AGUILAR, Giselle. “Characteristics of Help-Seeking Behaviors, Resources, and Service Needs of Battered Immigrant Latinas: Legal and Policy Implications”, *Georgetown Journal*, Vol. VII, Nº 2 (2000), pp. 245-305.

³⁷² AGUILAR, Giselle; AMMAR, Nawal; ORLOFF, Leslye. “Battered Immigrants and U.S. Citizen Spouses”, April (2006), pp. 1-10, en: <http://www.mcadsv.org/webinars/IR-2007-April/VI/BatteredImmigrantsUSCitizenSpouses.pdf> [visitado el 05/12/2011].

³⁷³ Cfr. SANGRADOR, “La Victimología”, *op. cit.*, p. 77.

inconvenientes de tipo material (largas y tediosas esperas en los tribunales); extrañeza de la víctima con el entorno y los procedimientos en el juicio (el formalismo de los juicios); trato recibido en el juicio y falta de atención e información.³⁷⁴

El estudio de CALVO, GASCON y GRACIA,³⁷⁵ quizás pionero en España sobre la incidencia de los inmigrantes en el ámbito de la justicia, aporta conclusiones relevantes a nuestro estudio y, específicamente, a la relación de los inmigrantes con el sistema de justicia penal español.

El estudio de referencia, dio a conocer la respuesta de la Administración de Justicia frente a las demandas de todo tipo de personas no nacionales (españolas) que permanecen en territorio español, sea con permiso de residencia, de trabajo, o sin ellos, esto es, en situación de irregulares; y sin distinción de tiempo, de estancia, arraigo social, etc.

Para el estudio, se extrajeron los datos de los asuntos registrados a lo largo del año 2000, tanto de tribunales unipersonales como colegiados. El estudio comprendió las sentencias y demás resoluciones correspondientes a esos asuntos, y los procedimientos en que aquellas se enmarcaron.

La investigación realizada en el ámbito de lo penal fue el de mayor alcance, y puso de manifiesto que es en esta área donde aparece un mayor número de inmigrantes. Los registros realizados en la Jurisdicción penal suponen el 50% del total del estudio. Esta circunstancia permitió a sus autores disponer de una gran riqueza de datos sobre el fenómeno de la inmigración en la Justicia Penal.

En el ámbito penal, la investigación constó de 4.059 registros, de los que el 3,7% correspondían a las Audiencias Provinciales, el 19,7% a los Juzgados de lo Penal y el 76,6% a Juzgados de Instrucción, sencillos o mixtos, con lo cual puede decirse que el grueso de la investigación recayó en los Juzgado de Instrucción. Por añadidura, esto supone que del total de los casos penales analizados, algo más de las tres cuartas partes de aquellos fueron tramitados como faltas o dieron lugar a apertura de diligencias previas, aunque no prosperaron y, consecuentemente, menos de una cuarta parte de los mismos fueron casos juzgados como delitos y, por lo tanto, vistos en los Juzgados de lo

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 78 y ss.

³⁷⁵ CALVO, Manuel; GASCON, Elena; GRACIA, Jorge. *Inmigración y justicia La incidencia de la inmigración en el ámbito de la administración de justicia*. Zaragoza: Laboratorio de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 2002, en: http://www.unizar.es/sociologia_juridica [visitado el 15/03/2011].

Penal y en las Audiencias Provinciales.

Respecto a las conclusiones del estudio, podemos decir que, del total de casos, en el 48% de los registrados recayó sentencia; el 38% fueron sobreseídos provisionalmente; el 10% terminaron siendo archivados sin sentencia, por diversas razones; el 4% de los casos restantes no fueron categorizados, por su falta de interés analítico o su atipicidad. A su vez, el 54% de los registros verificados correspondían a expedientes en los que los inmigrantes asumían el rol de denunciado-detenido, y en el 45% a registros en los que las personas inmigrantes tenían una posición de denunciante-víctima.

Una importante conclusión fue que, mientras el porcentaje de denunciados-detenidos en los supuestos que concluyeron en sentencias, alcanzó al 76,1%, en el otro extremo, el porcentaje de denunciantes-víctimas apenas llegó a un 23,1%. Al contrario, en los supuestos que concluyeron en sobreseimiento provisional, el porcentaje de denunciados-detenidos se quedó en un 23,7%, mientras que el porcentaje de denunciantes-víctimas llegó hasta un 75,6%. Así, es evidente que el inmigrante no sólo es sujeto pasivo en calidad de denunciado-detenido, en nuestra justicia penal, sino además es usuario de la justicia desde la perspectiva contraria, como denunciante-víctima. Y lo es de manera tan relevante en este segundo caso, como en el primero. Es decir, el inmigrante es también, y en proporciones similares, usuario de la justicia como víctima.

En cuanto a las particularidades socio-demográficas del inmigrante, en el ámbito de la jurisdicción penal, como ya se ha apuntado más arriba, la masculinización fue una de las características de la presencia de los inmigrantes en este ámbito. Un 75% de los inmigrantes implicados en un procedimiento penal eran hombres. Al desagregar los datos sobre el sexo de las personas inmigrantes, en función de su rol procesal, la primera conclusión resultante fue que la masculinización incluso aumenta en los supuestos en los que el inmigrante era “denunciado-detenido”, llegando a alcanzar un porcentaje del 87%, frente a un 12% de mujeres con el rol de denunciadas-detenido. Por otro lado, el porcentaje de mujeres aumentaba significativamente, pero sin llegar a equilibrarse, en los supuestos en que la mujer era “denunciante-víctima”. Concretamente, el 33% de las personas inmigrantes que asumen el rol de denunciante o víctima fueron mujeres, frente a un 60% de hombres.

Por lo que respecta a la edad, la distribución porcentual de las personas inmigrantes, según franjas de edades, se situó como término medio en el 8,5 % para el tramo entre 11 y 20 años; el 38,4% entre 21 y 30 años; el 27,0% entre 31 y 40 años; el 9,7% entre 41 y

50 años. Conforme a estas cifras, el 65% de los inmigrantes que tuvieron relación con la jurisdicción penal, tenían entre 21 y 40 años. La conclusión más importante fue, en este último punto, que quizás no existían diferencias significativas, en atención al rol de la persona inmigrante. La explicación más plausible que dieron los autores del trabajo sobre las similitudes de los porcentajes de edad, para quienes asumieron un rol pasivo y quienes acudieron a la Administración de justicia como víctimas, estaría en relación con las propias pautas temporales del fenómeno migratorio y la relativa a la “juventud” de los inmigrantes en España.

Por lo que respecta a la nacionalidad de las personas inmigrantes, vinculadas con la justicia penal, la presencia más importante era la de los magrebíes, que llegaron a alcanzar un 42%, porcentaje que aún se habría visto incrementado si se hubiese prescindido de aquellos registros en los que no constaba la nacionalidad. Con porcentajes muy inferiores, también alcanzaron una presencia significativa los ciudadanos comunitarios (12%), los europeos del este (10%) y los latinoamericanos (8%). Los siguientes en importancia, como ya se vio, con un 6%, fueron los nacionales del resto de países africanos y los asiáticos (incluido Oriente Medio).

Ahora bien, otro punto a destacar fue el rol de esos inmigrantes en su relación con la Administración de Justicia. En este sentido, los datos recogidos en esta investigación mostraron que, en el caso de los europeos del este, magrebíes y procedentes del resto de África, hubo una clara superioridad de los inmigrantes detenidos o denunciados frente a las víctimas. Esta desproporción llegó hasta porcentajes de casi el 80% de detenidos-denunciados, para el colectivo de inmigrantes procedentes de países del este, y se situó por encima del 60% en el caso de magrebíes e inmigrantes procedentes del resto de África. En el resto de los casos, con una cantidad de registros significativos, podría hablarse de un cierto equilibrio.

Sin duda, uno de los aspectos más relevantes del estudio, fue el análisis de los *outputs* más importantes de la Administración de justicia, en relación con el fenómeno de la inmigración. Obviamente, los tipos de decisiones judiciales ante los casos en los que se ven involucradas personas inmigrantes (como ocurre en general para los españoles), dependerán de los propios contextos de la relación establecida con la Administración de Justicia.

El número de procedimientos que concluyó en sentencia fue mucho mayor en los supuestos en los que el inmigrante era denunciado-detenido (76,1%), frente a los registros en los que el inmigrante ocupó la posición de denunciante o de víctima.

Estamos hablando de una distribución del 77% para los primeros, frente al 23% para las víctimas.

A su vez, quienes tuvieron un rol de detenido-denunciado fueron condenados en un 60% de los casos, mientras que cuando los inmigrantes ocuparon una posición de víctima o denunciante, sólo se condenó en un 25% de los casos. Al contrario, las absoluciones alcanzaron porcentajes del 40% y 75%, respectivamente.

A este respecto, hay que decir que frente a algunas de las hipótesis que habitualmente se barajan, los porcentajes de condenas y absoluciones en los supuestos en los que el inmigrante era denunciado o detenido –al menos en términos generales–, para los autores de la investigación no llamó mucho la atención. Más aún, el porcentaje de resoluciones condenatorias en estos casos fue inferior a la media de resoluciones condenatorias, en términos globales, para inmigrantes y autóctonos. Los datos que llamaron la atención, al comparar la investigación realizada con la totalidad de las resoluciones para inmigrantes y autóctonos, fueron los referidos al porcentaje de condenas en los supuestos en los que el inmigrante era denunciante o víctima, las que fueron sensiblemente inferiores al promedio de condenas. De todos modos, los investigadores reflexionaron que antes de aventurar alguna conclusión al respecto, habría que profundizar, en mayor medida, en saber cómo afecta, en el procedimiento penal, que el acusado sea español o inmigrante. En particular, determinar si es verdad que se condena en menor medida en los supuestos en que el inmigrante es “denunciante-víctima”, exigirá investigaciones ulteriores, específicamente orientadas a verificar estos extremos.

Por otro lado, también se concluyó que en los Juzgados de Instrucción, cuando el inmigrante era el denunciado o detenido, los fallos absolutorios alcanzaron al 59% y, correlativamente, fue condenatorio en el 41%. Frente a estos datos, cuando el inmigrante era denunciante o víctima, los fallos absolutorios subieron de un modo significativo hasta situarse en un 82%, mientras que, consecuentemente, los fallos condenatorios descendieron hasta un escaso 18%, en términos comparativos.

A juicio de los autores, estos datos contrastarían con los porcentajes medios de las decisiones de los Juzgados de Instrucción, en los cuales existió una diferencia importante -aunque no abismal– con respecto a las resoluciones en los juicios de faltas. Así, desde una perspectiva general, tanto los fallos absolutorios como los condenatorios alcanzaron a un 50%. Las diferencias constatadas se acentuaron, y llegaron a ser realmente significativas, en el caso de las decisiones de Instrucción, especialmente

cuando el inmigrante era denunciante o víctima, supuesto en el que los fallos condenatorios –como se ha señalado más arriba– descendieron hasta un exiguo 18%.

Por su parte, en los Juzgados de lo Penal, frente a lo ocurría en los procedimientos de faltas, cuando el inmigrante era el denunciado o detenido, los fallos absolutorios apenas si alcanzaron al 20% y, correlativamente, fueron condenatorios en el 79% de los casos. En cambio, cuando el inmigrante era denunciante-víctima, los fallos absolutorios subieron ligeramente hasta situarse al 31%, mientras que, consecuentemente, los fallos condenatorios se situaron en un 69%.

Por lo demás, en los Juzgados de lo Penal se constató una tendencia hacia la equiparación con los resultados generales, aunque sin llegar a igualarse totalmente, ni tan siquiera en los supuestos en los que el inmigrante era denunciado-detenido (79%, frente al 84% de resoluciones condenatorias).

La desagregación de los datos puso en evidencia, a su vez, del escaso número de supuestos que fueron enjuiciados como delitos, en los que el inmigrante era denunciante o víctima.

La conclusión más significativa quizá, más que en sí misma por el hecho de acentuar tendencias ya destacadas –como el hecho del escaso número de supuestos en los que el inmigrante era denunciante o víctima y que fueron enjuiciados como delitos–, radicaría en el tratamiento penal aparentemente más benévolo a las personas condenadas cuando el inmigrante era denunciante o víctima. Aquí el porcentaje de casos en los que se impuso una pena de prisión descendió hasta un 27% (el promedio, según el estudio, era de un 47%), frente al 50% en los supuestos en los que el inmigrante era detenido-denunciado.

Otro estudio es el piloto de ANSLEY y otros,³⁷⁶ el cual se centró principalmente en el condado de Knox y Blount, Estado de Tennessee, EE.UU., lugar en que se realizaron entrevistas a personas inmigrantes -principalmente de origen latino- sobre su interacción con el sistema de justicia penal (ya sea como denunciado o víctima). Y, también, se alimentó la investigación con las experiencias de algunos miembros del equipo investigador (por ejemplo, un estudiante de derecho había participado con un policía de paseo y sirvió como un intérprete en la Corte, y otro había trabajado en el sistema de justicia de menores). Además, se realizaron entrevistas y el grupo desarrolló una breve

³⁷⁶ ANSLEY, Fran. “Latinos Unidos Pilot Study: Immigrants and the Criminal Justice System in East Tennessee Preliminary Findings”, pp. 1-5, en: http://www.law.utk.edu/library/teachinglearning/permanent/LU/LUimg/Ex_sum.pdf [visitado el 22/06/2012].

encuesta para recoger más información cuantitativa sobre las experiencias de los inmigrantes locales y sus perspectivas de la justicia penal. En síntesis, el estudio concluyó que el racismo, la falta de respeto, las barreras del lenguaje, la falta de comprensión del procedimiento y de la terminología jurídica y penal, y el comportamiento caprichoso por parte de algunos agentes de justicia, fueron percibidos como los problemas más significativos por parte de miembros de la comunidad de inmigrantes.

En este estudio, en particular, se detectó: a) La falta de conocimiento sobre los derechos fundamentales de los inmigrantes, en particular a los acusados de crímenes en general. El personal de justicia carecía del conocimiento más básico de los derechos de los inmigrantes legales; b) También se vislumbró un temor general en el inmigrante para participar en el sistema de justicia penal, y esto atribuido al temor de deportación de algunos; c) La falta de intérpretes y traductores. Casi todos los entrevistados identificaron a este último como el problema más grave del sistema. Hay muy pocos y calificados intérpretes, y con frecuencia los que se utilizan deben lidiar con conflictos de intereses y otros obstáculos.

Por otra parte, en Canadá, WORTLEY descubrió, utilizando datos de una encuesta de población de los residentes en Toronto, realizada en 1994, que los negros eran más propensos que los blancos y los asiáticos a percibir la injusticia en el sistema penal. A excepción de los niveles de la raza, la edad y la educación eran las otras dos variables demográficas que afectan la percepción de la injusticia en las personas, en general. Los ancianos eran menos propensos que los jóvenes a percibir la injusticia hacia el sistema de justicia penal, y la gente con educación superior eran más inclinados a percibir la discriminación del sistema que aquellos con menor educación. Por su parte, la raza resultó ser la variable más fuerte que predice la percepción de la injusticia.³⁷⁷

Se ha observado que los inmigrantes que se convierten en víctimas, se enfrentan a barreras significativas a la hora de participar en el sistema de justicia penal. Por ejemplo, muchos inmigrantes han tenido experiencias negativas con las autoridades de su país de origen, y estas percepciones de las autoridades como opresoras, pueden ser transferidas al sistema de justicia penal del país de acogida.³⁷⁸

³⁷⁷ WORTLEY, Scot. "Justice for all? Race and perceptions of bias in the Ontario criminal justice system: a Toronto survey", *Canadian Journal of Criminology*, Vol. 38 (1996), pp. 439-467.

³⁷⁸ POGREBIN, Mark; POOLE, Eric. "Culture Conflict and Crime in the Korean American Community", *Criminal Justice Policy Review*, 1 (1990), pp. 69-78.

Capítulo 6

Una aproximación a la victimización de inmigrantes. Investigación empírica

1. Objetivos e hipótesis de investigación
2. Metodología
3. Resultados
 - 3.1. Muestra
 - 3.2. Victimización general
 - 3.3. La denuncia a la policía. Aspectos generales
 - 3.4. Victimización relacionada con el patrimonio
 - 3.5. Victimización personal
 - 3.6. Multivictimización
 - 3.7. Actitud hacia el delito
 - 3.8. Actitud de la víctima frente a las instituciones
 - 3.8.1. Actitud frente a la policía
 - 3.8.2. Actitud frente a los Juzgados y Tribunales
 - 3.8.3. Actitud frente al Sistema Penitenciario
 - 3.8.4. Actitud frente a las Oficinas de Atención de Víctimas (OAVD)
4. Algunas reflexiones generales sobre los resultados de la encuesta
5. Conclusiones

1. Objetivos e hipótesis de investigación

La finalidad de la investigación empírica que nos hemos propuesto es ofrecer una vía para confirmar o refutar la hipótesis, según la cual, una buena parte de los delitos de los que son víctima las personas inmigrantes es desconocida y socialmente invisible, y ofrecer un mejor conocimiento de esta realidad, como paso necesario, para poder diseñar estrategias de prevención y de atención a las víctimas.

También nos planteamos, como segundo objetivo, estudiar y conocer la confianza que los inmigrantes tienen en el sistema de justicia penal, específicamente en su interrelación con la policía, tribunales y unidades de asistencia a las víctimas de delitos y, de esta manera, poder valorar la victimización secundaria que los pudiere afectar.

Por ello, hemos optado por aplicar el modelo internacional de encuesta de victimización, para poder abrir camino en un terreno hasta ahora poco explorado. De este modo, los objetivos de la investigación son, en primer lugar, conocer la situación socio-demográfica de la población inmigrante en Cataluña; en segundo lugar, saber las formas de victimización de estas personas; en tercer lugar, determinar el miedo al delito de esta población; en cuarto y último lugar, es nuestro objetivo determinar la tasa de denuncia y la confianza de la población inmigrante en el sistema de justicia penal,

tomando como referencia el colectivo de origen colombiano.³⁷⁹

2. Metodología

El método utilizado en la investigación que se presenta, ha sido el propio de las encuestas de victimización, que estudia el fenómeno de la delincuencia desde uno de sus propios actores –las víctimas- y permite reducir la cifra negra, la que no queda reflejada en las estadísticas oficiales.³⁸⁰ Para ello, hemos seleccionado como colectivo a censar el de los ciudadanos de Colombia, asentados en Cataluña.³⁸¹ Su elección obedeció al hecho de ser una minoría con elevada representación en el territorio, las asequibles características idiomáticas y culturales para realizar la entrevista y, sobre todo, las facilidades que nos otorgó el Consulado de Colombia en Barcelona, para la ejecución de este estudio.

En esta investigación, se ha optado por “entrevistadores análogos” o de la misma nacionalidad que el entrevistado, considerando que así puede superarse, con mayor facilidad, las barreras culturales que pudieran existir. El cuestionario utilizado estaba compuesto de un total de 144 preguntas. En cuanto a su estructura y contenido, eran idénticas a las del cuestionario de la ICVS (Internacional Crime Victims Survey), además de otras variables de creación propia, incluidas con el propósito de poder establecer las características sociodemográficas y la percepción de los entrevistados de algunas instituciones de prevención y control del delito. En este cuestionario se preguntaba por los siguientes delitos: robo de vehículos a motor (turismo, camioneta o camión); robo de accesorios (radio, retrovisores, etc.); daños a vehículos a motor; robo de motocicleta, robo de bicicleta y robo en vivienda (consumado o intentado); robo con violencia o intimidación; hurtos o robos personales; lesiones y amenazas; y delitos sexuales.³⁸²

En cuanto a la población y muestra, el universo de esta investigación está formado por nacionales de Colombia, de 16 años o más, que residen, de manera legal o no, en alguna de las cuatro provincias de Cataluña. Conforme al padrón municipal de 2009, el universo de colombianos, mayores de 15 años, asciende a 49.150 personas.

³⁷⁹ Cfr. TAMARIT, *et al.*, “La victimización”, *op. cit.*, p. 4.

³⁸⁰ Cfr. GARRIDO; STANGELAND; REDONDO, *Principios*, *op. cit.*, p. 820.

³⁸¹ Los colombianos son uno de los principales colectivos nacionales entre los inmigrantes de origen latinoamericano, y ocupan el quinto lugar, después de Marruecos, Rumania, Ecuador y Bolivia, con un 4,13%. Vid. Estadísticas 2009: Indecat, a partir de la explotación estadística de padrones.

³⁸² Vid. Manual de Encuestas de Victimización de Naciones Unidas (2009).

Distribución por países, género y edad. 2009 Cataluña						
	Total	% respecto del total extranjeros	Total Hombres	Total Mujeres	Hombres < 15 años	Mujeres <15 años
Colombia	49.150	4,13	22.596	26.554	19.342	23.424

Tabla 1. Distribución por género y edad de colombianos en Cataluña

Fuente: Indecat, a partir de explotación estadística de padrones

Para la selección de la muestra se diseñó un muestreo de centros y por avalancha (también llamado bola de nieve). A través del primero, se extrajo la muestra con las personas que visitaban el Consulado de Colombia, además de visitantes de otras organizaciones sociales, como Iglesias o Centros de reunión.³⁸³ En el interior de este centro consular, se aplicaron normas de selección aleatoria, como el color del vestuario de los entrevistados, fecha próxima de aniversario, un número múltiple de personas que cruzaba la puerta de entrada de la delegación extranjera, etc. Por otra parte, el muestreo por avalancha consistió en la derivación que hicieron las personas pertenecientes a la minoría identificada a los encuestadores.

La amplitud de la muestra invitada fue de 500 personas. Su distribución muestral se realizó conforme a la representatividad de este colectivo de extranjeros en Cataluña. En cuanto a las características por género y edad de la muestra, se especifican en la tabla que sigue:

	Hombres	Mujeres	Total
De 16 a 19 años ³⁸⁴	16	14	30
De 20 a 24 años	22	25	47

³⁸³ En este caso, la selección de las organizaciones se realizó a través de una tabla de números aleatorios.

³⁸⁴ El intervalo original en la fuente consultada es de 15 a 19 años. Se resta el 20% que, hipotéticamente, pudiera ser el que corresponde a la edad de 15 años, que es eliminada.

De 25 a 29 años	40	49	89
De 30 a 34 años	43	53	96
De 35 a 39 años	37	42	79
De 40 a 44 años	29	33	62
De 44 a 49 años	18	23	41
De 50 a 54 años	10	14	24
De 55 a 59 años	5	9	14
De 60 a 64 años	2	5	7
De 65 y más años	3	7	10
Total	225	274	499

Tabla 2. Distribución muestral según género y edad de nacionales de Colombia

Las entrevistas se realizaron entre el 13 de octubre y el 8 de noviembre de 2010.³⁸⁵ Finalmente, por el juego de filtros, se obtuvo una muestra útil aceptada de 478 ciudadanos colombianos.³⁸⁶

Para el análisis estadístico de los datos obtenidos se utilizó el paquete estadístico PSW 18. Ello requirió la explotación previa de frecuencias y porcentajes de todas las variables del cuestionario, y después se llevaron a cabo los cruces bivariantes entre variables dependientes e independientes.

Ficha Técnica

Ámbito territorial	Cataluña
Ámbito temporal	Encuesta presencial: Diez primeros meses del 2010
Ámbito temático	Personas de más de 16 años que han sido víctimas de un delito

³⁸⁵ Agradecemos a Catalina Wild y Franky Aljure su excelente y profesional trabajo en la realización de las entrevistas.

³⁸⁶ El filtro consistió principalmente en separar aquellos colombianos que no tenían residencia en Cataluña.

Universo poblacional de referencia	Población extranjera de nacionalidad colombiana, mayores de 16 años y que residiesen de manera legal o no en Cataluña: Colombia: 49.150 personas. Fuente Idescat: explotación estadística de padrones. 2009
Amplitud de la muestra	478, de nacionalidad colombiana
Error muestral	Errores teóricos: Muestra colombiana: ± 3,94 Para datos globales, intervalo de confianza del 95,5%, p=25 y q=75
Método de muestreo	Colombia: selección aleatoria monoetápica estratificada por género e intervalos de edad

La fórmula aplicada para el cálculo del error muestral es:

$$\alpha = \sqrt{\frac{4pqN - 4pqn}{n(N-1)}}$$

Donde N es el universo poblacional, n la muestra seleccionada, y p y q son las proporciones conocidas de victimización en inmigrantes; en este caso, cercanas al 25% (victimizadas) y 75% (no victimizadas).

Asimismo, es importante destacar los problemas metodológicos asociados a este tipo de encuestas de minorías, los cuales son variados y pueden ser resumidos en los siguientes:³⁸⁷

a) Selección de la muestra: si se quiere realizar un muestreo en grupos minoritarios, como es este caso, generalmente no serviría una encuesta para la población general, a menos que la encuesta para la población general sea enorme (o que el grupo minoritario sea un porcentaje considerable de la población), ya que la muestra incluirá muy pocos representantes de las minorías que se pretende estudiar, si se utiliza un muestreo aleatorio estándar, lo que no permitirá un desglose relevante de los resultados para perfil

³⁸⁷ Vid. Manual de Encuestas de Victimización de Naciones Unidas (2009).

minoritario.

b) Falta de representatividad de la muestra: si no existe una distribución homogénea de los grupos minoritarios entre la población local o en una geografía determinada, se corre el riesgo de que la muestra no sea suficientemente representativa de la realidad exponencial de todo ese colectivo extranjero.

c) Carácter no probabilístico de los resultados: muy relacionado con las características precedentes, en este tipo de encuestas no existe una certeza de que la muestra sea suficientemente representativa, ya que no todos los individuos de la población tienen la misma probabilidad de ser elegidos. Por lo tanto, los resultados no pueden ser generalizados de forma que permita estimaciones inferenciales.

Por otro lado, además de esta encuesta que presentamos, en una primera etapa llevamos adelante una encuesta por Internet, mucho más pretenciosa, y otras encuestas bajo el método denominado encuesta de entrevista personal o *face to face*, donde el encuestado es entrevistado personalmente por un investigador. Nos planteamos el estudio de la victimización que afecta a los inmigrantes en Cataluña, pero referido únicamente a ciudadanos de Colombia, Marruecos y Rumania.³⁸⁸ Ambas aplicaciones de encuestas no se realizaron de manera simultánea, sino que son producto de las dificultades que se suscitaron en el examen de campo y los numerosos sesgos que se advirtieron en el desarrollo del primer instrumento. Dicho de otra manera, se inició la investigación con la encuesta de Internet y, una vez detectado el bajo impacto de este instrumento de investigación, unido a los resultados obtenidos con el mismo, se decidió utilizar un tipo de encuesta basado en entrevistas personalizadas.

Como se ha adelantado más arriba, en un primer momento la metodología empleada consistió en una encuesta de victimización a través de Internet, específicamente en el espacio web creado para esta finalidad: www.victimizacion.com. En este espacio, se publicó la encuesta y se permitió que el encuestado respondiera a las diversas interrogantes planteadas de manera fácil, garantizando la debida seguridad y seriedad

³⁸⁸ La selección de estos colectivos extranjeros obedeció principalmente a tres razones. La primera, poder tener representadas tres realidades culturales diferentes, con todo lo que ello implica: raza, idioma, religión, etc. La segunda razón es de carácter demográfico: el pueblo marroquí es el que ha presentado una mayor evolución en la península ibérica, y constituye el colectivo más representativo de extranjeros en Cataluña, con un 19,08% sobre el total de extranjeros en el país, donde el segundo colectivo con mayor representatividad es el de Rumania, con un 8,12% sobre el mismo total. Por su parte, la población colombiana es uno de los principales colectivos nacionales entre los inmigrantes de origen latinoamericano, y ocupa el quinto lugar, después de Ecuador y Bolivia, con un 4,13% (Fuente Indecat. Estadísticas 2009). La tercera razón para la selección de estos grupos minoritarios es de carácter práctico ya que, como se señaló previamente, el colectivo de Colombia y Rumania nos dio amplias facilidades, a través de sus Consulados Generales en Barcelona, para el desarrollo de la investigación.

del estudio (página patrocinada por la Universidad de Lleida y operada por el Grupo de Investigación "Sistema de Justicia Penal"), y la confidencialidad de la información recibida.³⁸⁹ Teniendo en cuenta los resultados obtenidos en la encuesta por Internet, advertimos que la encuesta sólo interesó a personas que efectivamente habían sido víctimas de delitos y no a una muestra objetiva necesaria.³⁹⁰ Por tanto, se podría concluir que no es un instrumento adecuado para medir cuantitativamente la victimización, pero sí puede ser útil para obtener información sobre las características del perfil de las víctimas, lugar de comisión del delito, modus operandi del delincuente, miedo al delito y evaluación de las instituciones. Por este motivo, decidimos

³⁸⁹ El cuestionario estaba formado por 50 preguntas como máximo para varones y 60 preguntas para mujeres (la diferencia en el número de preguntas se explica porque, en el caso de las mujeres, incluyen delitos sexuales, que en los hombres poseen una escasa representación). Los delitos por los que se consultaba a los entrevistados eran los de robo en vivienda consumado, robo con violencia o intimidación, hurtos o robos personales, lesiones y amenazas, y agresiones sexuales. Las preguntas utilizadas en el cuestionario, en cuanto a su estructura y contenido, son idénticas al del cuestionario de la ICVS (International Crime Victims Survey), más otras variables de creación propia, incluidas con el claro propósito de poder establecer las características sociodemográficas y la percepción de los entrevistados de algunas instituciones de prevención y control del delito. La encuesta, en un principio, no consideró todas las preguntas del cuestionario de la ICVS, porque se consideraba demasiado extenso y excedía los objetivos de la investigación, además de rebajar la atención del encuestado y, en consecuencia, la tasa de respuesta. El cuestionario fue traducido en varias lenguas: castellano, rumano, árabe e inglés. La selección de los idiomas respondió a la nacionalidad de los colectivos extranjeros objeto de la investigación, y tuvo por objetivo dar una mayor facilidad a los encuestados en la comprensión de las interrogantes que se les planteaban. La página web la elaboró un ingeniero informático, y la publicidad de la misma se llevó a cabo en las sedes consulares en Barcelona de los colectivos extranjeros implicados. En estas organizaciones, a través de carteles y hojas informativas que se les entregaban a sus connacionales, se difundía el proyecto y los responsables del mismo, invitándoles a contestar la encuesta. Además, la embajada de Rumania con sede en Madrid, dio publicidad a la encuesta a través de su Agregada Cultural, y otros medios de difusión como la red social *Facebook*, que también dio a conocer el proyecto. La página web obtuvo 2.225 visitas, con múltiples cuestionarios respondidos, algunos de forma completa y otros parcialmente. Otro dato importante es que, para filtrar la identidad de los encuestados, y de esta manera limitar o restringir un eventual fraude por parte del encuestado, es que la información pudo ser completada por personas con ordenadores que se encontraran situados dentro de la península ibérica. La encuesta podía ser contestada entre el 1 de junio de 2009 y el 30 de mayo de 2010. La nacionalidad de los encuestados no se limitó a la de los tres colectivos, objeto de la investigación, sino que se extendió a una amplia gama de nacionalidades que se encuentran en España. Tampoco hubo restricciones con respecto a la zona geográfica de residencia de los encuestados, registrándose respuestas desde muy diversas zonas, como por ejemplo, desde Ceuta o Melilla (que luego, en la fase de análisis, se realizó el filtro respectivo). Una vez finalizado el periodo fijado para responder a los cuestionarios, se procedió a la recepción de los resultados, previa filtración de los cuestionarios incumplidos -que ascendieron a 612 - y los entrevistados con residencia fuera de Cataluña o que no tenían la nacionalidad de los colectivos extranjeros objeto de la investigación (Colombia, Marruecos y Rumanía), que resultaron en total 19. Una vez seleccionados los cuestionarios, descartando los que hemos mencionado con anterioridad, resultó como muestra aceptada o útil, 95 cuestionarios, de los cuales 74 fueron de origen colombiano, 17 de origen rumano y sólo 4 de origen marroquí, utilizándose el paquete estadístico PSW 1820. El análisis de los datos requirió la explotación previa de frecuencias y porcentajes de todas las variables del cuestionario, tras lo cual se realizaron los cruces bivariantes entre variables dependientes e independientes.

³⁹⁰ Estos defectos también se observan, en nuestra opinión, en un estudio sobre victimización de inmigrantes realizado por el Institute Criminal Justice-Sam Houston State University, donde se entregaron 7.996 cuestionarios para medir la victimización en varias organizaciones sociales, de los que sólo se volvieron válidamente 907 (12%). Los resultados obtenidos establecían que los últimos tres años, el 59,3% de la muestra había sido víctima de delito. Véase KERNER / KUO, "Victimization", *op. cit.*, p.4

reestructurar nuestra investigación, ampliando a una encuesta con entrevista personal, con el objetivo de contrastar los resultados obtenidos a través de Internet.

En este mismo sentido, la encuesta, a través de una entrevista personal o *face to face*, nos aportó mejores resultados para cumplir los objetivos de la investigación, superando las barreras metodológicas advertidas por Internet y materializando un proceso innovador en la forma de realizar las encuestas de victimización.³⁹¹ No podemos olvidar

³⁹¹ En cuanto a los colectivos de Marruecos y Rumania, del mismo modo que en la encuesta por Internet, el cuestionario estaba conformado por 52 preguntas como máximo por hombres y 62 preguntas para mujeres (la diferencia en el número de preguntas obedece porque, en el caso de las mujeres, se incluyen delitos sexuales, que en los hombres tiene una escasa representación). Los delitos por los que se consultaba a los entrevistados eran los de robo en vivienda consumado, robo con violencia o intimidación, hurtos o robos personales, lesiones y amenazas y delitos sexuales. En cambio, en el caso del colectivo colombiano, la encuesta que se utilizó fue íntegra, con un total de 144 preguntas. A diferencia del cuestionario resumido, se consultaba por una serie extra de delitos: robo de vehículos a motor (turismo, camioneta o camión), robo de accesorios (radio, retrovisores, etc.), daños a vehículos en motor, robo de motocicleta, robo de bicicleta y robo en vivienda intentado (tentativa de robo). Las preguntas utilizadas en el cuestionario, también en cuanto a su estructura y contenido, son idénticas al Cuestionario de la ICVS (International Crime Victims Survey), más otras variables de creación propia. Teniendo en cuenta los problemas metodológicos explicados con anterioridad, para la selección de la muestra diseñamos un muestreo de centros y por alud (también llamado bola de nieve). A través del primero, se extrajo la muestra con las personas que visitaban los Consulados de Marruecos y Rumania, visitantes de otras organizaciones sociales, como Iglesias o centros de reunión. En el interior de estos centros consulares, tal como ocurrió con la encuesta a colombianos, se aplicaron normas de selectividad aleatoria, como el color del vestuario de los entrevistados, fecha próxima de cumpleaños, un número múltiple de personas que cruzaba la puerta de entrada a la delegación extranjera, etc. Por otra parte, el muestreo por alud consistió en la derivación que hicieron las personas pertenecientes a las minorías identificadas a los encuestadores. Las entrevistas se realizaron por encuestadores que tenían la misma nacionalidad que el colectivo a censar. Estos fueron debidamente preparados de forma previa, conforme al Manual para Encuestas de Victimización de Naciones Unidas 2009. Consideramos que el componente de nacionalidad de los investigadores evitaría las barreras idioma entre el entrevistado y su interlocutor, y facilitaría la entrevista, por poseer el encuestador las mismas características culturales específicas del colectivo a estudiar. Esta tarea fue llevada a cabo por un investigador por cada colectivo. El trabajo de campo fue realizado entre el 25 y 29 de octubre de 2010. La participación de los encuestados, incluidos los colombianos, fue óptima, teniendo en cuenta la magnitud del cuestionario y los temas sensibles sobre los que se interrogaba. Sin embargo, con respecto a la encuesta de los ciudadanos de Marruecos y Rumania, hay que efectuar varias consideraciones. En cuanto a los marroquíes, en un primer momento nos planteamos censar igual número de hombres y de mujeres, pero tuvimos que modificar sobre la marcha –entrevistando finalmente a más hombres–, en consideración a la falta de respuesta de las mujeres de este colectivo. Una respuesta especulativa a este fenómeno podría ir en dos líneas de argumentación: un motivo se relaciona directamente con la cultura musulmana y el papel que en ella juega la mujer; el segundo argumento es de carácter más formal: habiendo utilizado un investigador de género masculino, podría haber ocasionado algún tipo de sentimiento que desconocemos en las mujeres pertenecientes a este colectivo. En cuanto al colectivo rumano, aunque contamos con el apoyo del Consulado respectivo, debemos señalar que las condiciones espaciales donde se efectuó la encuesta no fueron las adecuadas, por falta de la debida privacidad entre el entrevistado y el investigador, en la sede diplomática. Por lo tanto, consideramos que los resultados obtenidos en relación a estos dos colectivos nacionales sólo pueden constituir una aproximación a una realidad, que faltaría estudiar con mayor profundidad. De la misma manera que en la encuesta realizada por Internet, se utilizó el paquete estadístico PSW 18. El análisis de los datos requirió la explotación previa de frecuencias y porcentajes de todas las variables del cuestionario, y después se llevaron a cabo los cruces bivariantes entre variables dependientes e independientes. El universo de ciudadanos de Marruecos y Rumania censados fue de 16 años o más, que residieran, en forma legal o no, en alguna de las cuatro provincias de Cataluña. El tamaño de la muestra proyectada fue de 100 personas por cada uno de los colectivos referidos. Como se dijo anteriormente, no hubo distribución muestral por género y edad, sino una absoluta aleatoriedad frente a las circunstancias

las advertencias sobre los problemas de método, enumerados anteriormente en este título, y que son específicas del censo a minorías, y los inconvenientes que la doctrina especializada atribuye a este modelo de investigación de la delincuencia, relativos al cuestionario utilizado para materializar la encuesta.³⁹²

También, debemos indicar que la encuesta realizada a los tres grupos de nacionales objeto de la investigación (Colombia, Marruecos y Rumania), se llevó a cabo de manera homogénea. Aunque se utilizó el mismo cuestionario, en algunos casos éste fue más breve en el número de preguntas y, en otros casos, más extenso. En cuanto a la muestra seleccionada, no fue la misma para los tres colectivos. En un caso, la muestra fue amplia en el número de personas, respetando las reglas muestrales en cuanto al género y grupos etáricos seleccionados y, en otros casos, las muestras fueron más reducidas, sin respetar absolutamente las reglas de heterogeneidad y representatividad del grupo de estudio. Las causas de estos diferentes enfoques metodológicos obedecen, en gran parte, a razones económicas que impidieron un estudio a mayor escala y con la precisión que el instrumento demanda, aunque también hubo razones experimentales de agrupar varias aproximaciones al tema, que sirvieran de base a hipótesis de trabajo para futuras investigaciones.

De esta manera, cumplimos con todas las reglas muestrales, tratándose del estudio del colectivo de colombianos, y nos abstuvimos de aquellas en el caso de los marroquíes y rumanos. Así, presentaremos de manera principal los resultados de la encuesta a colombianos en Cataluña, y de manera marginal, o mejor dicho, a pie de página, los resultados obtenidos en la encuesta en Internet y la encuesta personal, al colectivo de Rumania y Marruecos.

3. Resultados

De la encuesta realizada cara a cara a ciudadanos colombianos, destacamos que las condiciones en que se ha efectuado, en la sede consular, han sido muy favorables y ha habido, en general, una gran disposición a participar por parte de las personas aleatoriamente seleccionadas.

que se presentaron en el trabajo de campo. Finalmente, por el juego de los filtros, se obtuvo una muestra útil aceptada de 93 personas de origen marroquí y 100 personas rumanas (Error teórico: Muestra de Marruecos $\pm 8,98$ y Muestra de Rumania $\pm 8,66$; para datos globales, intervalo de confianza del 95,5%, $p = 25$ y $q = 75$).

³⁹² AEBI, Marcelo. *Temas de Criminología*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 119 y ss.

3.1. Muestra

Como se ha indicado, la muestra de partida era de 500 personas, de las que finalmente se ha podido disponer de una muestra aceptada útil de 478, distribuida según las características sociodemográficas que se señalan.

Género ³⁹³	
Hombre	Mujer
44,6%	55,4%

Edad ³⁹⁴			
	Hombres	Mujeres	Índice
16 - 25 años	41	45	18%
26 - 40 años	111	133	51%
41 - 65 años	61	83	30,1%
Más de 65	0	4	0,8%

Provincia de Residencia ³⁹⁵	
Barcelona	76,6%
Gerona	11,7%
Tarragona	9,4%
Lleida	2,3%

³⁹³ *Marruecos*: hombres 90,3% y mujeres el 9,7%; *Rumania*: 50% hombres y mujeres; *Internet*: el 36,8% fue hombre y mujeres el 63,2%.

³⁹⁴ *Marruecos*: el 72,04% de la muestra estaba en el tramo 26–40 años, el 16,12% estaba en el tramo 16–25 años, y el 11,82% estaba en 41–65 años; *Rumania*: el 56% de la muestra está en el tramo 26–40 años, el 22% estaba en el tramo 16–25, y 41–65 años; *Internet*: el 18,9% estaba en el tramo 16–25 años, el 63,2% en el tramo 26–40 años, y el 17,9% en el tramo 41–65 años.

³⁹⁵ *Marruecos*: en Barcelona reside el 77,4%, en Gerona el 16,1%, en Tarragona el 5,4% y en Lérida el 1,1%; *Rumania*: el 33% de la muestra reside en Barcelona, el 7% en Gerona, el 13% en Tarragona y el 47% en Lérida; *Internet*: en Barcelona reside el 68,4%, en Gerona el 8,4%, en Tarragona el 7,3% y en Lérida el 15,7%.

Estado Civil³⁹⁶	
Casado	36,6%
Soltero	40,6%
Viviendo con alguien	14,9%
Divorciado/separado	5,9%
Viudo	1,9%
Perdidos	0,2%

Teléfono Residencial³⁹⁷	
Sí	56,7%
No	43,3%

Tiempo de Permanencia en España³⁹⁸	
Hace algunos días	0,2%
Hace algunos meses	2,5%
Hace un año o más	97,3%

Situación de Residencia³⁹⁹	
Residencia legal	92,7%
Irregulares	4,2%
Haciendo los trámites	2,7%
No sabe	0,4%

³⁹⁶ *Marruecos*: está casado el 62,4%, soltero el 34,4%, viviendo con alguien el 1,1% y divorciado o separado el 2,2%; *Rumania*: el 63% de la muestra está casado, el 26% está soltero, el 8% vive con alguien, el 2% es divorciado o separado y el 1% es viudo; *Internet*: está casado el 57,8% de la muestra, soltero el 26,3%, viviendo con alguien el 12,7% y no contestó el 3,2%.

³⁹⁷ *Marruecos*: el 14% tiene teléfono y el restante 86% no lo tiene; *Rumania*: sólo el 34% tiene teléfono residencial;

³⁹⁸ *Marruecos*: el 98,9% tiene una permanencia de más de un año; *Rumania*: el 97% tiene permanencia de más de un año; *Internet*: el 94,8% se encontraba con una permanencia de más de un año.

³⁹⁹ *Marruecos*: el 96,8% tiene residencia legal y el resto no la tiene; *Internet*: el 92,7% declaró tener residencia legal, frente a un 3,1% que dijo ser irregular y 4,2% se encontraba en trámites de regularización.

Tipo de Vivienda ⁴⁰⁰	
Chalet/Casa unifamiliar	7,3%
Piso	86,2%
Adosado/pareado	4,2%
Institución (colegio, residencia)	1%
Otro	1%
Perdidos	0,2%

Personas que conviven ⁴⁰¹	
Vive sola	4,8%
1 persona	18,6%
2 personas	32,8%
3 personas	24,1%
4 personas	10,9%
Más de 5 personas	8,6%
Perdidos	0,2%

Situación Laboral ⁴⁰²	
Trabajando	54,8%
Buscando empleo	24,5%
Se ocupa de las tareas del hogar	4,2%
Va a la Escuela/Universidad	11,5%

⁴⁰⁰ *Marruecos*: el 83,9% vive en un piso, el 10,8% en un chalet, el 4,3% en un adosado o parado y el resto en otro tipo de vivienda; *Rumania*: el 85% vive en piso y el resto declaró vivir en un chalet; *Internet*: el 87,3% vive en Piso, el 8,4% en un chalet y el resto en otro tipo de vivienda.

⁴⁰¹ *Marruecos*: el 24,7% señaló que convive con más de 5 personas, el 21,5% con 4 personas, el 20,4% con 3 personas, el 21,5% con 2 personas, el 8,6% con 1 persona y el resto declaró que vive solo; *Rumania*: el 2% convive con más de 5 personas, el 10% con 4 personas, el 31% con 3 personas, el 44% con 2 personas, el 11% con 1 persona y el resto, ascendente a 2%, vive sola.

⁴⁰² *Marruecos*: el 33,3% declaró que está trabajando, el 52,7% buscando empleo, el 8,6% es independiente, el 1,1% realiza sólo tareas de hogar y el 4,3% asiste a una Escuela o a la Universidad; *Rumania*: el 54% señaló estar trabajando, el 37% buscando empleo, el 2% declaró ser independiente y el 7% encontrarse en el Escuela o Universidad; *Internet*: el 55,8% declaró estar trabajando, el 33,7% buscando empleo y el resto señaló ser independiente o realizar tareas de hogar o dedicarse a los estudios.

Jubilado, pensionista, discapacitado	1%
Trabaja independiente	4%

Opinión del nivel de Ingreso⁴⁰³	
Satisfecho	44,1%
Bastante satisfecho	21,8%
Insatisfecho	28,9%
Muy insatisfecho	5%
Perdidos	0,2%

3.2. Victimización general

La tasa de victimización durante el año 2010 (en el período de enero a octubre) fue del 26,9% (Gráfico 1), de modo tal, que más de uno de cada cuatro de los entrevistados fue víctima de al menos un delito. La prevalencia se eleva hasta el 57% en el período de cinco años (Gráfico 2).⁴⁰⁴

⁴⁰³ *Marruecos*: el 5,4% está satisfecho con su nivel de ingresos, el 41,9% está bastante satisfecho, el 12,9% está insatisfecho y el 39,8% declaró estar muy insatisfecho; *Rumania*: el 30% está satisfecho con su nivel de ingreso, el 26% bastante satisfecho, el 40% insatisfecho y el 4% muy insatisfecho; *Internet*: el 42,1% señaló estar satisfecho, el 15,8% bastante satisfecho, el 28,4% insatisfecho y el 13,7% muy insatisfecho.

⁴⁰⁴ *Marruecos*: en los últimos cinco años, la victimización alcanzó al 29% de la muestra. Por su parte, en el último año (nótese que son sólo 10 meses al igual que el caso de Colombia) la prevalencia es de un 8,6%. Es dable recordar que, en relación a este colectivo, no se interrogó a la muestra por las siguientes tipologías delictivas: Robo de vehículos (coche, motocicleta y bicicleta), Robo de accesorios de coche, Daños a coche y Robo intentado de vivienda; *Rumania*: la victimización en los últimos cinco años fue de un 17% y para el último año (sólo 10 meses) fue de un 4%. Al igual que el colectivo marroquí, respecto de la muestra de rumanos, no se interrogó por las siguientes tipologías delictivas: Robo de vehículos (coche, motocicleta y bicicleta), Robo de accesorios de coche, Daños a coche y Robo intentado de vivienda; *Internet*: tratándose de la encuesta realizada por Internet, debemos recordar que el período de victimización por el cual se preguntó a los entrevistados, son los últimos cinco años y el último año. Cabe aclarar que éste último año podría ser tanto el año 2009, como el 2010. La explicación, obedece a que este tipo de encuesta se hizo entre el plazo que media entre el 1 de junio de 2009 y el 30 de mayo del año 2010, por lo que podrían existir personas que dependiendo de la fecha de respuesta del cuestionario, pudieron ser víctimas de delito un año o el otro. Así, los últimos cinco años, la victimización alcanzó al 49% de la muestra, y la victimización del último año fue de 17% (también los delitos consultados fueron: robo en vivienda, robo con violencia o intimidación, robo o hurtos personales, agresiones sexuales, lesiones y amenazas).

La distribución por delitos se refleja en el gráfico siguiente (Gráfico 3). Destacan los de hurto y los delitos relacionados con vehículos, que representan, entre todos ellos, más de la mitad de las victimizaciones, tanto en el último año como en los últimos cinco.

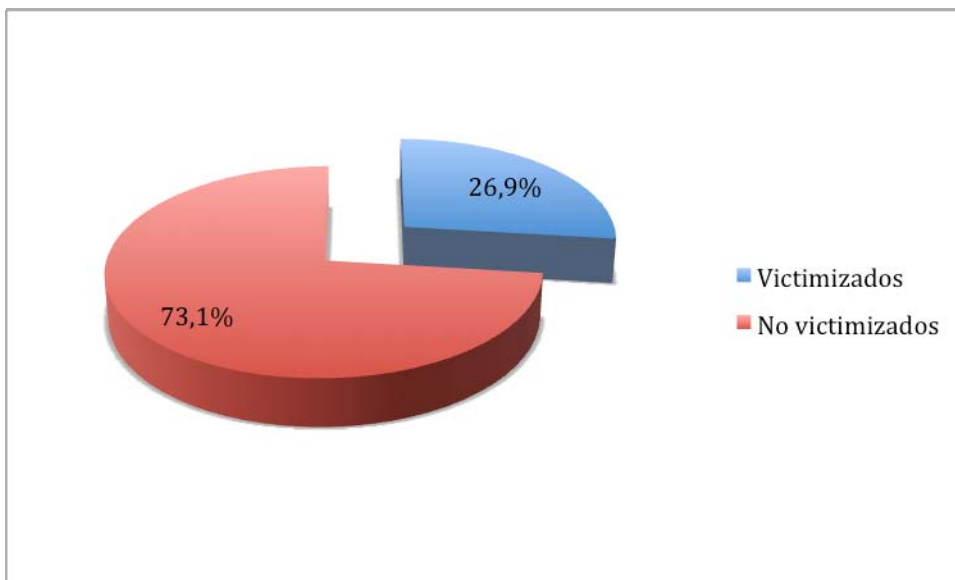


Gráfico 1. Prevalencia año 2010 (10 meses)

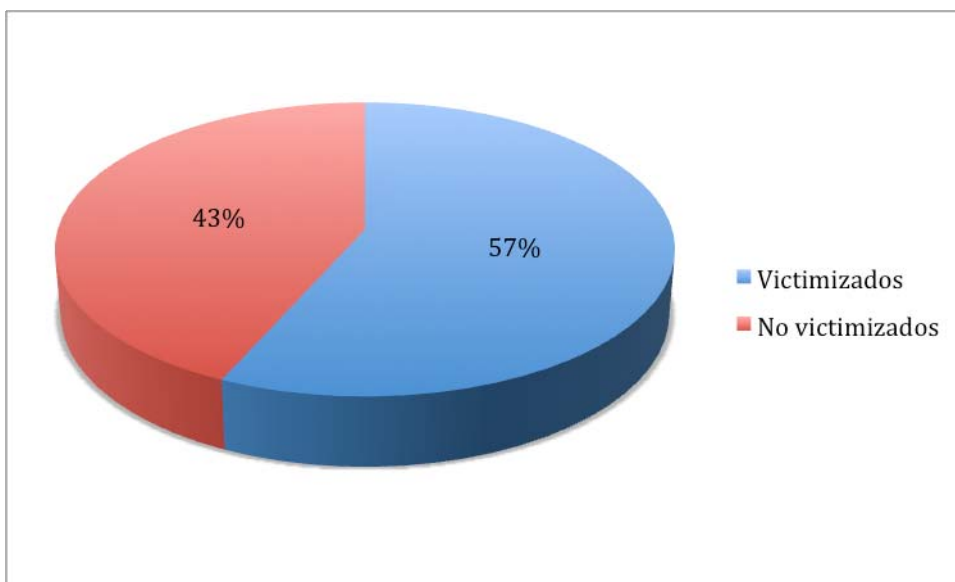


Gráfico 2. Prevalencia últimos 5 años

	Hombre	Mujer
Últimos 5 años	44,3%	55,7%
Año 2010	54,2%	45,7%

Tabla 1. Victimización por género

Edad	Últimos 5 años	Año 2010
16 - 25 años	18,0%	18,6%
26 - 40 años	50,5%	52,7%
41 - 65 años	30,9%	27,9%
más de 65 años	0,3%	0,8%

Tabla 2. Victimización por edad

	Últimos 5 años	Año 2010
Barcelona	74,9%	75,2%
Girona	12,9%	12,4%
Tarragona	10,3%	12,4%
Lleida	1,8%	0%

Tabla 3. Victimización por Provincias

Los delitos más representados en la muestra, correspondiente a los cinco últimos años, es el hurto, con un 20,5%, y el delito de daños a coches (calificado como vandalismo), con un 19,5%.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ *Marruecos*: también el delito con mayor representatividad en los últimos cinco años, corresponde al delito de Hurto, con un 18,3%, seguido del delito de Robo en vivienda, con un 7,5% y, finalmente, el Robo con violencia o intimidación, y el delito de Lesiones y Amenazas, con un 3,2%; *Rumania*: el delito con una mayor representatividad en los últimos cinco años, corresponde al delito de Hurto, con un 12%, le sigue el robo en vivienda, con un 5,8%, y las lesiones y amenazas, con un 4%; *Internet*: al igual que los casos anteriores, el delito con mayor volumen en los últimos cinco años, fue el hurto, con 26,3%, le siguen las lesiones y amenazas, con un 12,6%, las agresiones sexuales, con un 5,3%, y el robo con violencia o intimidación, con un 5,2%.

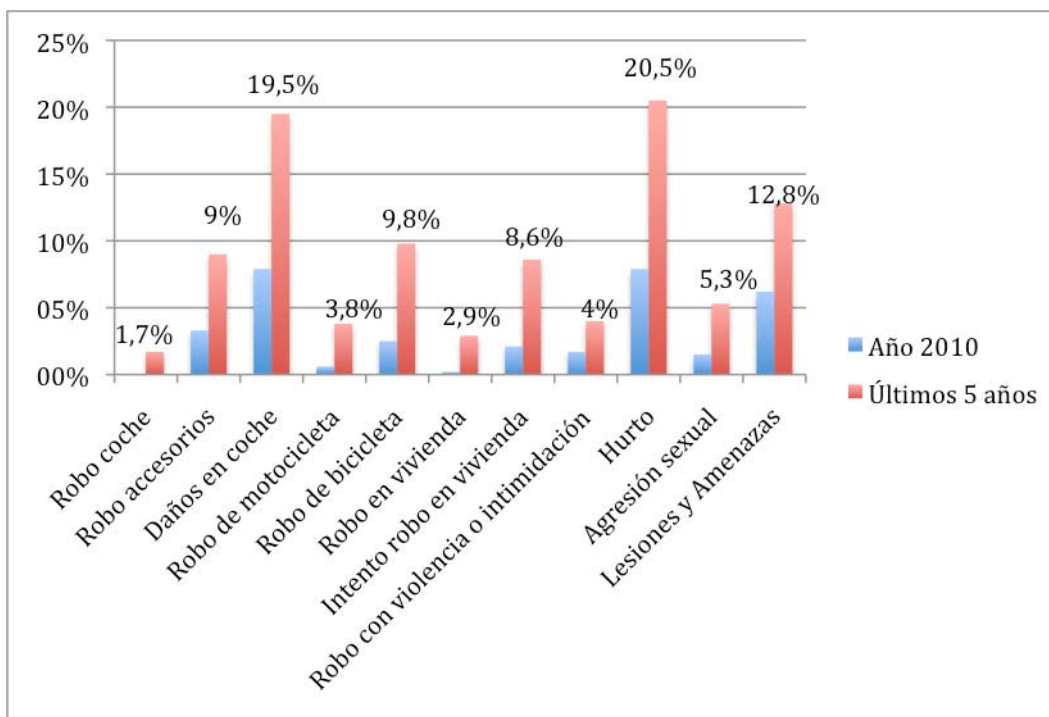


Gráfico 3. Victimización distribuida por delitos

La tasa de incidencia es de 33,2 delitos por cada 100 habitantes, en el año 2010, y de 95,1 en los últimos cinco años. La multivictimización (personas que han sufrido más de un delito), en el último año, fue de un 11,9%.⁴⁰⁶

3.3. La denuncia a la policía. Aspectos generales

Como se señaló anteriormente, en la encuesta se preguntó por la victimización de los siguientes delitos: robo de vehículos a motor (turismo, camioneta o camión); robo de accesorios (radio, retrovisores, etc.); daños a vehículos a motor; robo de motocicleta, robo de bicicleta y robo en vivienda (consumado o intentado); robo con violencia o intimidación, hurtos o robos personales, lesiones y amenazas y delitos sexuales. Así, respecto de estos delitos, la tasa de denuncia fue del 25% (últimos 5 años, Gráfico 4).⁴⁰⁷ Por lo tanto, sólo uno de cada cuatro delitos fue denunciado a la policía, cifra que se

⁴⁰⁶ *Marruecos*: la tasa de incidencia es de 8,6 delitos por cada 100 habitantes, en el año 2010, y de 31,2 en los últimos cinco años; *Rumania*: la incidencia fue de 4 delitos por cada 100 habitantes, en el año 2010, y de 17 por cada 100, en los últimos cinco años; *Internet*: la incidencia es de 23,1 por cada 100 habitantes, en el año 2010 (recuérdese que también puede ser 2009), y de 57,8 por cada 100, en los últimos cinco años.

⁴⁰⁷ *Marruecos*: del total de incidencias de los últimos 5 años (31,2), sólo se denunció el 40% (robo en vivienda, robo con violencia o intimidación, hurtos o robos personales, lesiones y amenazas y delitos sexuales); *Rumania*: sólo se denunció el 19% del total de incidencias de los últimos 5 años; *Internet*: sólo se denunció el 25% del total de incidencias de los últimos 5 años.

distribuye de modo muy desigual entre los diversos delitos, de un 13,2% el robo en vivienda intentado o un 14,1% en los daños a vehículos, a un 94,4% en el robo de motocicletas o un 100% en el robo de coches (Gráfico 5). Entre los dos extremos, la denuncia es de un 35,7% en los abusos y agresiones sexuales, un 31,7% en las lesiones y amenazas, un 44,4% en los robos con violencia o intimidación, un 45,5% en los hurtos y un 57,1% en el robo en vivienda consumado (Gráfico 5). Cabe destacar que las mujeres denunciaron más las infracciones (57%) con respecto a los varones⁴⁰⁸ (Gráfico 6), y que casi el 60% de los denunciantes se ubica en el grupo etario de 26 a 40 años (Gráfico 7).⁴⁰⁹ Entre los motivos expresados para denunciar el hecho, destacan el deseo de recuperar los objetos sustraídos, la seriedad del delito y la creencia de que los delitos deben denunciarse (Gráfico 8). Las causas relativas a la decisión de no denunciar fueron, fundamentalmente, la autotutela (creer que los hechos podían resolverse sin necesidad de denuncia) y la poca importancia del hecho. La escasa confianza en la policía tuvo poca incidencia (Gráfico 9).

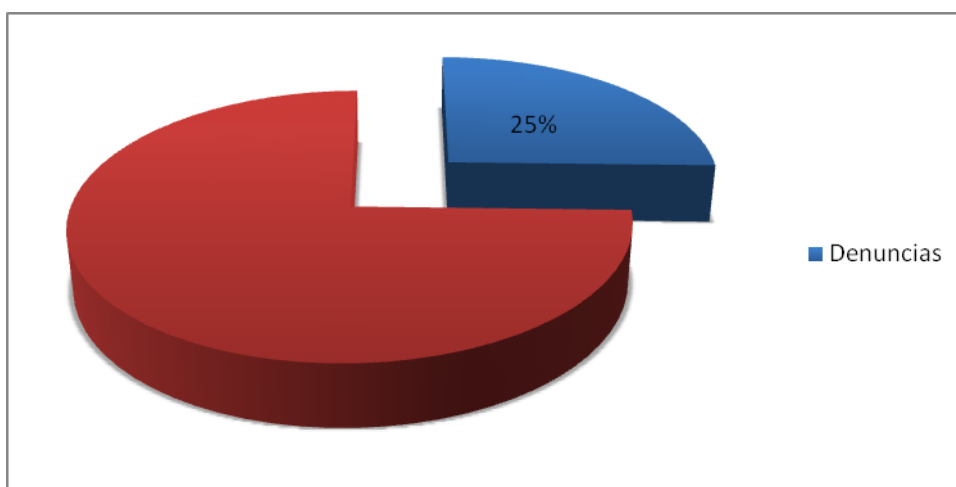


Gráfico 4. Denuncia de delitos en los últimos 5 años

⁴⁰⁸ *Marruecos*: el 95% de los varones denunció el delito; *Rumania*: los hombres y mujeres denunciaron en la misma medida (50%).

⁴⁰⁹ *Marruecos*: el 60% de los denunciantes se ubica en el rango etario de 26 a 40 años; *Rumania*: casi el 80% de los denunciantes se encuentra entre los 26 a 40 años.

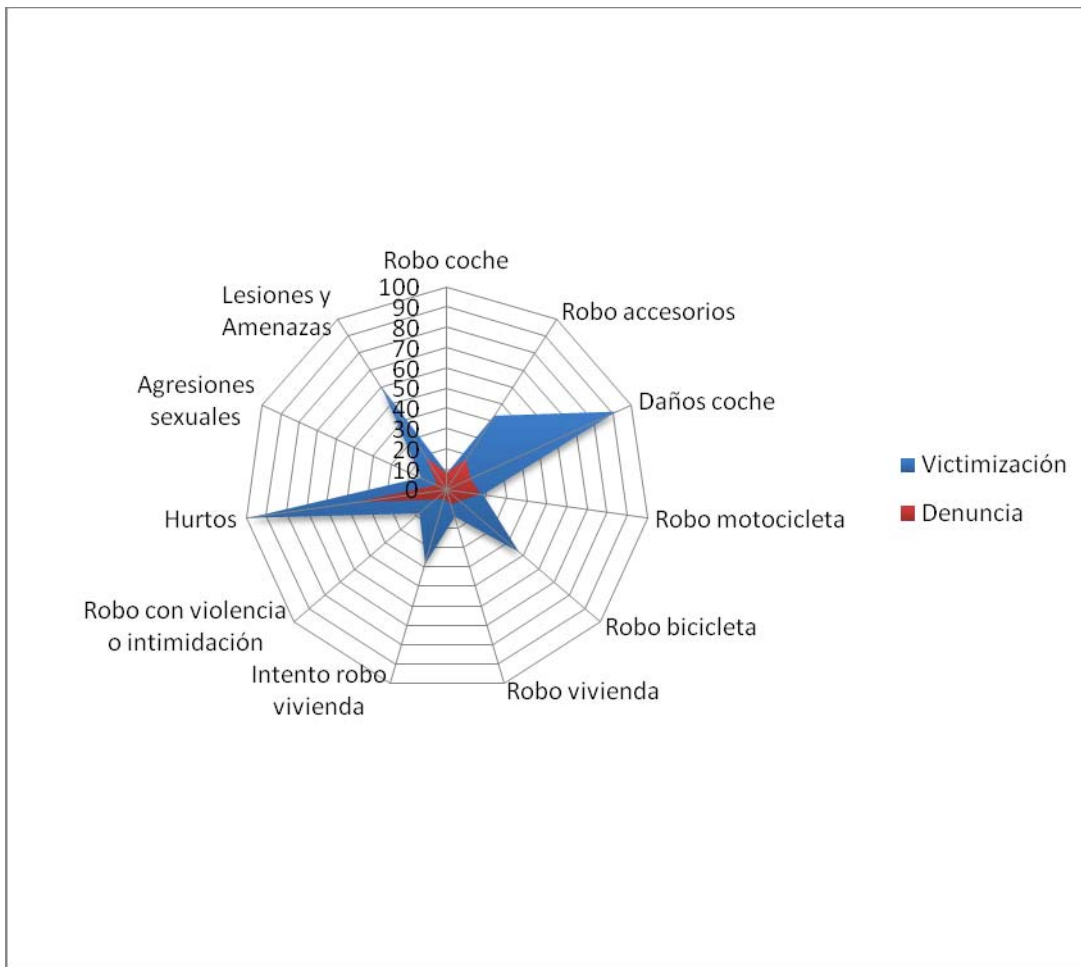


Gráfico 5. Denuncias en relación a la victimización por delitos

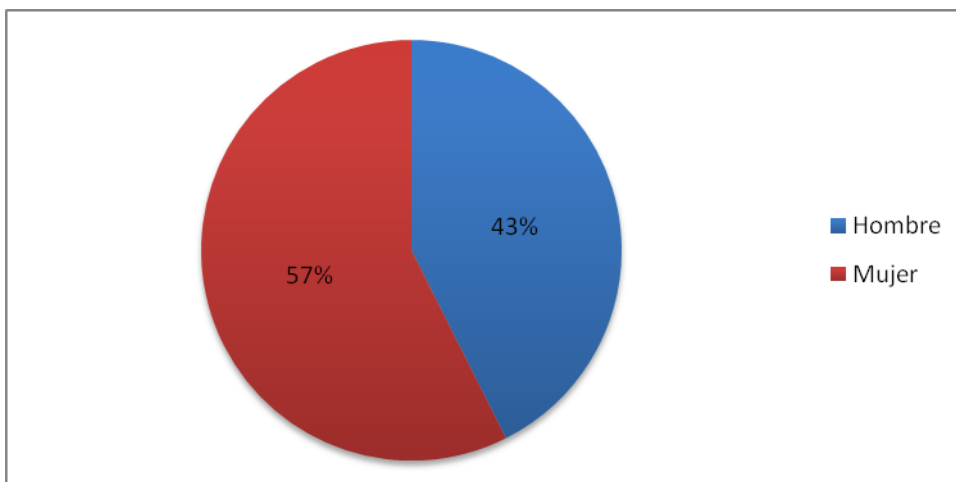


Gráfico 6. Denunciante por género

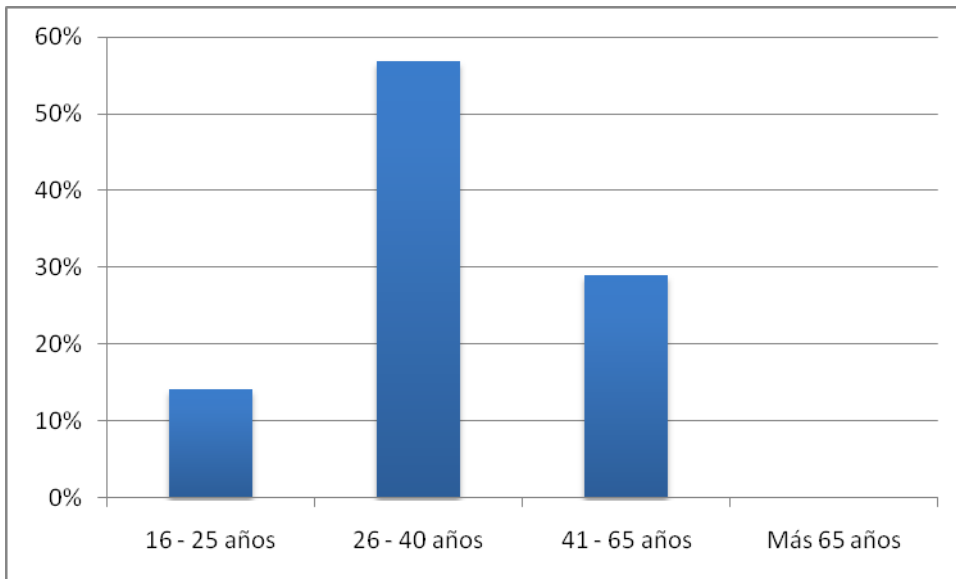


Gráfico 7. Denunciante por edad

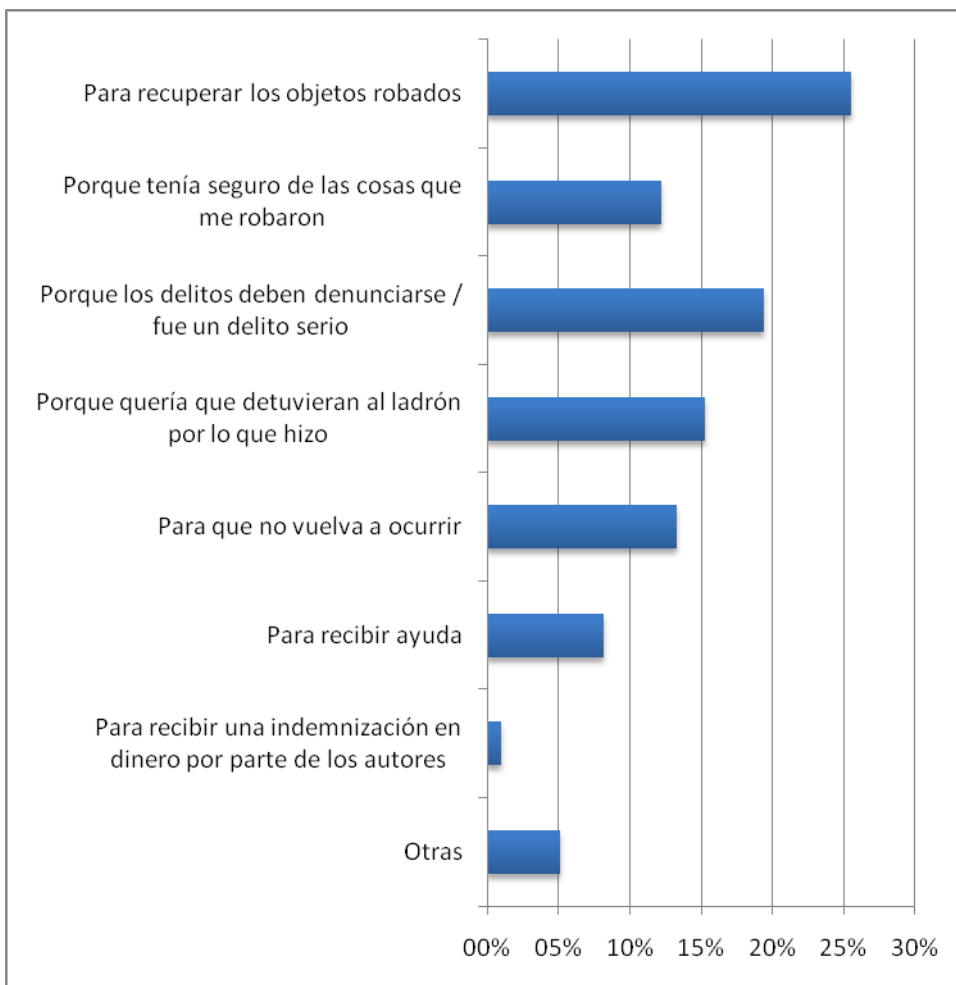


Gráfico 8. Causas que motivaron la denuncia



Gráfico 9. Causas que no motivaron la denuncia

3.4. Victimización relacionada con el patrimonio

En este epígrafe, se agrupan los delitos de robo de coches, robo de accesorios de vehículos, daños a vehículos, robo de motocicletas, robo de bicicletas, robo en vivienda (en delitos consumados como intentados), robo con violencia o intimidación y hurtos.

En relación con el robo de coches, no se registra victimización alguna en el año 2010, mientras que la tasa de victimización en los últimos cinco años fue del 1,7%. Este delito es considerado como muy serio por el 87,5% de víctimas. A su vez, el 74,2% de las mismas tienen un único vehículo en la familia.

a) *Victimización por delito de robo de coches*

En relación con el robo de coches, no se registra victimización alguna en el año 2010, mientras que la tasa de victimización en los últimos cinco años fue del 1,7% (Gráfico 10). El 74,2% de las mismas tienen un único vehículo en la familia (Tabla 5). Además, los entrevistados, en un 50%, declararon que el delito se cometió en su barrio de residencia (Gráfico 11).

Propiedad de coches últimos 5 años	
Si	50,20%
No	49,80%

Tabla 4. Propiedad de coches en los últimos 5 años

Número de coches por familia	
Uno	74,20%
Dos	22,10%
Tres	3,80%
Cuatro	0%
Cinco o más	0%

Tabla 5. Número de coches por familia

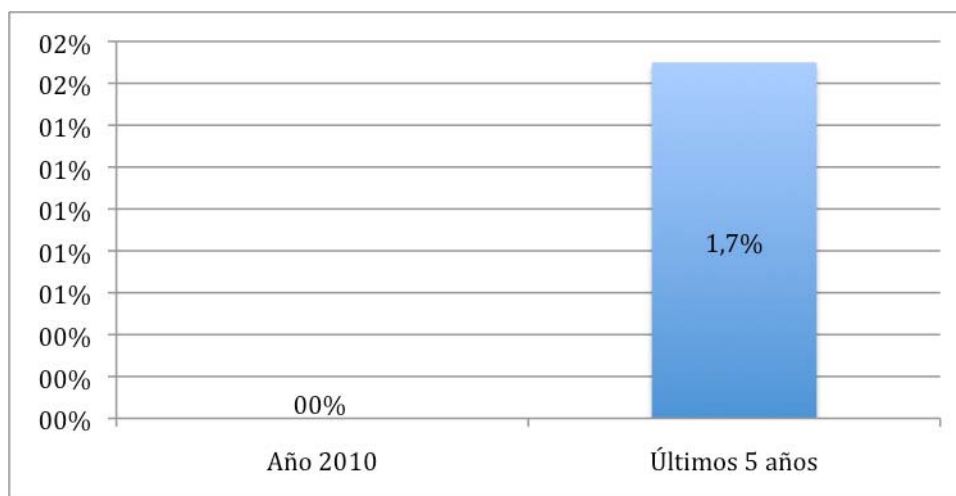


Gráfico 10. Índice de victimización por robo de coches

Edad	Víctimas
De 16 - 25 años	0,00%
De 26 - 40 años	62,50%
De 41 - 65 años	37,50%
Más de 65 años	0,00%

Tabla 6. Víctimas de robo de coche por edad.

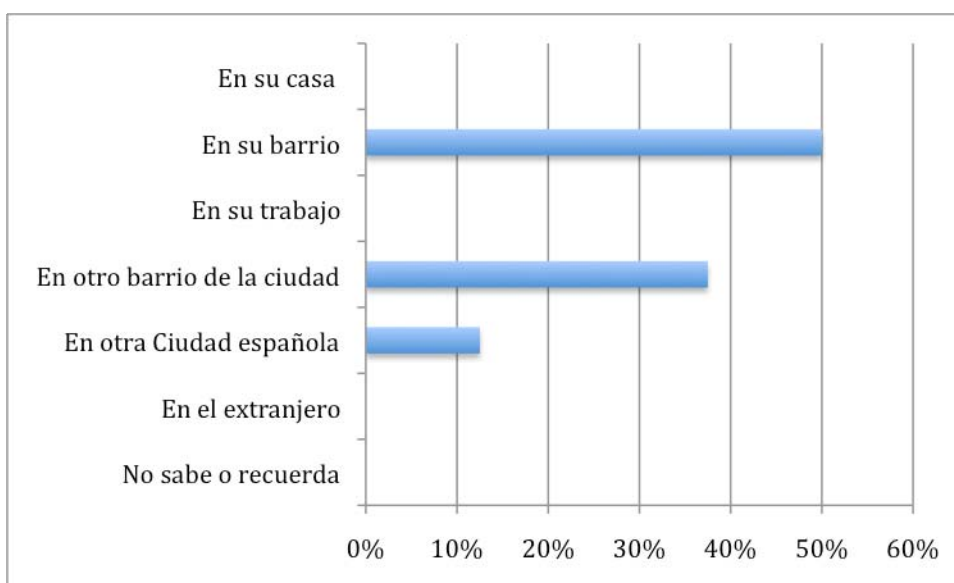


Gráfico 11. Lugar de comisión

Aún cuando todos los delitos fueron denunciados (1,7% de victimización en los últimos cinco años de medición, Gráfico 12), las razones para denunciar se fundaron en la necesidad de recuperar el coche, con cerca del 35%, seguido por la exigencia del seguro y el deber de denunciar, con un 20%, respectivamente (Gráfico 13). En relación con la satisfacción con la denuncia, un 75% de víctimas se mostraron insatisfechas (Gráfico 14), donde la mayor parte adujo que no se hizo lo suficiente (Gráfico 15). Sin embargo, un 75% de víctimas recuperó el vehículo (Gráfico 16). Finalmente, para más del 87% el hecho fue muy serio (Tabla 7).

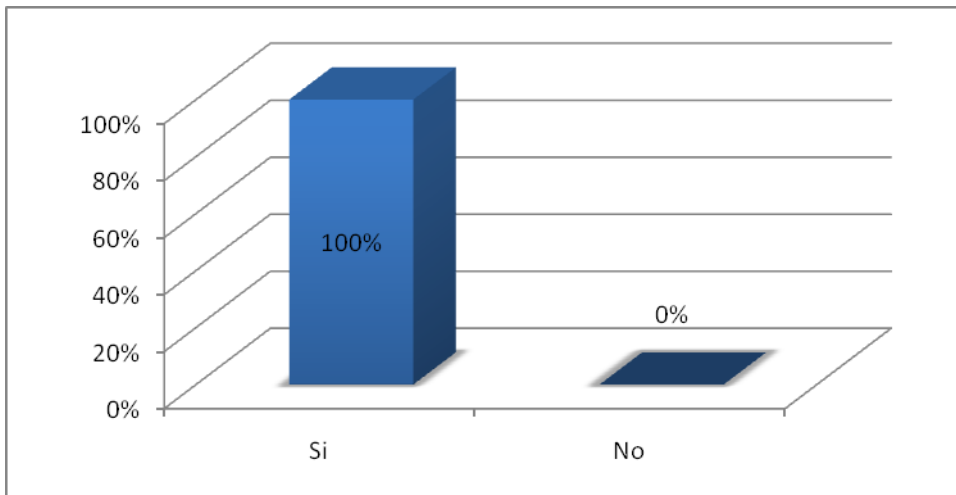


Gráfico 12. Índice de denuncia de robos a coches

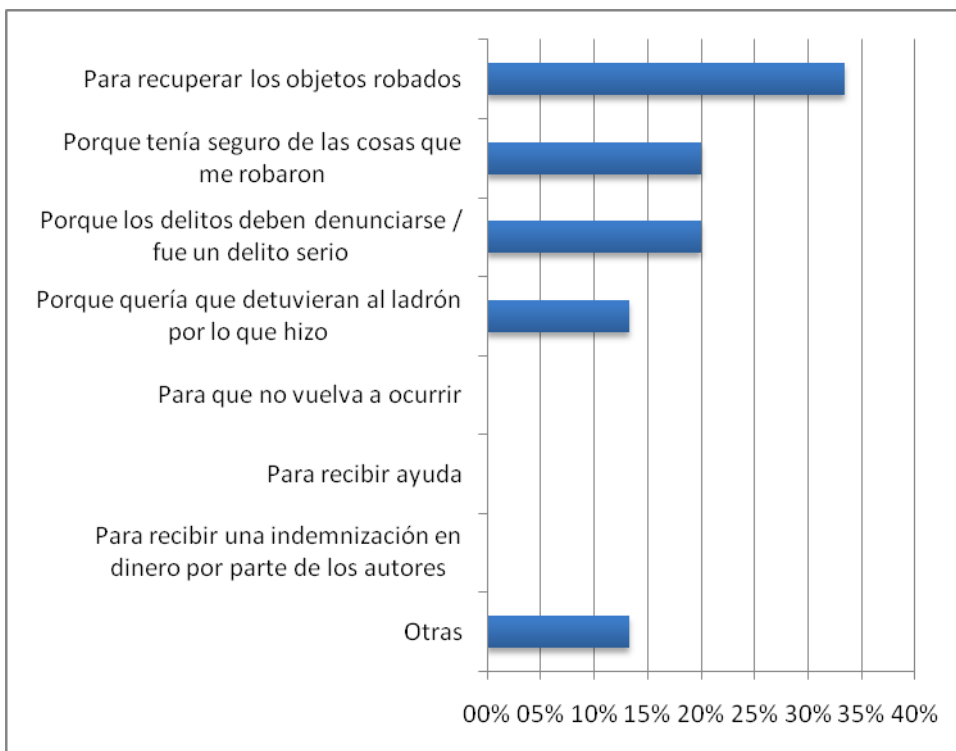


Gráfico 13. Causas de la denuncia de robos a coches

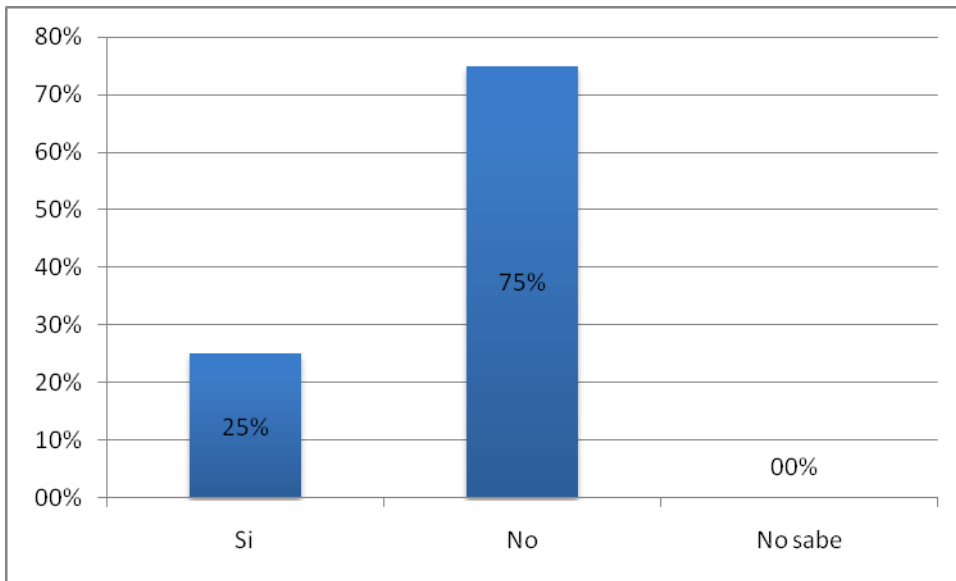


Gráfico 14. Satisfacción con la denuncia de robos a coches

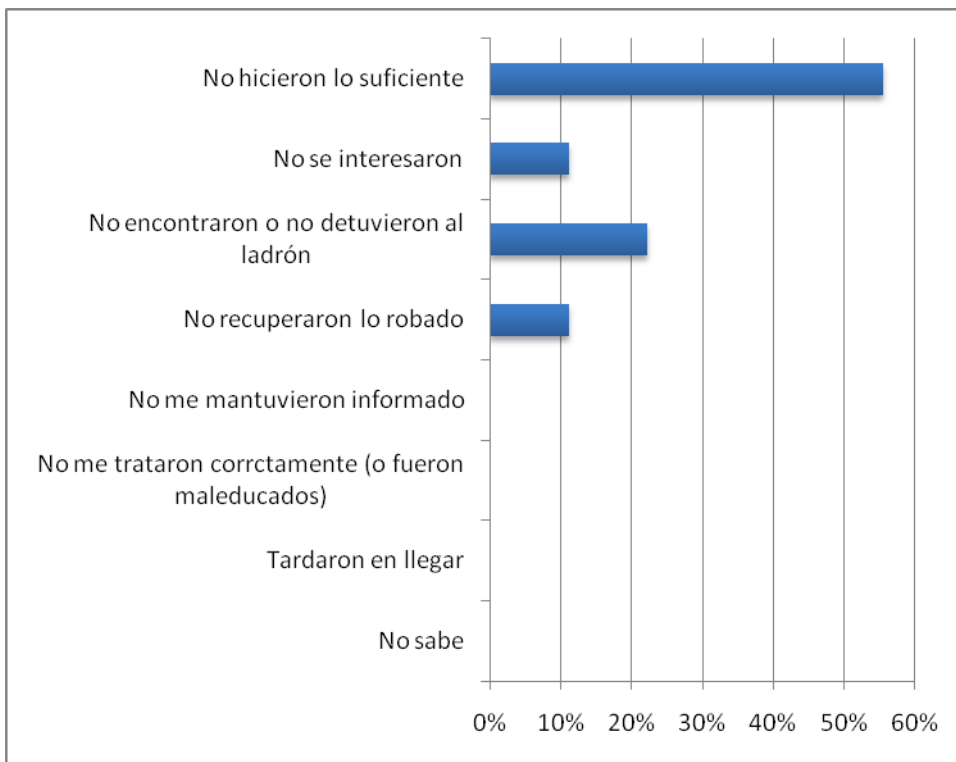


Gráfico 15. Causas de la insatisfacción en la denuncia de robos a coches

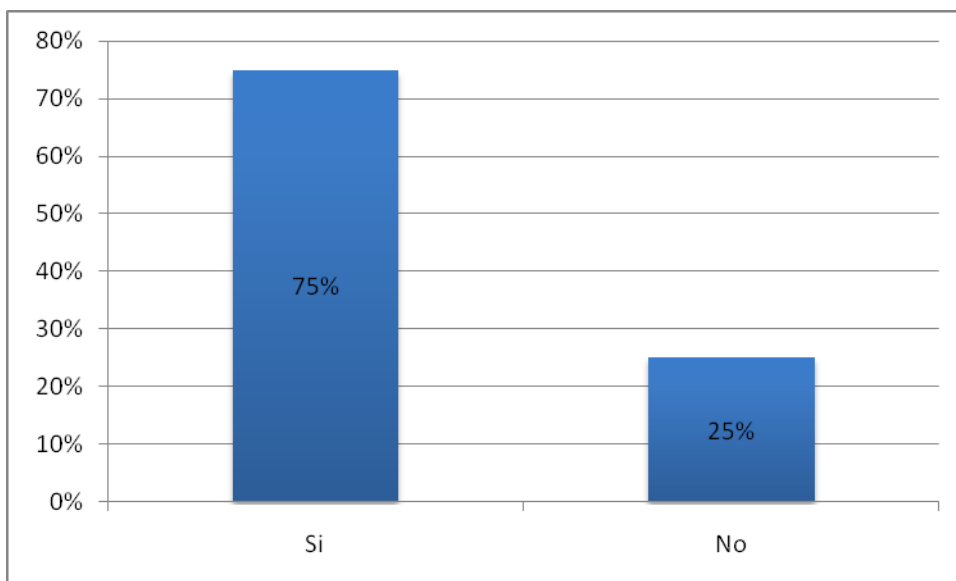


Gráfico 16. Índice de recuperación de coches robados

Fue muy serio	87,50%
Medianamente serio	12,50%
No muy serio	0%

Tabla 7. Importancia del Delito

b) *Victimización por delitos de robo de accesorios de coches*

Por lo que se refiere al robo de accesorios de vehículos, el índice de victimización en el año 2010, es del 3,3%. La prevalencia se eleva hasta el 9% en el período de cinco años (Gráfico 17). En más de la mitad de los casos, el delito se cometió en el barrio de la víctima (Gráfico 18), siendo un poco más del 67% de las víctimas mayores de 26 y menores de 40 años de edad (Tabla 8).

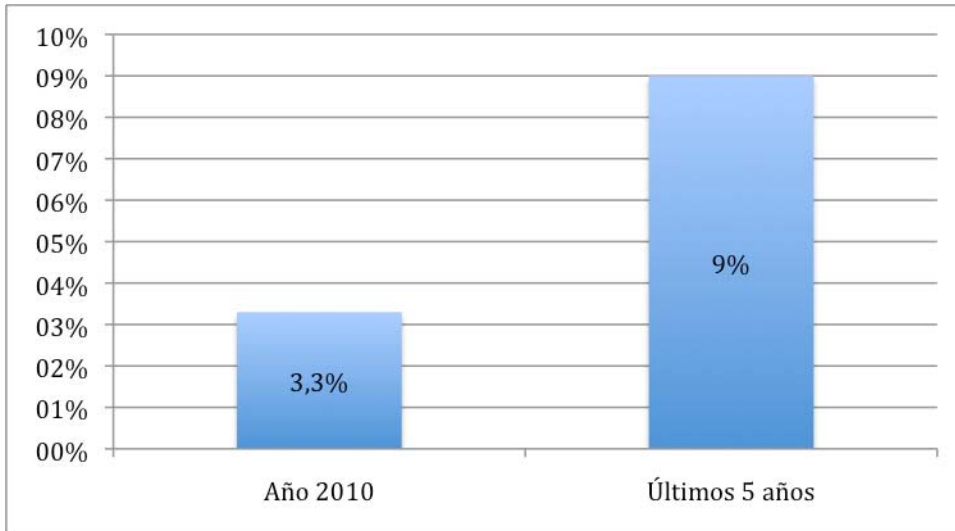


Gráfico 17. Índice de victimización por robo de accesorios de coches

Edad	Víctimas
De 16 - 25 años	6,9%
De 26 - 40 años	67,5%
De 41 - 65 años	25,6%
Más de 65 años	0,00%

Tabla 8. Víctimas de robo de accesorios de coche por edad

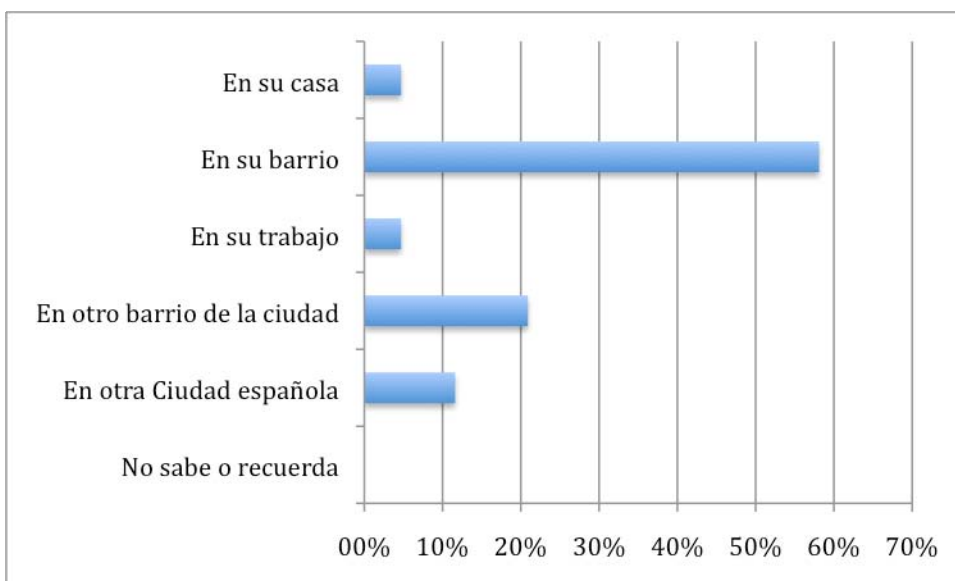


Gráfico 18. Lugar de comisión robo de accesorios de coches

El 42% de las víctimas de robo de accesorios desde sus coches, denunciaron los hechos a las autoridades (Gráfico 19). Al igual que antes, dentro de las razones para denunciar el delito, primó la necesidad de recuperar lo robado, con casi el 40%, seguido del deber de denunciar los delitos y porque la cosa tenía seguro, con poco más del 20% (Gráfico 20). Estuvieron satisfechas con la denuncia la mitad de ellas (Gráfico 21). Entre los motivos de insatisfacción en la denuncia, destaca que no se hizo lo suficiente y que no recuperaron lo robado (Gráfico 22). La razón fundamental que se tuvo para no denunciar el delito, con un 27%, es que se trataba de una cosa de poca importancia o no había pérdida económica importante (Gráfico 23). Un 21,4% considera que el delito fue muy serio, mientras que un 33,3% medianamente serio y el 45,2% no muy serio (Tabla 9).

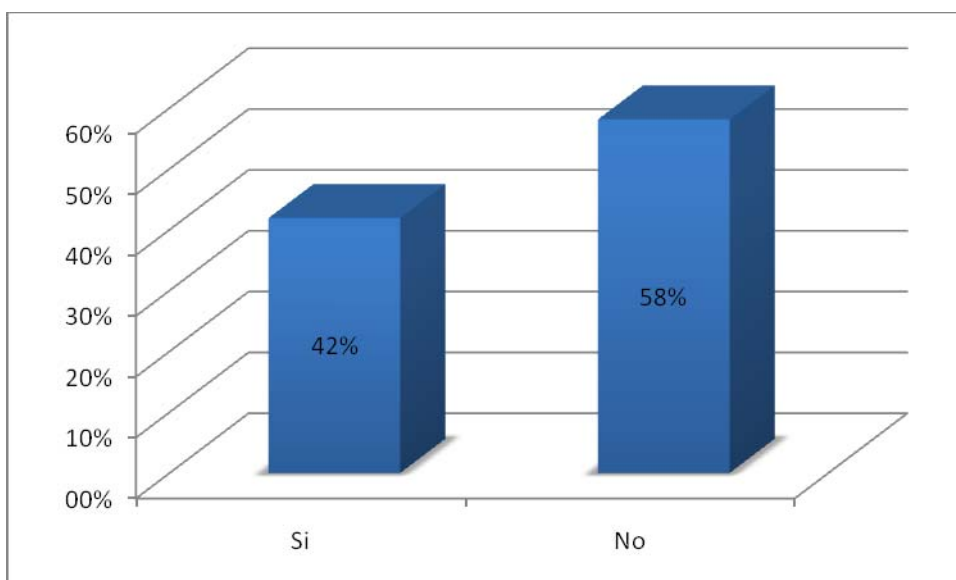


Gráfico 19. Índice de denuncia de robo de accesorios a coches

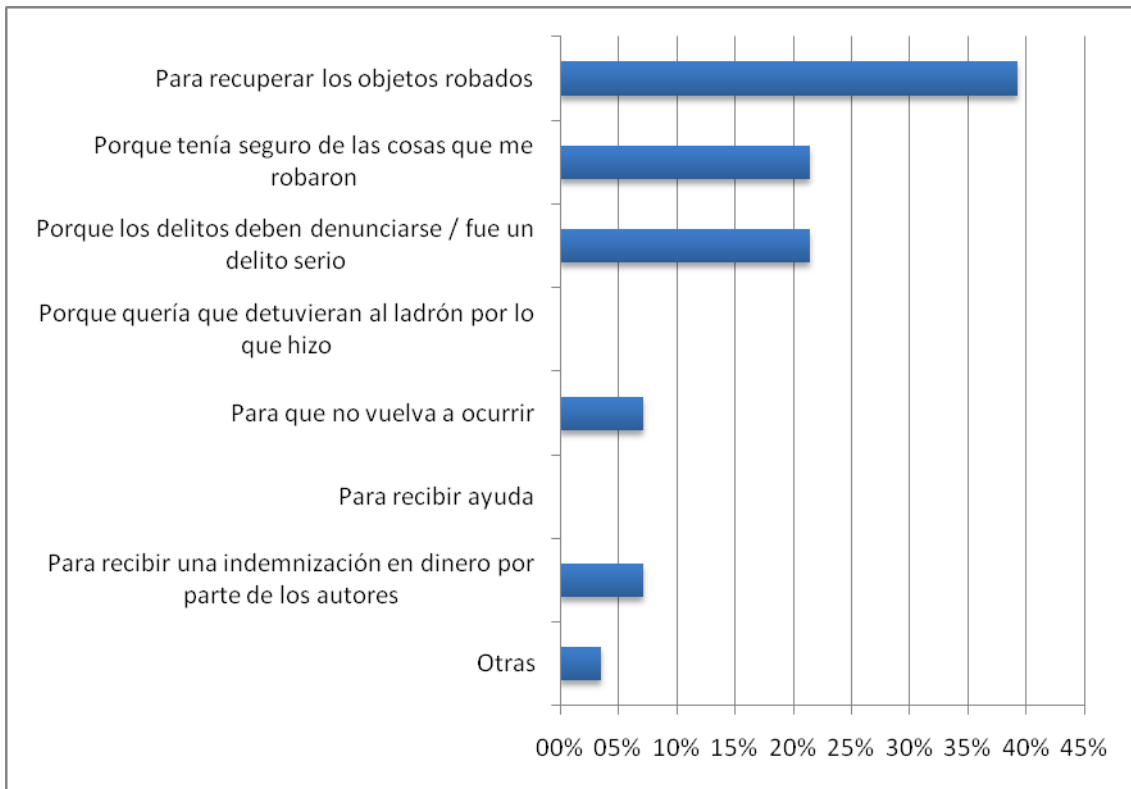


Gráfico 20. Causas de la denuncia de robo de accesorios de coches

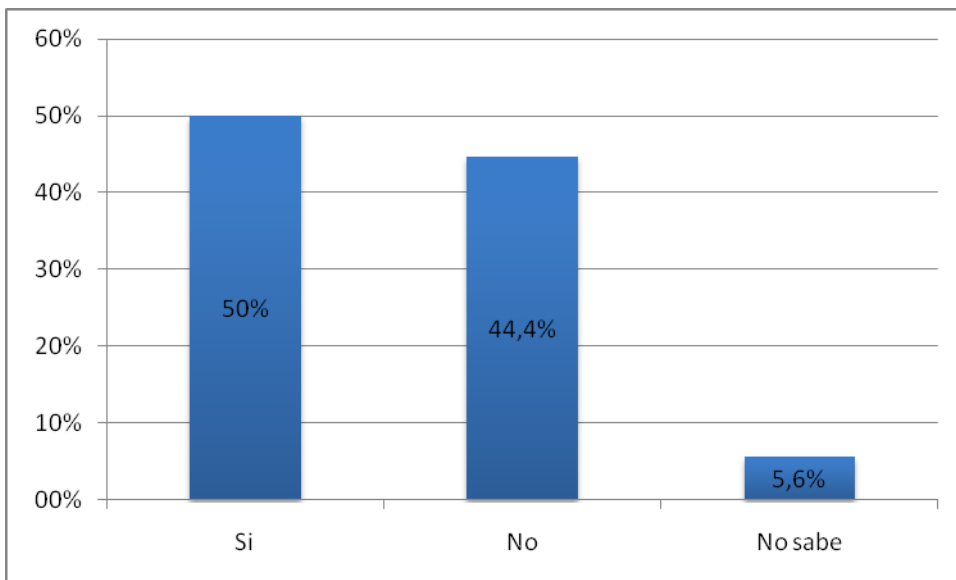


Gráfico 21. Satisfacción con la denuncia de robo de accesorios

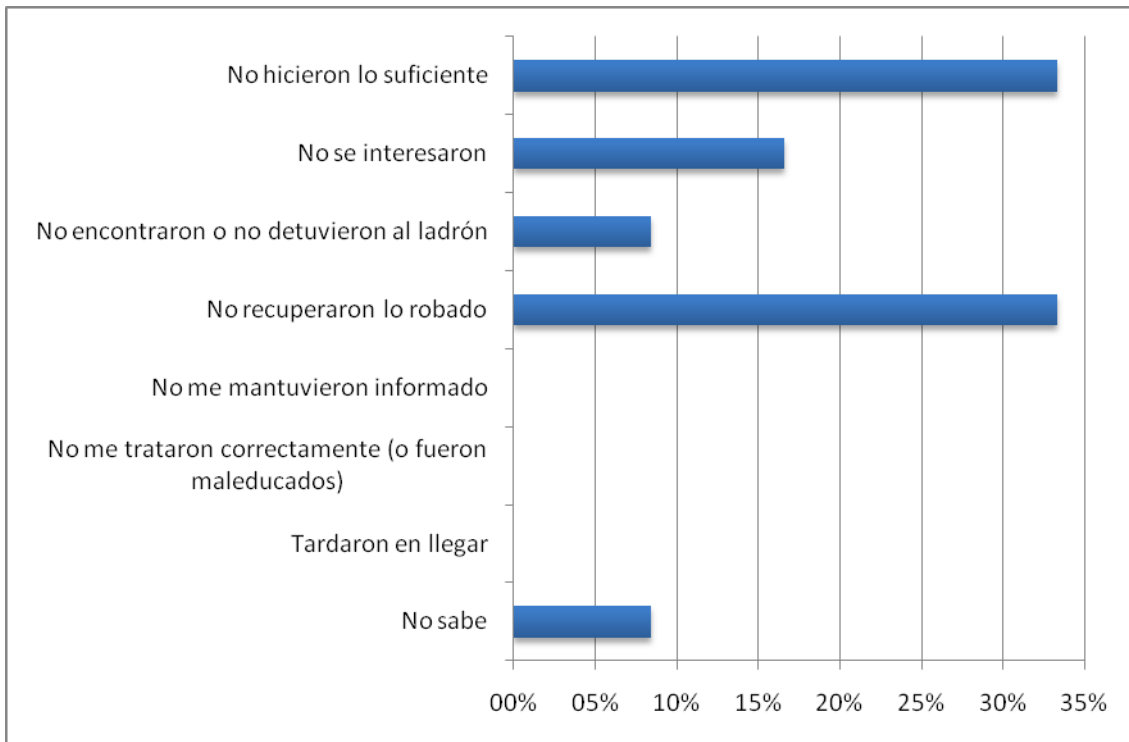


Gráfico 22. Causas de insatisfacción con la denuncia de robo de accesorios

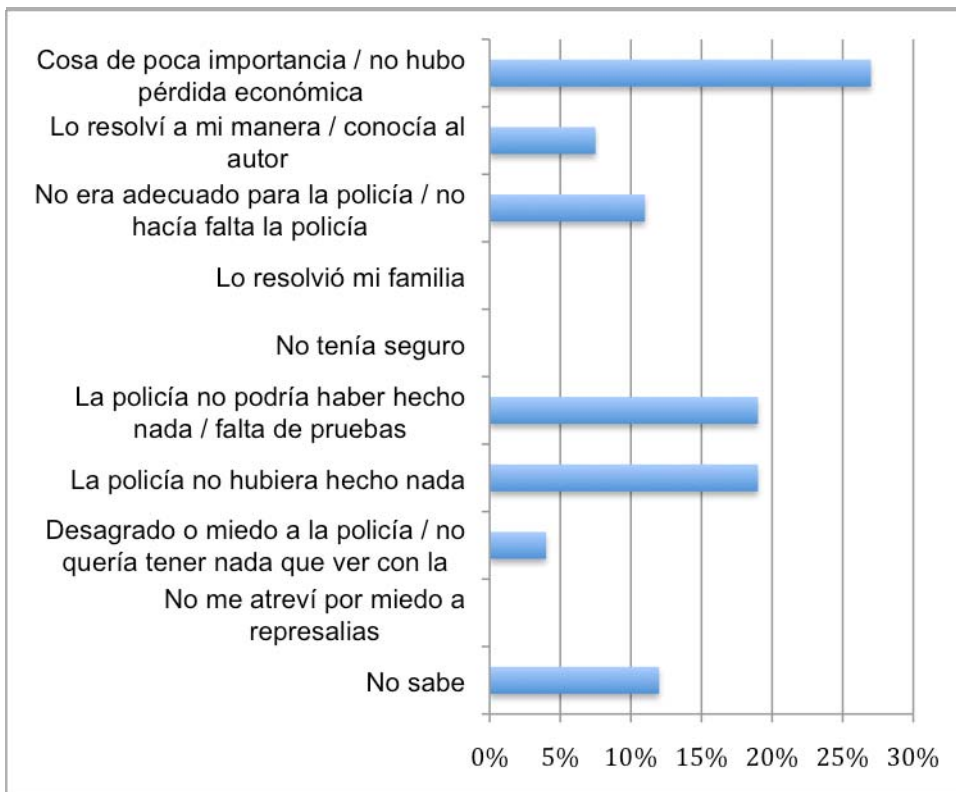


Gráfico 23. Causas de la no denuncia de robo de accesorios de coches

Fue muy serio	21,4%
Medianamente serio	33,3%
No muy serio	45,2%

Tabla 9. Importancia del Delito

c) *Victimización por Daños en coches*

Más elevada es la tasa de prevalencia por daños en vehículos, que se sitúa en un 7,9% en el año 2010, y en un 19,5% en los últimos cinco años (Gráfico 24). Un 77% de daños a vehículos se realizó en el barrio de la víctima (Gráfico 25). Cercano al 50% de las víctimas era mayor de 26 y menor de 40 años de edad (Tabla 10).

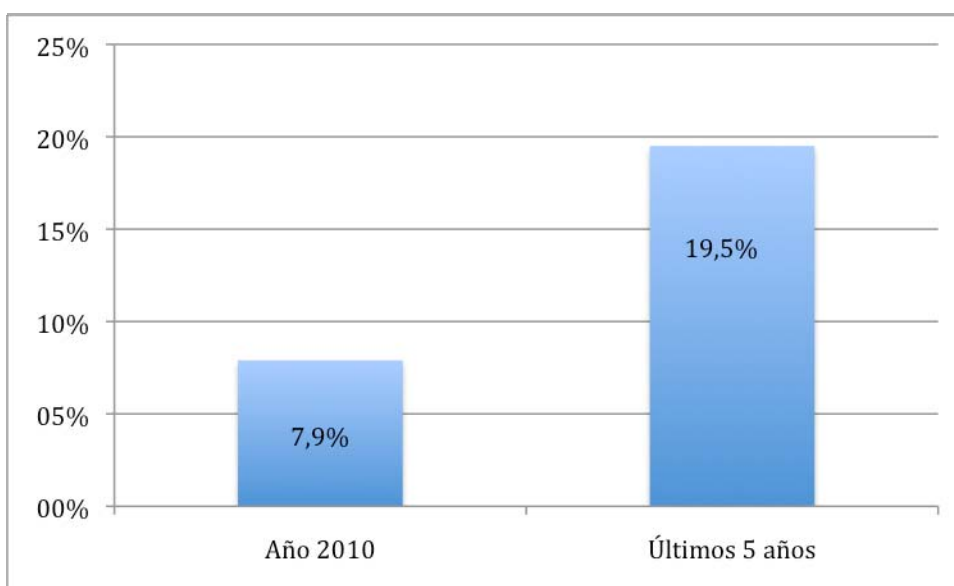


Gráfico 24. Índice de victimización por daños en coches

Edad	Víctimas
De 16 - 25 años	13,5%
De 26 - 40 años	49,5%
De 41 - 65 años	36,4%
Más de 65 años	0,4%

Tabla 10. Víctimas de daños en coche por edad

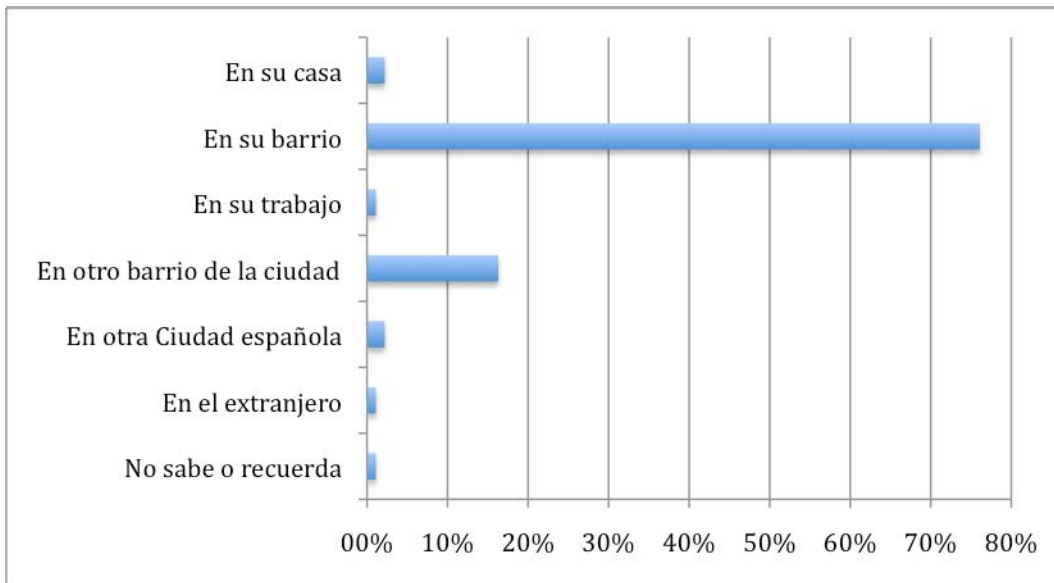


Gráfico 25. Lugar de comisión de delito de daños en coche

El índice de denuncia del delito de daños a coches fue del 14,1%, frente a un 82,6% de abstención (Gráfico 26). La mayoría pensó que era un hecho medianamente serio (46,2%), frente a los que estimaron que no fue serio (39,8%, Tabla 11).

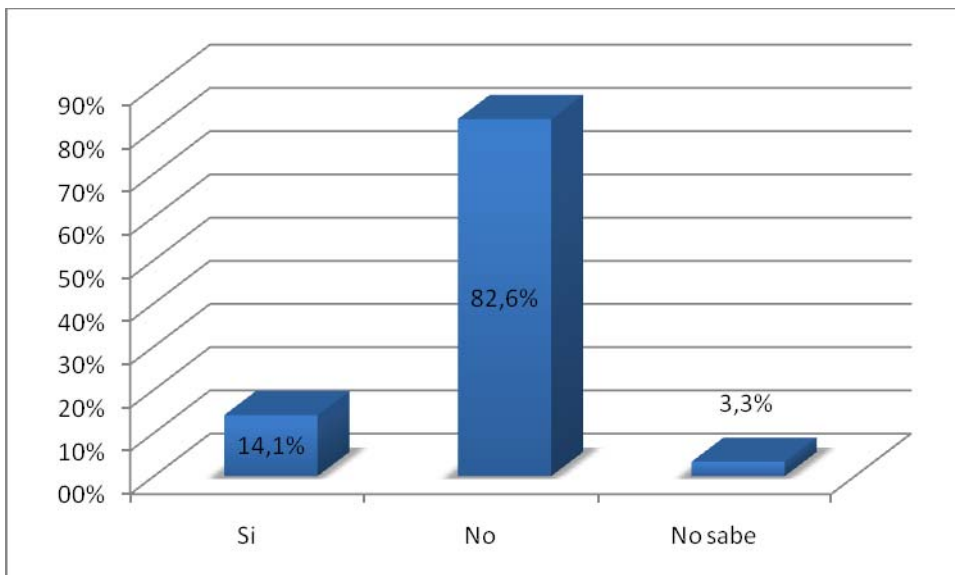


Gráfico 26. Índice de denuncia de daños a coches

Fue muy serio	14%
Medianamente serio	46,2%
No muy serio	39,8%

Tabla 11. Importancia del Delito

d) *Victimización por delitos de robo de motocicletas*

La tasa de victimización por robo de motocicletas es del 0,6%, en el año 2010, mientras que en los últimos cinco años es de un 3,8% (Gráfico 27). A su vez, en la mitad de ocasiones el delito se cometió en el barrio de la víctima (Gráfico 28).

Propiedad de motocicletas últimos 5 años	
Si	24,9%
No	75,1%

Tabla 12. Propiedad de motocicletas

Número de Motocicletas por familia	
Uno	76,7%
Dos	23,3%
Tres	0%
Cuatro	0%
Cinco o más	0%

Tabla 13. Número de motocicleta por familia

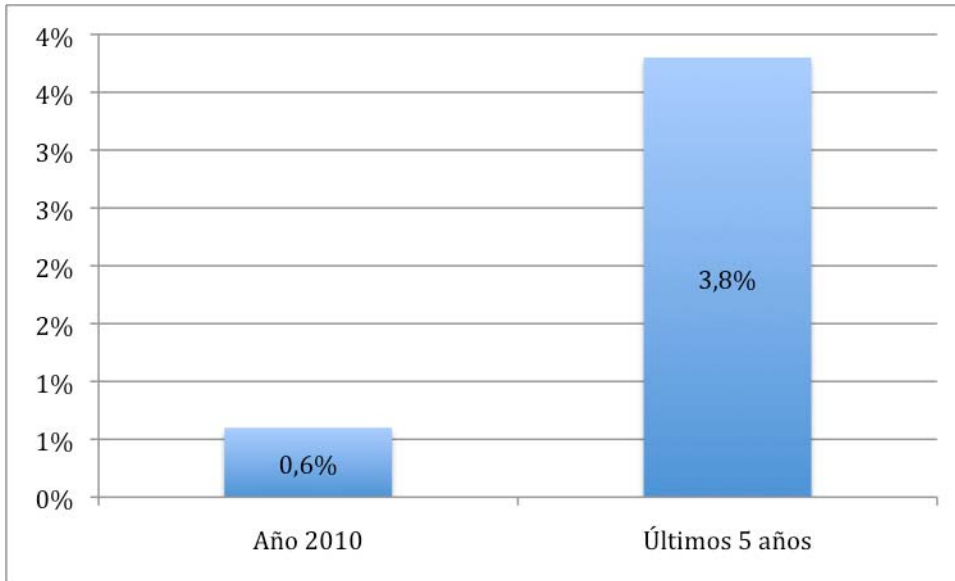


Gráfico 27. Índice de victimización por robo de motocicletas

Edad
De 16 - 25 años
De 26 - 40 años
De 41 - 65 años
Más de 65 años

Tabla 14. Víctimas de robo de motocicleta por edad

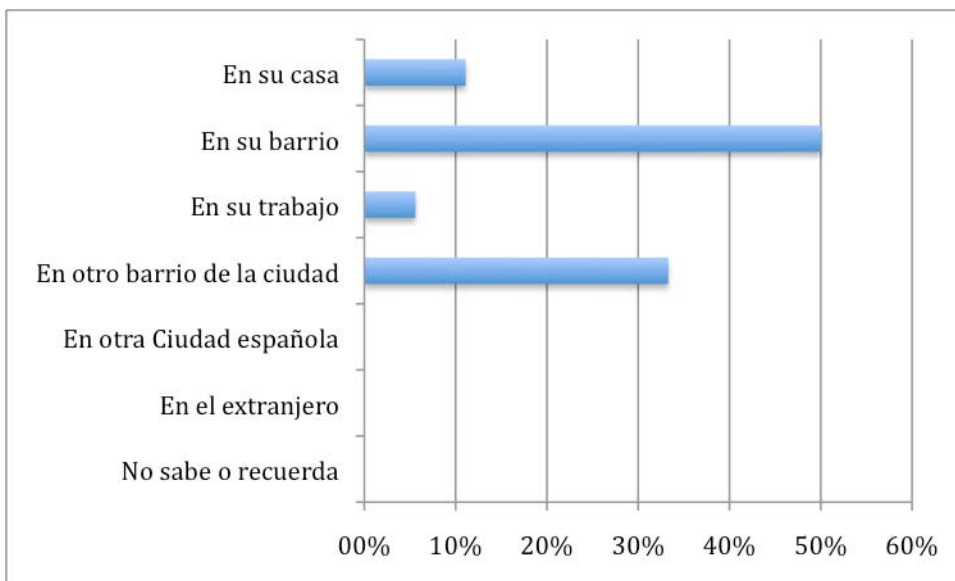


Gráfico 28. Lugar de comisión de delito de robo de motocicletas

De los robos a motocicletas, se denunció el 94,4% de los casos (Gráfico 29). A su vez, para la gran mayoría, el hecho fue muy serio (68,4%).

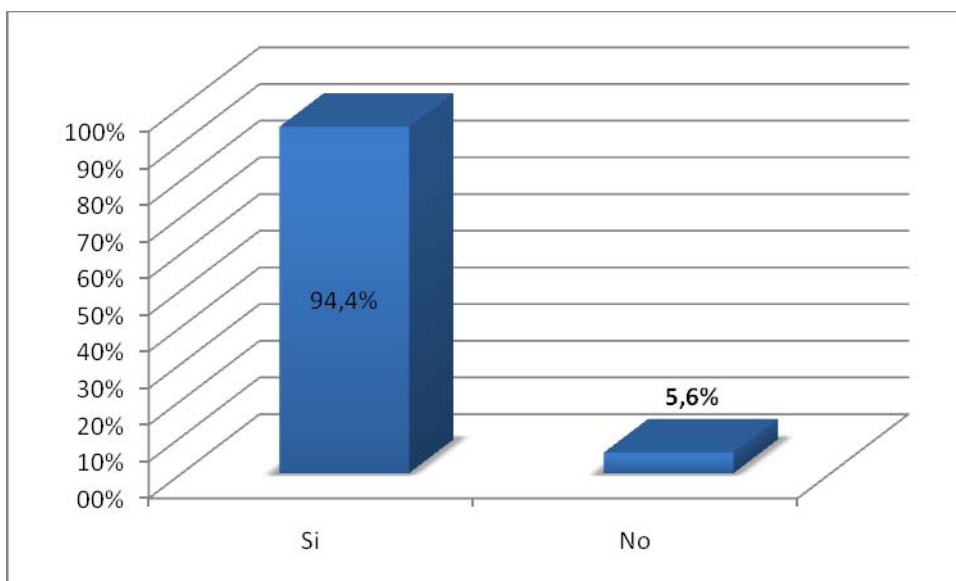


Gráfico 29. Índice de denuncia de robo de motocicletas

Fue muy serio	68,4%
Medianamente serio	26,3%
No muy serio	5,3%

Tabla 15. Importancia del Delito

e) *Victimización por delitos de robo de bicicletas*

En el caso de robo de bicicletas, la prevalencia es del 2,5% en el año 2010, y del 9,8% en los últimos cinco años (Gráfico 30). De modo similar que en el caso anterior, en más de la mitad de ocasiones el delito se cometió en el barrio de la víctima (Gráfico 31).

Propiedad de bicicletas últimos 5 años	
Si	45,4%
No	54,6%

Tabla 16. Propiedad de bicicletas

Número de bicicletas por familia	
Uno	41%
Dos	42,9%
Tres	12,9%
Cuatro	2,3%
Cinco o más	0,9%

Tabla 17. Número de bicicletas por familia

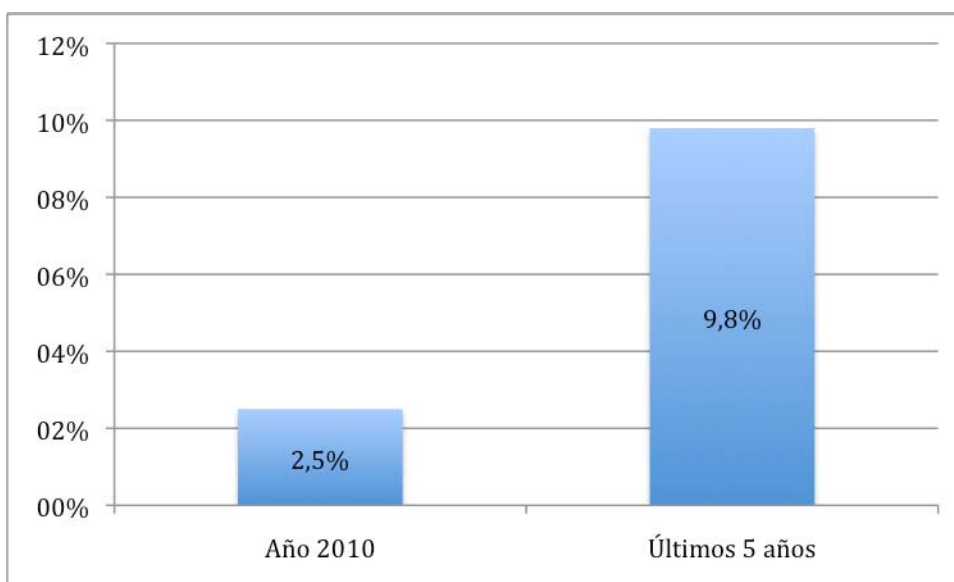


Gráfico 30. Índice de victimización de robo de bicicletas

Edad	Víctimas
De 16 - 25 años	23,9%
De 26 - 40 años	45,6%
De 41 - 65 años	30,4%
Más de 65 años	0,00%

Tabla 18. Víctimas de robo de bicicleta por edad

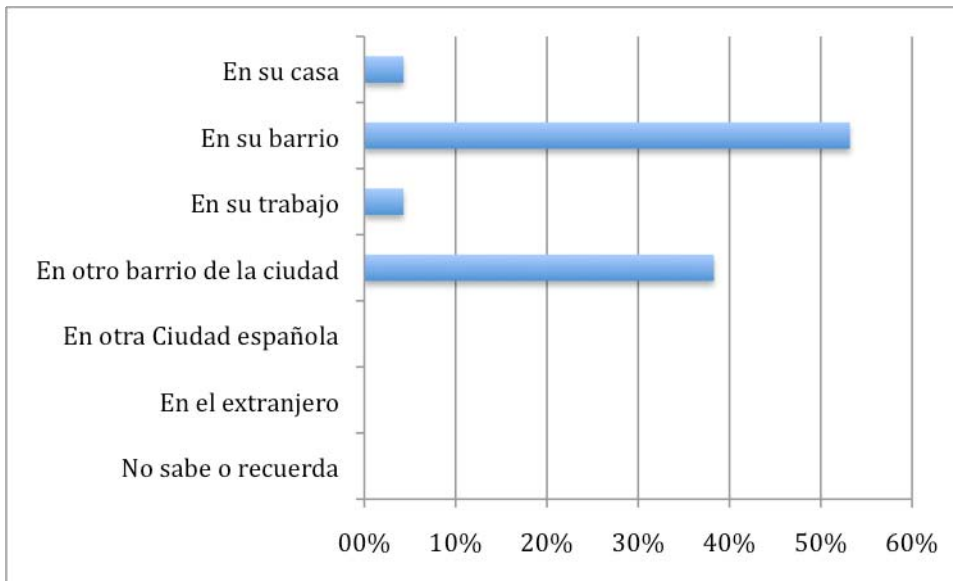


Gráfico 31. Lugar de comisión delito de robo de bicicletas

Se denunció el 78,7% de los robos de bicicletas (Gráfico 32). Además, el 61,7% estimó que el delito fue medianamente serio (Tabla 19).

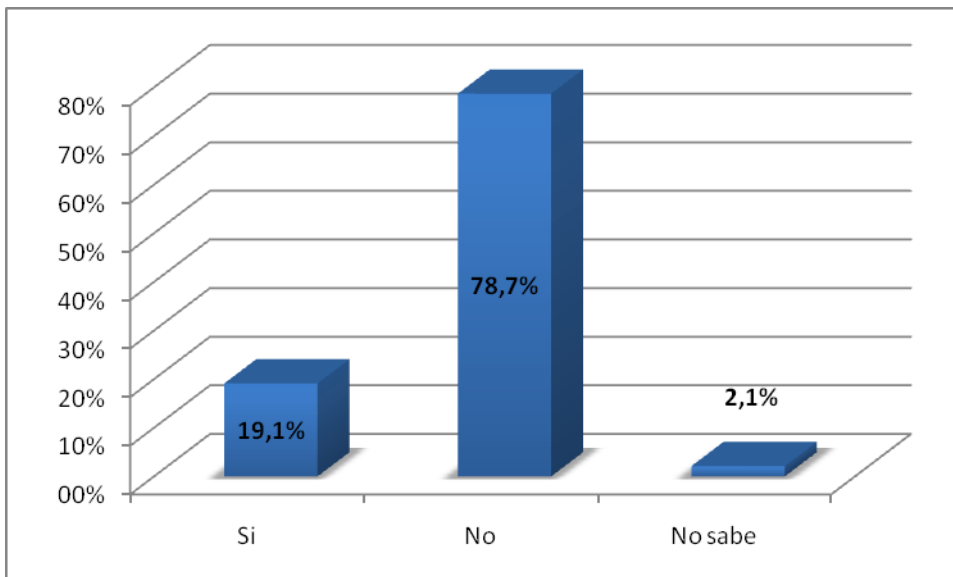


Gráfico 32. Índice de Denuncia de robo de bicicletas.

Fue muy serio	12,8%
Medianamente serio	61,7%
No muy serio	25,5%

Tabla 19. Importancia del delito

f) *Victimización por delito de Robo en vivienda*

En la encuesta se estudió la victimización por robo en vivienda, tanto los delitos consumados como aquellos que se quedaron en una fase imperfecta de ejecución.

- *Victimización respecto de robos en vivienda consumados*

La tasa de victimización por robo en vivienda consumado es del 0,2%, en el año 2010, elevándose al 2,9% en los últimos cinco años (Gráfico 33).⁴¹⁰

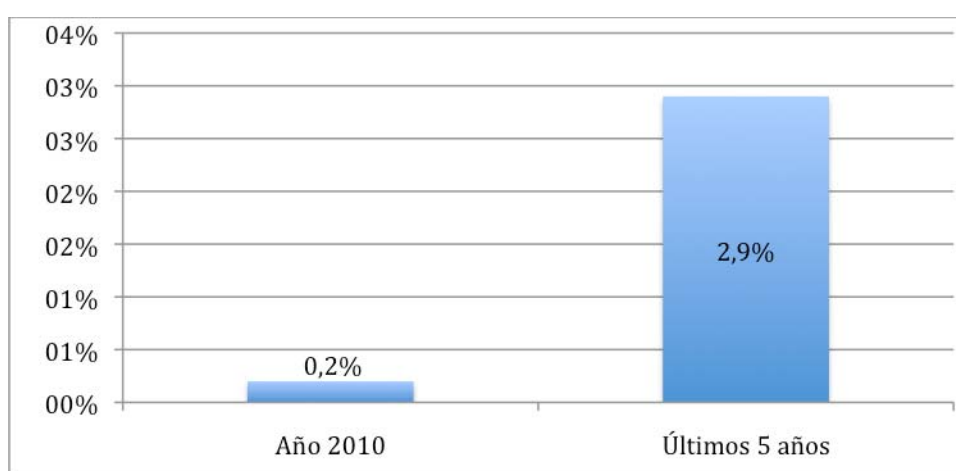


Gráfico 33. Índice de victimización por robo en vivienda consumado

Edad	Víctimas
De 16 - 25 años	14,2%
De 26 - 40 años	64,2%
De 41 - 65 años	21,4%
Más de 65 años	0,00%

Tabla 20. Víctimas de robo en vivienda consumado por edad

⁴¹⁰ *Marruecos*: no hubo victimización por robo en vivienda consumado en el año 2010. Sin embargo, en los últimos cinco años es del 7,5%; *Rumania*: al igual que el colectivo anterior, no hubo victimización por delito de robo en vivienda en el año 2010, y la prevalencia de los últimos cinco años fue de un 5,8%; *Internet*: no se registró victimización por robo en vivienda.

- *Victimización respecto de robos en viviendas intentados*

El índice de victimización en el delito intentado es mayor que en el consumado, situándose en un 2,1% en el año 2010, y en un 8,6% en los últimos cinco años (Gráfico 34).

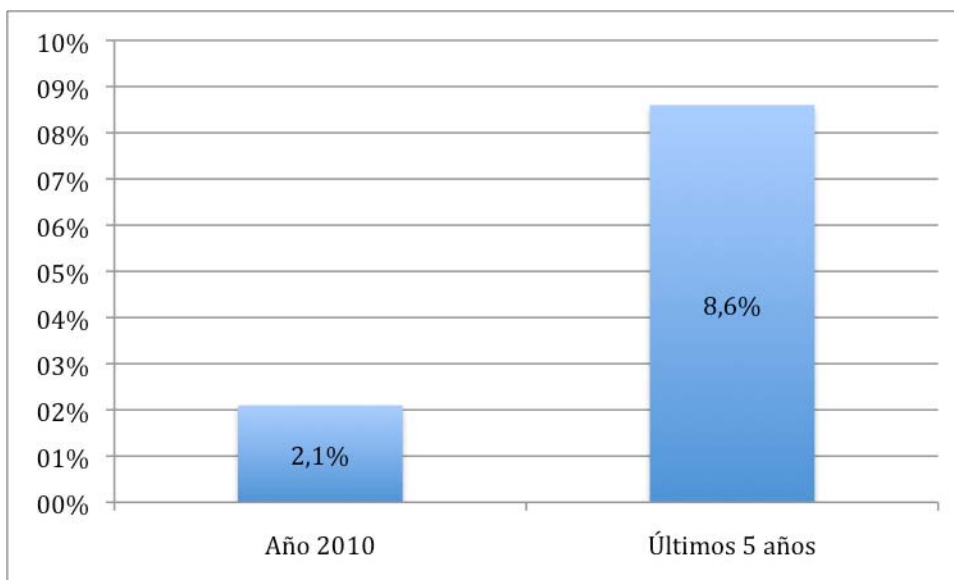


Gráfico 34. Índice de victimización por robo en vivienda intentado

Edad	Víctimas
De 16 - 25 años	26,8%
De 26 - 40 años	51,2%
De 41 - 65 años	21,9%
Más de 65 años	0,00%

Tabla 21. Víctimas de robo en vivienda intentado por edad

Por otra parte, en la encuesta se estudió la victimización por robo en vivienda, tanto los delitos consumados como aquellos que se quedaron en una fase imperfecta de ejecución. El índice de denuncia del delito consumado se situó en un 57,1% (Gráfico 35), siendo variados los motivos de la denuncia, primando la necesidad de recuperar lo robado, con más del 30% (Gráfico 36). La insatisfacción con la denuncia es del 77,8%

(Gráfico 37), principalmente porque no hicieron lo suficiente o no se recuperó lo robado (Gráfico 38). Dentro del 35,7% de delitos no denunciados, las víctimas adujeron como principal motivo de la no denuncia, que el hecho fue de poca importancia o no hubo pérdida económica (40%, Gráfico 39). En relación a la importancia del delito consumado, la mayoría (84,6%) estimó que fue muy serio, frente al delito intentado, en el que más de la mitad señaló que fue medianamente serio (Tablas 22 y 23). En el delito intentado, el índice de denuncia fue tan sólo de un 13,2% (Gráfico 40).

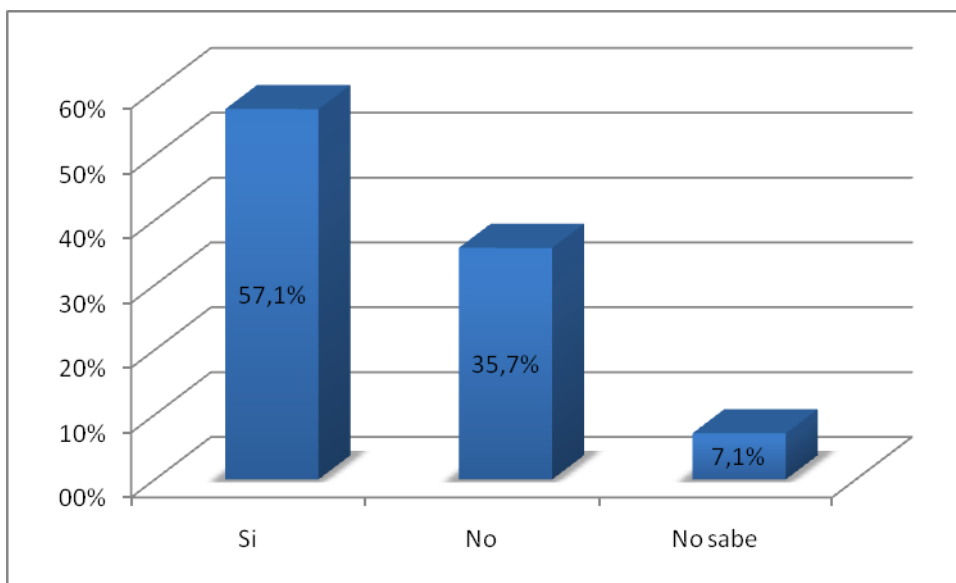


Gráfico 35. Índice de denuncia de robo en vivienda consumado

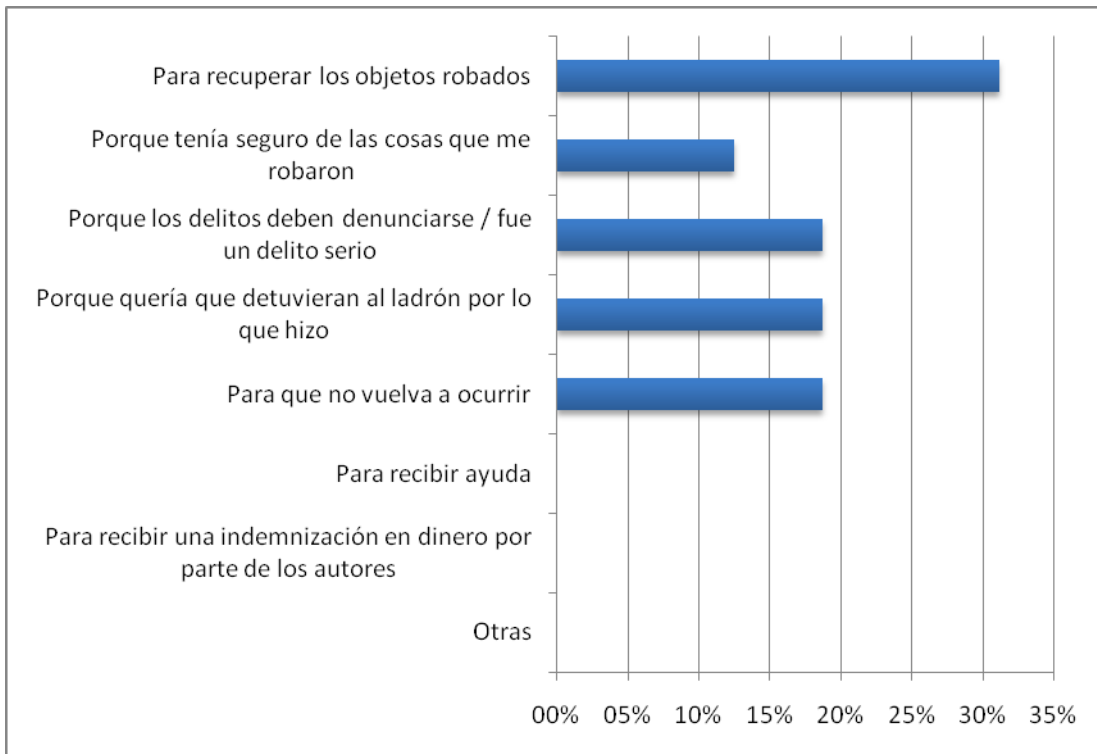


Gráfico 36. Causas de la denuncia de robo en vivienda consumado

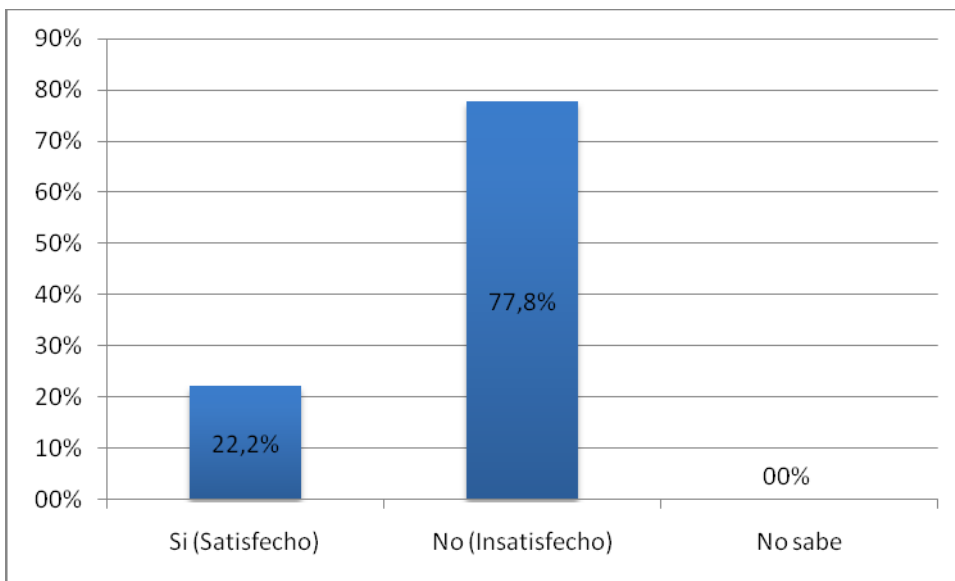


Gráfico 37. Satisfacción con la denuncia de robo en vivienda consumado

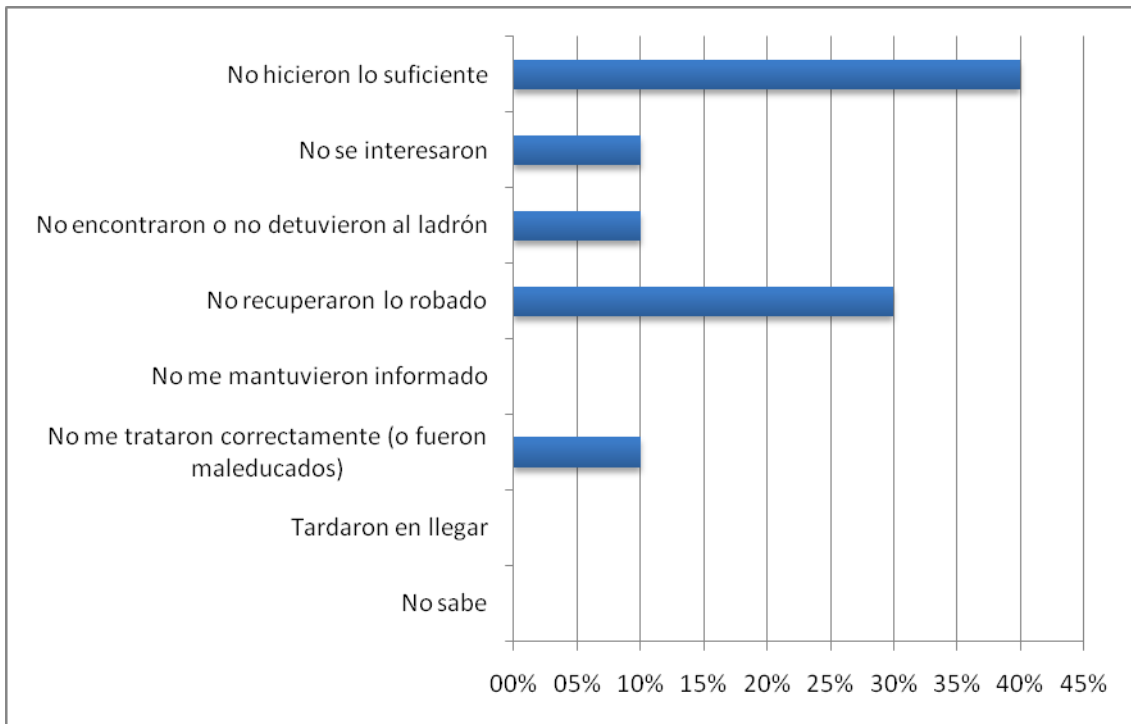


Gráfico 38. Insatisfacción en la denuncia de robo en vivienda consumado



Gráfico 39. Causas de la no denuncia del delito de robo en vivienda consumado

Fue muy serio	84,6%
Medianamente serio	15,4%
No muy serio	0%

Tabla 22. Importancia del delito de robo en vivienda consumado

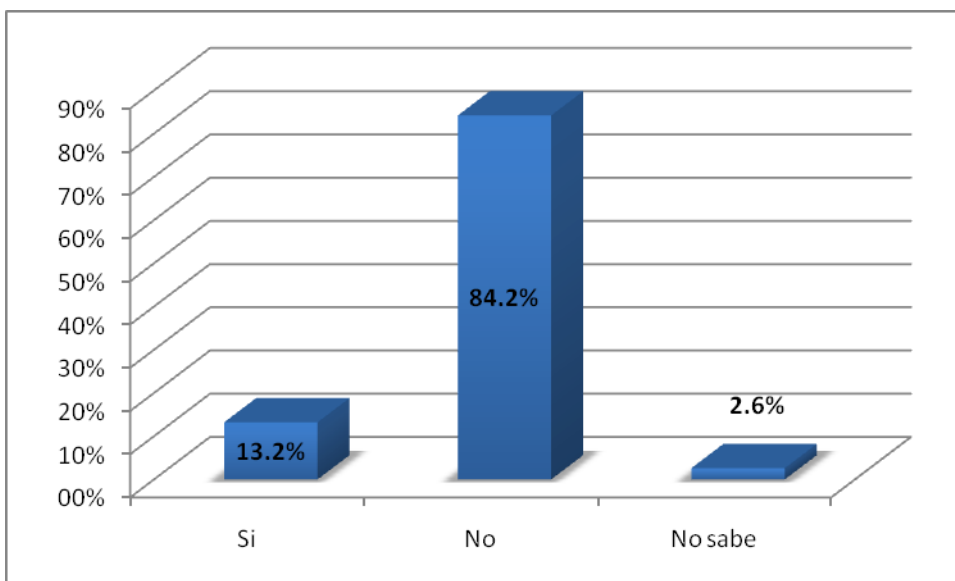


Gráfico 40. Índice de denuncia de robo en vivienda intentado

Fue muy serio	30%
Medianamente serio	57,5%
No muy serio	12,5%

Tabla 23. Importancia del delito de robo en vivienda intentado

g) Robos con violencia e intimidación

La tasa de victimización por robo con violencia o intimidación fue del 1,7%, en el año 2010, y del 4% en los últimos cinco años (Gráfico 41).⁴¹¹ Una cifra cercana al 45% señaló que el delito ocurrió en otro barrio de la ciudad, y casi el 40% indicó que fue en su propio barrio (Gráfico 42). Destaca que, en un 61%, han sido tres o más personas el número de delincuentes que intervinieron en el delito (Gráfico 43), y que se utilizaron armas en un 66% (Gráfico 47). El tipo de arma más usual fue el arma blanca (el 75%, Gráfico 48), aún cuando, en su mayoría, no ha sido utilizada efectivamente (92%, Gráfico 49). El ladrón robó alguna cosa en el 72% de casos (Gráfico 50). El 83% de víctimas no conocían al delincuente (Gráfico 44), y más del 60% consideran que éste

⁴¹¹ *Marruecos*: la tasa de victimización por robo con violencia o intimidación fue del 1,1%, en el año 2010, y del 3,2% en los últimos cinco años; *Rumania*: no hay registro para el año 2010 ni para los últimos cinco años; *Internet*: la tasa de victimización por robo con violencia o intimidación fue del 2,1%, en el año 2010 –o en el año 2009–, y del 5,2% en los últimos cinco años.

era extranjero (Gráfico 45). Entienden que no es muy probable una motivación racista, en un 61% (Gráfico 46).

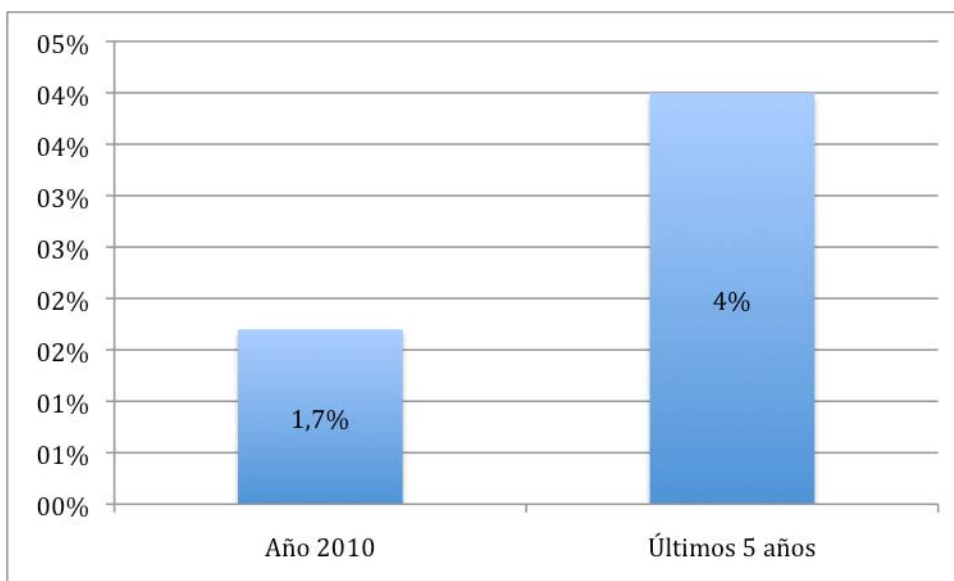


Gráfico 41. Índice de victimización por robo con violencia o intimidación

Edad	Víctimas
De 16 - 25 años	36,8%
De 26 - 40 años	42,1%
De 41 - 65 años	21%
Más de 65 años	0%

Tabla 24. Víctimas de robo con violencia o intimidación por edad

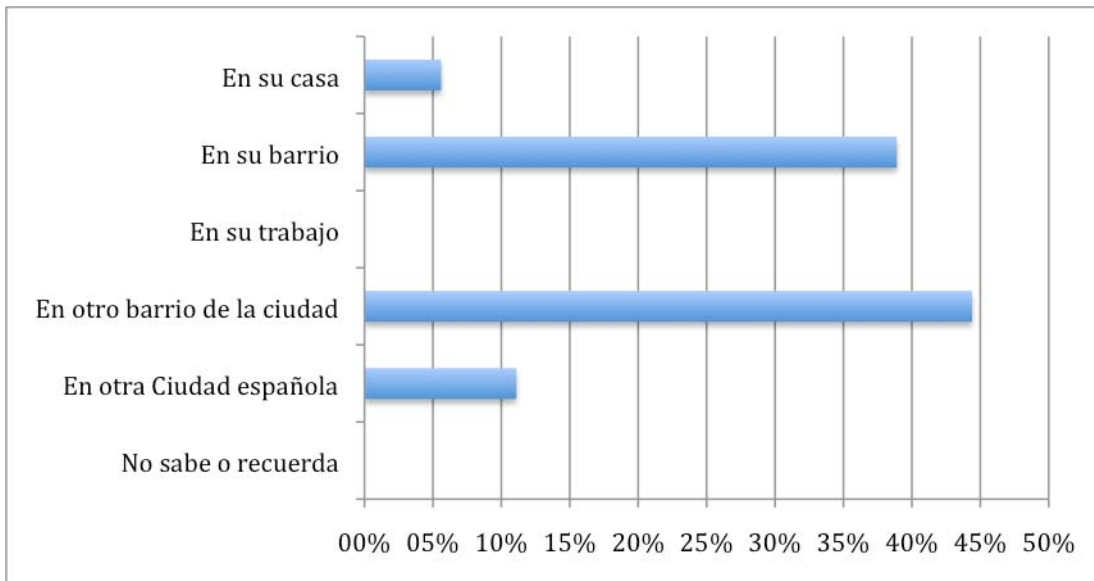


Gráfico 42. Lugar de ocurrencia del delito de robo con violencia o intimidación en las personas

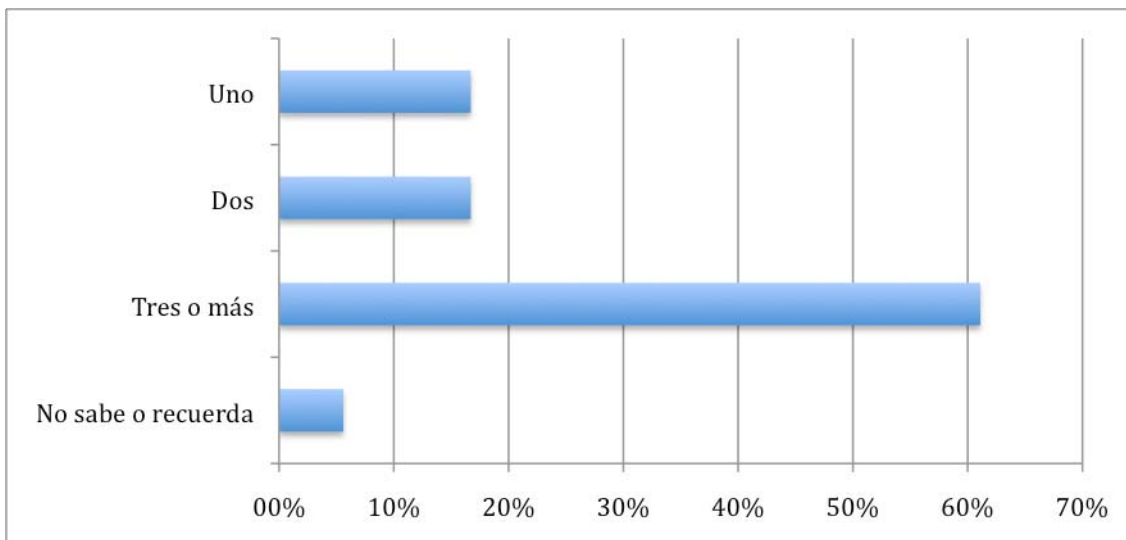


Gráfico 43. Número de delincuentes del delito de robo con violencia o intimidación en las personas

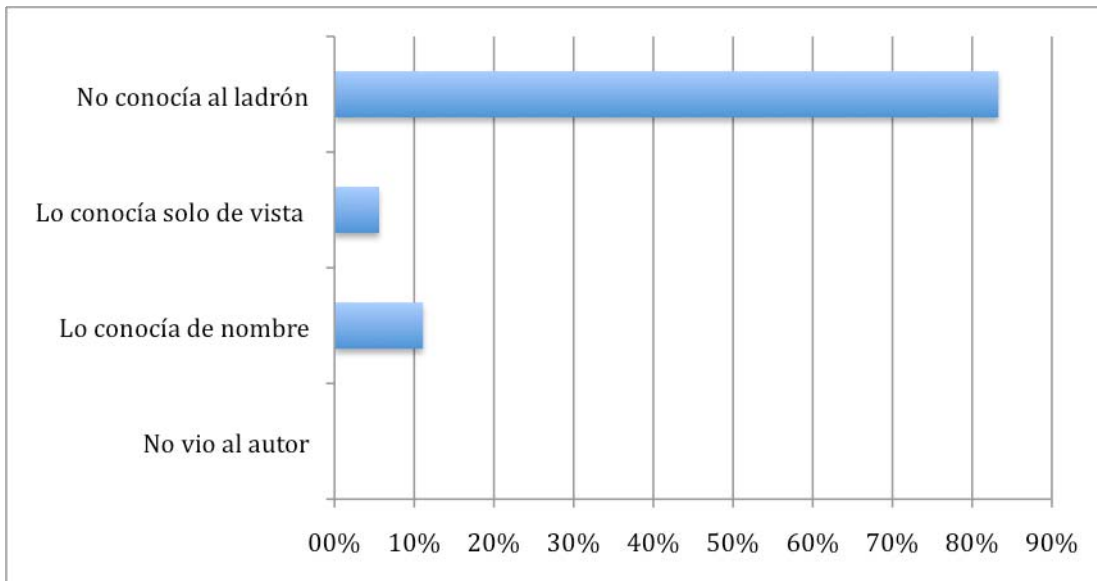


Gráfico 44. Conocimiento del delincuente en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas

Presunta nacionalidad del delincuente

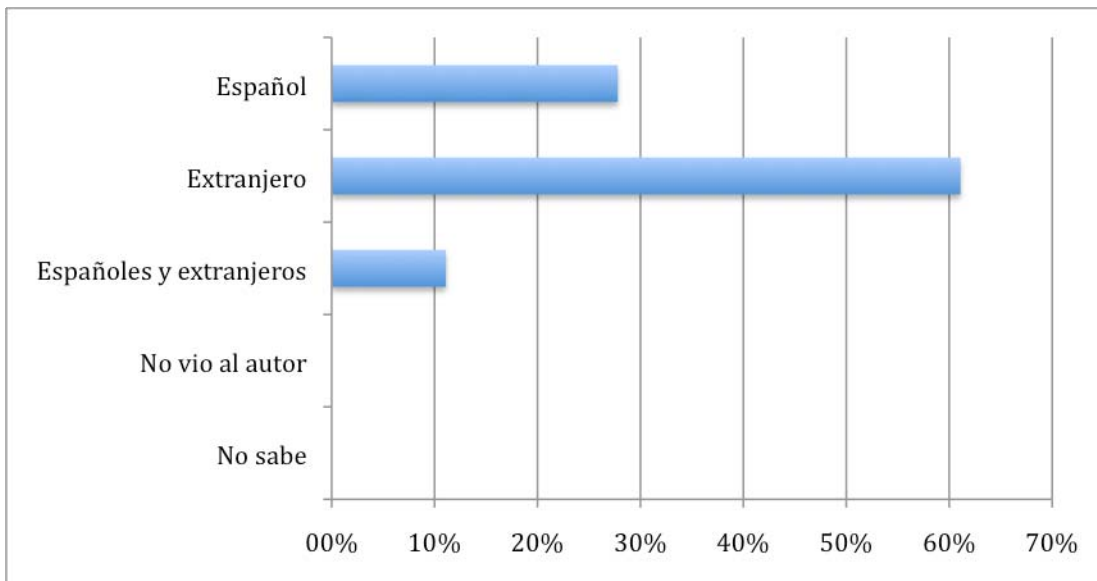


Gráfico 45. Presunta nacionalidad del delincuente en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas.

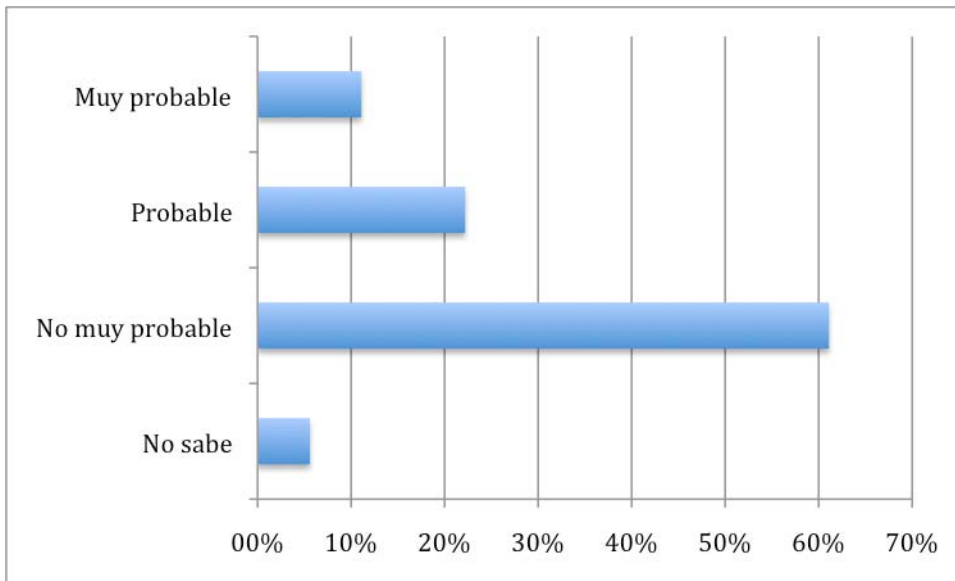


Gráfico 46. Presunta motivación racista del delito de robo con violencia o intimidación

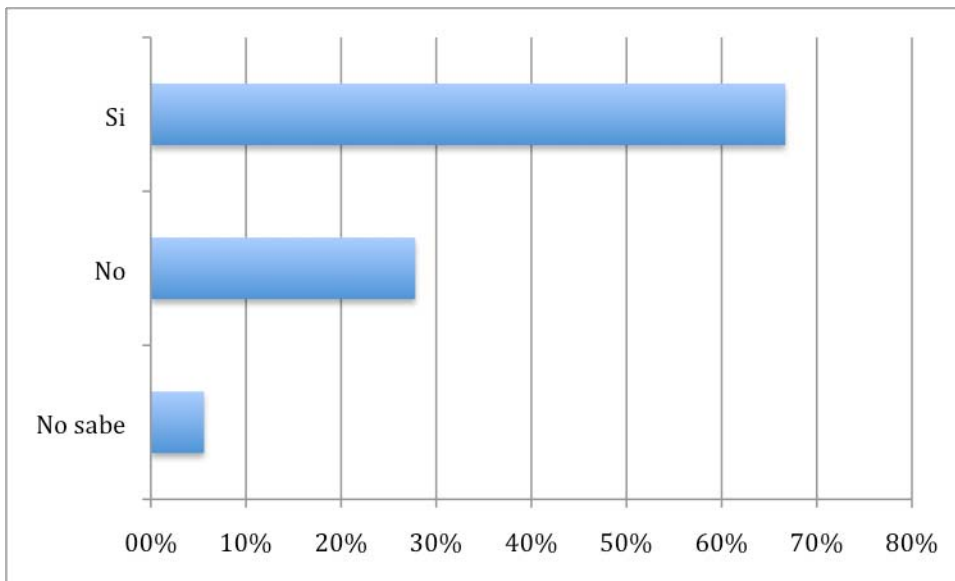


Gráfico 47. Utilización de armas en el delito de robo con violencia o intimidación

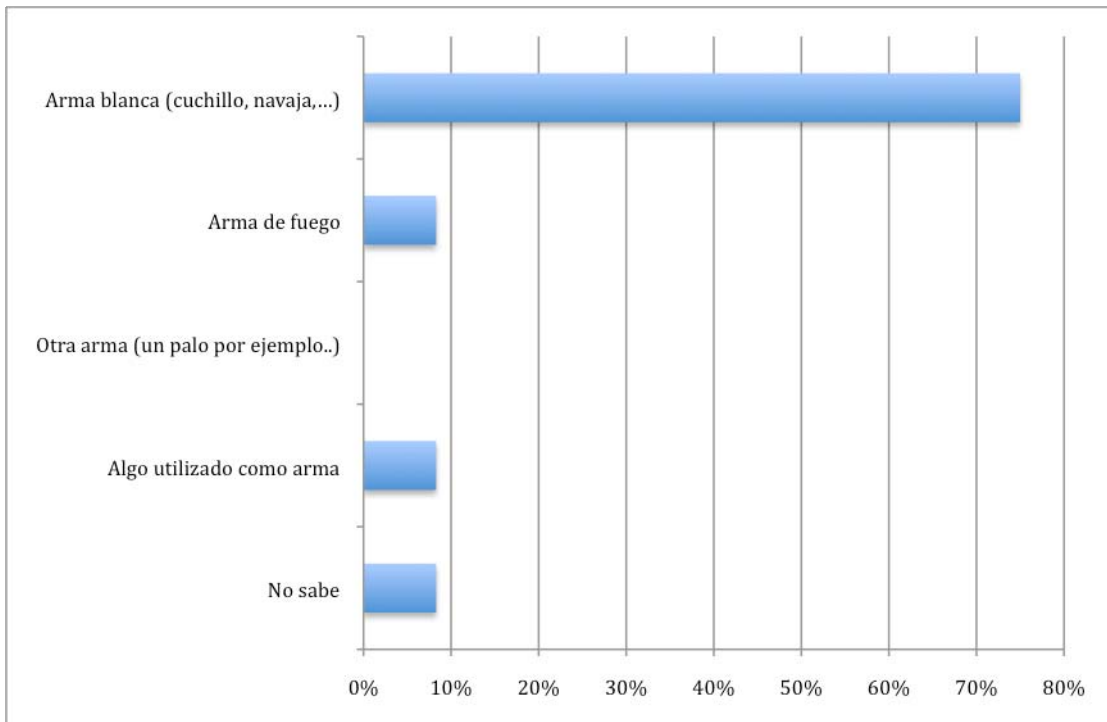


Gráfico 48. Tipo de armas utilizadas en el delito de robo con violencia o intimidación

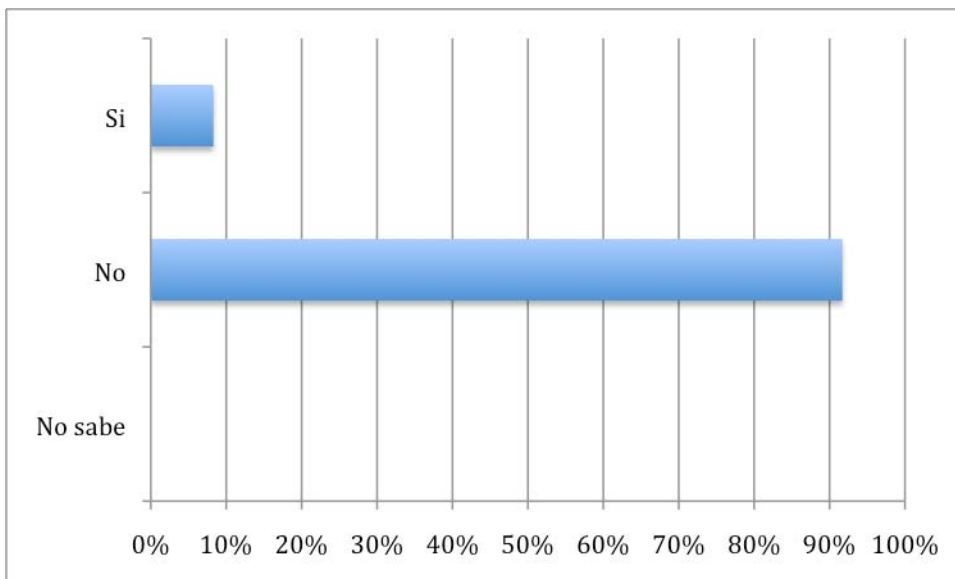


Gráfico 49. Utilización efectiva del arma en el delito de robo con violencia o intimidación

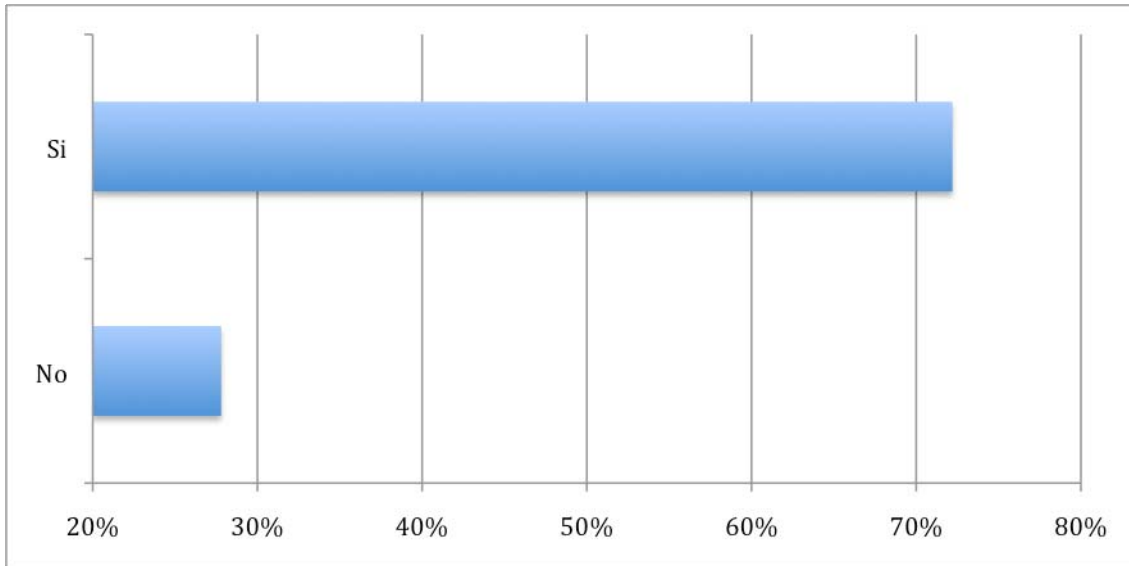


Gráfico 50. ¿El ladrón robo algo en el delito de robo con violencia o intimidación?

El índice de denuncia en el robo con violencia o intimidación fue del 44,4% (Gráfico 51), siendo los principales motivos de la denuncia la recuperación de los objetos robados y porque querían que detuvieran al ladrón por lo que hizo (el 37% en ambos casos, Gráfico 52). Un 25% de las víctimas denunciaron para que no vuelva a ocurrir. Dentro del 55,6% de víctimas que no denunció, más de la mitad se debió a que se trataba de una cosa de poca importancia, no hubo pérdida económica, o porque lo resolvió a su manera o conocía al autor (Gráfico 55). De las víctimas que denunciaron los hechos, quedaron insatisfechas con la denuncia la mitad de ellas (Gráfico 53). Los motivos que adujeron son: que no hicieron lo suficiente, no se interesaron, no encontraron o detuvieron al ladrón, no recuperaron lo robado o no le trataron correctamente o fueron maleducados (el 20% para cada uno de ellos, Gráfico 54). Por su parte, para un 47,1% fue muy serio, para el 35,3% fue medianamente serio y para el 17,6% no fue muy serio (Tabla 25).

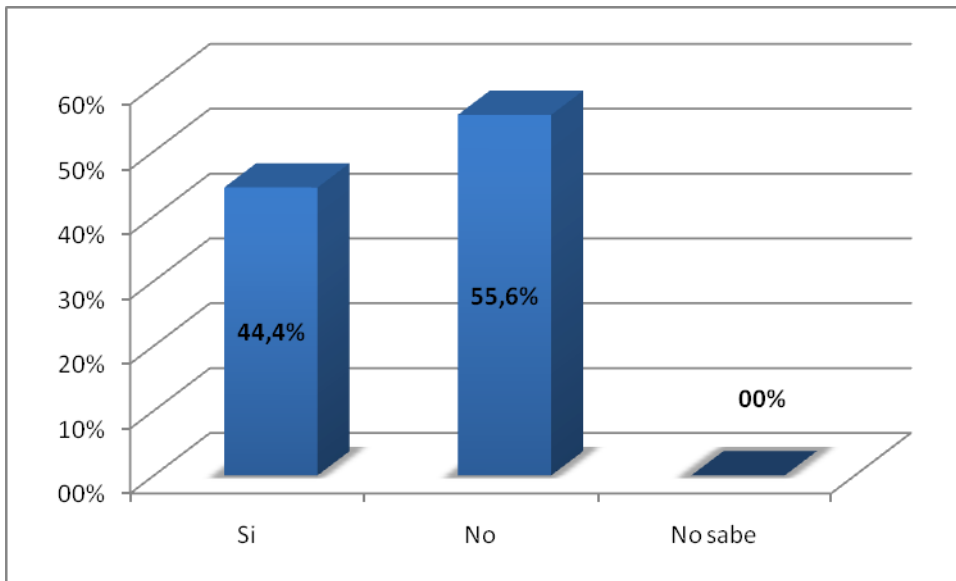


Gráfico 51. Índice de denuncia delito de robo con violencia o intimidación en las personas

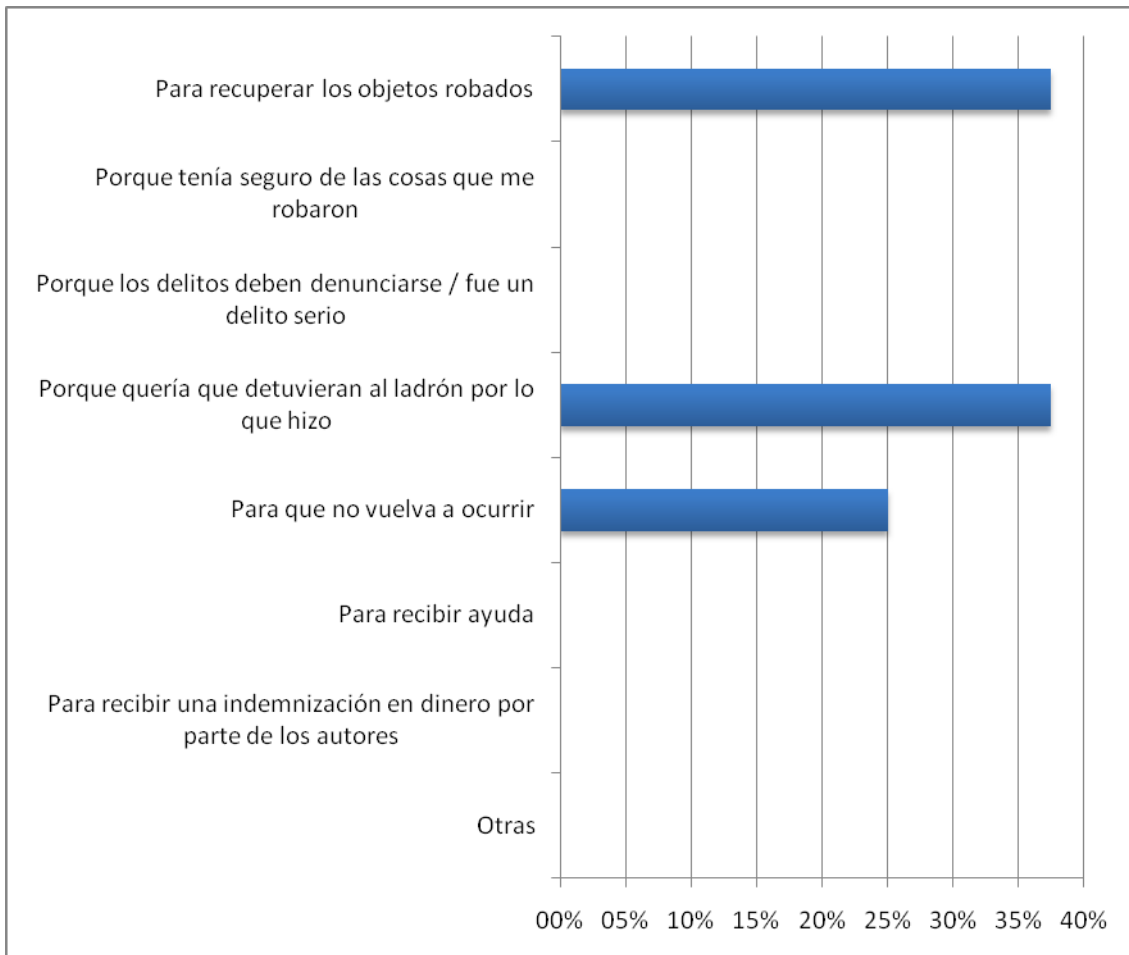


Gráfico 52. Causas de la denuncia de robo con violencia o intimidación en las personas

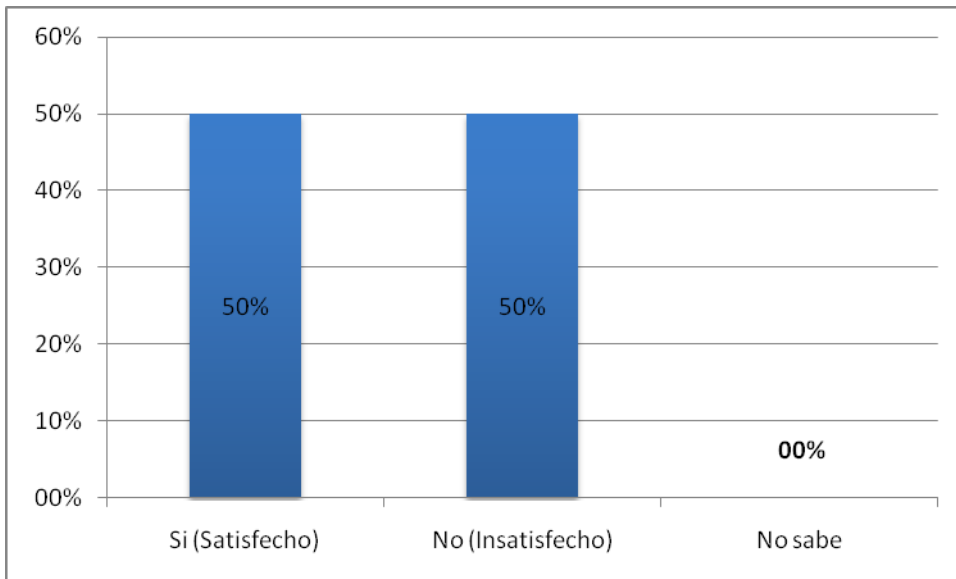


Gráfico 53. Satisfacción con la denuncia de robo con violencia o intimidación en las personas

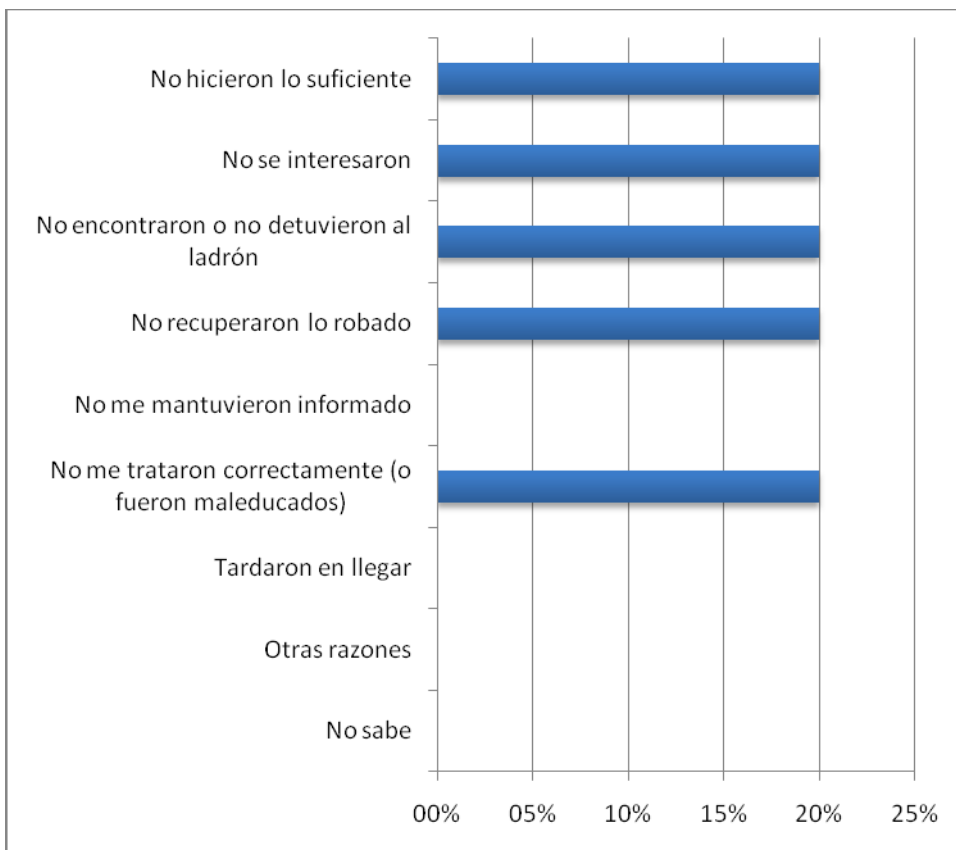


Gráfico 54. Insatisfacción en la denuncia de robo con violencia o intimidación en las personas

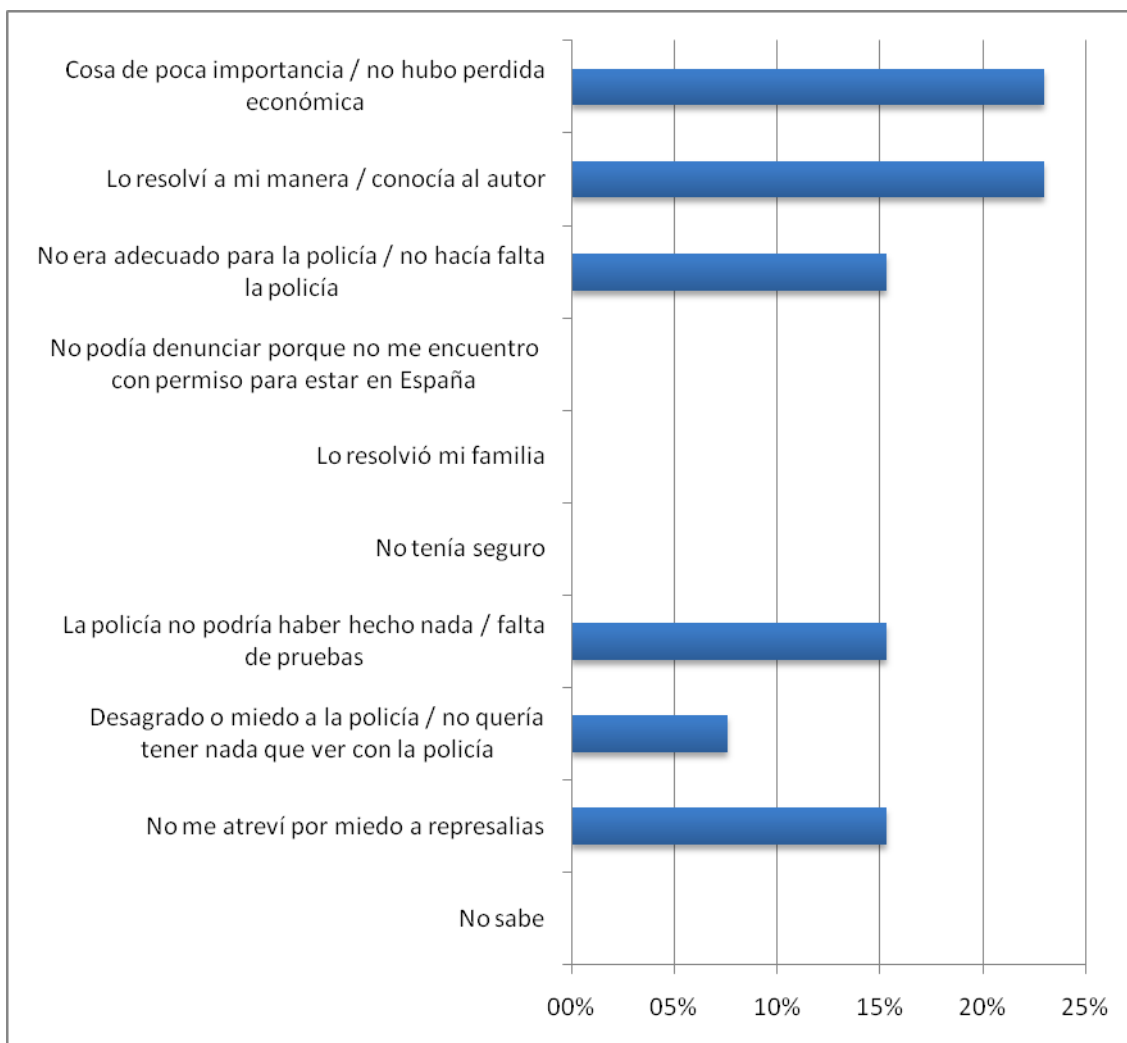


Gráfico 55. Causas de la no denuncia del delito de robo con violencia o intimidación en las personas

Fue muy serio	47,1%
Medianamente serio	35,3%
No muy serio	17,6%

Tabla 25 Importancia del delito

h) *Victimización por delito de Hurto*

En el delito de hurto, se registra una tasa de prevalencia del 7,9% en el año 2010, elevándose hasta el 20,5% en los últimos cinco años (Gráfico 56).⁴¹² En el 60% de los

⁴¹² *Marruecos*: la tasa de victimización para el delito de hurto fue del 7,9%, en el año 2010, y del 20,5% en los últimos cinco años; *Rumania*: la tasa de victimización para el delito de hurto fue del 3%, en el año

casos, el hecho tuvo lugar en otro barrio de la ciudad (Gráfico 57). Son supuestos de carterismo un 73% (Gráfico 58).

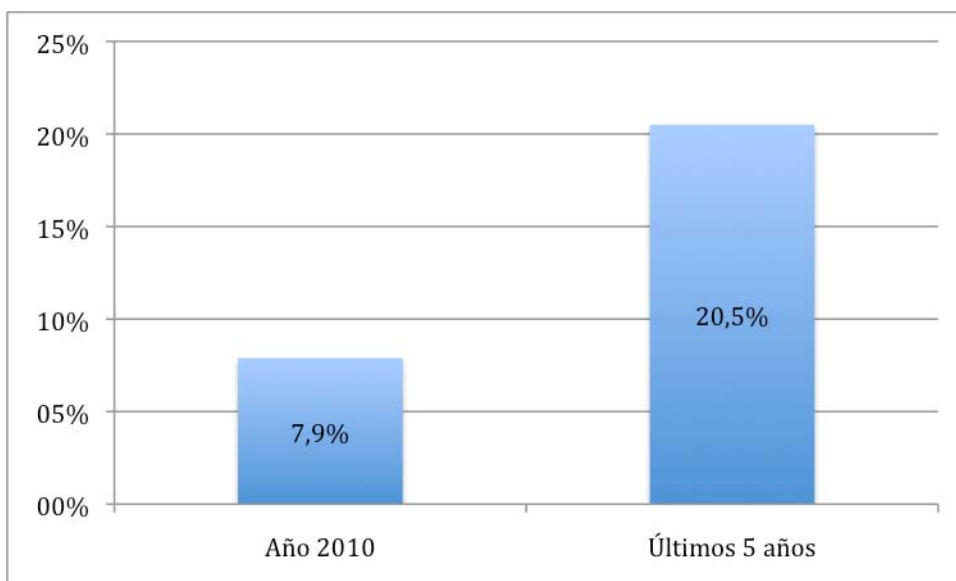


Gráfico 56. Índice de victimización por delito de hurto

Edad	Víctimas
De 16 - 25 años	19,3%
De 26 - 40 años	46,9%
De 41 - 65 años	33,6%
Más de 65 años	0%

Tabla 26. Víctimas de delito de hurto por edad

2010, y del 12% en los últimos cinco años; *Internet*: la tasa de victimización para el delito de hurto fue del 7,4%, en el año 2010 –o año 2009–, y del 26,3% en los últimos cinco años.

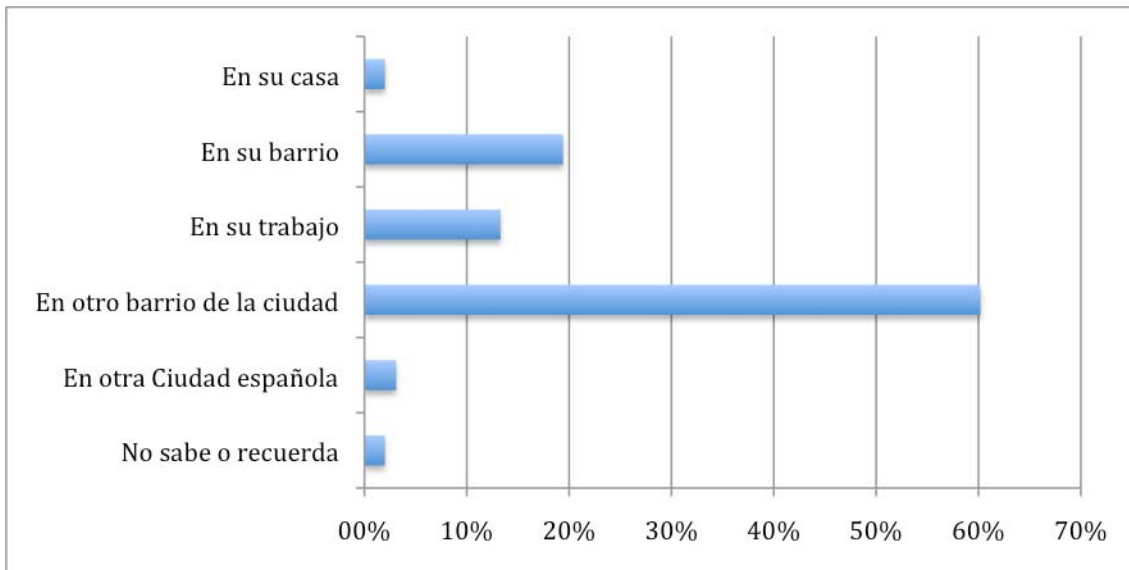


Gráfico 57. Lugar de comisión del delito de hurto

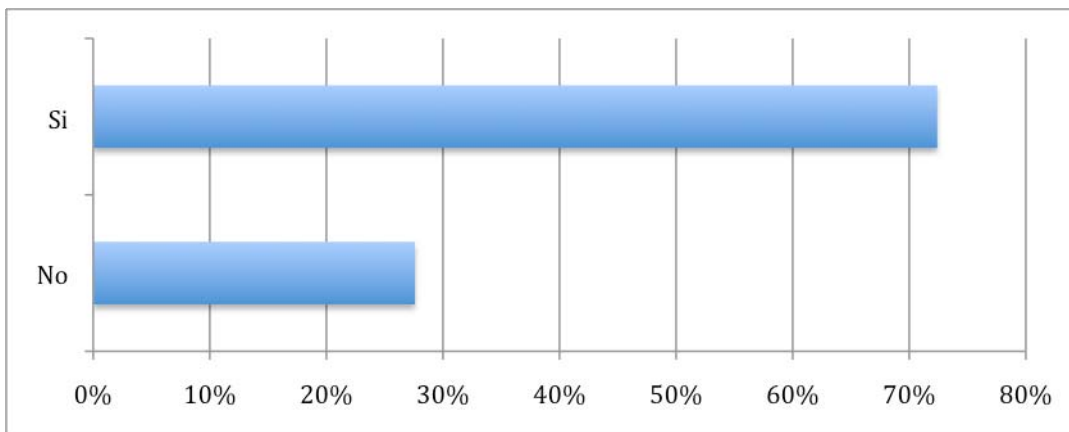


Gráfico 58. ¿Ha sido carterismo?

El índice de denuncia en el delito de hurto fue del 45,5%, versus el 54,5% que se resistió denunciar (Gráfico 59). Ahora, en lo que dice relación con la importancia del delito, se distribuye de manera similar entre los que piensan que fue un delito muy serio (33,3%), medianamente serio (37,4%) y no muy serio (29,3%).

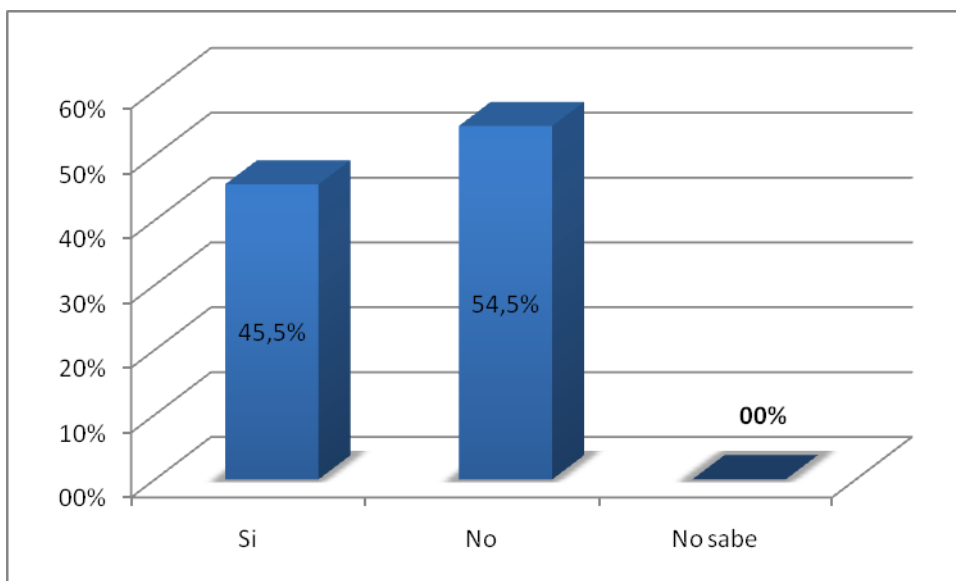


Gráfico 59. Índice de denuncia del delito de hurto

Fue muy serio	33,3%
Medianamente serio	37,4%
No muy serio	29,3%

Tabla 27. Importancia del delito

3.5. Victimización personal

En el ámbito de delitos que afectan a la persona, la encuesta de victimización que se realizó se ha ocupado del estudio de los delitos sexuales y de las lesiones o amenazas.

a) *Victimización por Agresiones Sexuales*

Por lo que respecta a los delitos sexuales, el índice de victimización fue del 1,5% en el año 2010, y del 5,3% en los últimos cinco años (Gráfico 60).⁴¹³ Debe subrayarse que la mitad de delitos sexuales se han producido en el lugar de trabajo de la víctima (Gráfico

⁴¹³ *Marruecos*: no se registró victimización por agresiones sexuales; *Rumania*: tampoco se registró victimización por agresiones sexuales; *Internet*: la tasa de victimización para las agresiones sexuales fue del 2,1%, en el año 2010 –o año 2009-, y del 5,3% en los últimos cinco años.

61) y, generalmente, fue cometido por un autor conocido (65%, Gráfico 63). Se considera que un 63% de agresores eran españoles (Gráfico 64); que la motivación del delito es racista en el 28% de casos, no obstante las víctimas no consideran muy probable una motivación racista en el 50% (Gráfico 65). No se utilizaron armas en un 85% (Gráfico 66). Las víctimas consideran que ha sido una agresión sexual en más de un 20%; entendiéndose, en cambio, que se trata de un comportamiento ofensivo en cerca de un 80% (Gráfico 69).

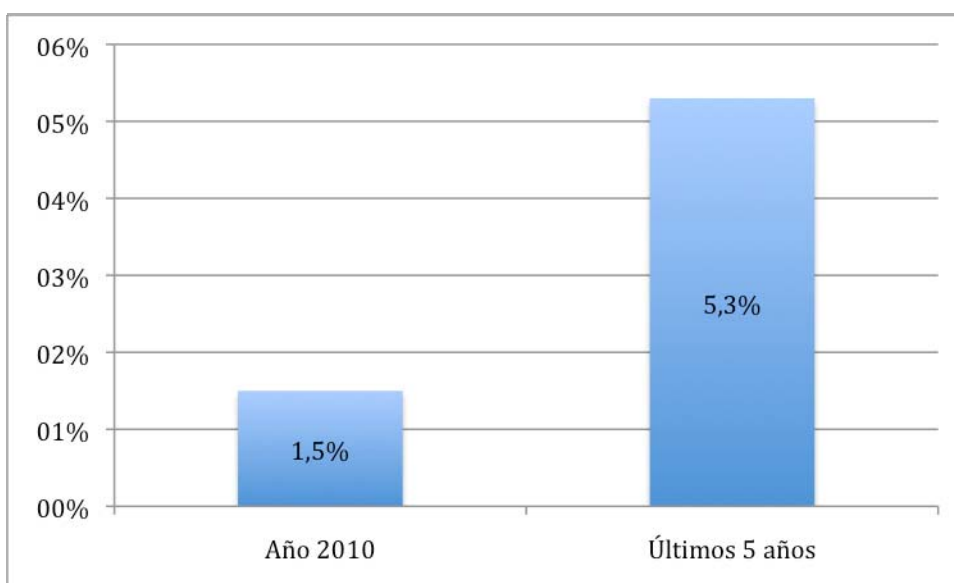


Gráfico 60. Índice de victimización por agresiones sexuales

Edad	Víctimas
De 16 - 25 años	0%
De 26 - 40 años	85,7%
De 41 - 65 años	14,2%
Más de 65 años	0%

Tabla 28. Víctimas de agresiones sexuales por edad

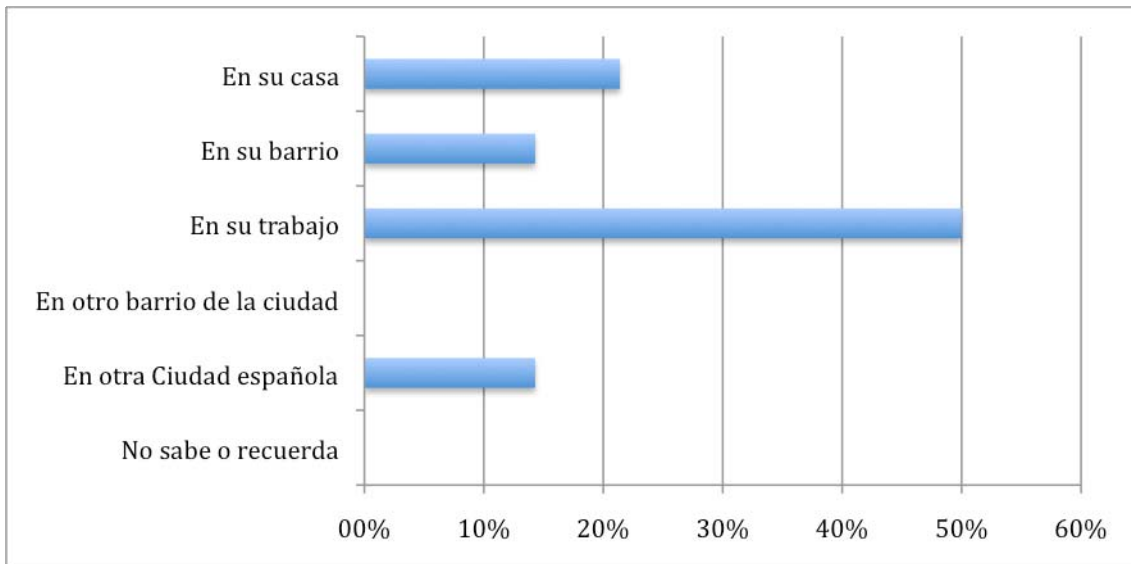


Gráfico 61. Lugar de ocurrencia de agresiones sexuales

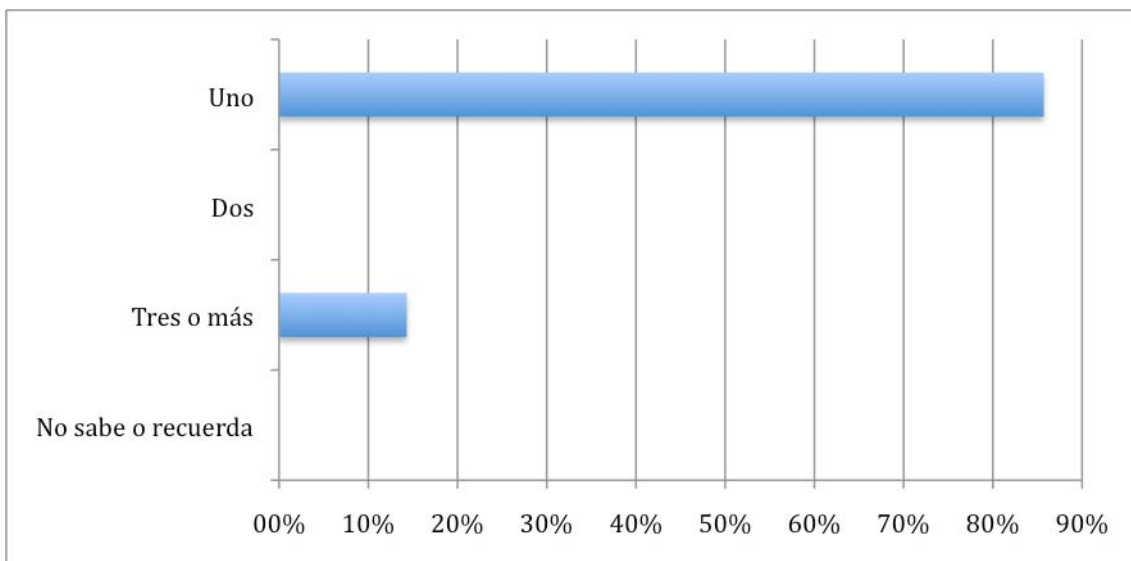


Gráfico 62. Número de delincuentes de agresiones sexuales

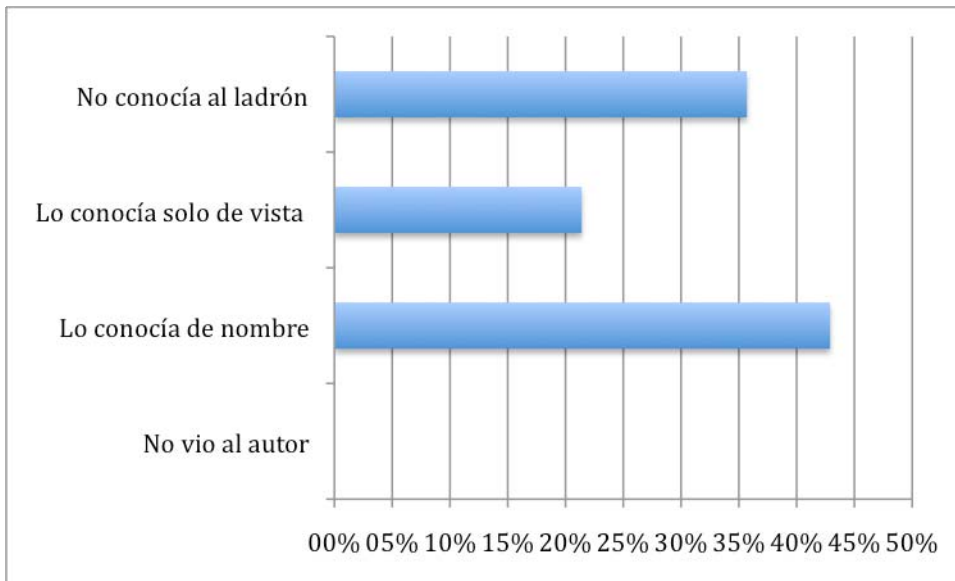


Gráfico 63. Conocimiento del delincuente en agresiones sexuales

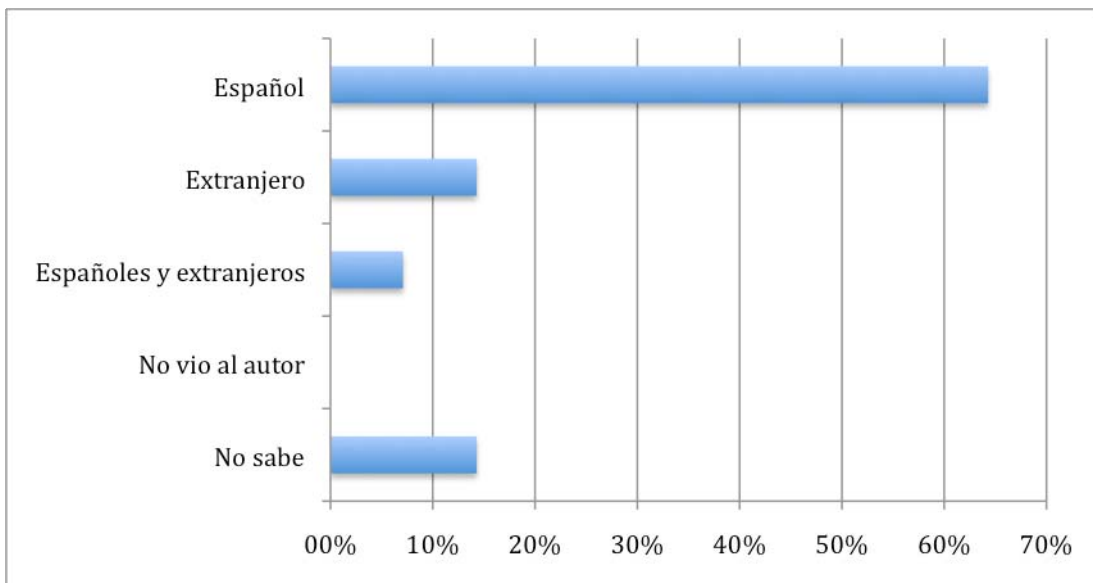


Gráfico 64. Presunta nacionalidad del delincuente en las agresiones sexuales

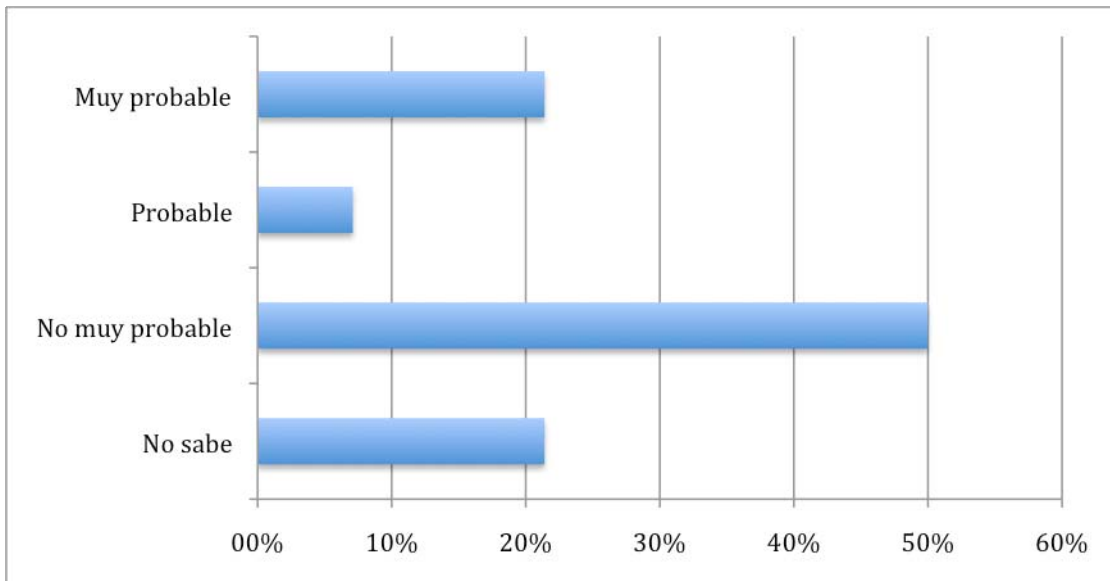


Gráfico 65. Presunta motivación racista en las agresiones sexuales

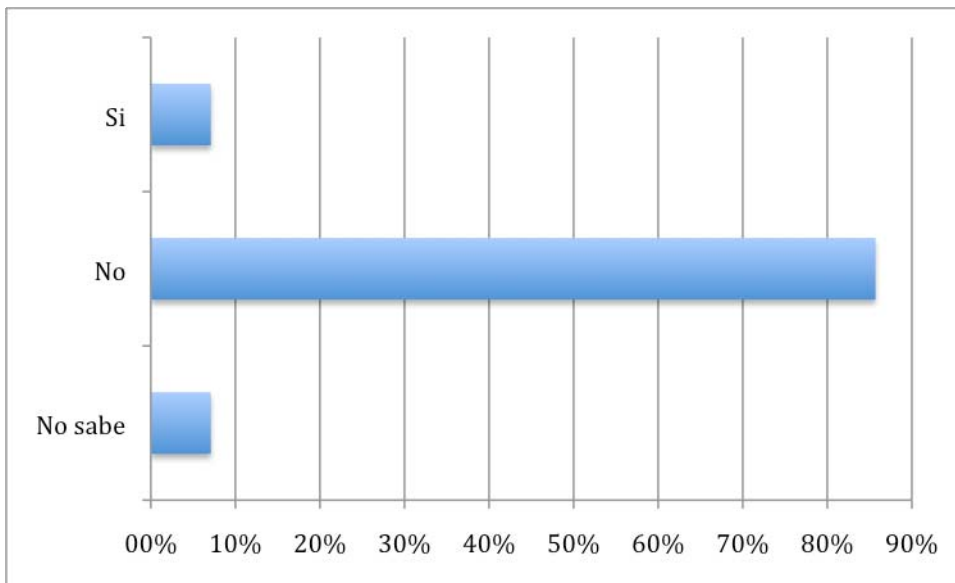


Gráfico 66. Utilización de armas en las agresiones sexuales

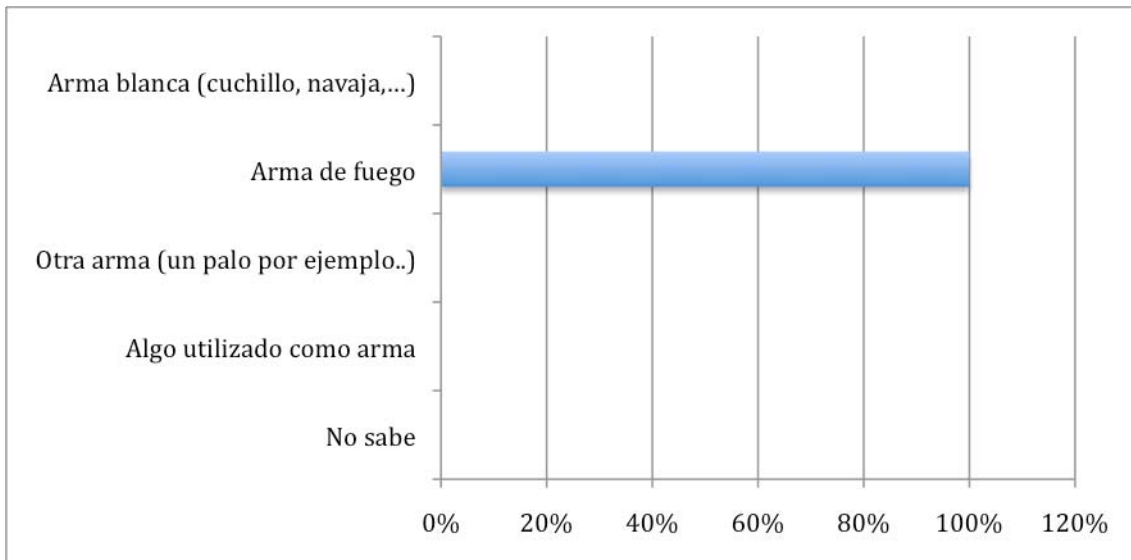


Gráfico 67. Tipo de armas utilizadas en las agresiones sexuales

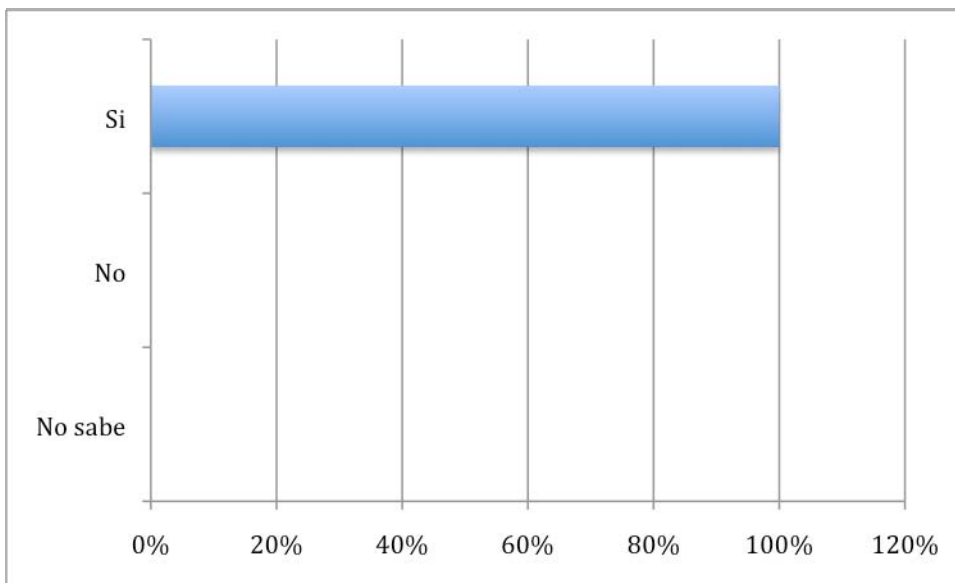


Gráfico 68. Utilización efectiva de armas en las agresiones sexuales

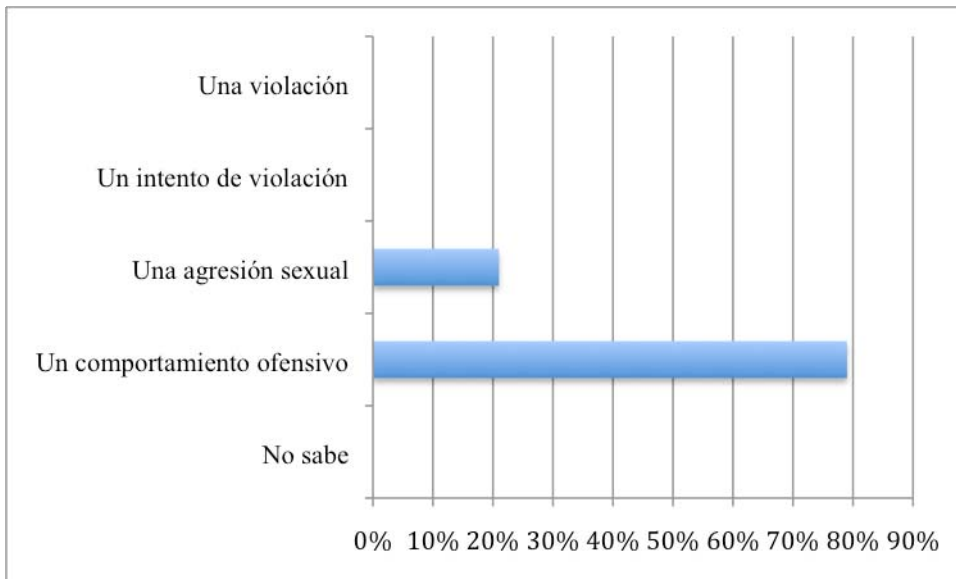


Gráfico 69. ¿Cómo definiría el hecho o diría que ha sido?

Por lo que respecta a los delitos sexuales, el índice de denuncia se situó en un 35,7% (Gráfico 70), y de las denunciadas están satisfechas sólo un 60% (Gráfico 71). Los motivos de insatisfacción fueron que no se interesaron, o no encontraron o no detuvieron al agresor (50% para cada grupo de casos, Gráfico 72). Del 64,3% de víctimas que no denunciaron los hechos, se adujo como motivo principal el miedo a represalias (Gráfico 73).

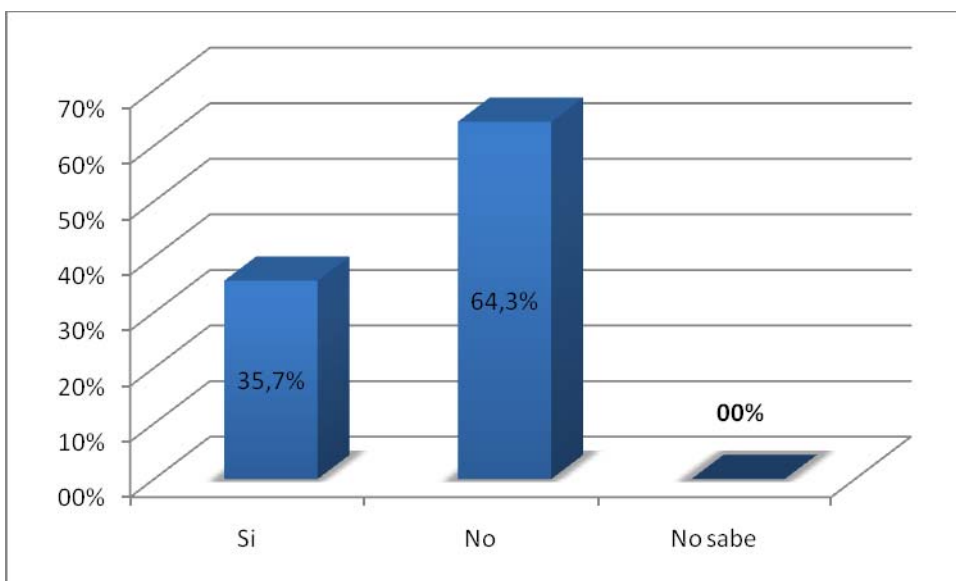


Gráfico 70. Índice de denuncia de delitos sexuales

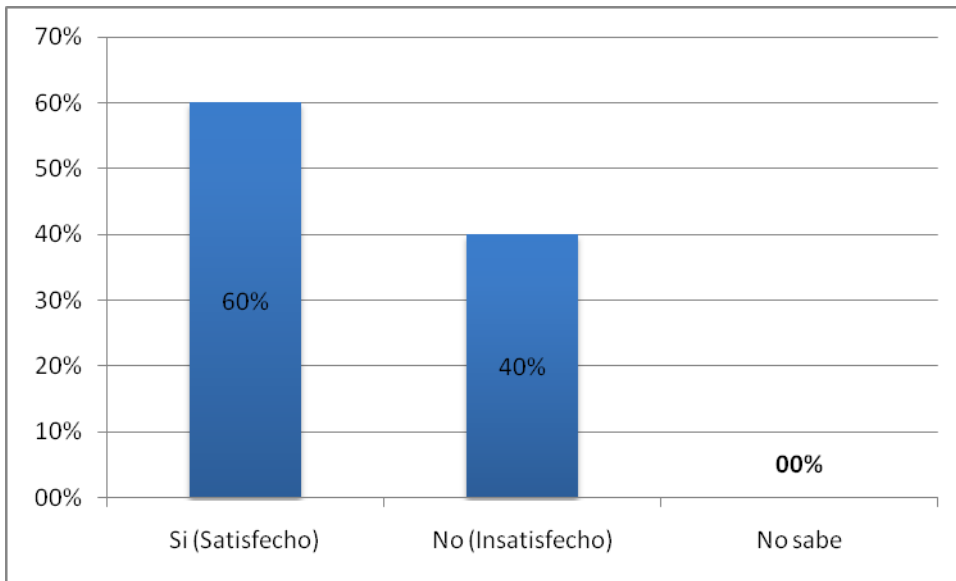


Gráfico 71. Satisfacción con la denuncia de agresiones sexuales

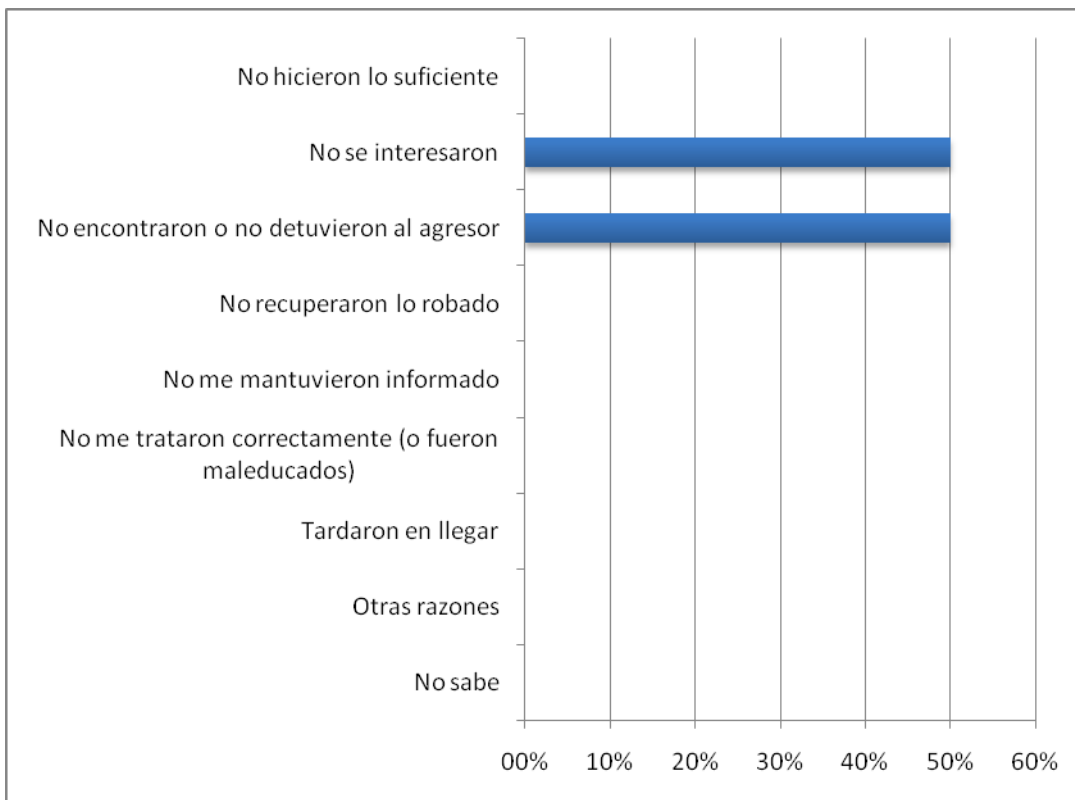


Gráfico 72. Causas de insatisfacción en la denuncia de delitos sexuales



Gráfico 73. Causas de la no denuncia de la agresión sexual

b) Lesiones y Amenazas

En cuanto a las lesiones o amenazas, la prevalencia fue del 6,1% en el año 2010, elevándose al 12,8% en los últimos cinco años (Gráfico 74).⁴¹⁴ En casi el 35% el delito se cometió en el trabajo (Gráfico 75), y en más de la mitad de los casos, el delito se cometió por parte de una sola persona (Gráfico 76). También, en aproximadamente la mitad de los casos, la víctima conocía al agresor, ya sea sólo de vista (15%) o lo conocía

⁴¹⁴ *Marruecos*: no hubo victimización por lesiones o amenazas en el año 2010, y fue del 3,2% en los últimos cinco años; *Rumania*: la tasa de victimización para los delitos de lesiones y amenazas fue del 1%, en el año 2010, y del 4% en los últimos cinco años; *Internet*: la tasa de victimización para el delito o fue del 5,3%, en el año 2010 –o año 2009-, y del 12,6% en los últimos cinco años.

de nombre (36%, Gráfico 77). En casi un 60% la supuesta nacionalidad del autor era española (Gráfico 78). El 47% de víctimas consideran como probable o muy probable la motivación racista (Gráfico 79). En un 45% de casos se utilizó la fuerza y, en cerca de la mitad de ellos, únicamente se amenazó (Gráfico 80). Se utilizaron armas en el delito en el 18% de casos (Gráfico 81), principalmente el arma blanca (40%), aún cuando no resulta desdeñable la utilización de otro tipo de arma, como por ejemplo un palo, o alguna cosa como arma (30% para cada grupo de casos, Gráfico 82). En un 45% se utilizó efectivamente el arma, siendo herida la víctima en un 26% (Gráficos 83 y 84).

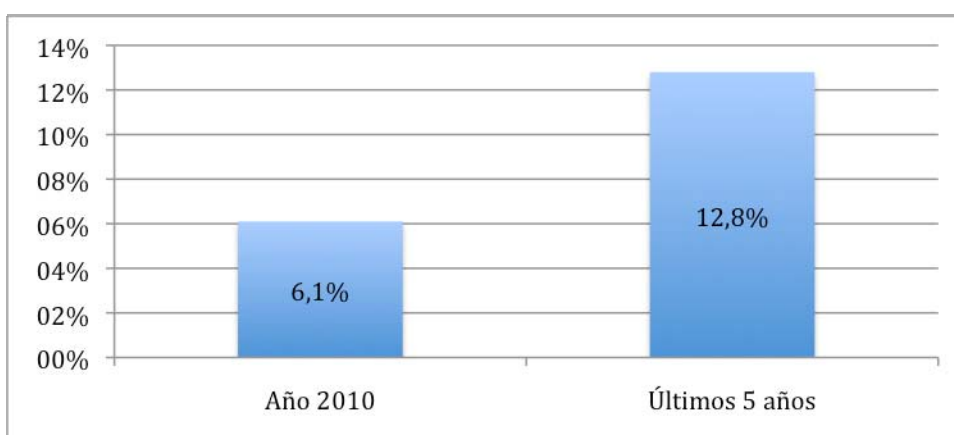


Gráfico 74. Índice de victimización por delito de lesiones o amenazas

Edad	Víctimas
De 16 - 25 años	19,7%
De 26 - 40 años	60,7%
De 41 - 65 años	18%
Más de 65 años	1,6%

Tabla 29. Víctimas de lesiones o amenazas por edad

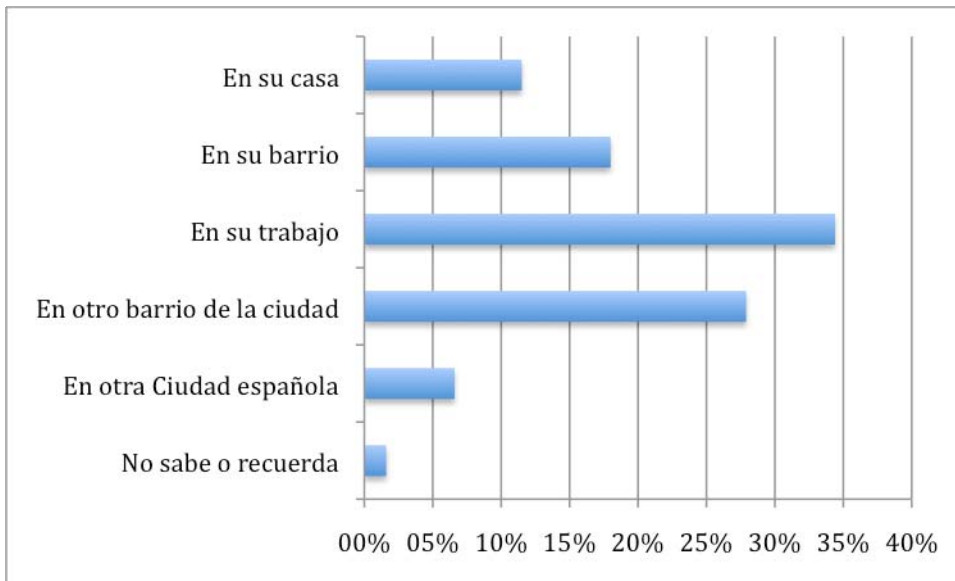


Gráfico 75. Lugar de ocurrencia de delito de lesiones o amenazas

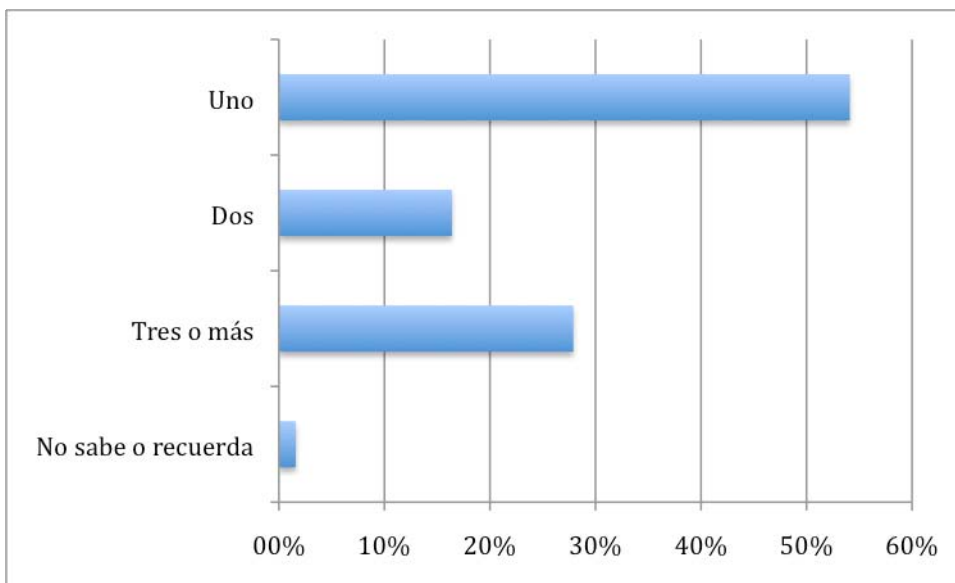


Gráfico 76. Número de delincuentes en caso de delito de lesiones o amenazas

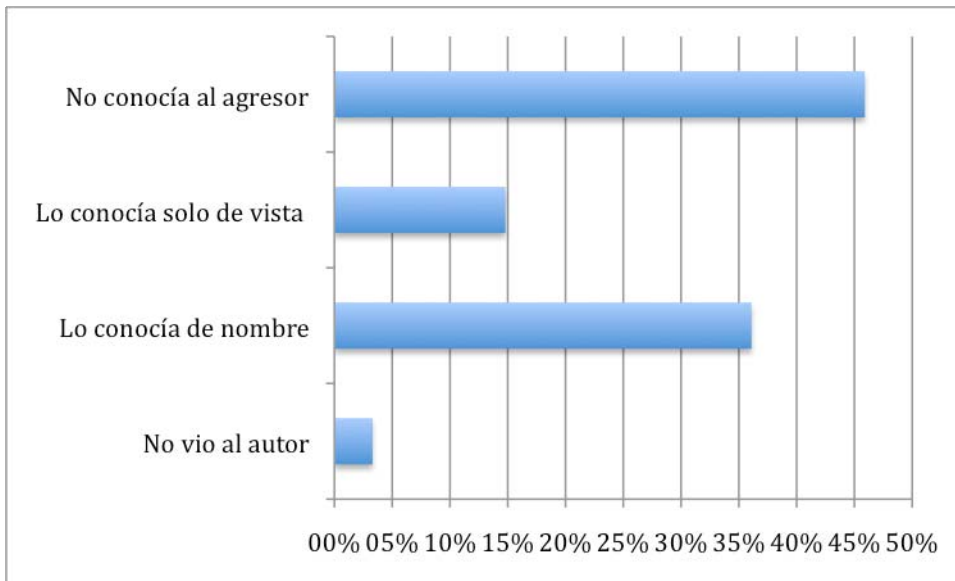


Gráfico 77. Conocimiento del delincuente en caso de delito de lesiones o amenazas

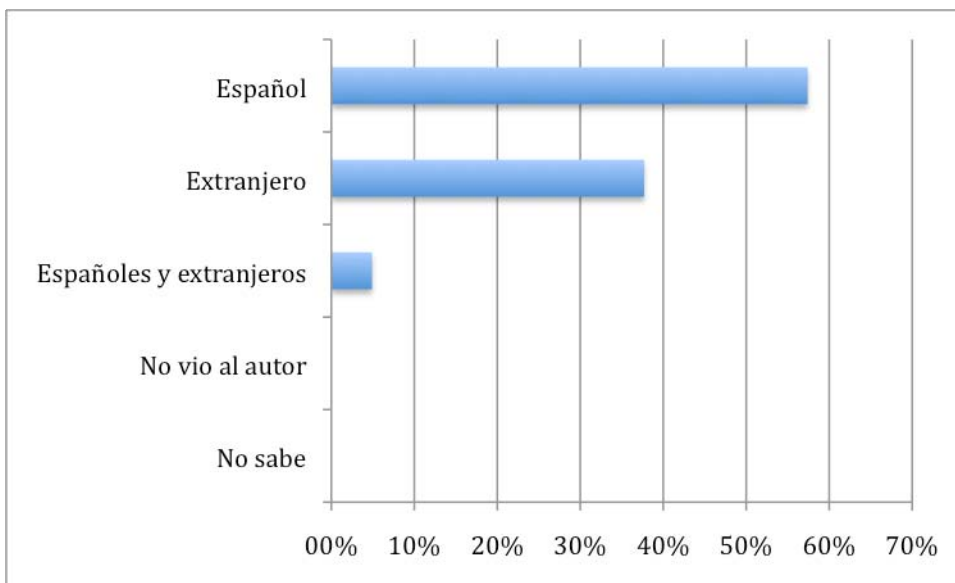


Gráfico 78. Presunta nacionalidad del delincuente en caso de delito de lesiones o amenazas

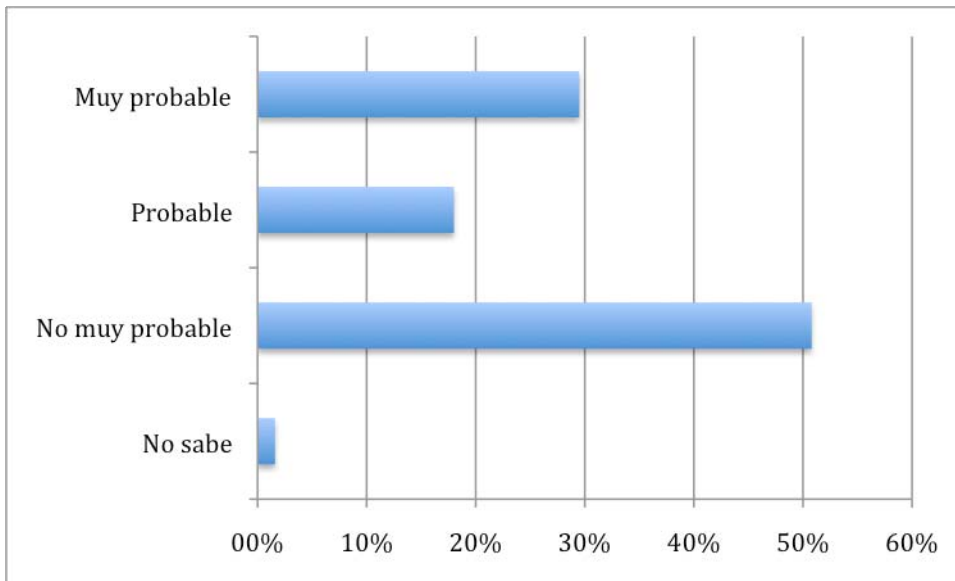


Gráfico 79. Presunta motivación racista del delincuente en caso de delito de lesiones o amenazas

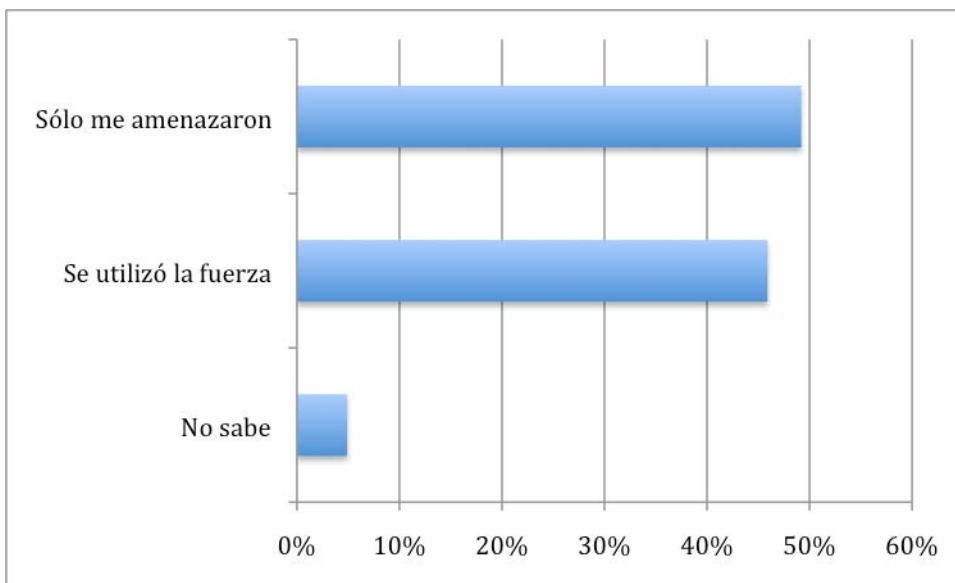


Gráfico 80. ¿Lo amenazaron o se utilizó la fuerza?

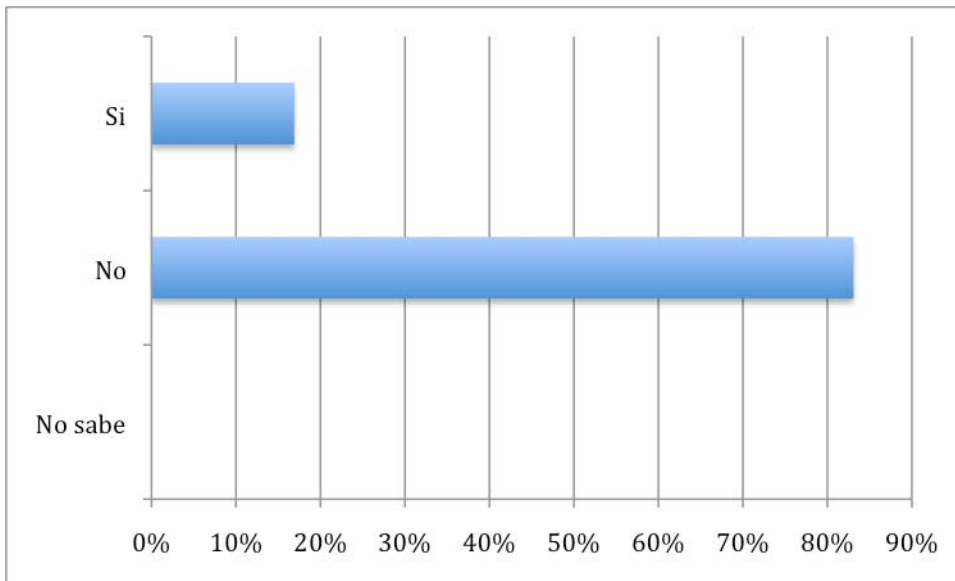


Gráfico 81. Utilización de armas en el delito de lesiones o amenazas

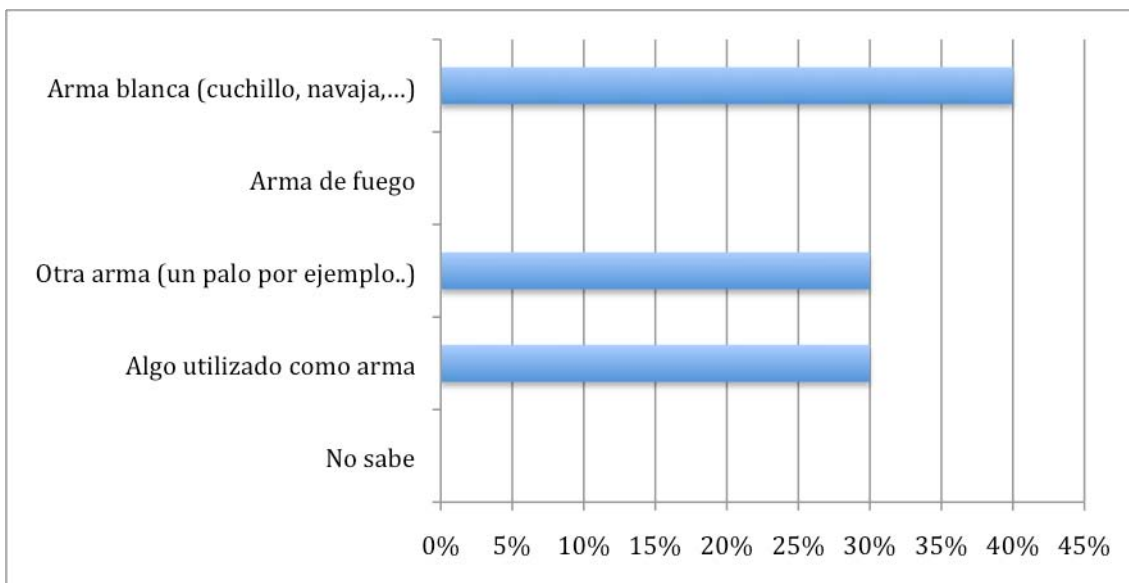


Gráfico 82. Tipo de armas utilizadas en el delito de lesiones o amenazas

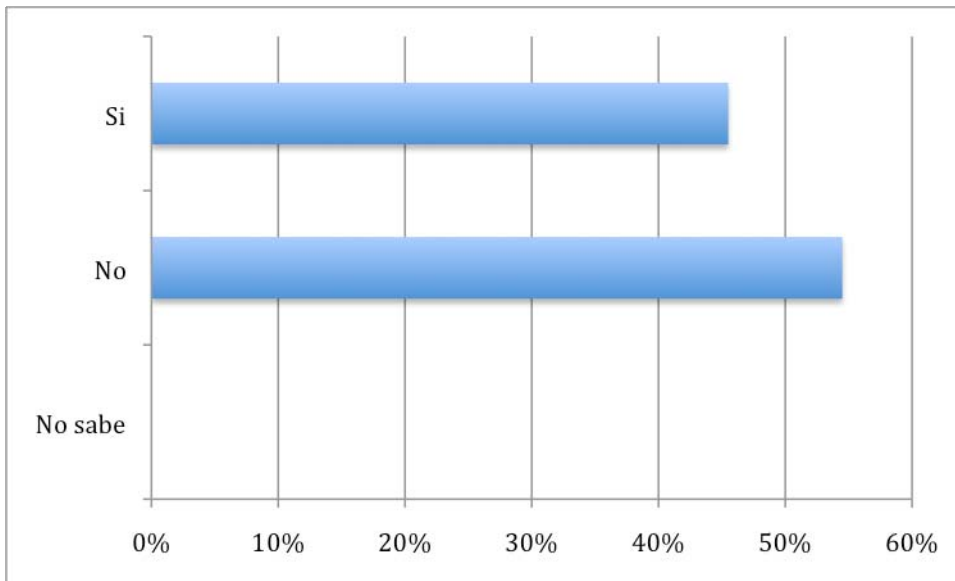


Gráfico 83. Utilización efectiva de armas en el delito de lesiones o amenazas

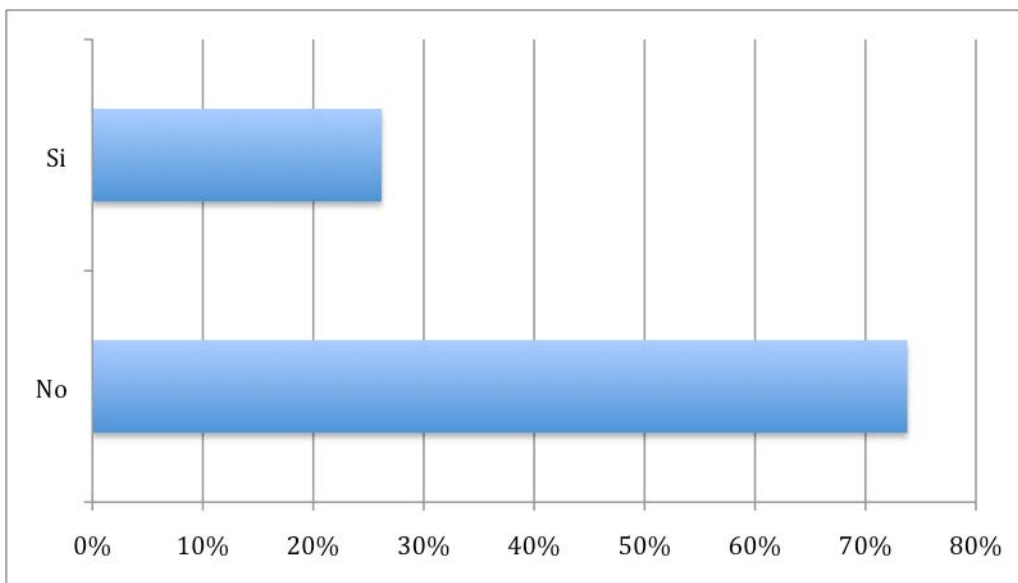


Gráfico 84. ¿Resultó la víctima herida?

El índice de denuncia fue del 31,7% (Gráfico 85). Los principales motivos de la denuncia fueron porque los delitos deben denunciarse, o fue un delito serio y para que detuvieran al delincuente por lo que hizo, o para que no vuelva a ocurrir o para recibir ayuda (todas razones en torno al 20%, Gráfico 86). De las víctimas que denunciaron, quedaron insatisfechas con la denuncia el 52,6% de ellas, y destacan como principales motivos que no se hizo lo suficiente o no se interesaron (Gráfico 87 y 88). Por otra parte, no denunciaron los hechos el 68,3%, aduciendo como principal motivo que lo

resolvió a su manera o conocía al autor (Gráfico 89). En la mitad de los casos, la víctima consideró el delito como muy serio, el 33,3% como serio y sólo el 16,7% no muy serio (Tabla 30).

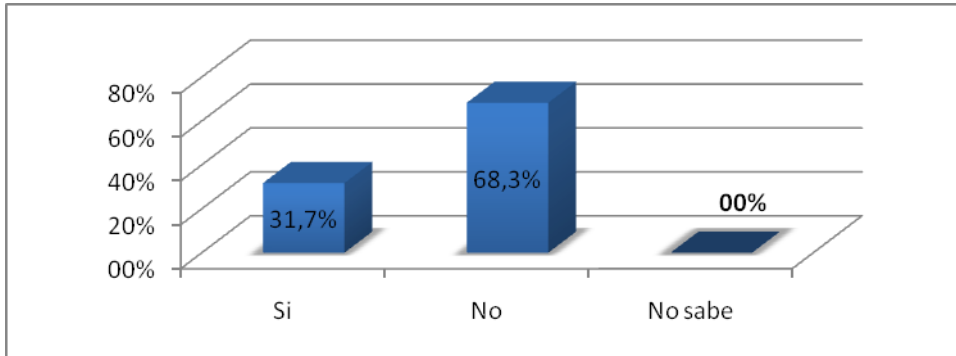


Gráfico 85. Índice de denuncia de delito de lesiones y amenazas

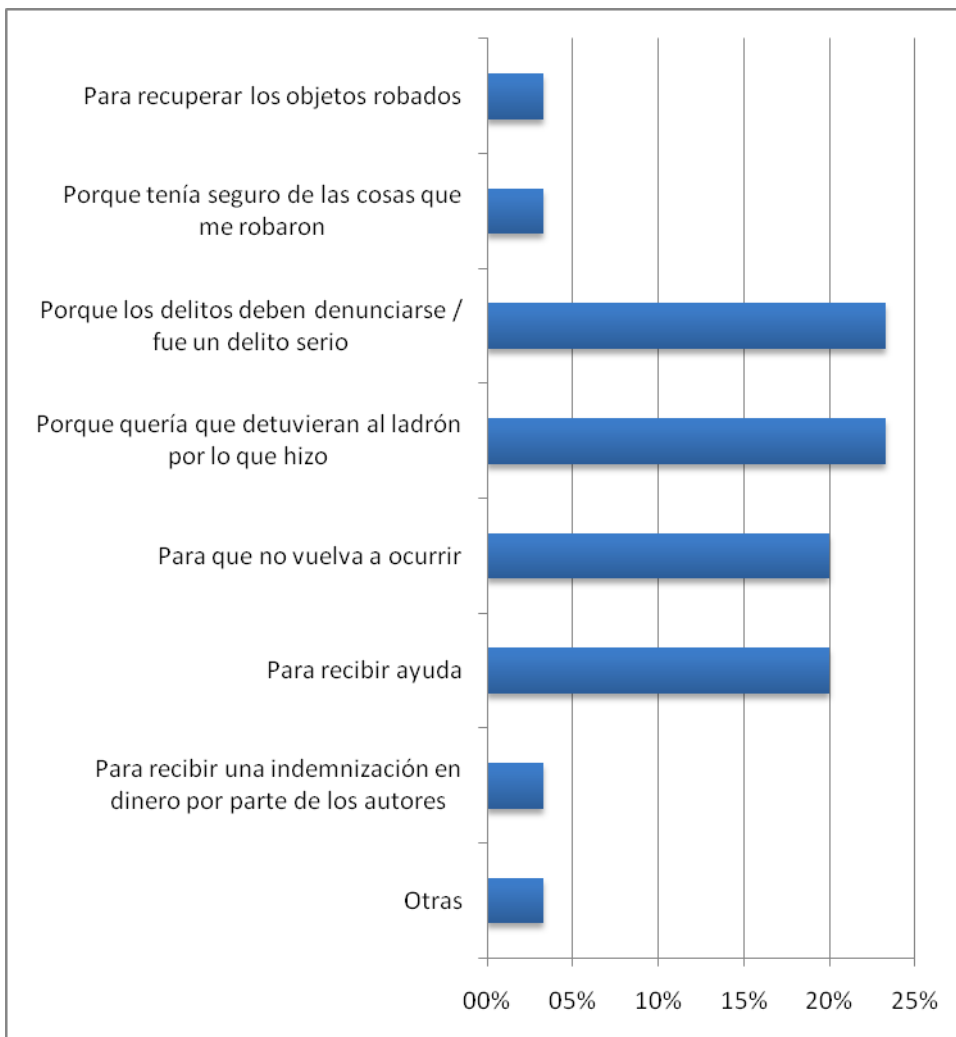


Gráfico 86. Causas de la denuncia de delito de lesiones y amenazas

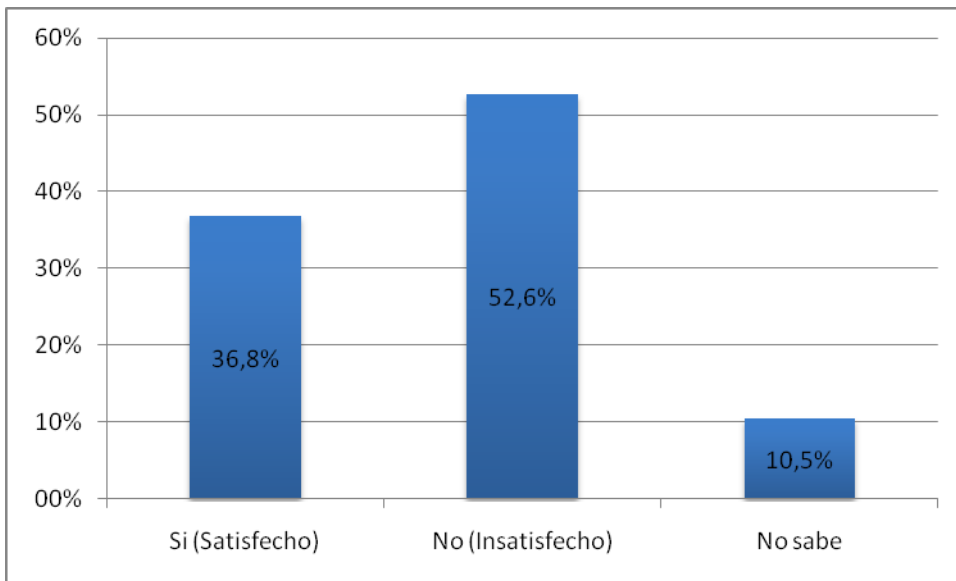


Gráfico 87. Satisfacción con la denuncia de delito de lesiones y amenazas

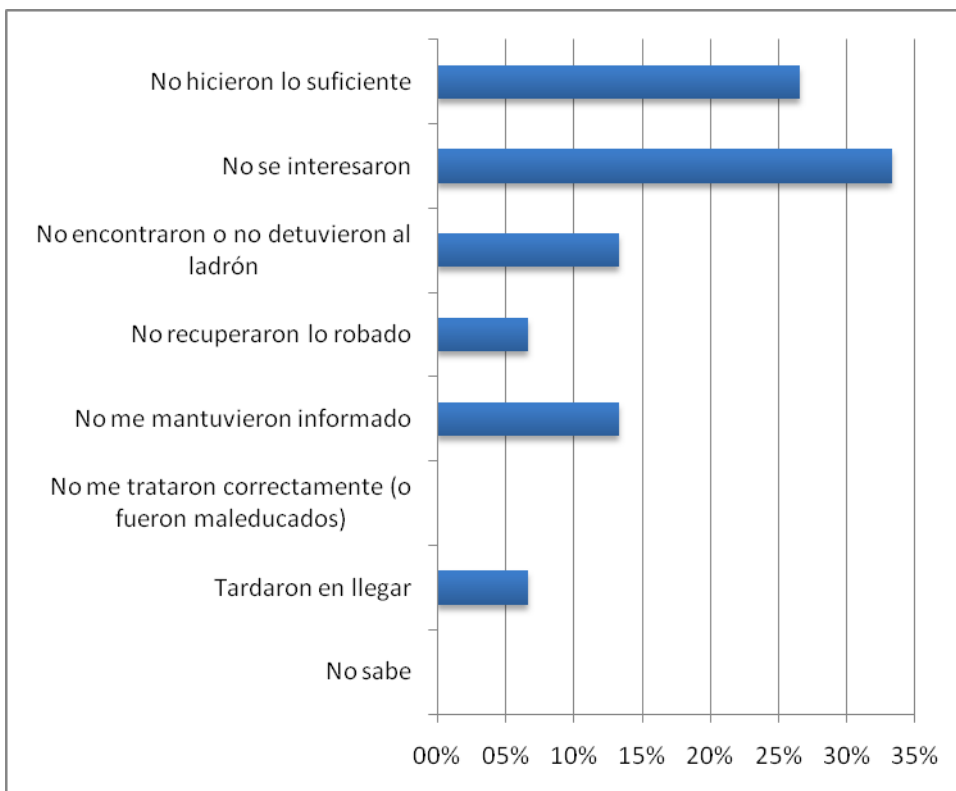


Gráfico 88. Causas de insatisfacción en la denuncia de delito de lesiones y amenazas

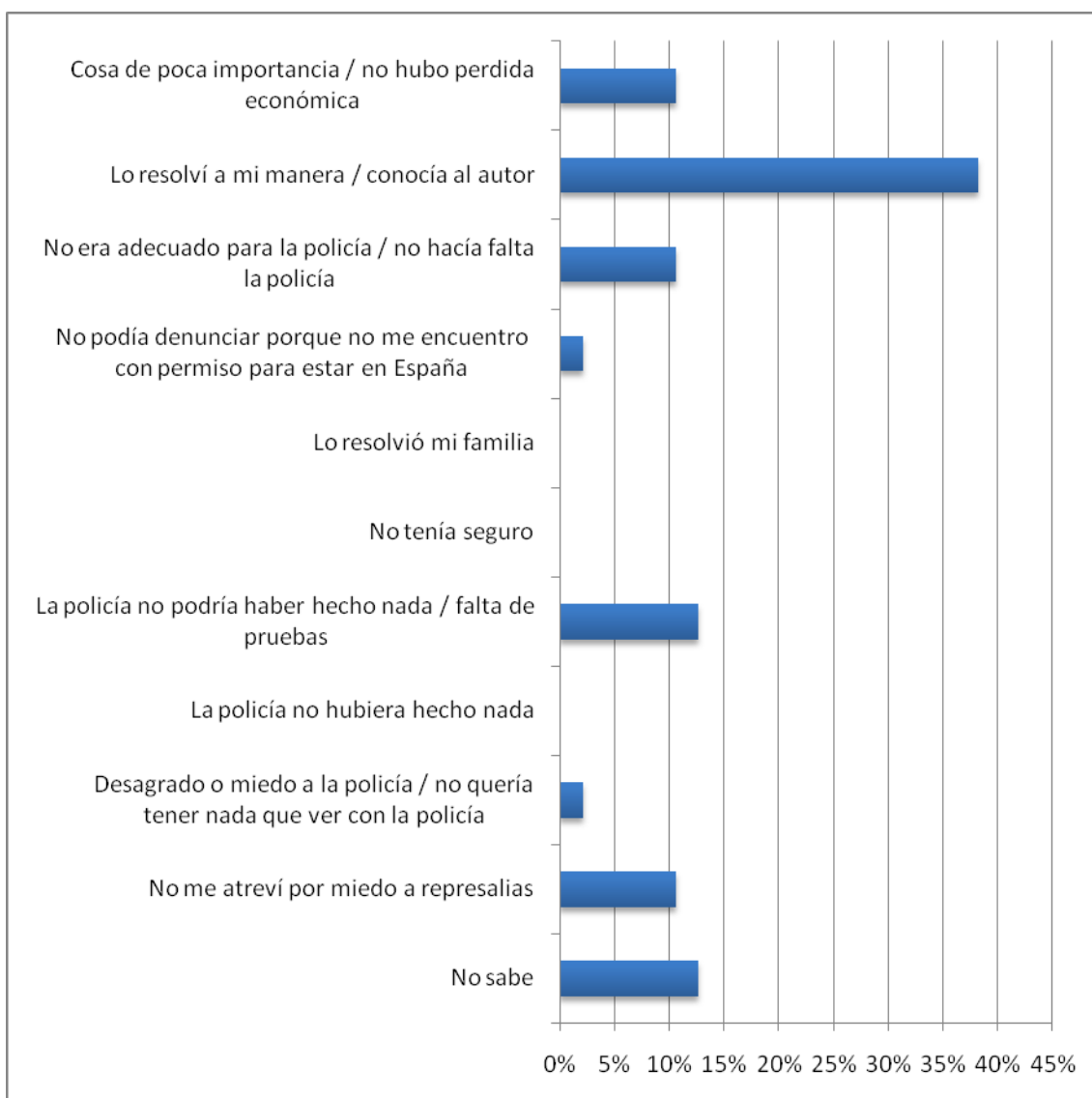


Gráfico 89. Causas de la no denuncia del delito de lesiones y amenazas

Fue muy serio	50%
Medianamente serio	33,3%
No muy serio	16,7%

Tabla 30. Importancia del delito

3.6. Multivictimización

La multivictimización (personas que han sufrido más de un delito) en el último año fue de un 11,9%.⁴¹⁵

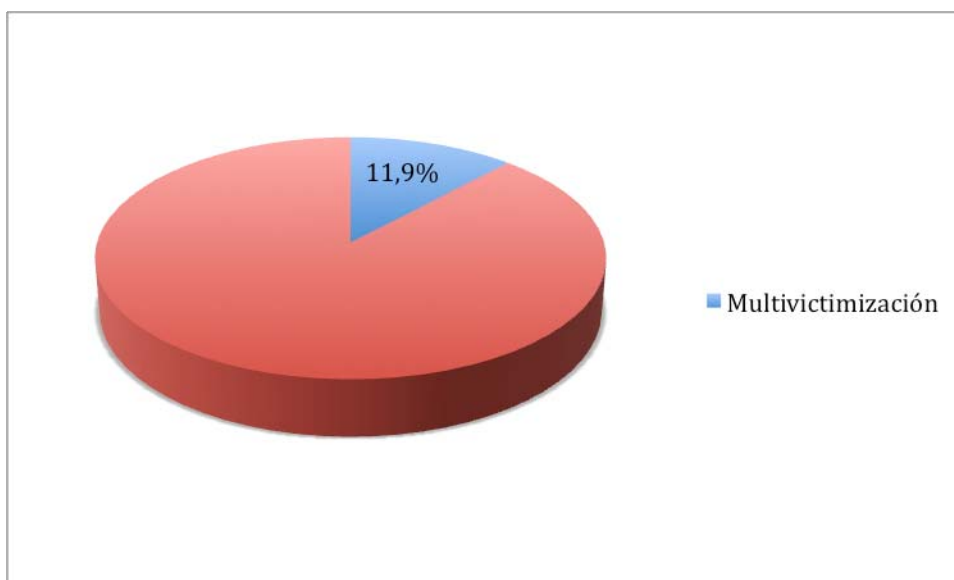


Gráfico 90. Multivictimización

3.7. Actitud hacia el delito

Como se ha apuntado más arriba, en este estudio se ha añadido a la encuesta de Victimización, preguntas complementarias que informan sobre el sentimiento de seguridad de la población inmigrante colombiana.

En cuanto a esta cuestión, la muestra de colombianos evidenció que perciben una escasa solidaridad entre los vecinos (Gráfico 91), no obstante el sentimiento de seguridad es alto, tanto en el interior de los domicilios como en el exterior (Gráficos 92 y 93, respectivamente). Así, el 56,7% de los encuestados consideraron que, en general, las personas no se ayudan entre ellas, sino que se arreglan solas. Pese a todo, se sienten muy seguros o bastante seguros caminando solos en sus barrios, de noche⁴¹⁶ (37 y 45%,

⁴¹⁵ *Marruecos*: la multivictimización fue de un 5,4%; *Rumania*: para este colectivo, la multivictimización fue de un 1%; *Internet*: se registró una multivictimización del 5,2%.

⁴¹⁶ *Marruecos*: más del 60% se siente muy seguro caminando solo, de noche, en su barrio, y casi el 30% lo considera bastante seguro; *Rumania*: casi el 90% se siente bastante seguro caminando solo, de noche, por su barrio; *Internet*: el 40% se siente muy inseguro caminando solo, de noche, en su barrio; le sigue un poco inseguro, con cerca del 30%; y no se atreve a caminar, un poco más del 20%.

respectivamente), y se sienten muy seguros cuando están solos en su casas, de noche, el 65% de encuestados.⁴¹⁷ En esta línea, consideraron no muy probable que alguien, en los próximos doce meses, intente entrar a sus casas, por la fuerza, en el 65% de casos (Gráfico 94).

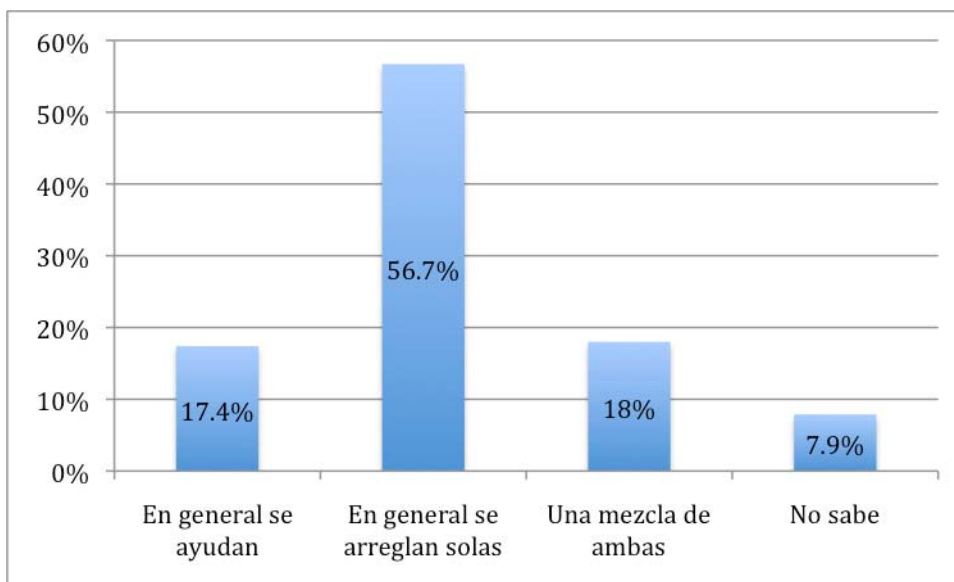


Gráfico 91. ¿En el barrio que vive Ud., las personas se ayudan o en general se las arreglan solas?

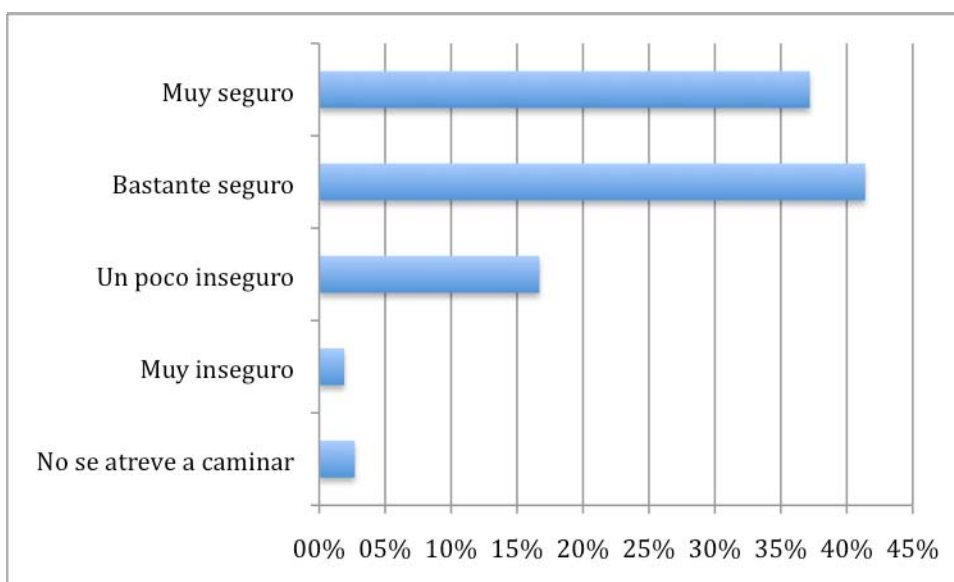


Gráfico 92. ¿Cómo se siente caminando solo en su barrio de noche?

⁴¹⁷ *Marruecos*: más del 80% se siente muy seguro solo, de noche, en su casa; *Rumania*: el 90% se siente seguro solo, de noche, en su casa; *Internet*: muy seguro y bastante seguro arrojó un índice del 45%, respectivamente.

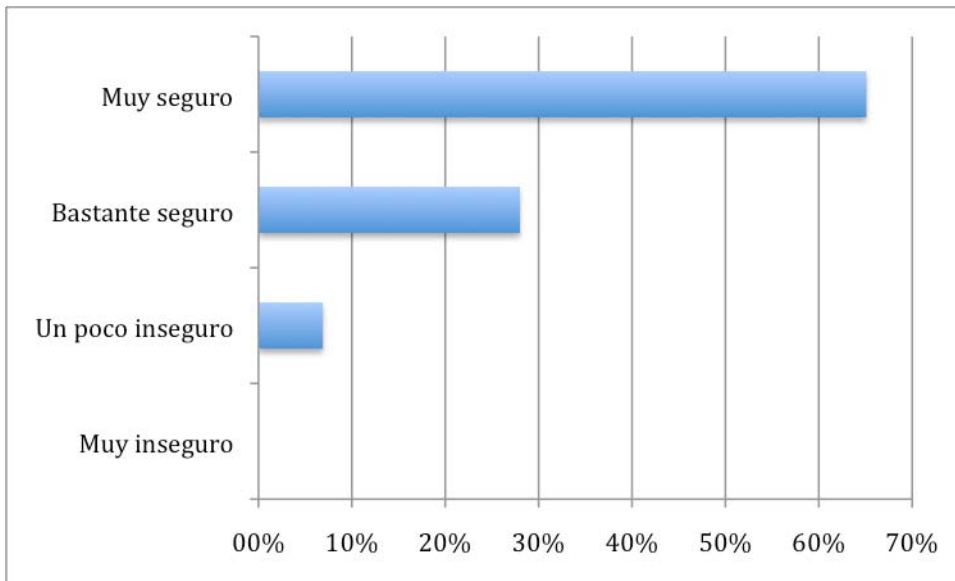


Gráfico 93. ¿Cómo se siente solo en su casa de noche?

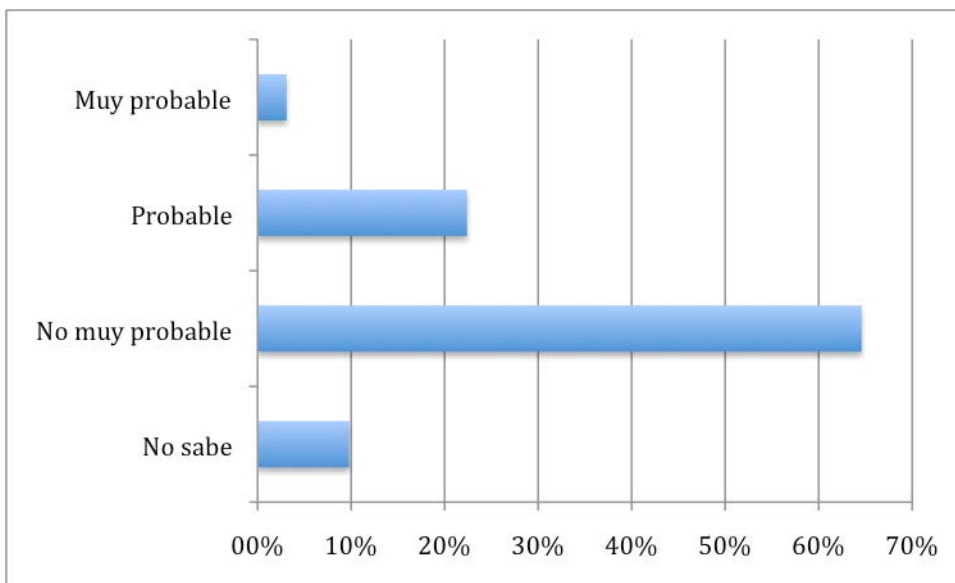


Gráfico 94. ¿Qué probabilidad cree Ud., que alguien en los próximos doce meses intente entrar en su casa por la fuerza?

3.8. Actitud de la víctima frente a las instituciones

Como se ha señalado con anterioridad, en este estudio se ha añadido a la encuesta de victimización, preguntas complementarias que informan sobre el conocimiento y grado de confianza en determinadas instituciones, como la Policía, los Juzgados y Tribunales, el sistema penitenciario o la Oficina de Atención a las Víctimas del Delito (OAVD).

3.8.1. Actitud frente a la policía

Por lo que respecta a la actitud frente a la policía, en general, es bastante positiva. Cabe destacar la percepción positiva de cómo actúa la policía en su zona cuando se trata de controlar el delito (bastante bien un 45% y muy bien el 23%, Gráfico 95).⁴¹⁸ Los *Mossos de Escuadra* es la policía que se considera principal en el municipio donde viven los encuestados y con la que más han tenido contacto (Gráficos 96, 97 y 98), aún cuando la mayor parte de los consultados no tuvo ningún contacto con la policía en el año 2010 (70%). Las razones del último contacto con la policía obedecen, en primer lugar, a temas relacionados con documentación (por sobre el 25%), seguido por la denuncia de delitos, con un 23% (Gráfico 99). Es importante señalar que los encuestados hacen una valoración global de los *Mossos de Escuadra* de 6,9 (escala de 0-10), en lo que se refiere a formación y preparación, trato recibido y eficacia en sus funciones (Gráfico 100). Finalmente, la policía en España les merece bastante confianza, por sobre el 45%, seguido de poca confianza, con un 25%, y mucha confianza, con poco más del 15% (Gráfico 101).⁴¹⁹

⁴¹⁸ *Marruecos*: un poco más del 35% estimó que la policía actúa bastante bien a la hora de controlar el delito, le sigue muy bien con el 18% y por último, muy mal, con un 17%; *Rumania*: cerca del 80% estima que la policía actúa bastante bien, le sigue no sabe, con cerca del 10%; *Internet*: El 45% estimó que la policía actúa bastante bien, el 23% no sabía, el 16% bastante mal, y cerca del 15% muy bien.

⁴¹⁹ *Marruecos*: el 30% consideró que la policía le merece bastante confianza, el 28% ninguna confianza, casi el 20% mucha confianza y el 17% poca confianza; *Rumania*: para cerca del 70% de los encuestados, la policía le merece bastante confianza, le sigue a continuación, con un 19%, la respuesta poca confianza; *Internet*: el 45% declaró que la policía española le merece bastante confianza, le sigue los que declararon poca confianza, con el 21%, mucha confianza, con el 15%, y no sabían, el 12%.

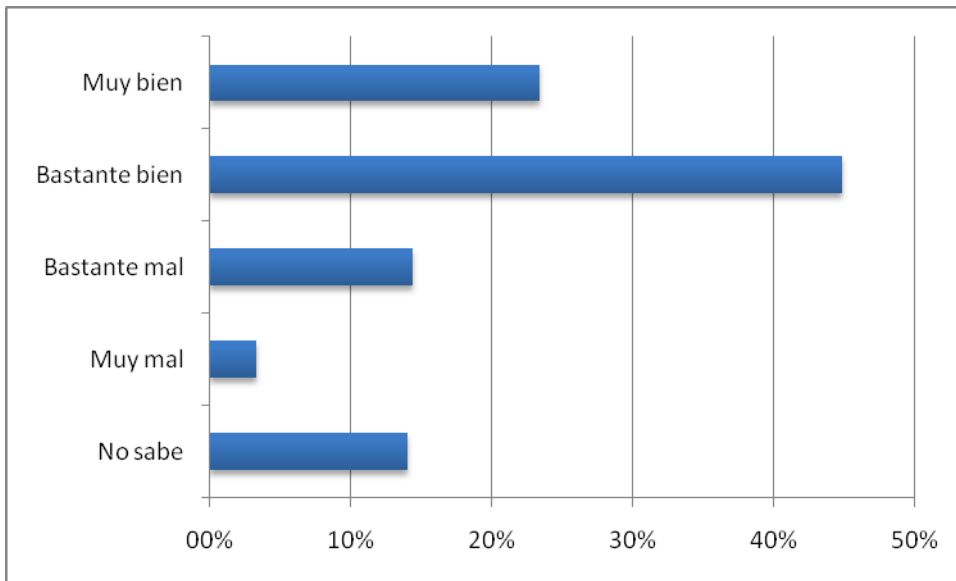


Gráfico 95. ¿Cómo actúa la Policía en su zona cuando se trata de controlar el delito?

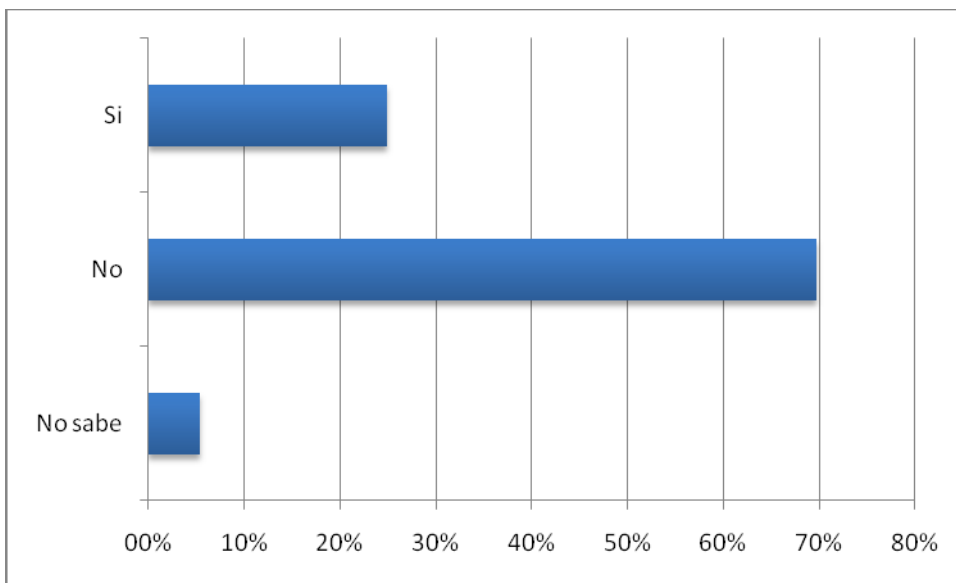


Gráfico 96. ¿Ha tenido algún contacto con la Policía durante el año 2010, en su Ciudad?

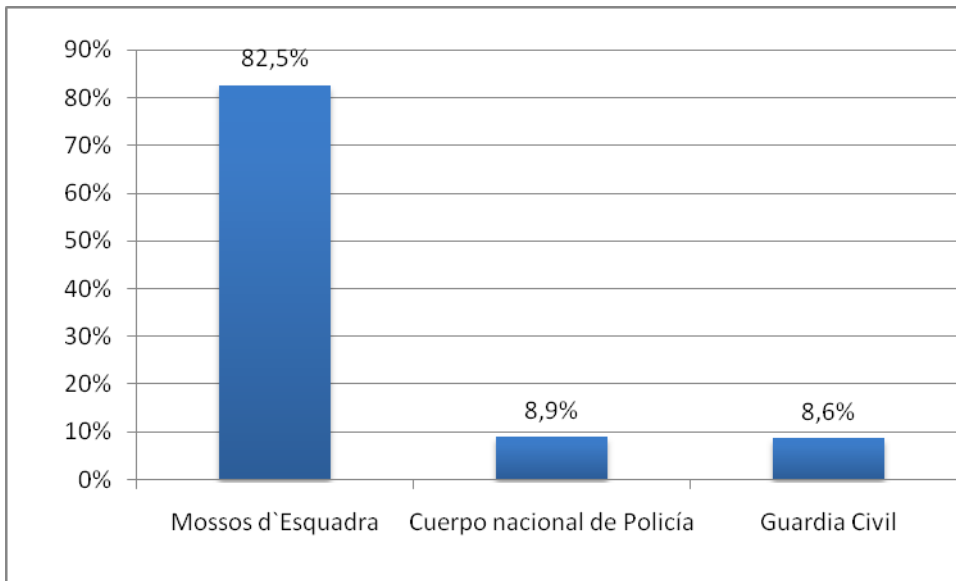


Gráfico 97. ¿Cuál considera el Cuerpo de Policía principal en el municipio donde Ud. vive?

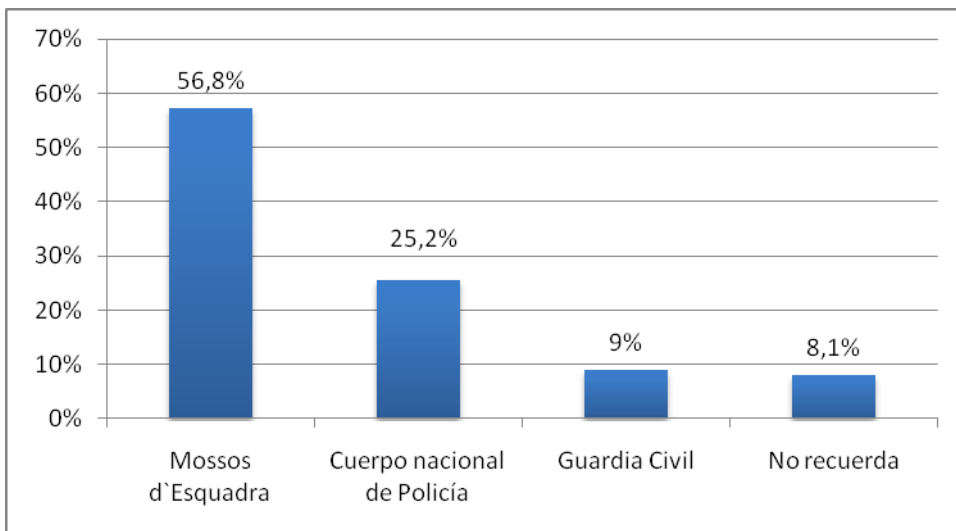


Gráfico 98. ¿Con qué Cuerpo de Policía tuvo el último contacto?

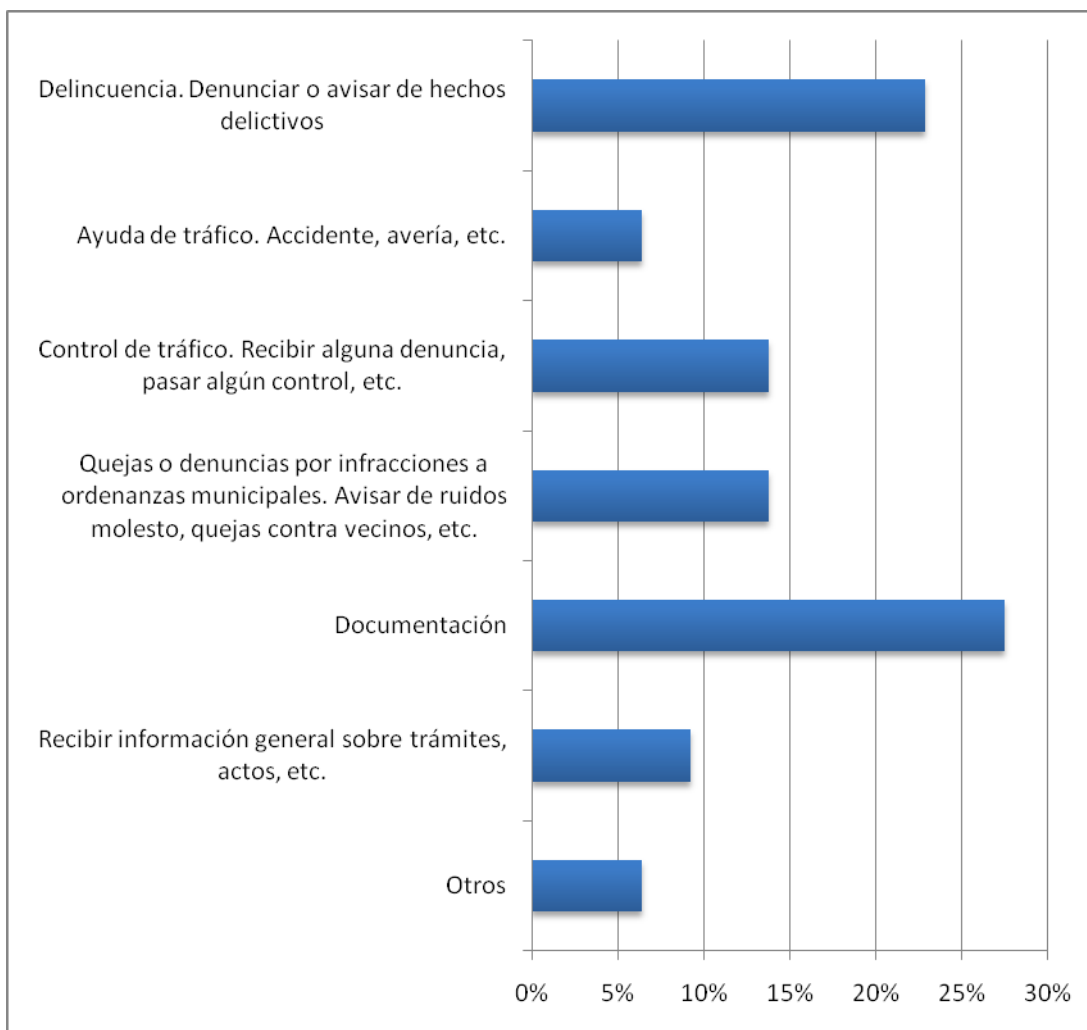


Gráfico 99. ¿Por qué motivo se produjo el último contacto con la Policía?

	Mossos d'Esquadra	Cuerpo Nacional de Policía	Guardia Civil
Formación y preparación	7,1	6,8	6,6
Trato recibido	6,8	6,5	6,3
Eficacia de sus funciones	6,8	6,3	6,2
Valoración global	6,9	6,5	6,4

Gráfico 100. Valoración de los distintos Cuerpos de Policía. Puntuación de 0 a 10

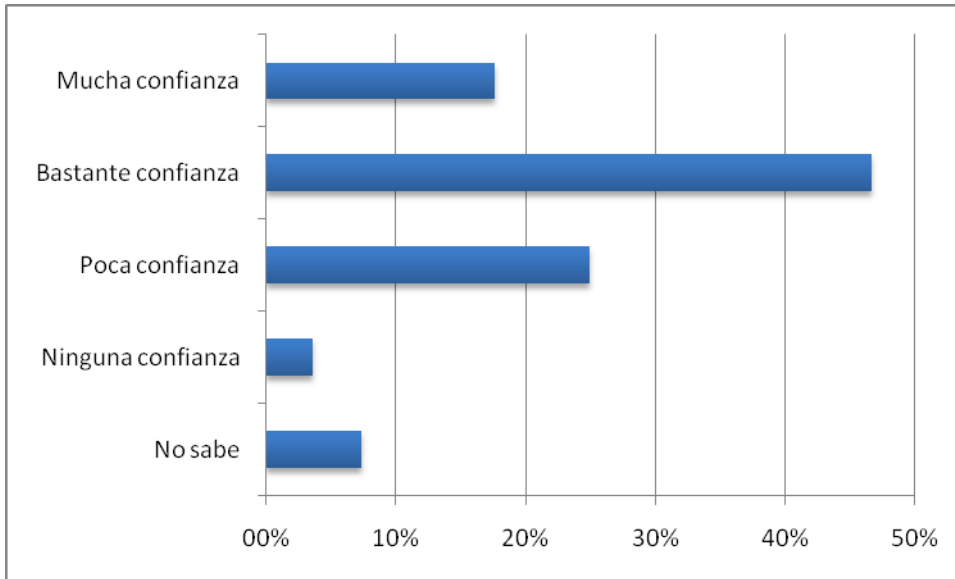


Gráfico 101. ¿Qué confianza le merece la Policía en España?

3.8.2. Actitud frente a los Juzgados y Tribunales

En el caso de la confianza respecto a los Juzgados y Tribunales, ésta es globalmente positiva, aún cuando destaca un elevado porcentaje de encuestados que desconocen su actividad (poco más del 25%, Gráfico 102).⁴²⁰

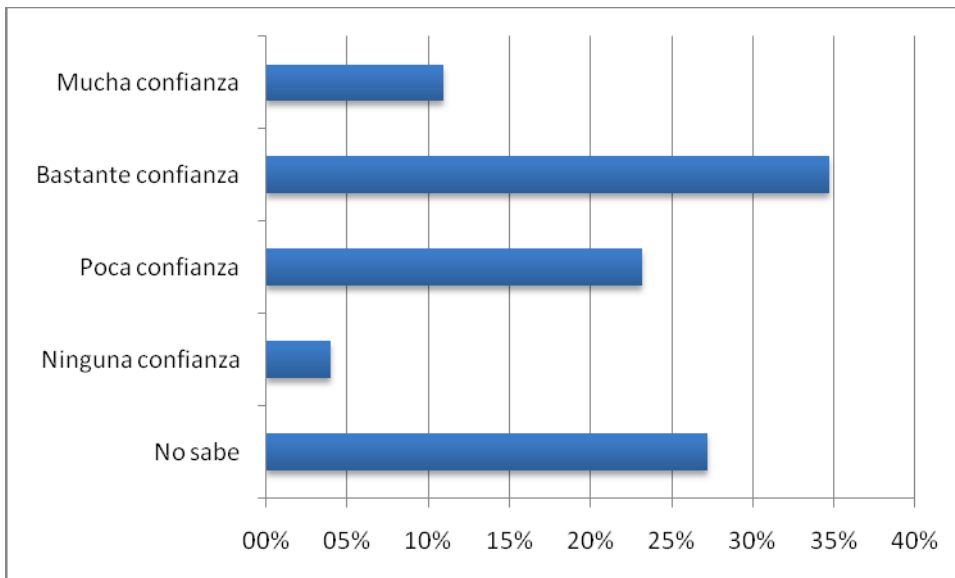


Gráfico 102. ¿Qué confianza le merecen los Juzgados o Tribunales?

⁴²⁰ *Marruecos*: cerca del 40% manifestó no saber la confianza que le merecen los Tribunales o Juzgados, le sigue ninguna confianza, con casi el 25%, y bastante confianza, con un 24%; *Rumania*: casi el 60% no sabe la confianza que le merecen los Tribunales, al 22% le merece bastante confianza y al 10% ninguna confianza; *Internet*: poca confianza les merece los tribunales, declararon cerca del 35%, les sigue los que indicaron no saber, con poco más del 25%, y bastante confianza, con cerca del 25%.

3.8.3. Actitud frente al Sistema Penitenciario

Por lo que respecta al sistema penitenciario, se constató un gran desconocimiento. El 35% de los entrevistados considera que la labor del sistema penitenciario es normal, y le sigue la respuesta de no saber, con poco más del 30% (Gráfico 103).⁴²¹

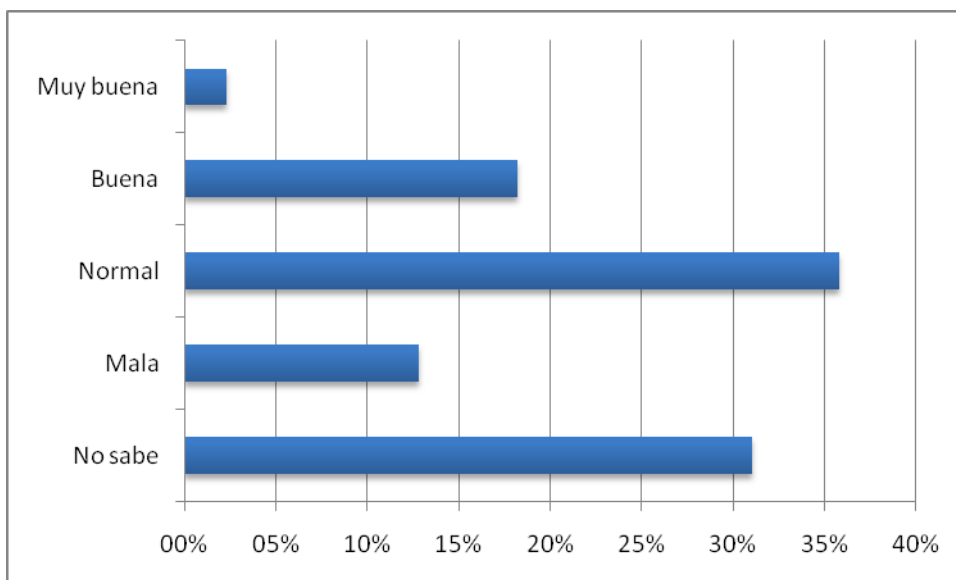


Gráfico 103. ¿Cómo considera que es la labor del sistema penitenciario?

3.8.4. Actitud frente a las Oficinas de Atención de Víctimas (OAVD)

Con todo, existe un desconocimiento especialmente acusado respecto a las Oficinas de Atención a las Víctimas, siendo el 97,3% de entrevistados de la encuesta de victimización, los que declararon no conocer oficinas de este tipo (Gráfico 104).⁴²²

⁴²¹ *Marruecos*: más del 60% declaró no saber sobre la labor del sistema penitenciario; *Rumania*: casi el 80% estimó no saber la labor del sistema penitenciario; *Internet*: cerca del 45% declaró no saber sobre la labor del sistema penitenciario, le sigue la respuesta mala, con un 18%, y el resto se divide, en partes iguales, entre las respuestas muy buena, buena y normal.

⁴²² *Marruecos*: casi el 95% no conoce las Oficinas de Atención a Víctimas de Delito; *Rumania*: el 87% no conoce las Oficinas de Atención a Víctimas de Delito, sin perjuicio que la gran mayoría (60%) considera que es buena la labor de estos organismos; *Internet*: el 81% declaró no conocer las oficinas señaladas, y sólo un 7% tuvo, en algún momento, algún tipo de contacto con estas oficinas.

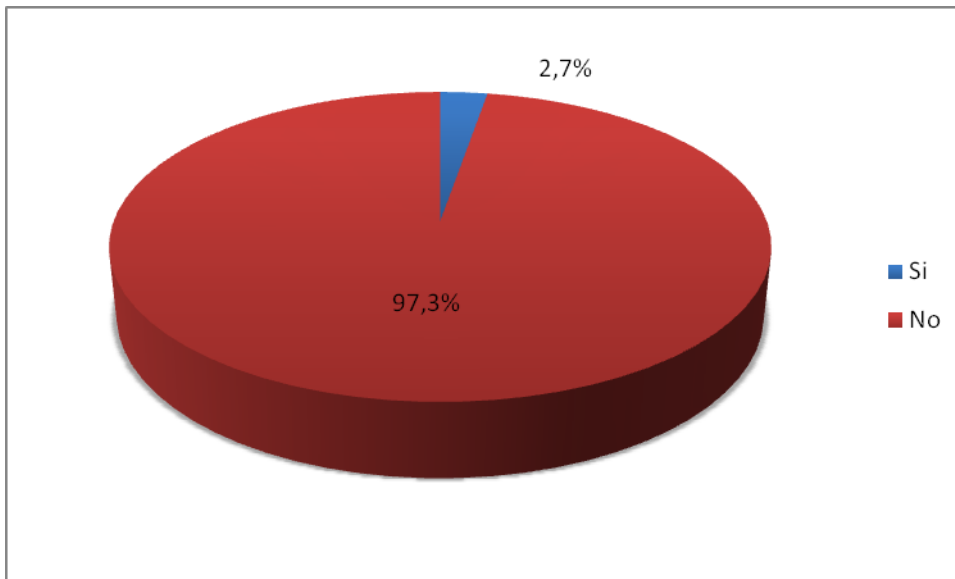


Gráfico 104. ¿Conoce la Oficina de Atención de Víctimas de Delito?

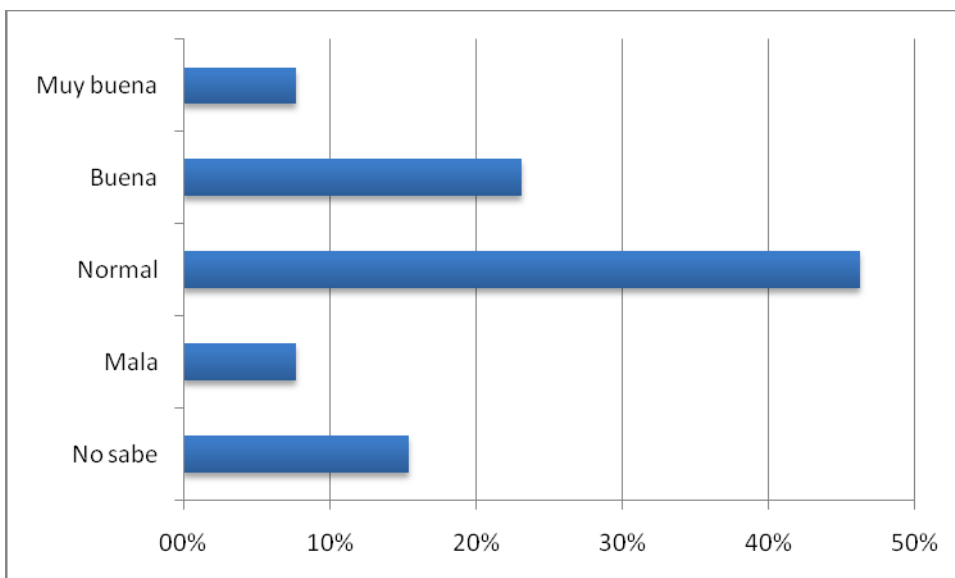


Gráfico 105. ¿Cómo considera que es la labor de la Oficina de Atención de Víctimas de Delito?

4. Algunas reflexiones generales sobre los resultados de la encuesta

Los resultados obtenidos en la encuesta de victimización, en relación con los datos socio-demográficos, nos presentan, en general, una población bastante estabilizada, con residencia legal y un tiempo de permanencia en Cataluña generalmente de más de un año. La estabilidad se manifiesta, además, por el hecho de que en su mayor parte son personas que trabajan (con tan sólo un 25% de desocupados), y que se muestran muy o bastante satisfechos con el nivel de ingresos (66%). La poca presencia de inmigrantes

ilegales evidencia una limitación para acceder a este colectivo. Sin embargo, un dato de especial interés es el número de personas que disponen de teléfono fijo en su domicilio, que asciende a un 56%. Este dato permite confirmar la insuficiencia de las encuestas telefónicas convencionales, como medio de conocimiento de la victimización de estos colectivos, y la necesidad de ensayar nuevos métodos de contacto, basados en procedimientos innovadores.

La encuesta pone de manifiesto una tasa de victimización considerablemente elevada. La prevalencia es de casi el 27%, en un período de diez meses, y de un 57%, en los últimos cinco años. A pesar de la dificultad de comparar encuestas no homogéneas, las diferencias respecto a la Encuesta de Seguridad Pública de Cataluña son muy remarcables, ya que la prevalencia fue del 19,3%, en un período de 12 meses (2010), cifra cercana a la española (17,4% el mismo año, y 48,7% en el período de cinco años).⁴²³ La incidencia es, comparativamente, moderada, con una baja multivictimización.

La distribución por delitos muestra, en general, pocas sorpresas. Existe un claro predominio de los atentados contra el patrimonio y de los delitos relacionados con los vehículos. Sin embargo, en términos comparativos, resulta destacable el número de victimizaciones de tipo personal, especialmente las lesiones, las amenazas y las agresiones sexuales. Así, la prevalencia en las lesiones y amenazas es de un 12,8%, en cinco años, y las agresiones sexuales de un 5,3%; mientras que en la encuesta española de victimización (2008), la prevalencia de estos delitos, en cinco años, es de un 6,1% y de un 1,4%, respectivamente. Para el caso de Cataluña, la victimización por delitos que atentan contra la seguridad personal, la prevalencia fue de 9,6% en el año 2010.

Dos datos pueden resultar significativos y podrían explicar esta especial victimización de colombianos, en estos delitos de carácter personal. Por una parte, en un 47% de casos de lesiones o amenazas, y en un 28% de agresiones sexuales, el hecho habría tenido, según los encuestados, una motivación racista. Esta motivación se daría también en un 31% de los robos con violencia o intimidación. Por otra parte, un 50% de casos de agresión sexual se habría producido en el lugar de trabajo, generalmente por un autor

⁴²³ Vid. Los datos de la Encuesta de Seguridad Pública de Cataluña de 2010, en: www.20.gencat.cat/portal/site/interior [visitado el 22/04/2012]; Para un análisis general de la encuesta, véase MURRIA, Marta. “Les enquestes de seguretat a Catalunya”, en: AA.VV.: *10 anys d’Enquesta de Seguretat Pública a Catalunya. Experiències europees. Balanç i reptes de futur*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2010, p. 65 y ss.; En relación con la encuesta española de victimización, nos referimos a la de más amplio espectro realizada, que se refiere al año 2008, en DÍEZ RIPOLLÉS / GARCÍA ESPAÑA, *Encuesta, op. cit.*, p. 38.

conocido (65%) y español (63%), datos muy lejanos de los de la encuesta española de victimización, donde tan sólo un 5% de delitos sexuales habrían tenido lugar en el lugar de trabajo, y únicamente un 35% habrían sido protagonizados por un autor conocido. La misma tendencia, aunque menos acusada, la encontramos en las lesiones y amenazas. La mayor parte de los hechos de carácter sexual son calificados como poco graves, pero no sucede lo mismo en las lesiones y amenazas.

La encuesta a los ciudadanos colombianos nos presenta un colectivo, en general, satisfecho con la seguridad. Aquí, se revela el componente subjetivo propio de la victimización, del miedo al delito y de la actitud ante el delito, hechos todos ellos mediados por circunstancias personales y culturales. El sentimiento de seguridad y la confianza en las instituciones están condicionados por referentes propios de la sociedad de origen. Por lo tanto, no es sorprendente que las personas entrevistadas se sientan seguras, en mayor medida, que la población general (un altísimo 78% se siente muy o bastante seguro caminando solo, de noche, por su barrio), y que consideren que predomina el individualismo sobre la solidaridad (sólo un 17% cree que las personas, en general, se ayudan). En cambio, en Cataluña el nivel de seguridad promedio es de 6,3 puntos (escala de 1-10), lo que aparentemente evidenciaría que los inmigrantes colombianos se encontrarían más seguros que los propios catalanes.

Por otro lado, la encuesta reflejó una baja tasa de denuncia de los delitos; ésta fue de un 25%. El dato de la encuesta se corresponde con la que aporta la encuesta de EU-MIDIS, donde la tasa oscila entre el 10 y el 30%. En todo caso, la diferencia con los datos de las encuestas de victimización a la población general es importante, si tenemos en cuenta que España se ha ido aproximando, en los últimos años, a la tasa europea (un 47,9% en la encuesta española de 2008, y un 50% de media, en la europea de 2005).⁴²⁴ Por consiguiente, hay suficiente base para afirmar que las cifras oficiales no reflejan la victimización de la población inmigrante, en la misma medida que la de la población autóctona. El dato es coherente con los estudios que muestran un trato objetivamente discriminatorio de los inmigrantes, por parte del sistema de justicia penal, donde participan mucho más en condición de denunciados que de denunciantes.⁴²⁵ La tasa de

⁴²⁴ Véase “Research Report. A comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey” (EU ICS), *The Burden of Crime in the EU* (2005), en: <http://www.europeansafetyobservatory.eu/downloads/EUICS%20-%20The%20Burden%20of%20Crime%20in%20the%20EU.pdf> [visitado el 15/03/2011].

⁴²⁵ CALVO, Manuel; GASCON, Elena; GRACIA, Jorge. *La incidencia de la inmigración en el ámbito de la administración de justicia*. Zaragoza: Laboratorio de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho,

denuncia muestra grandes variaciones según el tipo de delito, y entre los factores moduladores debe destacarse la gravedad percibida del hecho, la esperanza de recuperación de los objetos robados y una tendencia a la autotutela. La baja denuncia no puede explicarse por una desconfianza en las instituciones, que en general es alta.

La encuesta a los ciudadanos colombianos nos presenta un colectivo satisfecho con las instituciones. La confianza en las instituciones, que es alta, no sólo respecto a la policía (ésta es, de hecho, una constante en las encuestas de victimización y de seguridad en España y Cataluña), sino también respecto al sistema de justicia. A diferencia de lo que refleja la encuesta española de victimización (2008), son más los que confían que los que desconfían de la Administración de Justicia. En particular, la policía –*Mossos d'Esquadra*- es muy bien valorada (6,9 puntos), incluso mejor que los propios catalanes. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que la encuesta a marroquíes, pese a todos sus sesgos y defectos metodológicos, está dividida, en iguales partes, entre la confianza y la desconfianza a la policía.

Con respecto a los servicios especializados de atención a las víctimas, se aprecia un desconocimiento generalizado. Un 97% de los colombianos no conoce la existencia de las Oficinas de Atención a las Víctimas del Delito, gestionadas por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Este dato confirma el que hemos obtenido en investigaciones previas sobre víctimas en Cataluña, donde la mayor parte de las personas que han denunciado haber sufrido delitos, no conoce la existencia de estas oficinas,⁴²⁶ por lo que resulta dudoso que esta situación pueda tener alguna vinculación con factores relacionados con la población inmigrante.

5. Conclusiones

La encuesta que realizamos ha permitido establecer la baja visibilidad de la victimización de inmigrantes en las cifras oficiales, y también en las encuestas convencionales de victimización y, por lo tanto, la necesidad de estudios centrados en la victimización de estos sectores de la población. Es una realidad cierta que, tanto en España como en el concierto internacional, la victimización de estos colectivos de

Universidad de Zaragoza, 2002. Resultados de la Investigación, en: http://www.unizar.es/sociologia_juridica [visitado el 15/03/2011].

⁴²⁶ TAMARIT, Josep María; VILLACAMPA, Carolina; FILELLA, Gemma. “Secondary Victimization and Victim Assistance”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 18 (2010), pp. 281-298.

extranjeros es ignorada. Se ha podido constatar la pertinencia, así como las limitaciones, de la investigación realizada y, de una manera especial, la validez de las encuestas cara a cara, efectuadas por vías que faciliten el acceso a la población inmigrante. La encuesta bajo el sistema CATI (Computer Assisted Telephone Interviews with random dialing) no penetran hacia los colectivos de inmigrantes asentados en España, específicamente en Cataluña, por carecer estas personas de telefonía fija.

La encuesta a ciudadanos colombianos pone de relieve una elevada victimización en todos los ámbitos examinados: delitos patrimoniales, relacionados con los vehículos, y de carácter personal, y aparentemente, en muchos de ellos, estaría por sobre la media catalana y española.

Un hecho especialmente destacable es que, para muchas personas inmigrantes, especialmente mujeres, el lugar de trabajo es una fuente de riesgo de victimización de carácter personal. La motivación racista o discriminatoria es un factor a tener en consideración, en el riesgo diferencial que padece la población inmigrante respecto a agresiones, amenazas y delitos violentos y de carácter sexual.

En lo que respecta al reporte del crimen a las autoridades, la investigación arrojó como principal conclusión que los inmigrantes colombianos no denuncian todos los delitos de los que son víctimas. De esta manera, las estadísticas oficiales no reflejarían la victimización que los afecta. Estimamos que la baja en reportar los delitos no se podría fundar en la desconfianza de las instituciones, al menos de los ciudadanos colombianos. Existe una variedad de motivos que desalienta la denuncia, por lo que no se puede arribar a ninguna causa que prime o justifique la conducta pasiva.

Otra conclusión es que existe, en términos generales, una muy buena valoración de la policía y del sistema de justicia penal. Sin embargo, hay que destacar que existe mucha ignorancia sobre la función de los tribunales de justicia, y un total desconocimiento de las Oficinas de Atención a las Víctimas de Delito, lo que puede traer como consecuencia lógica, que existe un desconocimiento del estatuto o derechos de las víctimas, por parte de los inmigrantes.

Por último, en este ámbito de victimización, nuestra investigación se centró únicamente en la denuncia de los delitos y en la percepción de las instituciones del sistema de justicia penal. Sin embargo, es necesaria una investigación adicional para determinar cómo el proceso de justicia penal opera en su totalidad, cuando el inmigrante es la víctima.

Capítulo 7

La victimización del inmigrante como sujeto activo de delito

1. Introducción
2. El proceso penal y la sentencia
 - 2.1. La instancia judicial: Imparcial y objetiva en sus decisiones
 - 2.2. Estudios sobre discriminación por raza o etnia en la instancia judicial
 - 2.3. La prisión provisional
 - 2.4. La sentencia: La detención, la probabilidad de condena y la severidad del castigo
3. La expulsión judicial
 - 3.1. Evolución histórica de la expulsión
 - 3.2. Política criminal y expulsión
 - 3.3. La expulsión en el código penal español
 - 3.3.1. La expulsión sustitutiva de toda la pena
 - 3.3.2. La expulsión sustitutiva de parte de la pena
 - 3.3.3. La expulsión sustitutiva de una medida de seguridad
 - 3.4. Toma de posición en relación a la naturaleza jurídica de la expulsión
 - 3.5. El carácter victimizador de la expulsión
 - 3.6. Excepciones a la expulsión judicial
 - 3.6.1. Excepciones objetivas
 - 3.6.2. Excepciones subjetivas
 - 3.7. Efectos y ejecución de la expulsión
- 3.8. El carácter de regla general y obligatoria de la expulsión. Análisis jurisprudencial y criminológico
 - 3.8.1. Marco teórico, metodología y objetivos propuestos
 - 3.8.2. Resultados
 - 3.8.3. La expulsión según las Audiencias Provinciales
4. El sistema penitenciario español y los extranjeros
 - 4.1. El tercer grado penitenciario: el régimen abierto ordinario y el régimen abierto restringido
 - 4.2. La libertad condicional
 - 4.2.1. Consideraciones previas: Concepto, naturaleza jurídica y requisitos
 - 4.2.2. Libertad condicional de extranjeros
 - 4.2.3. El acceso de los extranjeros a la libertad condicional
5. Conclusiones

1. Introducción

La existencia de reclusos extranjeros en los recintos penitenciarios españoles y su elevada representatividad no es ninguna novedad y obedece a un sinnúmero de factores que la doctrina ha intentado explicar desde dos ópticas absolutamente antagónicas y polarizadas,⁴²⁷ que se podrían resumir de manera elemental en que algunos sostienen que los extranjeros cometen más delitos que los españoles y otros pregonan que los extranjeros son más perseguidos que los autóctonos (tesis de la selectividad).

Independiente de las causas de por qué los extranjeros llegan a las cárceles, nuestro análisis en este capítulo se centrará en reflexionar cuatro escenarios o instituciones en

⁴²⁷ Uno de cada tres reclusos es de nacionalidad no española (34,2%). Véase Informe General 2010. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

que se puede encontrar el extranjero calificado como sujeto activo de un delito – delincuente o criminal-, y determinar si existe algún tipo de *discriminación* o *victimización* a su respecto. Separamos ambos conceptos –discriminación y victimización- porque entendemos que no son lo mismo. Una persona puede ser discriminada y, por consiguiente victimizada, pero no toda victimización se genera por una discriminación.

Los escenarios o instituciones que pretendemos analizar son: el extranjero sujeto a prisión preventiva y posteriormente condenado por sentencia; la expulsión del extranjero; y, finalmente, el tercer grado penitenciario y la libertad condicional. Si bien son esferas diversas, entendemos que no son las únicas que pueden producir una eventual victimización. Su selección obedece estrictamente a razones de estudio, porque creemos que la doctrina no se ha ocupado suficientemente de aquellas o, si lo ha hecho, ha sido de una manera diversa a la que pretendemos exponer, o bien queremos reforzar ciertas tesis ya esbozadas.

Así, por ejemplo, se ha señalado en doctrina los distintos procesos de discriminación que sufren los extranjeros en diversas etapas del proceso penal hasta la ejecución de su condena. Por señalar algunos, seguimos a VARONA, que los clasifica en: a) Discriminación en la concesión de la libertad provisional; b) Diferencias en la aplicación de alternativas a la prisión; c) Discriminación en el ejercicio del derecho de información; d) Discriminación en el ejercicio del derecho a libertad religiosa o a la educación; e) Discriminación en el derecho a comunicarse con el exterior y recibir visitas; f) Discriminación en la concesión de permisos penitenciarios; g) Discriminación en el derecho a la progresión de grado; h) Discriminación en la concesión de la libertad condicional.⁴²⁸

En la misma línea anterior, GARCÍA ESPAÑA da cuenta, en su investigación, de los procesos discriminatorios de la judicatura a propósito de la prisión preventiva⁴²⁹ y del régimen carcelario.⁴³⁰ En relación a esto último, específicamente se refiere a la desinformación de los extranjeros en prisión, a la vulneración del sistema de progresión de grado (permisos de salida, tercer grado penitenciario, libertad condicional y extinción de la condena) y, finalmente, a la expulsión como sustitutivo penal.⁴³¹

⁴²⁸ VARONA, Gema. “Extranjería y prisión”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 8 (1994), pp. 63-88.

⁴²⁹ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, *op. cit.*, p. 443 y ss.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 453 y ss.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 466 y ss.

Igualmente, MONCLÚS MASÓ, en su trabajo, expone sobre discriminación, entre otras, en la instancia jurisdiccional (condenas y expulsión judicial)⁴³² e instancia penitenciaria.⁴³³

Nuestro primer punto de análisis será el proceso penal y la sentencia, donde daremos cuenta de una aparente discriminación en la prisión provisional y en las sentencias condenatorias, pero esta última referida a la probabilidad de condena de los extranjeros y a la severidad del castigo que reciben por la comisión de un delito.

Luego, revisaremos in extenso la expulsión judicial, institución del ordenamiento jurídico penal español en la que se reacciona frente a inmigrantes ilegales. Esta medida, la cual entendemos no sólo opera victimizando al propio extranjero condenado, sino que le resta valor a la vigencia de la norma penal, constituye un desprecio a la víctima del delito y al bien jurídico protegido por el Derecho.

Pretendemos analizar en profundidad, desde el prisma jurídico penal y criminológico, esta institución contemplada en los artículos 89 y 108 del Código Penal. Esto porque existe la necesidad, entre otros objetivos, de conocer cómo esta institución victimiza al extranjero que ha cometido un delito, en tanto podemos afirmar que constituye una renuncia al *ius puniendi*, donde se pierde, por razones ajenas al Derecho Penal, específicamente de políticas migratorias, el ideal resocializador de la pena y, en algunos casos, con un total desapego a los Derechos Humanos, se expulsa a un extranjero para que corra peor suerte de la que habría padecido de haber cumplido íntegramente la pena en España, sin ningún tipo de beneficio.

Por último, revisaremos la experiencia penitenciaria de los extranjeros, la cual tiende a ser más gravosa para este grupo. Esto se debe, para algunos, a la falta de apoyo externo de este colectivo, como por la ignorancia de los mecanismos del sistema penal.⁴³⁴

La precariedad laboral, la debilidad de sus lazos familiares y la condición de irregularidad, suelen impedir, en la etapa final de cumplimiento de penas privativas de libertad, el acceso a la semi-libertad o a la libertad condicional.⁴³⁵ Frente a esto, nos hemos planteado demostrar, en términos cuantitativos y cualitativos, la discriminación

⁴³² Cfr. MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal*, op. cit., p. 289 y ss.

⁴³³ *Ibidem*, p. 298 y ss.

⁴³⁴ MATTHEWS, Robert. *Pagando tiempo*. Barcelona: Bellaterra, 2003, p. 290 y ss.; BRANDARIZ GARCÍA, “La construcción”, op. cit., p. 289.

⁴³⁵ LÉGANEZ GÓMEZ, Santiago. *La evolución de la clasificación penitenciaria*. Madrid: Ministerio del Interior, 2005, p. 250; BRANDARIZ, “La construcción”, op. cit., p. 289; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis. “Pena de prisión y extranjeros. Principio de igualdad y de resocialización”, en: RODRÍGUEZ MESA, María José.; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis. (Coords.), *Inmigración y sistema penal*. Valencia: Tirant, 2006, p. 303 y ss.

que afrontan los extranjeros para poder acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional.

2. El proceso penal y la sentencia

2.1. La instancia judicial: Imparcial y objetiva en sus decisiones

El juez o tribunal, en el desempeño de su oficio, está llamado a respetar la Constitución Política y las leyes. Es una característica inherente al ejercicio de la potestad jurisdiccional que, al impartir justicia, ésta se realice en forma objetiva e imparcial. Para garantizar aquello se concibe a este órgano judicial como autónomo, independiente y sus integrantes inamovibles, salvo causas legales.

La imparcialidad de que debe estar cubierto el órgano judicial tiene su fundamento en la garantía que, durante el desarrollo de las controversias judiciales, las partes reciban del juzgador un trato igualitario y sin discriminación de ninguna especie. En esta línea, el juez imparcial es aquel que, a lo largo de todo el proceso, mantiene una idéntica distancia con el acusado, la víctima, el Ministerio Fiscal, abogado defensor y querellante, evitando comportamientos que signifiquen algún tipo de favoritismo, predisposición o prejuicio.

Por otra parte, el principio de objetividad judicial está orientado a materializar el derecho de los justiciables a la seguridad jurídica. El órgano judicial es objetivo cuando al decidir sobre los asuntos que se someten a su conocimiento, logran hacer abstracción de su modo personal de pensar o sentir las cosas, y lleva a cabo la búsqueda de la verdad judicial, basada en las pruebas que deben ser valoradas de conformidad a los criterios previstos en la ley. La objetividad como garantía del *ius puniendi* exige del juzgador la fundamentación y motivación de sus resoluciones y sentencia, del asunto sometido a su consideración.

Así, se presenta como garantía, entre otros, un sistema de prueba objetivo o racional, contrario al modelo subjetivo de prueba propio de un sistema de íntima convicción, donde existe problemas de fiabilidad judicial, dada la imposibilidad de control de las creencias y apreciaciones erradas que pudiera tener un juez y, en segundo lugar, impide la imparcialidad del juzgador, el cual siempre tendrá que resolver cuestiones en las que tenga prejuicios que inclinen la balanza a favor de aquello, por ejemplo, un juez proclive a los movimientos de protección del género, resolverá con sus creencias y

prejuicios en una causa de violencia intrafamiliar. Por el contrario, un sistema objetivo de prueba o racional exige la motivación de la decisión, la cual sólo será posible cuando la resolución del caso se fundamente en elementos racionales que permitan la reconstrucción del razonamiento por cualquier tercero -el cual no tiene acceso a la creencia individual del juez- y, en definitiva, controlar la decisión de lo que “*está probado*” y no lo que se haya “*tenido por probado*”, es decir, lo que cada juez tiene, de acuerdo a su convicción, como personalmente probado.

Contrario a lo anterior, se presenta el modelo subjetivista o de íntima convicción, en que las decisiones de los jueces se basan en concepciones emocionales y puramente potestativas, de libre valoración de las alegaciones y pruebas sometidas a su decisión. En este entorno, los prejuicios de los jueces, entendido aquí como una opinión previa, radical y desfavorable que se tiene sobre algo o alguien, transitan libremente por las cabezas de los juzgadores y pueden llegar a materializar una conducta de discriminación o exclusión. Este prejuzgamiento, que sólo se basa en condiciones emocionales o ideológicas del juez, ha sido objeto de análisis por parte de la psicología jurídica.⁴³⁶

Una de las mayores expresiones de los prejuicios está íntimamente ligada con la exclusión, donde el prejuzgador da por hecho que existe una inferioridad natural o genética –hoy también cultural- en el grupo segregado, o bien una circunstancia cualquiera que establece la inferioridad del colectivo cuestionado o, como efecto sobre el juez del miedo, socialmente extendido al extraño, que genera la creencia que el extranjero tiene mayor predisposición a delinquir.⁴³⁷ Son causas típicas de los prejuicios y, finalmente, de la discriminación, factores tales como la nacionalidad, raza, religión, condición sexual, edad, género, etc.

Poder determinar si la nacionalidad o la raza de una persona es una variable importante a la hora de que un juez o tribunal, con competencia en materia penal, dicte una sentencia o tome una decisión, es una materia que no ha ocupado en demasía a la doctrina,⁴³⁸ salvo en países donde existe una clara población multicultural o de grandes corrientes inmigratorias. Y cuando han existido estudios, los autores no se han puesto de acuerdo en que la raza sea un factor importante a la hora de tomar resoluciones en el

⁴³⁶ SOBRAL, Jorge; BERNAL, Mar. “Lo extrajurídico en las decisiones judiciales: el asunto de la disparidad”, en: SOBRAL, Jorge; ARCE, Ramón; PRIETO; Ángel (Eds.), *Manual de psicología jurídica*. Barcelona: Paidós, 1994.

⁴³⁷ DELGADO, Manuel. “Víctimas alienígenas. El inmigrante como personaje conceptual”, en: TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (Coord.), *Víctimas olvidadas*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 71 y ss.

⁴³⁸ Cfr. MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal, op. cit.*, p. 204.

proceso penal.⁴³⁹ Tampoco existe consenso en que la raza o etnia sea la primera causa de la diferencia entre condenados, ni que tales prejuicios no influyan en nada en esa disparidad.⁴⁴⁰

2.2. Estudios sobre discriminación por raza o etnia en la instancia judicial

Un estudio interesante de destacar es el de JUNGER, en Holanda, quien trabaja sobre la base del trato recibido por las minorías étnicas en las distintas etapas del proceso penal. Entre otras conclusiones importantes, cabe destacar que, mientras algunos estudios indicaban la presencia de opiniones racistas entre algunos oficiales de policía y las relaciones con las minorías étnicas son a veces tensas, la evidencia empírica no apoya las acusaciones de discriminación racial. En general, los estudios sobre el proceso de sentencia encuentran que factores como la gravedad del delito y antecedentes penales son los predictores más importantes, y que las características personales sólo tienen efectos pequeños.⁴⁴¹ Hay, sin embargo, algunos indicios de que las minorías étnicas pueden ser tratadas tanto con más dureza que la mayoría de la población, en las diversas etapas del proceso judicial (se probó el mayor uso de la prisión preventiva sobre estos grupos étnicos, y en el caso que hubo prisión preventiva con anterioridad, la sentencia, en la mayoría de los casos, fue condenatoria). Estas diferencias suelen ser pequeñas, y en algunos casos los acusados holandeses reciben castigos más severos que las minorías.⁴⁴²

En el estudio de LEIBER,⁴⁴³ se evaluó el trato en los procedimientos judiciales a menores blancos, afro-americanos y latinos, en el Estado de Iowa.⁴⁴⁴ Dentro de las

⁴³⁹ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, op. cit., p. 169.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 171.

⁴⁴¹ Véase entre otros: MANZANOS, César. “Factores sociales y decisiones judiciales”, *Sociológica*, Nº 5 (2004), pp. 127-159; ALBONETTI, Celesta. “An Integration of Theories to Explain Judicial Discretion”, *Social Problems*, Vol. 38, Nº 2. Mayo (1991), pp. 247-266; WEIDNER, Robert; FRASE, Richard; SCHULTZ, Jennifer. “The Impact of Contextual Factors on the Decision to Imprison in Large Urban Jurisdictions: A Multilevel Analysis”, *Crime Delinquency*, Nº 51 (2005), pp. 400-424; MILLIE, Andrew; TOMBS, Jacqueline; HOUGH, Mike. “Borderline sentencing: A comparison of sentencers decision making in England and Wales, and Scotland”, *Criminology & Criminal Justice*, Vol. 7 Nº 3 (2007), pp. 243-267; JACOBSON, Jessica; HOUGH, Mike. *Mitigation: The Role of Personal Factors in Sentencing*. London: Prison Reform Trust, en: <http://www.prisonreformtrust.org.uk> [visitado el 15/05/2012].

⁴⁴² JUNGER, Marianne. “Racial Discrimination in Criminal Justice in the Netherlands”, *Sociology and Social Research*, Volume 72, Issue 4 (1988), pp. 211-216; Este estudio también es destacado por GARCÍA ESPAÑA, pero a propósito de los inconvenientes detectados en las estadísticas judiciales como medio de investigación cuantitativo. Véase GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, op. cit., p. 169 y ss.

⁴⁴³ LEIBER, Michael J. “Toward clarification of the concept of “minority” status and decision making in juvenile court proceedings”, *Journal of Crime and Justice*, Vol. XVIII, Nº 1 (1995), pp.79-108; También en LEIBER, Michael J.; FOX, Kristan C. “Race and the Impact of Detention on Juvenile Justice Decision

conclusiones importantes del estudio, y a lo que nosotros nos interesa, fue que se detectó algún tipo de influencia racial en la toma de decisiones de los tribunales.

Otro estudio interesante es el de WEENINK,⁴⁴⁵ cuyo trabajo tiene como objetivo explicar la desigualdad étnica en el sistema holandés de justicia de menores.⁴⁴⁶ Se puso de manifiesto que las minorías étnicas son más a menudo citadas a la corte juvenil que los autóctonos. La fuente predominante de la desigualdad de trato se encontró en los informes de los encuentros problemáticos entre los funcionarios judiciales y los sospechosos de origen étnico minoritario. Un análisis cualitativo de 97 descripciones de estos encuentros problemáticos mostraron que los sospechosos nativos holandeses fueron más a menudo considerados como desafiantes, mientras que las minorías étnicas fueron más a menudo percibidas como equívocas y, por consiguiente, sospechosas de los delitos imputados.

Un estudio que permitió inferir la existencia de prácticas discriminatorias en la instancia judicial, aunque no con la representatividad verificada en la instancia policial, fue el trabajo de HOOD.⁴⁴⁷ Su investigación arrojó el mayor uso, en Gran Bretaña, de la institución de la prisión preventiva respecto de la población negra. Lo interesante es que desagrega factores legales (gravedad del delito y antecedentes penales del inculpado) y socioeconómicos (domicilio, familia, empleo) y, no obstante ello, se prueba un mayor uso de esta medida cautelar en los acusados negros que los blancos. Además, señala que existe un 5% más de probabilidad que los negros se tengan que enfrentar a una pena de prisión por sobre los blancos. Asimismo, detectó que las mayores diferencias de trato se encuentran en los delitos de gravedad intermedia, donde hay mayor discrecionalidad en la selección de la pena por parte del juez. También encontró que las diferencias ocurrían, a su vez, respecto de aquellos que se declaraban culpables por sobre los que no lo hacían. Si bien las desigualdades en el primer caso estaban minimizadas, en relación

Making”, *Crime & Delinquency*, 1 (2005), pp. 470-497. Este estudio examina en qué medida puede explicar tanto la toma de decisiones, específicamente, la evaluación del efecto de la raza sobre la detención y el procesamiento judicial en una corte juvenil en el estado de Iowa. El análisis multivariado, utilizando los datos del tribunal de menores (1980 y 2000), muestra que, aunque cuentan los factores legales, también lo hace la raza tratándose de juventud afroamericana, en relación con la juventud blanca.

⁴⁴⁴ Los casos para el estudio fueron seleccionados de las referencias del tribunal de menores durante un período de 12 años (1980-1991), a partir de cuatro condados en todo el Estado. Una muestra aleatoria de referencias de casos de delincuentes identificados como blancos (3437) fue seleccionado para el análisis. Muestreo aleatorio se utilizó para la juventud afroamericana (2784), y todos los casos en que los latinos se incluyeron en los análisis (350). La muestra total fue de 6.571 números; Véase GARCIA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 170.

⁴⁴⁵ WEENINK, Don. “Explaining Ethnic Inequality in the Juvenile Justice System An Analysis of the Outcomes of Dutch Prosecutorial”, *British Journal of Criminology*, 1 (2009), pp. 220-242.

⁴⁴⁶ Con base en análisis estadísticos de 409 expedientes de los casos.

⁴⁴⁷ HOOD, Roger. *Race and sentencing. A study in the crown court*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

a los que no se declaraban culpables, determinó que la duración media de las penas eran mayores para negros y asiáticos por sobre los blancos.⁴⁴⁸

Algunos trabajos también han marcado la tendencia negacionista de algún tipo de discriminación del sistema penal respecto de grupos minoritarios. Un buen ejemplo de aquello lo constituye el estudio de WALKER,⁴⁴⁹ que estableció que en Gran Bretaña los afroamericanos tienen una tasa superior de absoluciones en los juicios en los que los acusan (15,3%) frente a los blancos (9,5%).⁴⁵⁰ Sin embargo, se ha dado como explicación a este fenómeno de mayor absolución de personas negras, el hecho que la policía y fiscales lleven a estos con mayor frecuencia a los tribunales que cuando se trata de blancos,⁴⁵¹ y que los negros tienden menos a declararse culpables y conformarse con la pena.⁴⁵²

En lo que respecta a la reacción penal, el trabajo de SPOHN y BRENNAN,⁴⁵³ sobre la base del proceso de sentencia federal, demostró que, a pesar de la existencia de guías de sentencias, los resultados se ven afectados por las características del delincuente.⁴⁵⁴ Se examinaron los efectos principales e interactivos de la raza, etnia y género del delincuente, en la probabilidad de recibir una salida a la baja. Los hallazgos indicaron que los delincuentes varones negros e hispanos son tratados con más dureza que todos los demás delincuentes. Los resultados también indicaron que no existen diferencias entre las mujeres delincuentes de cualquier raza o etnia y blancos delincuentes de sexo masculino o entre los tres grupos de delincuentes.⁴⁵⁵

⁴⁴⁸ Cfr. MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal, op. cit.*, p. 204 y ss.

⁴⁴⁹ WALKER, Monica. "The court disposal of young males, by races, in London in 1983", *British Journal of Criminology*, Vol. 28, N° 4 (1988), pp. 441-460.

⁴⁵⁰ En este mismo sentido, SMITH, David. "Ethnic origins, crime and criminal justice in England and Wales", en: TONRY, Michael (Ed.), *Ethnicity, Crime and immigration. Comparative and cross-national Perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, pp. 101-182, p.162.

⁴⁵¹ REINER, Robert. "Race, crime and Justice: Models of interpretation", en: GELSTHORPE, L. (Ed.), *Minority Ethnic Groups in the Criminal Justice System*. Cambridge: Cambridge Institute of Criminology, 1993, pp. 1-23; WALKER, "The court", *op. cit.*, p. 456; MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal, op. cit.*, p. 206.

⁴⁵² Cfr. WALKER, "The court", *op. cit.*, p. 456.

⁴⁵³ SPOHN, Cassia; BRENNAN, Pauline. "The Joint Effects of Offender Race/Ethnicity and Gender on Substantial Assistance Departures in Federal Courts", *Race and Justice*, 1 (2011), pp. 49-78.

⁴⁵⁴ Usando datos sobre delincuentes condenados por delitos de drogas, en EE.UU., en base a tres tribunales de distrito, se estableció que los delincuentes varones negros e hispanos son tratados con más dureza que todos los demás delincuentes. Sus resultados también indicaron que no existían diferencias entre las mujeres delincuentes de cualquier raza/etnia y blancos delincuentes de sexo masculino o entre los tres grupos de delincuentes (blancos, negros e hispanos).

⁴⁵⁵ En la misma senda, se encuentra el trabajo de BRENNAN, Pauline. "Race/Ethnicity and Sentencing Outcomes Among Drug Offenders in North Carolina", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 1 (2008), pp. 371-398. Los resultados de sentencia fueron examinados en una muestra aleatoria de los delincuentes condenados por delitos de drogas, durante el año 2000, en una gran jurisdicción urbana de Carolina del Norte. El análisis se centró en las diferencias Negro-Blanco, Hispano Blanco, Negro e

En la misma senda anterior, se encuentra el estudio de HARTNEY y VUONG,⁴⁵⁶ quienes comprobaron que los afroamericanos son condenados más severamente que los blancos, a la cárcel. En los delitos graves, por ejemplo, establecieron que los primeros lo son en el 71% de los casos, frente al 66% de los blancos.

Si en el contexto internacional la literatura existente es exigua, claramente España no es la excepción. Entre las pocas investigaciones que encontramos sobre la materia, debemos destacar que los resultados obtenidos son poco alentadores, por su disparidad, y dan cuenta de una diferenciación en el trato recibido entre extranjero y autóctono.

En el estudio de CALVO, GASCÓN y GRACIA,⁴⁵⁷ una de las conclusiones importantes que podemos extraer es que, tratándose de casos en que el inmigrante tiene un rol de detenido-denunciado, estos son condenados en un 60%, mientras que cuando los inmigrantes ocupan una posición de víctima o denunciante, sólo se condena en un 25% de los casos. En este último caso, son sensiblemente inferiores al promedio de condenas en términos generales (inmigrantes y autóctonos).⁴⁵⁸

Por otra parte, el trabajo coordinado por CID MOLINÉ y LARRAURI PIJOAN,⁴⁵⁹ en el que se fijó, entre otras variables, la influencia de la nacionalidad del infractor en la toma

Hispanos. Se detectó por la investigadora que los delincuentes blancos recibieron castigos menos severos que los negros o los hispanos; los delincuentes hispanos son particularmente desfavorecidos debido a que recibieron penas más severas; WALKER, "The court", *op. cit.*, p. 444 y ss.

⁴⁵⁶ HARTNEY, Christopher; VUONG, Lihn. "Created Equal, Racial and Ethnic Disparities in the US Criminal Justice System", *National Council on Crime and Delinquency*, 3 (2009), pp. 1-40.

⁴⁵⁷ Cfr. CALVO; GASCÓN; GRACIA, *Inmigración y justicia*, *op. cit.* Su investigación recayó en los Juzgados de Instrucción y se observa que menos de una cuarta parte de los mismos, son casos juzgados como delitos –y por lo tanto, vistos en los Juzgados de lo Penal y en las Audiencias Provinciales. Concretamente, se examinaron 4059 registros, de los que el 3,7% corresponden a las Audiencias provinciales, el 19,7% a los Juzgados de lo Penal y el 76,6% a Juzgados de Instrucción, sencillos o mixtos. Con lo cual, puede decirse que el grueso de la investigación, en el ámbito penal, ha recaído en los Juzgado de Instrucción. El 54% de los procesos analizados correspondieron a expedientes en los que los inmigrantes asumieron el rol de denunciado-detenido; el porcentaje de denunciados-detenidos en los supuestos que concluyeron en sentencias alcanzó al 76,1%. Tratándose de sobreseimiento provisional, el porcentaje de denunciados-detenidos fue de un 23,7%. El número de procedimientos que concluyó en sentencia es mucho mayor en los supuestos en los que el inmigrante es denunciado-detenido (76,1%). Si nos quedamos sólo con los registros en los que el inmigrante ocupa la posición de denunciado-detenido o de víctima, estamos hablando de una distribución del 77% para los primeros, frente al 23% para las víctimas. Entrando ya en el apartado de las penas impuestas en las resoluciones condenatorias, la distribución de las penas impuestas estaría en consonancia con la distribución de los casos analizados, según los respectivos procedimientos. Así, el porcentaje mayor de condenas en los supuestos decididos por los Juzgados de lo penal, se traduce en la preponderancia de la pena de prisión, que alcanza un 50% cuando el inmigrante es denunciado o detenido. Le sigue en importancia cuantitativa la pena de multa, que se aplica hasta un 43% en los supuestos en los que el inmigrante es denunciado-detenido. Con una importancia significativamente menor, nos encontramos, por último, con la pena de arresto de fin de semana que se impone, por término medio, en un 7% de los casos.

⁴⁵⁸ Cfr. CALVO; GASCÓN; GRACIA, *Inmigración y justicia*, *op. cit.*, p. 201.

⁴⁵⁹ CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coords.). *Jueces penales y penas en España. (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002. Se trata de un estudio realizado el año 1998 a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal de Barcelona, durante los meses de abril y mayo de 1998.

de decisiones del juez o del fiscal en la aplicación de una pena privativa de libertad o una pena alternativa, frente a supuestos de cierta discrecionalidad de estos órganos, se estableció que si bien la hipótesis de que la condición de extranjero no se confirma, en general sí encuentra respaldo en algunos supuestos. En efecto, se concluyó, a propósito de los supuestos de decisión judicial sobre conceder una pena privativa de libertad o pena alternativa de prisión, tratándose de personas que carecen de antecedentes vivos (antecedentes penales), condenados a una pena privativa de libertad, además de la multa, y que se encuentra en situación de libertad, que los españoles tienen mayor probabilidad de que se les conceda la pena alternativa a la prisión (que se concede en el 93% de los casos) que a los extranjeros (a los cuales se les concede en un 71,5% de los casos).

En resumen, los estudios expuestos no son concluyentes para poder establecer que las diferencias en las *sentencing* pronunciadas respecto de autóctonos o extranjeros, tenga su origen en factores como la raza o etnia y, por lo tanto, exista una discriminación racial como afirma MONCLÚS,⁴⁶⁰ ya que estas diferencias pueden ser imputadas a un sinnúmero de otros factores, tales como antecedentes penales del delincuente, gravedad del delito, etc.

Sin embargo, existe algo claro, y es que, si bien no podemos atribuir un trato discriminatorio hacia estos colectivos, basado únicamente en la raza, etnia o procedencia del sujeto, evidentemente estamos frente a un episodio victimizador cuya causa sí es una discriminación, que de momento se encuentra innominada y es percibida, de una u otra manera, en las distintas investigaciones. Poder determinar la causa de esta discriminación es muy importante, pero creemos que es mayor aún poder poner término al resultado constituido por la diferenciación en la reacción penal recibida por uno u otro colectivo.

2.3. La prisión provisional

El estudio de GARCÍA ESPAÑA, con datos de 1997, ya esbozaba algún tipo de discriminación en la composición de la población penal, específicamente en lo que aquí interesa, con respecto a la población sujeta a prisión preventiva. La autora llama la atención sobre los índices de prisión preventiva que son significativamente más bajos

⁴⁶⁰ Cfr. MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal*, op. cit., p. 206.

para los internos autóctonos que para los internos extranjeros. Concluye que eso es debido tanto al tipo de delito como a la condición de extranjero, lo que gatilla en una respuesta judicial distinta.⁴⁶¹

Posteriormente, el estudio de MONCLÚS MASÓ, con cifras del año 2004, evidencia la misma tendencia, esto es, el elevadísimo índice de reclusos en situación preventiva entre los extranjeros. Del total de extranjeros reclusos, casi un 40% lo está en situación preventiva, frente a una tasa de preventivos españoles del 15%. Verifica la autora que los extranjeros son enviados a prisión preventiva en una proporción mucho mayor que los españoles, debido a que su menor arraigo en España lleva a los jueces a apreciar un mayor peligro de fuga.⁴⁶²

Tabla 1. Españoles y extranjeros encarcelados (penados y preventivos) en Cataluña. Años 2001-2008.

	Español		Extranjero	
	Preventivo (%)	Penado (%)	Preventivo (%)	Penado (%)
2001	13,2	86,7	37,8	62,1
2002	12,5	87,4	39,8	60,1
2003	12,6	87,9	32,8	67,2
2004	12,8	87,1	34,4	65,5
2005	12,5	87,4	32,9	67,04
2006	13,2	86,7	35,0	64,9
2007	14,0	85,9	35,6	64,3
2008	14,6	85,3	33,4	66,6
2009	14,4	85,5	29,5	70,4
2010	11,8	88,1	27,1	72,9

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Servicio Penitenciario y Rehabilitación de GENCAT, en: www.gencat.cat/justicia/estadistiques_serveis_penitenciaris/

En lo que respecta a nuestro estudio sobre la cuestión, observando la Tabla 1 podemos advertir sin mayor complicación que la población extranjera sujeta a prisión preventiva

⁴⁶¹ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 361.

⁴⁶² Cfr. MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal, op. cit.*, p. 300 y ss.

prácticamente triplica a la población de origen autóctono en todas las series de tiempo. Esto es preocupante no sólo por la discriminación que se desprende de esta coyuntura, sino también por el alto porcentaje de extranjeros en situación procesal de incertidumbre, o sea, personas respecto de las cuales su culpabilidad no ha sido declarada, debiendo esperar largos tiempos hasta su eventual condena en condición preventiva.

La hipótesis que justificaría que los extranjeros preventivos doblen a los españoles obedece, a nuestro entender, a la condición de extranjero del sujeto activo imputado de delito. Es de ordinario estimar que el juez o tribunal, frente a un extranjero acusado de delito, su exégesis apunte a que la libertad del sujeto pueda procurar su eventual fuga del territorio español y, de esa manera, evadir el sistema de justicia penal.⁴⁶³ Sin embargo, con un simple análisis, podemos advertir una discriminación negativa basada única, y eventualmente, en el estado o condición de extranjero -o no español- del sujeto. Esto no sólo vulnera los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, que prohíben expresamente la discriminación basada en la nacionalidad de las personas,⁴⁶⁴ sino también deslegitima instituciones cautelares específicas para evitar la fuga, como el arraigo.

2.4. La sentencia: La detención, la probabilidad de condena y la severidad del castigo

No es ninguna novedad sostener que la probabilidad que una persona sea detenida, luego condenada y la severidad del castigo, son serios componentes de la denominada teoría de la disuasión, cuyo primer esbozo le corresponde a Beccaria (1764)⁴⁶⁵ y luego a Bentham (1789),⁴⁶⁶ retomada con fuerza por Gary Becker, siendo una de sus

⁴⁶³ Con anterioridad, en la misma línea argumentativa, GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 499.

⁴⁶⁴ Véase entre otros: Art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁶⁵ BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y de las Penas, 15º Ed.* México: Ed. Porrúa, 2005, p.31; "El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales." Un aporte interesante de Beccaria es la propuesta de una ecuación para determinar en qué momento una pena deja de cumplir su función. Él dice: "que el valor esperado del delito es igual al "bien" perseguido por el delincuente, multiplicado por la probabilidad de que dicho "bien" se obtenga (o, lo que es lo mismo, el valor absoluto del "bien" perseguido menos la probabilidad de no obtenerse). Luego, debe tomarse el "mal" de la pena prevista y multiplicarse por la probabilidad de que la pena resulte impuesta (la infalibilidad de la pena). Si el valor resultante es mayor al primero, entonces la pena prevista consigue su objeto".

⁴⁶⁶ BENTHAM, Jeremy. *Compendio de los Tratados de Legislación Civil y Penal.* Madrid: Librería de la Viuda de Callejas e Hijos, 1839. Para el autor, es indispensable que quien cometa un delito deba ser

aportaciones a la teoría económica la que le valiera el Premio Nobel de Economía.⁴⁶⁷ Aquella demuestra que aumentar la probabilidad de ser arrestado o de ser sentenciado, la dureza de las penas y otros asociados a creencias religiosas o éticas, disminuye en forma directa el beneficio esperado neto de delinquir y, por lo tanto, el número de gente dispuesta a cometer un delito.⁴⁶⁸

a) Probabilidad de detención

Las detenciones policiales a extranjeros entre el año 1998 y 2006 tienen una media de 67.099 personas.⁴⁶⁹ En la siguiente tabla se observa la evolución de detenciones en el período de tiempo señalado.

Estos datos evidencian el aumento casi exponencial de las detenciones sufridas por extranjeros en España. Mientras el total de detenidos puede tener descensos significativos (años 1999 y 2003), las detenciones a extranjeros manifiestan una tendencia contraria o al alza en cada período.

Tabla 2. Españoles y extranjeros detenidos en España. Años 1998-2006.⁴⁷⁰

sancionado indefectiblemente para que, de esa manera, en la mente del posible infractor, exista o se cree la probabilidad segura de una sanción y debido a que el delincuente es racional, él "calcularía" el riesgo de ser o no detenido por alcanzar su objetivo delictivo, pero este aspecto depende de la adecuada prescripción de la ley.

⁴⁶⁷ BECKER, Gary. "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 76 n° 2 (1968), pp. 169-217.

⁴⁶⁸ Este modelo, desde su aparición, cuenta con innumerables estudios empíricos: EHRlich, Isaac. "Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation", *Journal of Political Economy*, vol. 81 (1973), pp. 521-565; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*, Trad. SUÁREZ, Eduardo. México: Ed. Fce, 2002, p.586. Utilizó datos sobre los robos en todo los Estados Unidos en 1940, 1950, y 1960, para estimar la hipótesis de la disuasión y concluyó que, entre mayor sea la probabilidad de condena por el robo, menor será la tasa de robos. Ehrlich descubrió también que no había ningún efecto de disuasión imputable a la severidad del castigo, medida por la duración media de una sentencia de prisión por robo en los años 1940 y 1960, pero que sí había tal efecto en 1950; BLUMSTEIN, Alfred; NAGIN, Daniel. "The Deterrent Effect of Legal Sanctions on Draft Evasion", *Stanford Law Review*, vol. 28 (1977), pp. 241-276, p. 241; COOTER / ULEN, *Derecho, op. cit.*, p. 586; Blumstein y Nagin estudiaron la relación existente entre la evasión de la conscripción y su castigo en los años sesenta y setenta. Estos autores concluyeron que una probabilidad mayor de la condena y nivel mayor de la pena, tendían a causar una tasa menor de evasión de la conscripción; WOLPIN, Kenneth. "An Economic Analysis of Crime and Punishment in England and Wales 1894-1967", *Journal of Political Economy*, vol. 86 (1978), pp.815-840, p. 815; COOTER / ULEN, *Derecho, op. cit.*, p.587; Wolpin utilizó datos de series de tiempo de Inglaterra y Gales, durante el período de 1894-1967, para verificar un efecto de disuasión en esos países. Wolpin descubrió que las tasas delictivas del Reino Unido constituían una función inversa de la probabilidad y la severidad del castigo.

⁴⁶⁹ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 267. La autora, conforme a las estadísticas oficiales, estableció que entre 1993 y 1997 la media de detenciones de extranjeros fue de 80.530.

⁴⁷⁰ No se incluyen en la Tabla las detenciones emanadas por reclamaciones, estancias ilegales, expulsiones y devoluciones. No se pudo obtener información desde el año 2007 en adelante porque la

Año	Total de detenidos	Detenidos extranjeros	%
1998	291.772	32.676	11,1
1999	217.139	38.382	17,7
2000	224.004	51.627	23,1
2001	232.147	65.382	28,1
2002	239.663	77.327	32,2
2003	221.023	74.357	33,6
2004	248.771	84.849	34,1
2005	260.715	90.476	34,7
2006	260.498	88.820	34,1

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior

La situación de las detenciones de extranjeros ha tenido, a lo largo de los últimos veinte años, un alarmante aumento. En circunstancias que a comienzo de los noventa prácticamente un cuarto de la población detenida era extranjera,⁴⁷¹ a mediados de la década pasada esta cifra aumentó a un poco más de un tercio, resaltando que no se consideran las detenciones por situación de extranjería, sino sólo aquellas en que se imputa un delito o una falta al extranjero.

Las posibles explicaciones de por qué los extranjeros son detenidos con más frecuencia que los españoles han sido estudiadas por la doctrina, manifestándose como hipótesis la actuación discriminatoria de los agentes de policía y no a una mayor participación de los extranjeros en actividades delictivas.⁴⁷²

En este sentido, a propósito del caso español, MONCLÚS MASÓ corroboró que en los delitos contra las personas, los extranjeros tienen 4,5 veces más posibilidades de ser detenidos que los españoles; en los delitos contra el patrimonio, las posibilidades de detención también se sitúan en un promedio de 4,6 veces más; en los delitos contra la libertad sexual, es de 6 veces; en los delitos de tráfico de drogas, las posibilidades son de 5 veces más; en los de falsedades, la cifra es de 27, 2 veces más; y en las faltas, los extranjeros son detenidos 12 veces con más probabilidades que los españoles.⁴⁷³

b) Probabilidad de condena

Estadísticas del Ministerio del Interior no se encuentran desagregadas por nacionalidad o por condición de extranjero.

⁴⁷¹ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 268.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 267 y ss; MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal, op. cit.*, p. 277 y ss.

⁴⁷³ Cfr. MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal, op. cit.*, p. 280 y ss.

Poder medir la probabilidad del castigo es un método útil no sólo para saber si las penas son efectivas en la prevención general del delito, sino también para conocer si estas se aplican de manera homogénea a todos los sujetos y bajo los mismos supuestos.

Ahora, para conocer si la probabilidad de condena tiene una respuesta uniforme en la Administración de Justicia, esto es, exenta de cualquier sesgo, es que utilizaremos el delito de homicidio/asesinato para cuantificar su índice respecto de la población española, la de origen americano y la africana. Las razones para la utilización de estos tipos penales obedecen a que es un delito cuyo conocimiento de su ilicitud es transversal en todas las latitudes del planeta y que su denuncia tiene una escasísima cifra negra. Lo ideal sería calcular la probabilidad de condena en todos los delitos, pero esto escapa a los fines de este trabajo que, en esta parte, tiene por objeto realizar un somero análisis que pudiese servir o sentar las bases para una investigación más lata sobre el tema.

La probabilidad de condena la calcularemos como el cociente entre tasa de condena del delito específico en un tiempo t y la tasa de detenciones para el mismo delito en un tiempo $t-1$.⁴⁷⁴

Además, aclaramos que los resultados logrados deben ser vistos como una mera orientación, en razón de una serie incuantificable de variables que pueden incidir en los resultados.⁴⁷⁵

La fuente de información que nos sirvió para determinar la probabilidad de condena del delito de homicidio/asesinato corresponde a las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística (condenas) y los Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior (detenciones), correspondientes a los años 2003, 2004, 2005 y 2006.⁴⁷⁶ Ahora bien, se calcula el índice de probabilidad de condena tomando como base el año de detención y su posterior sentencia hasta en los cinco años siguientes. Esto se realizó de esta manera, en razón de que la condena no se dicta inmediatamente, sino que tarda años en llegar. Respecto de esto último, también se considera un promedio general de los cinco años. Así, por ejemplo, si una persona es detenida por homicidio/asesinato el año 2003, la

⁴⁷⁴ Una ecuación similar se utiliza para calcular la probabilidad de captura en RUIZ, Paulina; *et al.* “Determinantes de la criminalidad: Análisis de Resultados”, *Polít. crim.* n° 3 (2007), pp. 1-80; También en SALINERO, Sebastián. “Incidencia de la Probabilidad de Condena en los Delitos de Robo. Análisis Descriptivo y Comparado”, *Polít. crim.*, vol. 4, N° 8 (2009), pp. 430-474.

⁴⁷⁵ Las variables que pueden incidir o que no se consideran son, a manera solamente ejemplar, la capacidad de gestión de detenciones del sistema de justicia criminal, gestión de la judicatura, etc.

⁴⁷⁶ Lamentablemente, no se dispone de la información sobre detenciones desagregadas por nacionalidad y delito con posterioridad al año 2006, debido a que ya no se confeccionan.

probabilidad de condena la calculamos con respecto a los años 2004 al 2008, y el promedio de estos cinco años.

Tabla 3. Probabilidad de condena de españoles, latinos y africanos en el delito de homicidio/asesinato.

Detención	2003	2004	2005
Condena			
Español			
2004	37%	-	-
2005	38%	42%	-
2006	38%	42%	47%
2007	33%	37%	41%
2008	36%	40%	44%
2009	-	39%	44%
2010	-	-	47%
Promedio	36%	40%	45%
América			
2004	23%	-	-
2005	29%	23%	-
2006	30%	23%	21%
2007	34%	27%	24%
2008	41%	33%	29%
2009	-	34%	30%
2010	-	-	44%
Promedio	31%	26%	30%
África			
2004	21%	-	-
2005	17%	21%	-
2006	14%	18%	14%
2007	27%	33%	27%

2008	34%	42%	34%
2009	-	38%	31%
2010	-	-	38%
Promedio	23%	30%	29%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Instituto Nacional de Estadística (INE) y Anuario Estadísticos del Ministerio del Interior, en: www.ine.es y www.mir.es

Los resultados obtenidos dan cuenta, de acuerdo a la Tabla 3, que los españoles, cuando son detenidos, tienen un 40% de probabilidades de ser condenados en el período medido (2003, 2004 y 2005). En cambio, la población de origen americano tiene un 29% de probabilidad de condena para el mismo período. Por último, la población de origen africano tuvo un 27% de probabilidad para el mismo delito.

Los datos obtenidos deben ser interpretados con mesura y no permiten arribar a una respuesta concluyente. Sin embargo, podemos exponer de manera especulativa tres reflexiones: La primera es que los españoles, para el delito medido, tienen una mayor probabilidad de condena con respecto a los extranjeros. Y, frente a esto último, podemos interpretar que menos de 1 extranjero por cada 3 que son detenidos, son finalmente condenados, lo que nos lleva a confirmar, de cierta manera, la tesis de la selectividad o que los extranjeros son detenidos con más frecuencia que los autóctonos, y que justificaría la gran presencia de aquellos en los penales españoles. La tercera y última reflexión, es que la probabilidad de condena no se distribuiría de igual forma, llevándose los españoles la peor parte.

c) *Severidad del castigo*

Por otro lado, en lo referente a la severidad del castigo y poder establecer si éste se distribuye de manera uniforme entre autóctonos y extranjeros, realizamos un estudio y exponemos los datos suministrados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), respecto del porcentaje de penas privativas de libertad impuestas a españoles, americanos y africanos.

Las estadísticas del INE que se exponen en la Tabla 4, refieren que en promedio entre los años 2007 y 2009, el 36% de los originarios de África deben soportar una pena

privativa de libertad (prisión, responsabilidad subsidiaria por impago de multa, localización permanente y arresto de fin de semana); le siguen los españoles con un 25%; y, finalmente, los provenientes de América con un 20%.⁴⁷⁷

Tabla 4. Índice de penas privativas de libertad impuestas a españoles, americanos y africanos.

	España	América	África
2006	No hay información ⁴⁷⁸		
2007	29,9%	23,4%	39,4%
2008	22,7%	18%	34,3%
2009	23,3%	19,2%	35,4%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Instituto Nacional de Estadística (INE), en: www.ine.es

Otro dato interesante a tener presente es que, si uno observa las estadísticas del año 2010, distribuidas por duración de la pena y nacionalidad del penado, podemos advertir que la pena cuya magnitud sea de más de 5 años, está gobernada por los originarios de América en un 6,3%; le sigue África con un 2,1%; y, finalmente, España con un 1,5%.⁴⁷⁹ Lamentablemente, no se cuenta con una serie mayor de años para analizar, dado que este tópico sólo se encuentra en las Estadísticas del año 2010.

A modo de conclusión de este apartado, podemos señalar que el hecho de que los españoles sean condenados con más posibilidades que los extranjeros, pese al número de detenciones de estos últimos, implicaría la existencia de discriminación en los agentes policiales en las detenciones de extranjeros, que resultan finalmente absueltos por los tribunales.

3. La expulsión judicial

⁴⁷⁷ El ilícito más representado de condenas de africanos es por delitos contra la seguridad colectiva, con un 37%, España tiene un 45% y América un 57%. Luego le siguen los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: África 26%, América 9% y España 19%. Posteriormente, están los delitos contra la seguridad vial: 22% África, 51% América y España con un 41%. Después, los robos: África 16%, América 5% y España 10%. Fuente: Estadísticas INE. Condenados por nacionalidad el año 2010.

⁴⁷⁸ Sólo hay estadísticas sobre penas privativas de libertad, divididas por nacionalidad, desde el año 2006 en adelante.

⁴⁷⁹ Vid. Estadísticas del INE, correspondiente al año 2010.

3.1. Evolución histórica de la expulsión

Con la LO 7/1985, de 1 de julio, denominada Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, más conocida como “Ley de Extranjería” (LEX), se comienza a regular la situación de extranjeros que comparecen ante tribunales españoles por delitos cometidos dentro de este territorio.

Su finalidad era favorecer un censo real de los extranjeros que vivían en España y además aplicar medidas que favorecieran la expulsión de los que se encontrasen en situación irregular.⁴⁸⁰ Con su entrada en vigencia, se produjo que muchos extranjeros que se encontraban en España en esa época adquirirían la calidad de ilegales o irregulares, pudiendo ser expulsados por el Gobierno al hallarse en territorio español en condición de indocumentados.⁴⁸¹ Los sucesivos gobiernos españoles inician sendos procesos de regularización extraordinarios, a fin de dar solución a los extranjeros que querían vivir y trabajar en España, y se encontraban bajo la amenaza de la expulsión.⁴⁸²

En lo que atañe específicamente a la expulsión, la LO 7/1985 instaura el modelo de sustitución del proceso penal y de la pena, por la expulsión del territorio español de los extranjeros no comunitarios.

Esta sustitución se podía presentar en dos escenarios posibles. En primer lugar, respecto del extranjero que en un proceso penal era “encartado” por delitos menos graves (aquellos castigados con una pena de 6 años de prisión, según el Código Penal de la época), ya fuere por hechos cometidos con anterioridad al procedimiento de expulsión o con posterioridad al mismo. En segundo lugar, se permitía la sustitución de la pena a la cual eran condenados los extranjeros por sentencia firme, en caso de delito menos grave, por la expulsión del territorio español.

Fue con el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal 102/1992, de 23 de septiembre, (publicado en Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de septiembre de 1992, N°

⁴⁸⁰ La expulsión regulada en el Código Penal de 1995, en los artículos 89 y 108, es entendida como tal desde la LO 7/1985. Con anterioridad existen otros cuerpos legales penales que acuñan esta terminología, pero referida a otras finalidades. Por ejemplo, en el artículo 130 del Código Penal de 1928 se establece: “*que la expulsión de extranjeros, decretada por los tribunales como medida de seguridad, será comunicada a las autoridades gubernativas del lugar en que el reo deje extinguida la condena que le haya sido impuesta, o del en que residiere, para que se lleve a efecto en el plazo que el Tribunal haya fijado para ello*”.

⁴⁸¹ Vid. Art. 11.3 LO 7/85. Por su situación legal en España, distinguía entre los extranjeros legales, aquellos que cumplían con los requisitos exigidos en la ley, e ilegales, que carecían de dicha situación.

⁴⁸² Para profundizar sobre los procesos regulatorios de inmigrantes en España, véase GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 35 y ss.

102-I) cuando se introdujo, por primera vez, la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, como alternativa a determinadas penas privativas de libertad, en su artículo 89.⁴⁸³ Antes de este proyecto, no existió otra norma legal que contemplara esta sanción. El texto refundido del CP de 1973, en ninguna parte de su articulado establecía la expulsión del extranjero, ni como una pena ni como una medida sustitutiva de las penas privativas de libertad. La única figura que se asimilaba, pero en realidad era totalmente distinta, aparecía constituida por la pena de extrañamiento, la cual tenía la naturaleza de una pena autónoma —esto es, no se trataba de una medida sustitutiva de una pena privativa de libertad—, y consistía en la expulsión del territorio nacional durante el tiempo de la condena,⁴⁸⁴ el cual podía oscilar entre 12 años y un día y 20 años.⁴⁸⁵ Esta pena de extrañamiento era aplicable tanto a extranjeros como a nacionales, y lo más importante, sólo se encontraba prevista para la comisión de un único delito: el contenido en el artículo 149 del CP de 1973, cuya conducta consistía en la invasión violenta o intimidatoria del “Palacio de las Cortes”, si estuvieran reunidas. Fuera de este último precepto, ningún otro preveía tal pena.⁴⁸⁶

Sin perjuicio de lo anterior, el primer Código Penal que recoge la expulsión de extranjeros, con una marcada distancia de la reconocida en el actual cuerpo punitivo, fue el del año 1928, el cual, como se sabe, se insertaba en una etapa histórica y política —la de la dictadura de Primo de Rivera— muy distinta a la actual. Es precisamente en los artículos 99 y 130 del referido Código de 1928 donde,⁴⁸⁷ por primera vez en la

⁴⁸³ Vid. Art. 89 CP establecía: “1. No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, las penas privativas de libertad no superiores a dos años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas, a instancia del Ministerio Fiscal, por la expulsión del territorio nacional. 2. Al extranjero condenado a pena privativa de libertad superior a dos años e inferior a seis se le podrá sustituir dicha pena, a instancia del Ministerio Fiscal, por la expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces y Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, y previa audiencia del penado, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. 3. El extranjero no podrá regresar a España, como mínimo en un plazo de tres años desde la fecha de la expulsión, o por el triple de la duración de las penas privativas de libertad que le fueron impuestas, si este plazo es mayor. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hubieron sido sustituidas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 451 de este Código”.

⁴⁸⁴ Vid. Art. 86 CP de 1973.

⁴⁸⁵ Vid. Art. 30 CP de 1973.

⁴⁸⁶ MUÑOZ LORENTE, José. “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° Extra 2 (2004), pp. 401-482, p. 418.

⁴⁸⁷ El Art. 99 señalaba: “los Tribunales, en sus sentencias, decretarán la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, además de imponerles la pena correspondiente, en los mismos casos en que, si el delincuente fuese español, habrían de exigirle caución; y podrán asimismo, acordarla en los demás casos que estimen oportuno”. A su vez, el Art. 130 dispone: “la expulsión de los extranjeros, decretadas por los Tribunales como medida de seguridad, será comunicada las Autoridades gubernativas del lugar en que

historia de España, aparece la institución de la expulsión de los extranjeros como consecuencia de la comisión de delitos.⁴⁸⁸

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, se pone fin a cualquier crítica, por lo menos de carácter formal, relativo a la expulsión, y se materializa esta consecuencia jurídico-penal, específicamente en la legislación penal, en los artículos 89 y 108. El primero, referido a la sustitución de una pena y, el segundo, a la sustitución de una medida de seguridad. Para la utilización de este sustituto penal se está a la pena asignada al delito, sustituyéndose totalmente las que sean inferiores a seis años. También se permite la sustitución por la expulsión tratándose de penas iguales o superiores a 6 años, sólo en el caso del último cuarto de la pena. Por otra parte, para la procedencia de la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad, se requería que estuviésemos en presencia de una medida de seguridad privativa de libertad. En ambos casos de sustitución —ya sea de la pena o de la medida de seguridad— por la expulsión, su procedencia estaba entregada de manera discrecional o facultativa al juez o tribunal. Tanto la expulsión como alternativa a la pena, como la expulsión alternativa a una medida de seguridad, consagradas en la LO 10/1995, encuentran parte de su redacción original en la Ley de Extranjería de 1985 y en la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.⁴⁸⁹

El artículo 21.2 de la Ley de Extranjería, aunque a juicio de algunos tuvo escasa aplicación práctica,⁴⁹⁰ sirvió de modelo al artículo 89 del Código Penal sobre la expulsión alternativa a una pena,⁴⁹¹ según se aprecia en su texto:

el reo deje extinguida la condena que le haya sido impuesta, o del en que residiera, para que se lleve a efecto en el plazo que el tribunal haya fijado para ello”.

⁴⁸⁸ Cfr. MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 418.

⁴⁸⁹ La ley sobre peligrosidad y rehabilitación social fue una ley del código penal español aprobada por el régimen franquista, el 5 de agosto de 1970, y derogada el 23 de noviembre de 1995. Sustituía principalmente a la Ley de vagos y maleantes para el control de todos los elementos considerados antisociales. Entre ellos, se incluía a aquellos que practicaran la mendicidad, la homosexualidad, el vandalismo, el tráfico y consumo de drogas, la venta de pornografía, la prostitución y el proxenetismo, así como a los inmigrantes ilegales y cualquiera que fuera considerado peligroso, moral o socialmente, por el régimen.

⁴⁹⁰ ASÚA BATARRITA, Adela. “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de la inmigración”, en: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y Derecho penal: Bases para un debate*. Valencia: Tirant, 2002, p.32; MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 420. “A pesar de tener escasa aplicación práctica la Fiscalía General del Estado, instó a los Fiscales a solicitar, de modo general, la expulsión en todo procedimiento penal en que se encontrase incurso un extranjero, salvo que la excepcionalidad de las circunstancias concurrentes sugirieran lo contrario. (Circular 1/1994, de 15 de febrero, de la Fiscalía General del Estado)”.

⁴⁹¹ Cfr. MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 421. El originario artículo 89 CP de 1995 no venía a ser más que una copia con matices de lo que se contenía en el precepto transcrito de la LEX de 1985; y señaló copia con matices porque, en realidad, el originario artículo 89 y concordantes del Código

“Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta.”

Como bien señala ROSA CORTINA, el artículo 89 del Código Penal de 1995, en su redacción original, estableció la expulsión como mecanismo de sustitución de la pena facultativa para el juzgador penal. Las diferencias entre el artículo 21 de la Ley de Extranjería y el artículo 89 en su redacción original eran profundas, significando un cambio en el enfoque del tratamiento de la delincuencia de extranjeros. Tales cambios afectaban fundamentalmente a que: 1) Desde el punto de vista objetivo, el artículo 89.1 del CP establecía la previsión legal en función de la duración de las penas privativas de libertad impuestas y no en atención a la naturaleza en abstracto del delito; 2) Desde el punto de vista de la víctima, el artículo 89.1 del CP no exigía el aseguramiento de las responsabilidades civiles; y 3) Desde el punto de vista subjetivo, la medida del artículo 89.1 del CP se limitaba al extranjero “no residente legalmente en España”, frente al artículo 21.2, que era aplicable a todos los extranjeros.⁴⁹²

A su vez, aparentemente, el primer modelo del artículo 108 del Código Penal sería el artículo 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, el cual reconocía, en el

ampliaban considerablemente los supuestos objetivos en que se podía proceder a la expulsión: la expulsión ya no se limitaba a los casos de penas privativas de libertad, sino también de medidas de seguridad privativas de libertad —artículo 108—; la sustitución por la expulsión también era aplicable al supuesto de penas privativas de libertad superiores a 6 años siempre y cuando se hubiesen cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de las mismas; respecto a las penas privativas de libertad inferiores a 6 años, también se ampliaban los supuestos objetivos, dado que si la LEX de 1985 se refería a los delitos conminados en abstracto con penas inferiores a 6 años, el originario artículo 89 tenía en cuenta la pena concretamente impuesta, con independencia de que se tratase de un delito menos grave o de un delito grave y, en consecuencia, era posible acceder a la expulsión aunque el sujeto fuese condenado por un delito grave —conminado en abstracto con una pena muy superior a 6 años— si la pena concretamente impuesta era inferior a 6 años; de la misma forma, el originario artículo 89 eliminaba una exigencia que se contenía en la LEX 1985, exigencia que, en muchos casos, imposibilitaba o cuando menos retrasaba, la expulsión: la satisfacción de las responsabilidades civiles dimanantes del delito, responsabilidades civiles que, en una gran mayoría de casos, no podían ser satisfechas por los extranjeros delincuentes. En definitiva, con la originaria introducción del artículo 89 en el CP de 1995, ya se adivinaba cuál era la verdadera razón de la medida: servir de instrumento a los fines de la política migratoria, aumentando el número de supuestos en que era posible llevar a cabo la expulsión y agilizar sobre manera la expulsión del extranjero delincuente.

⁴⁹² DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la reforma 11/2003, de 29 de septiembre”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 3 (2004), pp. 1917-1927, p.1918.

numeral duodécimo, como medida de seguridad, a la expulsión del territorio nacional, estableciendo:⁴⁹³

“Son medidas de seguridad: 12º Expulsión del territorio nacional cuando se trate de extranjeros. El sujeto a esta medida de seguridad no podrá volver a entrar a España durante el plazo de cinco años.”

No obstante lo anterior, este artículo 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que sirvió de modelo al artículo 108 en su redacción original, es distinto en cuanto a su finalidad, toda vez que sancionaba ciertas conductas no constitutivas de delito con alguna medida de seguridad, y que importaban o entrañaban un riesgo para la comunidad, como rezaba su exposición de motivos.⁴⁹⁴

Con el Código Penal de 1995, se pone fin a la exclusiva regulación administrativa de la expulsión. Ahora esta institución tiene un desarrollo dual, tanto penal como administrativo. La primera, ejercida por Código Penal, y la segunda, por la LO 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Todo, sin perjuicio de lo que realmente existió, fue el traslado sistemático que sufrió la expulsión de una legislación penal especial al Código Penal, como principal texto punitivo.⁴⁹⁵

La primera reforma del artículo 89, tras la vigencia del CP de 1995, fue realizada a través de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma a la LEX, que introdujo un número 4º en el artículo 89, en el que se prohibía —y se sigue prohibiendo— la sustitución de la pena por la medida de expulsión, respecto a determinados y concretos delitos relacionados con el tráfico ilegal de mano de obra y/o empleo de súbditos extranjeros, en los delitos contra los derechos de los extranjeros, y en el favorecimiento o integración en asociaciones ilícitas dedicadas al tráfico ilegal de personas; prohibición esta que, como señala MUÑOZ LORENTE, tiene todo sentido de cara a evitar la continuidad delictiva que, casi con toda seguridad, se daría si la pena privativa de libertad se sustituyese por la expulsión del territorio nacional. Así, pensemos en los patrones de las denominadas

⁴⁹³ Vid. Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social.

⁴⁹⁴ Vid. Boletín Oficial del Estado, Nº 187, de 6 de agosto de 1970, p.1251.

⁴⁹⁵ Esta incorporación ha sido calificada de innecesaria por algunos autores, al considerar que tanto los supuestos de los arts. 89 y 108 del Código Penal ya estaban incluidos en la Ley de Extranjería. De esta opinión, GARCÍA ALBERO, Ramón, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 547. Además, esta incorporación al principal texto punitivo ya constituía la intención del legislador desde el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, al menos en lo que respecta a la expulsión, como un sustituto a las medidas de seguridad.

“pateras” a quienes, tras ser condenados, se les sustituyese la pena por la expulsión, la continuidad delictiva sería casi segura —al día siguiente de la expulsión podrían seguir patroneando nuevas “pateras”— y el efecto criminógeno respecto a otros sujetos sería claro, dado que se les estaría enviando el mensaje de que la conducta de patronear “pateras” no es delictiva en España o, si lo es, no tiene ningún tipo de consecuencia penal salvo la de ser repatriado, que, como se podrá comprender, no es percibido por tales sujetos como un mal.⁴⁹⁶

Luego, tras la reforma, no ajena de críticas,⁴⁹⁷ efectuada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre,⁴⁹⁸ sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros,⁴⁹⁹ los artículos 89 y 108 del

⁴⁹⁶ Cfr. MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 424.

⁴⁹⁷ Una crítica severa puede verse en SANZ MORÁN, Ángel. “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho Penal*, N° 11 (2004), pp. 11-40, p. 12 y 39. Considera que esta ley, junto a otras, representan una preocupante involución en relación al moderno derecho penal, caracterizado por su rasgo humanitario y liberal. Además, estima que es derecho penal simbólico en el sentido más negativo; En el mismo sentido, NAVARRO CARDOSO, Fernando. “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de derecho penal “simbólico” y derecho penal del “enemigo””, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 17 (2006), pp. 153-182, p.179 y ss.; LAURENZO COPELLO, Patricia. “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: Un nuevo paso a la política de exclusión”, *Revista Jueces para la Democracia*, N° 50 (2004), pp. 30-35, p. 1 y ss.; RODRÍGUEZ MESA, María José. “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004, pp. 845-869, p. 849. Entiende un trato desigual que contribuye a la marginación y exclusión social; En un sentido similar, TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Sistema Penal e Inmigración”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1463-1481, p. 1468; RÍOS CORBACHO, José Manuel. “Regulación jurídica de la extranjería: situación actual”, en: RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (Coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*. Albacete: Bomarzo, 2006, pp. 67-103, p. 69. Señala que el fenómeno de la inmigración se ha caracterizado en España por su rapidez e intensidad a la hora de obligar al Gobierno a desarrollar y modificar, hasta tres veces, en un período de cuatro años, la ley que regula la inmigración, los derechos y los deberes de los inmigrantes; También, algunos acercan esta legislación al denominado Derecho penal del enemigo, entre otros, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant, 2007, p. 147 y ss.; DE LUCAS, Javier. “Nuevas Estrategias de Estigmatización. El derecho frente a los inmigrantes”, en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 213 y ss; Por último, considera funcionalmente correcta esta regulación, desde la perspectiva del denominado Derecho penal del enemigo, CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político criminal”, en: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel (Coord.), *Derecho Penal y Política Transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005, pp. 343-415, p. 346.

⁴⁹⁸ Conforme a la Exposición de motivos de la LO 11/2003, explicita los objetivos de la reforma del artículo 89 CP: “se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en forma de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto. Para ello la reforma pretender dar adecuado cause a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión.”

⁴⁹⁹ Título de esta ley que adolece de un eufemismo sin parangón. Esta modificación legal no busca la integración de los extranjeros, sino todo lo contrario, la de aumentar la exclusión al punto de convertir la expulsión en regla general y no en la excepción, como venía siendo. Pasa de ser una sustitución facultativa a una obligatoria para el Juez o el Tribunal respectivo; De esta misma opinión, puede verse en MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 404.

CP conminan al juez o tribunal a sustituir las penas privativas de libertad y medidas de seguridad impuestas a un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio nacional. La reforma se encaminó principalmente a lograr que la expulsión constituya la regla y el cumplimiento efectivo de la pena o medida de seguridad su excepción.⁵⁰⁰

Por último, la reciente LO 5/2010, de 22 de junio, viene en mantener inalterable la pretendida automaticidad de la decisión sobre la expulsión, introducida en su momento por LO 11/2003. El nuevo texto mantiene la regla según la cual las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros sin residencia legal “serán sustituidas... por su expulsión”.⁵⁰¹ Asimismo, la reforma hace pervivir la norma según la cual, cuando no procediere la expulsión al momento de pronunciarse la sentencia, los jueces deberán acordar la expulsión en fases posteriores de cumplimiento. Como señala CUGAT MAURI, se cierra, de esta manera, la posibilidad de volver al régimen original del Código de 1995 que, hasta 2003, previo la discrecionalidad de la expulsión, poco a poco fue desechándose, hasta su definitiva retirada del texto definitivamente aprobado.⁵⁰²

El nuevo –y extenso- artículo 89 del CP ha quedado de la siguiente manera:

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

⁵⁰⁰ Un notable paralelo entre el carácter facultativo y obligatorio de la expulsión, a raíz de la reforma introducida por LO 11/2003, puede verse en BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política Criminal de la Exclusión. El Sistema Penal en Tiempos de Declive del Estado Social y de Crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007, p. 120.

⁵⁰¹ CUGAT MAURI, Miriam. “La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art. 89 CP)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentario*. Madrid: Aranzadi, 2010, p.100.

⁵⁰² *Ibidem*; Por otra parte, el anteproyecto de LO de modificación del Código, de 19 de julio de 2006, establecía el retorno a la fórmula original, en que la facultad de expulsar al extranjero era discrecional para el juez o tribunal.

3. *La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.*
4. *Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.*
5. *Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.*
6. *Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.*
En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.
7. *Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.”*

También, la nueva disposición termina con la distinción entre sustitución de penas inferiores a 6 años de privación de libertad y superiores a ese lapso, respecto de extranjeros sin residencia legal en España. Actualmente, se ordena la sustitución de cualquier pena privativa de libertad, en la propia sentencia condenatoria o durante su ejecución. En el caso de extranjeros que estén cumpliendo la pena, la sustitución procederá cuando accedan al tercer grado penitenciario o hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena.

Sin perjuicio de la actual normativa vigente y expuesta con anterioridad, en octubre de 2012 el Consejo de Ministro –previo informe del ministro de justicia- remitió a los organismos competentes un Anteproyecto de reforma del Código Penal, que introduce

una nueva institucionalidad de la expulsión, más cercana con las críticas proferidas por la doctrina y la práctica de los tribunales de justicia. En el anteproyecto, la expulsión se concibe para extranjeros, cualquiera sea su condición administrativa en el país -legal o ilegal-, y sigue teniendo un carácter imperativo, pero el juez goza de discrecionalidad para mandar el cumplimiento total o parcial de la pena de prisión por razones de prevención general, o bien negar lugar a la sustitución por las circunstancias del hecho y las personales del autor, como son estas últimas el arraigo que tenga la persona en España.⁵⁰³

⁵⁰³ El anteproyecto propone en el considerando trigésimo séptimo la modificación del artículo 89 (indica erradamente artículo 88), en los siguientes términos:

“1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas, previa audiencia del penado, por su expulsión del territorio español.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de tres años de prisión, o varias penas que excedieran de esa situación, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En este caso, cumplida la parte de la pena que se hubiera determinado, se sustituirá la ejecución del resto de pena por la expulsión del penado del territorio español.

3. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

4. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

5. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

6. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

7. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

8. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los arts. 312, 313 y 318 bis de este Código”.

Igualmente, el considerando quincuagésimo octavo del anteproyecto pretende modificar el actual art. 108 del Código Penal, relativo a la sustitución por la expulsión de una medida de seguridad, en la siguiente forma: *“Las medidas de seguridad privativas de libertad que fueran impuestas a un ciudadano extranjero podrán ser sustituidas por el Juez o Tribunal, en la sentencia o resolución que las imponga, o en otra posterior, por la expulsión del territorio nacional, salvo que excepcionalmente y de forma motivada se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España o que la expulsión resulte desproporcionada.*

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de expulsión.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

3.2. Política criminal y expulsión

Las razones político-criminales en las cuales se asienta la expulsión son de variada índole. Incluso algunos estiman que se encuentran ocultas, y las razones que se dan en el texto expreso de la ley son insuficientes para entender el verdadero significado de la expulsión.⁵⁰⁴

En efecto, la LO 11/2003, en su exposición de motivos, aduce como razón la necesidad de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España, quebrantando así, de manera radical, el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.⁵⁰⁵ Así, de cierto modo, el legislador está motivado por razones de prevención general. Sin embargo, como indica MIRÓ LLINARES, la argumentación del legislador no se sostiene porque siempre queda a salvo, luego del cumplimiento de la pena por parte del extranjero, la aplicación de la medida administrativa de expulsión,⁵⁰⁶ y también esta afirmación carece de sustento empírico que confirme que, efectivamente, existe el fenómeno de la comisión de delitos con la finalidad de permanecer en territorio español.⁵⁰⁷

También un sector doctrinal ha señalado que la expulsión descansa en la dificultad de reinserción social por falta de arraigo que tienen los inmigrantes irregulares, en el evento de cumplir penas en España. Al respecto, como correctamente enfatizan CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, esta afirmación no se encuentra demostrada y no puede servir para justificar la exclusión absoluta del inmigrante de los fines constitucionales de reeducación y reinserción de las penas.⁵⁰⁸ Todo, sin perjuicio de que las posibilidades de reinserción dependerán de las circunstancias de cada sujeto en particular.⁵⁰⁹

Otro sector de la doctrina afirma la conveniencia de la medida, en orden a controlar la

⁵⁰⁴ Cfr. CANCIO / MARAVER, “El derecho penal”, *op. cit.*, p. 383.

⁵⁰⁵ Vid. LO 11/2003, Exposición de motivos, apartado 4º; CANCIO; MARAVER, “El derecho penal”, *op. cit.*, p. 385.

⁵⁰⁶ MIRÓ LLINARES, Fernando. “Política comunitaria de inmigración y Política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante”, *RECPC*, 10-05 (2008), pp. 1-31, p. 22, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-05.pdf> [visitado el 10/12/2009]; RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, *Revista Jueces para la Democracia*, Nº 33 (1998), pp. 59-70, p. 59 y ss.

⁵⁰⁷ Cfr. CANCIO / MARAVER, “El derecho penal”, *op. cit.*, p. 386.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 390 y ss.; MIRÓ, “Política comunitaria”, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁰⁹ Cfr. ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 57.

calidad del inmigrante.⁵¹⁰ Además de poco afortunado este postulado, por atentar contra la dignidad de las personas y a la igualdad de las mismas, no merece mayor análisis.

También se ha señalado que la razón fundamental de esta medida obedece a la necesidad de desmasificar las cárceles y reducir los costes económicos asociados a ello,⁵¹¹ situación que GIMÉNEZ-SALINAS estimó que no era cierta, por el escaso impacto de la población extranjera en las prisiones españolas⁵¹² y, por consiguiente, la necesidad de reducir los costes penitenciarios, tesis que también carece de evidencia empírica,⁵¹³ sin perjuicio que esta tesis hoy por hoy es anacrónica, en consideración al gran incremento experimentado por la población penal extranjera que comporta prácticamente más de un tercio del total de reclusos en España.

Sin embargo, es bastante probable que esta última causa pueda ser la *ratio legis* de los artículos 89 y 108 del CP. No obstante, como sucede asiduamente, no sabemos cuál es el respaldo científico con que cuenta esta afirmación. Si bien el colectivo de extranjeros en los últimos diez años ha incrementado la población penitenciaria española, la duda está en saber qué porcentaje de aquellos son extranjeros no residentes legalmente en España, y de qué modo inciden en los costes y en el sistema penitenciario.

3.3. La expulsión en el código penal español

En el Código Penal de 1995, teniendo en cuenta la reforma introducida por LO 11/2003 y LO 5/2010, la expulsión se encuentra recogida sistemáticamente en los artículos 89 y 108. El primero, a propósito de la sustitución del total o de una parte de una pena privativa de libertad y, el segundo, relativo a la sustitución de las medidas de seguridad. En ambos casos, el requisito subjetivo *sine qua non* es que el sujeto activo de la conducta sea un extranjero que no resida legalmente en España.

⁵¹⁰ LUZÓN CUESTA, J.M., citado por ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 57, nota 63; En el mismo sentido, pero sin considerar la conveniencia, MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª Ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 127.

⁵¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis; ALASTUEY DOBON, María Carmen, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª Ed. Valencia: Tirant, 2004, p. 323; ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 55; FLORES MENDOZA, Fátima. “La expulsión del extranjero en el Código Penal español”, en: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y Derecho penal: Bases para un debate*. Valencia: Tirant, 2002, p. 108; MAPELLI, *Las consecuencias*, *op. cit.*, p. 127; Esta afirmación, también se encuentra reconocida en la exposición de motivos de la LO 11/2003.

⁵¹² GIMÉNEZ-SALINAS, Esther. “Extranjeros en prisión”, *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, Nº 7 Ex. (1994), pp. 133-146, p. 139.

⁵¹³ Cfr. CANCIO / MARAVER, “El derecho penal”, *op. cit.*, p. 386 y ss.

En los epígrafes siguientes, analizaremos la naturaleza jurídica de la expulsión, el ámbito de aplicación, y los requisitos objetivos y subjetivos de estos mal llamados sustitutivos penales.⁵¹⁴

Sin embargo, de manera prioritaria y para un mejor entendimiento, haremos un paralelo de lo que ocurre en la actualidad con la expulsión y de lo que sucedía antes de la reforma impetrada por LO 11/2003, y ahora por LO 5/2010.⁵¹⁵

1. La principal modificación es que, con la LO 11/2003, se termina con el paradigma imperante del Código Penal de 1995, al establecer que el régimen de la expulsión se convierte en la regla general, con un carácter obligatorio y automático, y la excepción la constituye el cumplimiento efectivo de la pena en España.⁵¹⁶ En el texto actual no se menciona que las penas *podrán* ser sustituidas como era antes de la reforma, sino que señala de manera prescriptiva que “*serán sustituidas*”. En consecuencia, hay un cambio terminológico fundamental del “*podrán*” al “*serán*”, es decir, del facultativo al imperativo.⁵¹⁷

2. La LO 11/2003 pone fin a la necesidad que existía antes de la reforma de oír previamente al penado, lo cual guardaba coherencia con el carácter de regla general que cubría a la expulsión. Sin embargo, con LO 5/2010 se vuelve a instaurar la audiencia del penado para el caso que se quisiera decretar el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad.

3. La LO 11/2003 impedía para los extranjeros la suspensión de la pena o la sustitución de la misma, señalando que no se podía aplicar lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal. Antes de esta reforma nada se decía al respecto. En la actualidad – reforma LO 5/2010- tampoco se dice nada. No obstante, se permite la suspensión o sustitución de la pena, en el caso de que ésta se deba cumplir en España.

4. Para el caso de la procedencia de la expulsión, en caso que se sustituya una parte de la pena —pena superior a seis años— a la ya existente, posibilidad de haber cumplido las tres cuartas partes de la condena, se agregó por LO 11/2003 la posibilidad de

⁵¹⁴ Véase *Infra*: Naturaleza jurídica de la expulsión.

⁵¹⁵ DURÁN SECO, Isabel. “El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004)”, *Revista de derecho penal y criminología*, N° 15 (2005), pp. 307-353, p. 317 y ss.; BRANDARIZ, *Política Criminal, op. cit.*, p. 120 y ss.

⁵¹⁶ SOUTO GARCÍA, Eva María. “Algunas notas sobre la función del derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en: FARALDO, Patricia; PUENTE, Luz María; SOUTO, Eva María (Coord.), *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant, 2007, p. 307.

⁵¹⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coord.). *Código Penal. Concordado con jurisprudencia Sistematizada y Leyes Penales Especiales y Complementarias*, 2° Ed. Madrid: La Ley, 2007, p. 250.

expulsión para el penado que haya alcanzado el tercer grado penitenciario. Esto con LO 5/2010 se mantiene en idénticos términos y se hace extensivo a cualquier pena privativa de libertad.

5. En el caso que no pueda llevarse a efecto la expulsión, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente. Antes de la reforma de LO 11/2003, nada se decía al respecto.

6. Se modifica el plazo de la expulsión. Antes de la reforma de LO 11/2003, el plazo de expulsión variaba entre los 3 y los 10 años, dependiendo de la duración de la pena en concreto para el delito por el cual se condena al extranjero. Luego, con la LO 11/2003, había un plazo único e inmutable de 10 años. Como bien acota BRANDARIZ GARCÍA, esta modificación tuvo por objeto la reducción de la discrecionalidad judicial.⁵¹⁸ Ahora –LO 5/2010–, el extranjero no puede regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, y en consideración a la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Estimamos que con este plazo, de cierta manera, se respetan los límites de la proporcionalidad que siempre debieron resguardarse y no se cumplía con anterioridad, al existir un plazo fijo.

7. Con la LO 5/2010, no todas las penas son susceptibles de ser sustituidas por la expulsión. En efecto, la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis del Código Penal, no procede la expulsión. Antes, con LO 11/2003, los delitos respecto de los cuales no procedía la expulsión eran a los que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal.

3.3.1. La expulsión sustitutiva de toda la pena

Esta clase de sustitución de la pena se encuentra recogida en el artículo 89.1 del CP y la expulsión supone una sustitución total de la pena impuesta. El precepto establece expresamente que:

“Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

⁵¹⁸ Cfr. BRANDARIZ, *Política Criminal*, op. cit., p. 121.

Como se dijo con anterioridad, el primitivo CP de 1995 –antes de la reforma de LO 11/2003– contemplaba la aplicación de la expulsión con carácter facultativo o discrecional para el sentenciador, cosa que a partir de la reforma en cuestión, pierde dicha calidad para transformarse en obligatoria, con el claro propósito de lograr la automaticidad en la aplicación de la sustitución de la pena privativa de libertad, por la expulsión.⁵¹⁹ Hoy, con la reforma incoada por LO 5/2010, esta situación se reafirma, permaneciendo el carácter obligatorio irrestricto de esta institución, pese a que el proyecto la concebía nuevamente con carácter facultativo.⁵²⁰

A) Naturaleza de la expulsión sustitutiva de toda la pena

Dar una respuesta a la naturaleza jurídica de la expulsión es una tarea difícil y no ajena de inconvenientes que intentaremos dilucidar. La dificultad radica en las diversas posiciones manifestadas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en la del Tribunal Constitucional.

En la doctrina penal se discute si estamos en presencia de una pena, de una medida de seguridad, de un sustitutivo penal, de una condición suspensiva o de una medida administrativa.

Al respecto, algunos sostienen que estamos en presencia de una pena, señalando que la pena no es la expulsión sino la prohibición de regresar a España por un lapso de años. Para esta corriente, la expulsión es el medio de ejecución de la verdadera pena: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.⁵²¹

⁵¹⁹ Automaticidad que ha sido notablemente matizada a partir de STS 90/2004, de 8 de julio.

⁵²⁰ Vid. El proyecto de reforma de Código Penal 2009, el que disponía: “*Art. 89.1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas en la sentencia o en auto motivado posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del penado, por su expulsión del territorio nacional. La expulsión será preferente salvo que el Juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*”.

⁵²¹ De esta opinión, IZQUIERDO ESCUDERO, Francisco Javier. “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997 de 17 de abril”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 5 (1997), pp. 1861-1865, p. 1862, quien ofrece dos argumentos: en primer lugar, señala que aunque en el catálogo de penas del artículo 33 CP no se encuentre la expulsión, sí se encuentra la prohibición de acudir a España en un plazo de tiempo (Art. 33.1 letra g); el segundo argumento lo extrae del proyecto de código penal de 1992, cuyo artículo 89 se remitía al artículo 451, que decía así: “El extranjero que quebrantare una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español será castigado con la pena de seis meses a dos años”. De esto, deduce Izquierdo Escudero que la prohibición de regresar a España por un tiempo determinado es una verdadera pena; En contra de este argumento, se presenta RODRÍGUEZ CANDELA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 60, al señalar: “Tal tesis estimo es contraria al principio de legalidad de las penas recogido en el art. 2.1 del CP. Además, en relación a otros substitutivos penales, los del artículo 88, continuamente el Código penal al referirse a ellos, los califica de penas

Otros sostienen que estamos en presencia de una excepción o renuncia a la pena, aplicable a una determinada especie de personas. Es una causa de levantamiento de pena, cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas.⁵²²

Hay quienes argumentan que estamos frente a un sustitutivo penal, aunque considera que la sustitución es una medida alternativa a la prisión.⁵²³

Otros también la consideran un sustitutivo penal, pero *sui generis*, en el que están presentes no sólo consideraciones de política criminal de acuerdo a los fines específicos del Derecho penal, sino también, y de manera muy destacada, consideraciones de política de control de los flujos migratorios.⁵²⁴

Un cuarto grupo, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señala que es una medida de seguridad.⁵²⁵

Un quinto grupo de autores viene a calificar la expulsión como una medida de naturaleza híbrida, compartiendo características tanto de la suspensión de la pena como de la aplicación de una medida de seguridad.⁵²⁶

sustitutivas, sin que en el artículo 89, al referirse a la expulsión y prohibición de entrada, haga lo mismo”; Otros, estiman que la expulsión es una pena con una clara finalidad preventivo-especial negativa o incapacitadora—la persona a quien se expulsa queda incapacitada para cometer delitos en España—que, además, tiene unos costes económicos muy reducidos; MONCLÚS MASÓ, Marta. “Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial”, en: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005, pp. 330-347, p. 347; En el mismo sentido anterior, MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal, op. cit.*, p. 450 y ss.

⁵²² Cfr. CANCIO / MARAVER, “El derecho penal”, *op. cit.*, p.414. Los autores identifican esta institución con el ya conocido Derecho penal del enemigo; En este mismo sentido, RODRÍGUEZ MESA, “El sistema penal”, *op. cit.*, p. 858; MIRÓ, “Política Comunitaria”, *op. cit.*, p. 25; Algunos la consideran una exención condicional de la pena. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Comentario al art. 89”, en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 291; De renuncia a la pena condicionada a que se haga efectiva la expulsión se refiere TAMARIT SUMALLA, Josep María. “Comentario al art. 89”, en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, Ed. 6ª*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 613 y ss.

⁵²³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 58.

⁵²⁴ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. “La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario de la STS de 8 de julio de 2004, a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003”, *Revista del poder judicial*, N° 76 (2004), pp. 231-245, p. 236. “Por su caracterización legal, la expulsión de extranjeros supone, en cualquier caso, un tratamiento más beneficioso que el cumplimiento de la pena privativa de libertad, pues evita la entrada en la cárcel, con todos los efectos negativos que ello implica para el penado, siendo la prisión la pena más grave de las previstas en el CP. En este sentido es, de facto, un sustitutivo penal...”; la misma autora la considera un sustituto penal en que se excluye la ejecución de la pena privativa de libertad, restringiendo el derecho de circulación. TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. *La expulsión de extranjeros en Derecho penal*. Madrid: La Ley, 2012, p.79 y ss.

⁵²⁵ Díez RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho Penal Español. Parte General. En esquemas*. Valencia: Tirant, 2007, p. 607; MELÓN MUÑOZ, Alfonso. “La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería”, *Manuales de formación continuada*, N° 39 (2006), pp. 75-118, p. 95.

⁵²⁶ Cfr. MAPELLI, *Las consecuencias, op. cit.*, p.128; Otra opinión, IZQUIERDO, “Naturaleza jurídica”, *op. cit.*, p. 1864. “No puede tratarse de una medida de seguridad, puesto que ésta se aplica a inimputables o semi-imputables.”

Otro sector clasifica la expulsión también como de naturaleza híbrida, penal-administrativa, vale decir, es una sanción administrativa que sustituye una sanción penal.⁵²⁷

Un último sector —reciente— señala, lisa y llanamente, que la expulsión es una sanción de naturaleza administrativa.⁵²⁸

Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales no ha mantenido a lo largo del tiempo un criterio único en torno a la naturaleza jurídica de la expulsión. Etiológicamente podría ser atribuido, probablemente, a la necesidad de ajustar la legislación a la CE o, también, en la dispersión doctrinal existente sobre el tema.

El TC, en sus diversas sentencias, distingue, por una parte, la expulsión a instancia del interesado, en la que éste manifiesta su deseo y voluntad de que se le sustituya la pena por esta medida y, por otra, la expulsión de oficio por el juez o tribunal.

Con antelación a la entrada en vigencia del CP 1995 y en un supuesto de expulsión de oficio, el TC se refirió en STC 242/1994 a su naturaleza jurídica, aunque lo ha hecho aludiendo a la regulación de la expulsión contenida en la LEX, del todo distinta a la contenida en los artículos 89 y 108 del CP. En esta sentencia, la califica de manera poco clara, en una medida frente a una conducta incorrecta del extranjero, donde el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería. El fundamento jurídico 4º de la sentencia señala:⁵²⁹

“Como primera aproximación, parece evidente que, como afirma el Ministerio Fiscal, la expulsión no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como modalidad de ejercicio del ius puniendi del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como una medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquel incumbe

⁵²⁷ Cfr. ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 67. “Los presupuestos y el fundamento de la expulsión prevista en el artículo 89 indican que el legislador pretendió compatibilizar la efectividad de la expulsión administrativa con la exigencia de responsabilidad penal”; SANZ MORÁN, “Reflexión”, *op. cit.*, p. 39.

⁵²⁸ Cfr. NAVARRO, “Expulsión”, *op. cit.*, p. 170; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Dir.). *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*. Madrid: La Ley, 2007, p. 63, señala que es una institución cuyos orígenes fueron administrativos y que responde más bien a fines administrativos. Se trata de una figura autónoma que, a veces, se presenta como un castigo y, a veces, como un premio. En principio, parece que su naturaleza varía en función de a qué vaya a sustituir; sin embargo, su única razón debe verse vinculada a la política de extranjería, correctamente relacionada con el control de los flujos migratorios.

⁵²⁹ Estos mismos argumentos son reproducidos con posterioridad en el Auto del TC 106/1997 y en STC 203/1997.

legítimamente diseñar. Por ello, es alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la expulsión, en sí misma no satisface la responsabilidad penal o civil derivada del delito, siendo, de alguna manera una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello.

No se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso del derecho a permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal”.

Posteriormente, el mismo tribunal, en un supuesto en que el extranjero solicitaba su expulsión, opinó en STC 203/1997 que era un beneficio consistente en eludir la privación de libertad.⁵³⁰

Si a esta dispersidad de criterios agregamos que el Tribunal Supremo, por sentencia de 7 de abril de 1997, a propósito de la expulsión contenida en la LEX, señaló que la expulsión es una medida administrativa limitativa de derechos, el problema relativo a su naturaleza jurídica indudablemente se agudiza más.⁵³¹

En lo que respecta a nuestra posición, lo que sin duda nos servirá para fundamentar la victimización del extranjero, la desarrollaremos de manera pormenorizada en el título siguiente.⁵³² Lo que podemos adelantar es que su naturaleza jurídica es unívoca, independiente de si se trata de la sustitución de una pena –total o parte— o de una medida de seguridad.

B) Ámbito de aplicación objetivo

El único y principal requisito objetivo para sustituir la condena por la expulsión, es que estemos en presencia de una sentencia judicial que imponga una pena privativa de

⁵³⁰ STC 203/1997, de 25 de noviembre: “Ahora bien, cuando la expulsión la solicita el afectado, como declaramos en el ATC 33/1997, «lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en eludir la privación de libertad personal, al adquirir esta consecuencia una evidente prevalencia sobre la limitación consistente en la privación de la libertad de circulación por el territorio nacional» (fundamento jurídico 2.)”. En mismo sentido, ATC 33/1997, de 10 de febrero.

⁵³¹ STS 2405/1997, de 7 de abril.

⁵³² *Infra* Título 3.4.

libertad inferior a seis años. En términos negativos, no procede la expulsión si no se impone por el juzgador una pena privativa de libertad al extranjero.⁵³³

Una curiosidad que plantea este requisito, es que no existe la debida correspondencia con las demás denominadas alternativas a la prisión —suspensión de la pena y sustitutos penales—, las cuales se aplican a las llamadas penas privativas de libertad de corta duración —esto es, penas de hasta dos años— y ello a pesar de que se ubica sistemáticamente en el mismo Capítulo de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. Es decir, el límite temporal para que opere la expulsión es mayor que para que operen las otras formas sustitutivas, produciéndose un claro desequilibrio entre ellas, y dando cuenta errada de su verdadera naturaleza jurídica.⁵³⁴

Cuando hablábamos de penas privativas de libertad, se hace referencia a lo dispuesto en el artículo 35 del CP, el que identifica o individualiza estas penas, tales como la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Hasta antes del LO 15/2003, también se podía aplicar o sustituir la pena de arresto de fin de semana. Luego, se reemplaza la pena de arresto de fin de semana por la de localización permanente.⁵³⁵ También es necesario precisar que la norma del artículo 89 utiliza la voz “*pena... impuesta*”, por lo que se refiere a la pena concretamente aplicada al caso, independiente de cuál sea la pena con que esté sancionado el delito en abstracto.⁵³⁶ Además, se aplica con independencia de la gravedad del delito, sea éste más o menos grave, siendo totalmente plausible de aplicar a condenas por una tentativa de homicidio, o de lesiones graves, o delitos violentos contra la libertad sexual.

Todo lo anterior nos lleva a presuponer que si el delito en abstracto tiene aparejada una pena superior a seis años, pero por aplicación de la normas sobre determinación e individualización de la pena, ésta es inferior a seis años, cabe la posibilidad de que sea sustituida por la expulsión.⁵³⁷

Una de las discusiones que se presenta, dice relación con saber si todas las penas privativas de libertad definidas en el artículo 35 del CP son o no susceptibles de ser

⁵³³ Vid. SAP Palmas de Gran Canaria 1869/2008.

⁵³⁴ En el mismo sentido, ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 73-74; MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 426.

⁵³⁵ Vid. Art. 35 CP tras su reforma por LO 15/2003.

⁵³⁶ Cfr. RODRÍGUEZ CANDELA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 60.

⁵³⁷ De la misma opinión, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 638 y ss.; FLORES, “La expulsión”, *op. cit.*, p.118; MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 429; RODRÍGUEZ MESA, María José. “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”, en: RODRIGUEZ MESA, María José; RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis (Coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo blanch, año 2006, p. 276.

sustituidas por la expulsión. Al respecto, existe discusión doctrinal y se carece de una regla, en términos absolutos, que permita aplicar la expulsión como sustituto de todas las penas privativas de libertad, salvo lo que dice relación con la pena de prisión, donde no existe la menor duda en torno a su sustitución.

Pero qué pasa en relación a la pena de localización permanente y de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Estas penas, en virtud de lo que se establece en el artículo 35 del CP, son penas privativas de libertad y, como tales, en principio, deben ser sustituidas por la expulsión.

En primer lugar, estimamos que no es posible sustituir la pena de localización permanente por la expulsión. Entre los variados argumentos que permiten arribar a esta conclusión, se concentran como principales el que la pena de localización permanente se impone exclusivamente para faltas; en cambio, la expulsión sustituye exclusivamente penas derivadas de delitos. Esto se desprende del párrafo primero del artículo 89.1 del CP, el que luego de señalar que la pena privativa de libertad inferior a seis años, impuesta a un extranjero no residente legalmente, será sustituida por la expulsión del territorio español, establece como excepción a esta regla que ello será “*salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, y de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*”. El razonamiento para restar posibilidad a la sustitución, está dado porque la pena de localización permanente es imposible de cumplir en un centro penitenciario español, como reza la norma. El artículo 37 del CP, al abordar el lugar de cumplimiento de la pena de localización permanente, señala que obliga al penado a permanecer en su domicilio o en el lugar determinado, fijado por el juez en la sentencia.⁵³⁸

Un último argumento para desechar la posibilidad de que la pena de localización permanente sea sustituida por la expulsión es que, al ser una pena leve, calificada como tal en el artículo 33 del CP, e impuesta por la comisión de faltas, sería del todo contrario

⁵³⁸ En mismo sentido, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 640 y ss.; CUGAT MAURI, Miriam. “La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho Penal”, *Revista de derecho y proceso penal*, N° 6 (2001), pp. 23-37, p. 36; CUGAT, “La desaprovechada reforma”, *op. cit.*, p.103; RODRÍGUEZ MESA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 276; Otra opinión en contrario, MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 427. Reconoce que en el plano teórico formal no existen trabas que impidan aplicar la expulsión a estos supuestos de comisión de faltas penales; pero, en cambio, reconoce que sí existen trabas en un plano material; NAVARRO, “Expulsión”, *op. cit.*, p. 175.

al principio de proporcionalidad sustituirla por una medida tan grave como puede llegar a ser la expulsión.⁵³⁹

En cuanto a las penas pecuniarias, y específicamente respecto de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa prevista en el artículo 53 del CP, la opinión doctrinal mayoritaria, a la cual nos sumamos, es que no puede ser sustituida por la expulsión. Los argumentos para tal conclusión los podemos dividir en formales y materiales. El primero de índole formal, es que la pena inicialmente impuesta no es privativa de libertad, sino que es una multa, de manera que falta el elemento base para que opere la expulsión sustitutiva. Otro argumento es que por ley está prohibida la sustitución de penas que son sustitutivas de otras; preceptivamente el artículo 88.3 del CP prohíbe tal sustitución. El fundamento material que hace improcedente tal sustitución es la imposibilidad práctica, ya que al acordarse la expulsión en la sentencia, aún no se habrá producido el impago de la multa, por lo que su sustitución estaría abarcando un hecho futuro e incierto que se encuentra pendiente de ocurrir.⁵⁴⁰

A mayor abundamiento, también se puede recurrir al principio de proporcionalidad para restar aplicabilidad a la sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria por el impago de multa. En efecto, es del todo desproporcional si se conmina el delito con una pena pecuniaria, sustituirla por una pena privativa de libertad, más aún cuando el cumplimiento de la pena depende de antecedentes subjetivos como lo es la capacidad económica del penado.⁵⁴¹

Sin perjuicio de lo anterior, existen dudas con la nueva redacción introducida con la LO 5/10, en orden a que el artículo 89.1 recoge la sustitución de “cualquier pena privativa de libertad”, dentro de lo cual se podría comprender las otras penas distintas a la prisión. Sin embargo, además de las razones evocadas anteriormente, una afirmación de ese calado está proscrita. Como señala CUGAT MAURI, la referencia a cualquier pena

⁵³⁹ En mismo sentido, RODRÍGUEZ MESA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 276 y ss.

⁵⁴⁰ En mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 639 y ss.; UBEDA DE LOS COBOS, Julio José. “La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivos de la pena de prisión en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, N° 6577 (2006), pp. 1-5, p. 7; RODRÍGUEZ MESA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 277; DE LA ROSA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 5; Una opinión contraria en LAFONT NICUESA, Luis. “La expulsión de extranjeros”, *Cuadernos penales José María Lidón*. Bilbao: U. De Duesto, 2004, p. 170. “Frente al argumento que considera excesiva la expulsión por una pena no privativa de libertad cabe oponer que si la expulsión no se estima desproporcionada como sanción por una irregularidad administrativa, difícilmente lo será como sustitutiva de una pena impuesta por una conducta más grave como es la comisión de una infracción penal. En consecuencia no veo problema en que pueda expulsarse en el supuesto de la responsabilidad personal subsidiaria impuesta en caso de impago de multa del Art. 53 CP aunque la pena inicialmente impuesta no sea privativa de libertad”.

⁵⁴¹ Igual opinión, ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 76, quien agrega la posibilidad de sustitución por la expulsión, sólo en caso de aceptación del condenado.

privativa de libertad no tiene por objeto incluir penas distintas a la prisión, sino tanto la prisión inferior a seis años como igual o superior a ese lapso de tiempo. De este modo, indica, los condenados a penas inferiores a seis años a los que no pueda aplicarse la expulsión inmediata en aplicación del apartado 1, no quedan excluidos de la posibilidad de expulsión en un momento posterior, contemplada en el apartado 5.⁵⁴²

Ahora, cabe analizar si es posible que la expulsión sustituya una pena de prisión inferior a los tres meses de duración. El artículo 71.2 del CP establece que, cuando se imponga una pena de prisión inferior a los tres meses, será *“en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III”*. Esta norma debe ser relacionada con lo dispuesto en el artículo 88.3 del CP, que dispone que *“en ningún caso”* se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

Por tanto, si la sustitución por multa o localización permanente es preceptiva y no cabe la sustitución de la pena sustituida, resultaría inviable la aplicación del artículo 89.1 del CP.⁵⁴³ Al hacer la remisión el artículo 71.2 del CP a las normas sobre sustitución de las penas, además con carácter obligatorio, se persigue, desde un punto de vista teleológico, un beneficio para el condenado. El objetivo es evitar, desde la óptica preventiva especial, que el condenado sea privado de libertad, con el consiguiente contagio criminal.

Esta posición es recogida en la SAP de Madrid (Sec. 6), de 20 de abril de 2004:

“el artículo 71.2 CP impone, “en todo caso” y sin ningún tipo de condicionante o excepción, la sustitución por multa de las penas de prisión inferiores a seis meses. Es cierto que el artículo 89 CP, después de la modificación operada por LO11/2003 de 29 de septiembre, establece la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuesta a un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio español, pero la colisión entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos del mismo rango legal, a falta de precepto específico que determine la aplicación preferente de uno sobre el otro, deberá resolverse atendiendo el criterio que sea más beneficioso para el reo. Y en el presente caso, no hay duda de que, oponiéndose el acusado a la pretensión deducida por el Ministerio Fiscal, el precepto cuya aplicación resulta más beneficiosa para el mismo es el artículo 71.2 CP.”

⁵⁴² Cfr. CUGAT, “La desaprovechada reforma”, *op. cit.*, p.103.

⁵⁴³ Cfr. UBEDA, “La modificación”, *op. cit.*, p. 6.

Por último, es necesario plantearse la interrogante de qué sucede cuando el extranjero no residente legalmente en España, es condenado a penas de distinta naturaleza, por ejemplo, prisión y multa. La respuesta es que ambas penas se pueden cumplir simultáneamente, ya que ninguna es óbice de la otra, pero el problema radica en que, en el evento de no pagarse la multa, no existirá responsabilidad subsidiaria por impago de la misma. Nos encontramos frente a un problema material, que implica, en primer término, la ausencia de una coacción psicológica para instar al pago de la multa y, en segundo lugar —como desarrollaremos más adelante—, no sólo la renuncia a la pena privativa de libertad, sino también como consecuencia de la pena de distinta naturaleza. En la misma línea anterior, también hay que cuestionarse qué sucede con el cumplimiento de las denominadas penas accesorias que se imponen además de la prisión, como por ejemplo una inhabilitación especial o una privativa de derechos. Entendemos que no existe excepción legal que excluya la ejecución de la pena accesoria, por lo que, al igual que toda pena, debe cumplirse. Sin embargo, de la misma forma que en el caso anterior, nos encontramos frente a un problema material de coacción para el cumplimiento de la norma y de imposibilidad de supervigilancia o control de la pena accesoria por parte de las autoridades, que trae como consecuencia una renuncia a la pena accesoria al igual que la pena principal.⁵⁴⁴

C) Ámbito de aplicación subjetivo

Los requisitos subjetivos para que opere la expulsión están referidos a que el sujeto sancionado con esta consecuencia jurídico-penal debe reunir una calidad o estado especial. Esta calidad, no ajena de críticas,⁵⁴⁵ conforme lo preceptuado en el artículo 89 del CP, es la de ser extranjero no residente legalmente en España. Esta calidad exigida al sujeto activo de la conducta punible es el único requisito subjetivo formal impuesto por el legislador; no se exige ningún otro requisito. En otros términos, para proceder a la sustitución, se requiere que el sujeto sea un extranjero residente ilegal; como bien apunta MUÑOZ LORENTE, poco importa si es la primera vez que delinque, si es un

⁵⁴⁴ Cfr. RODRÍGUEZ CANDELA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁴⁵ BAUCELLS, Joan. “El derecho penal ante el fenómeno migratorio”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N° 13 (2005), pp. 45-61, p. 60. Señala que esta calificación plantea problemas de constitucionalidad, puesto que el hecho de ser extranjero y no poseer el permiso de residencia no es un criterio que—de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional—pueda fundamentar un trato discriminatorio; El anteproyecto de reforma de 2012, pone término al distingo entre residente legal e ilegal, y simplemente alude a “extranjero”, sin distingo de ninguna especie.

reo habitual o no, si está enfermo, si es un toxicómano o cuáles son sus circunstancias personales y familiares o, finalmente, cuál es el pronóstico de reinserción social que se deriva de su persona.⁵⁴⁶

El sujeto activo de esta sanción debe ser un “extranjero”, por tanto, quedan excluidos de la aplicación de lo prevenido en el artículo 89 del CP y, por consiguiente, de la posibilidad de ser expulsados, las personas que detentan la nacionalidad española (art. 17 a 28 del Código Civil).

Por otra parte, el término “extranjero no residente legalmente” no está definido en el Código Penal, de ahí que entendamos que tenemos que llenar ese vacío recurriendo a la Ley de Extranjería, específicamente a la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.⁵⁴⁷

No obstante, la LEX no define en forma literal lo que debemos entender por “extranjero no residente legal”, sino más bien define este término de manera positiva, señalando quiénes son los extranjeros con residencia legal y, en consecuencia, los extranjeros que no pueden ser expulsados judicialmente por la comisión de un delito, pero sí en forma administrativa. El artículo 30 bis de la LEX, indica que “son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir”; los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o residencia permanente.⁵⁴⁸ La residencia temporal autoriza la permanencia en España hasta por cinco años, cumplido el resto de los requisitos señalados en la ley.⁵⁴⁹ La residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite, sin necesidad de realizar actividad lucrativa, respecto del extranjero que se proponga realizar una actividad económica, por cuenta propia o ajena, y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar, a que se refiere el art. 34 de la LEX, o sea, beneficiario del derecho a la reagrupación familiar.⁵⁵⁰ La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen

⁵⁴⁶ Cfr. MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 435.

⁵⁴⁷ Es la norma que regula la entrada y la estancia de los extranjeros en el territorio español, así como los derechos y libertades que se le reconocen. Su actual reglamento de desarrollo fue aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

⁵⁴⁸ Vid. Art. 30 bis2 de la LEX.

⁵⁴⁹ Vid. Art. 31 LEX.

⁵⁵⁰ El Real Decreto 2393/2004, establece los criterios a efectos de determinar la suficiencia económica del extranjero.

reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.

Por su parte, la residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.⁵⁵¹

En definitiva, todos aquellos extranjeros que no gozan de permiso de residencia temporal o permanente serán sujetos idóneos de ser expulsados conforme el artículo 89 del CP, si es que han cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad.⁵⁵²

Sin embargo, la interpretación de este término —extranjero no residente legalmente— no es pacífica o ajena de inconvenientes o discusiones en doctrina. Si bien, como se dijo con anterioridad, interpretamos este término recurriendo a la LEX, existen ciertos estados en los que se puede encontrar un extranjero que, en el caso concreto, no son constitutivos de residencia temporal o permanente, generándose el consiguiente problema de la procedencia del artículo 89 del CP. Con esto, no nos referimos a los extranjeros que son nacionales de países miembros de la Unión Europea ni a los del Convenio de Schengen (todos los de la Unión Europea, con la excepción del Reino Unido e Irlanda, más Liechtenstein, Noruega e Islandia), que abordaremos más adelante, sino que nos referimos a personas tales como los turistas no comunitarios y estudiantes que, si bien permanecen en España con autorización de la Administración, no son residentes para los efectos de la LEX.

⁵⁵¹ Vid. Art. 32 LEX. “*Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada, aunque por periodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente, hayan abandonado el territorio nacional temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente, se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo, en supuestos de especial vinculación con España*”.

⁵⁵² Diversas sentencias de Audiencias Provinciales se han pronunciado en relación a que la falta de residencia legal en España, por parte del extranjero que ha cometido un delito, es susceptible de ser sustituida por la expulsión: SAP Madrid 6965/2008, SAP Barcelona 6346/2008, SAP Valencia 2444/2008, SAP Asturias 2522/2008, SAP Almería 808/2008.

En efecto, el artículo 29 de la LEX nos señala que un extranjero podrá encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. Esta situación de estancia es la que se podrían encontrar los estudiantes y turistas no comunitarios y consiste, en general, en la autorización que da la administración a un extranjero para permanecer en territorio español, por un tiempo determinado. Transcurrido ese tiempo, será preciso obtener una prórroga de estancia o una autorización de residencia. Tratándose en particular de los turistas no comunitarios, podrán permanecer un período máximo de 90 días (sin perjuicio de las prórrogas que conceda la Administración) y, por su parte, los estudiantes están autorizados a permanecer, en territorio español, el tiempo de duración de los cursos en que estuvieran matriculados.⁵⁵³

Analizadas las situaciones de estancia, corresponde que resolvamos si aquellos sujetos que tienen esta autorización son “no residentes legales en España”, para los efectos del artículo 89 del CP. Desde ya, hay que manifestar que este es un tema que no genera consensos en doctrina. Hay algunos que piensan que los extranjeros en situación de estancia son asimilables a los residentes legales y, por tanto, no serían sujetos de expulsión penal.⁵⁵⁴ Empero, hay otra parte de la doctrina, a la cual nos adherimos, que

⁵⁵³ Vid. Art. 30 de la LEX; “*Situación de estancia: 1. Estancia es la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para los estudiantes; 2. Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España, será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia; 3. En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un periodo de seis meses; 4. En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses*”. A su vez, el artículo 33 de la LEX regula el régimen especial de los estudiantes, señalando: “*1. Tendrá la consideración de estudiante, el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal, el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos; 2. La situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia y la duración de la autorización será igual a la del curso para el que esté matriculado; 3. La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial, y que cumple los requisitos exigidos por el centro de enseñanza al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios; 4. Los extranjeros admitidos con fines de estudio no estarán autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia ni ajena. Sin embargo, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios, y en los términos que reglamentariamente se determinen, podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada; 5. La realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma, mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales, se regularán de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación au pair*”.

⁵⁵⁴ De esta opinión, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, op. cit., p. 635. “En el supuesto de extranjeros en situación de estancia, lo que ocurre es que el sujeto no es un “residente”, pero sí se encuentra autorizado para permanecer en España, por lo tanto, si es un sujeto que podríamos denominar “legal”. Entendemos que cuando en el CP se habla de “no residente legalmente” en España, se está haciendo referencia tanto a aquellos que no tienen permiso de residencia como aquellos que no tienen permiso de estancia; es decir, a todos los que están, de uno u otro modo legalmente en España, esto es, a aquellos que se encuentren de modo irregular. Consideramos que debe prestarse más

entiende que la situación de estancia no es sinónima de residencia, por lo que los extranjeros en esta situación pueden ser penalmente expulsados.⁵⁵⁵ Algunas razones que justifiquen la posibilidad de expulsar al extranjero en situación de estancia, se pueden señalar tres motivos que aluden a la clara diferencia entre este término y el de “residencia”. En primer lugar, para la LEX están claramente diferenciadas las situaciones de “residencia” y “estancia”, al tratarlas sistemáticamente de manera disímil, de modo que podemos inferir que el legislador ha querido que sean situaciones diversas y produzcan efectos distintos. En segundo lugar, por hermenéutica legal debemos entender que el término “extranjero no residente legalmente”, acuñado por el legislador penal, no puede interpretarse al margen de la legislación administrativa sobre extranjería, máxime cuando el artículo 89 del CP tiene su origen histórico casi de manera calcada en esa legislación, y responden ambas a una única y misma política criminal. En tercer y último término, en materia penal, como limitación al *ius puniendi* estatal, debemos interpretar los diversos preceptos normativos de manera restrictiva, quedando prohibida su interpretación analógica.

También, como señala MUÑOZ LORENTE, es obvio indicar que aquellos sujetos que se encuentran en España en situación de estancia o residencia ilegal —por haber transcurrido los 90 días de estancia legal o por haber entrado de manera clandestina—, serán susceptibles de expulsión, como ocurre habitualmente en los casos de inmigrantes ilegales que carezcan de permiso o residencia o que hayan entrado en España sin visado, sin hacerlo a través de los puestos habilitados al efecto (por ejemplo, los casos de inmigrantes que arriban a territorio español en pateras) o que carezcan de cualquier clase de documentación que acredite su identidad.⁵⁵⁶

3.3.2. La expulsión sustitutiva de parte de la pena

Cuando nos referimos a la expulsión sustitutiva de parte de la pena, hacemos mención a lo dispuesto en el artículo 89.5 del CP, el cual señala lo siguiente:

atención al adjetivo legal que al sustantivo residente y no expulsar penalmente a aquel que tenga la situación de estancia.”; FLORES, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 113 y ss. A propósito del término “extranjero no residente legal”, propone una interpretación no en sentido estricto.

⁵⁵⁵ Son partidarios de esta opinión, entre otros, UBEDA, “La modificación”, *op. cit.*, p. 4; RODRÍGUEZ MESA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 275; LAFONT, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 169; MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 448; ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁵⁶ Cfr. MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 448.

“Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España”.

La parte de la pena que se sustituye por la expulsión es aquella parte que falta por cumplirse, por haber el penado accedido al tercer grado penitenciario o haber cumplido las tres cuartas partes de la pena. Por ejemplo: Si nos encontramos frente a un extranjero no residente legalmente en España que se le condena a una pena de 8 años de prisión, la parte de la pena que se sustituye por la expulsión es $\frac{1}{4}$ de la condena, esto es, los 2 años correspondiente al último tramo de la pena, o aquella parte que le quede por cumplir, tras haber accedido al tercer grado de tratamiento penitenciario.

El legislador busca, con la expulsión sustitutiva de parte de la condena, evitar que los extranjeros en condición de no residente legalmente en España sean acreedores o beneficiarios de la libertad condicional o de los beneficios de acceder al tercer grado penitenciario.⁵⁵⁷ La *ratio legis* se puede atribuir, sin duda, a la necesidad que impone la política de extranjería de impedir que estos beneficios, a los cuales podría tener derecho el penado extranjero, sean una forma autorizada de permanencia en España.

Como se dijo antes, con la entrada en vigencia de la LO 11/2003, la expulsión, en general, y en particular la expulsión sustitutiva de parte de la pena, pierde su carácter facultativo para el sentenciador, transformándose en una norma preceptiva para los tribunales.⁵⁵⁸

Con la modificación introducida por LO 5/10, la expulsión procede en todos aquellos casos en que esté pendiente la condena del extranjero, ya sea porque el penado no ha purgado la pena, o si ingresó a cumplirla, aún no la termina. Esta situación, lógicamente, trae aparejado como consecuencia que se amplía el número de potenciales

⁵⁵⁷ Una crítica puede verse en ARÍAS SENSO, Miguel. “Expulsión de extranjeros condenados. Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004”, *La Ley*, N° 1 (2005), pp. 1497-1509, p. 1505. La ampliación del marco objetivo de aplicación, con la referencia al tercer grado penitenciario, deja en manos de la Administración la determinación del momento exacto de la expulsión, desnaturalizando el sistema de progresión penitenciaria e instrumentalizando el llamado tercer grado penitenciario, en aras de facilitar no ya la reinserción ni la resocialización, sino la expulsión del penado.

⁵⁵⁸ El otrora artículo 89.1 inciso segundo del CP —antes de LO 11/2003— utilizaba en su redacción la voz “podrán”.

expulsados a todos aquellos extranjeros que aún no hayan cumplido la pena. Incluso, podrían revisarse sentencias que no se pronunciaron en su momento sobre la expulsión, dado que se puede, conforme al nuevo precepto, decretar la expulsión por auto motivado posterior a la sentencia, en fase de ejecución.⁵⁵⁹ En nuestro parecer, esto último no será aplicable a las sentencias que se pronunciaron desfavorablemente sobre la expulsión, dado que estamos frente a un caso de cosa juzgada, quedando vedada su revisión.

A) Naturaleza de la expulsión sustitutiva de parte de la pena

Para LAFONT NICUESA, nos encontramos frente a una medida que sustituye a la libertad condicional. Se bloquea el acceso de los extranjeros no residentes legalmente en España a la libertad condicional.⁵⁶⁰

También se argumenta por algunos que esta medida se configura más que un sustitutivo penal, como un beneficio penitenciario, dado que el extranjero se libra de cumplir la pena privativa de libertad primitivamente impuesta en la sentencia.⁵⁶¹

Hay otros autores que la consideran una modalidad de la libertad condicional y debiese ser regulada en ese entorno.⁵⁶² También, a propósito de la libertad condicional, algunos han entendido que es un sustitutivo de aquella.⁵⁶³

Otros, estiman que estamos frente a un supuesto *sui generis* de suspensión de la ejecución de la pena, en el que se impone como condición o regla de conducta de inexcusable cumplimiento, la obligación de no regresar a España en el período de tiempo que le sea fijado, dentro de los límites legales.⁵⁶⁴

⁵⁵⁹ Para CUGAT MAURI, esto está más acorde con la exigencia de individualización en la ejecución de la pena. CUGAT, “La desaprovechada reforma”, *op. cit.*, p.103.

⁵⁶⁰ Cfr. LAFONT, “La expulsión”, *op. cit.*, p.173.

⁵⁶¹ Cfr. POLAINO, *La reforma penal*, *op. cit.*, p.60.

⁵⁶² Cfr. MAPELLI, *Las consecuencias*, *op. cit.*, p. 131; MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 481. Señala que se trata de una especie de libertad *sui generis* porque, salvo el requisito que se hayan cumplido las tres cuartas partes de la pena o que el sujeto se encuentre clasificado en el tercer grado—circunstancias ambas que no tienen que concurrir conjuntamente en el caso de la expulsión—, no tiene ningún otro elemento en común con la libertad condicional; DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español*, *op. cit.*, p. 607; Una opinión contraria manifiesta GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, *op. cit.*, p. 468, señala que son cosas distintas —libertad condicional y la expulsión—, en un caso el penado continúa cumpliendo condena, pero en libertad condicional y, en el otro, se renuncia al cumplimiento de la parte restante de la pena a cambio de la expulsión; como una particular forma de libertad condicional para extranjeros se manifiesta TAMARIT SUMALLA, “Comentario al art. 89”, *op. cit.*, p. 616.

⁵⁶³ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *et al*, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 624.

⁵⁶⁴ GONZÁLEZ CAMPO, Eleuterio. “La expulsión de extranjeros como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España,

Lo que sí se puede dejar en claro, es que de manera alguna estamos en presencia de una pena, tratándose de la expulsión sustitutiva de una parte de la condena, cuando el extranjero ha cumplido las tres cuartas partes de la sentencia o ha accedido al tercer grado penitenciario. La doctrina ha sido casi unánime al señalar que, en el evento de tildar para este caso la expulsión como una pena, resultaría que se estaría aplicando una pena respecto de unos hechos que ya fueron castigados con pena privativa de libertad, de la que, además, se habría cumplido ya la mayor parte. Esta configuración implicaría un doble cumplimiento de la pena por un mismo hecho, lo que claramente vulneraría el principio *non bis in idem*.⁵⁶⁵

B) Ámbito de aplicación objetivo

El requisito esencial para que opere la sustitución de parte de la pena es que la sentencia condenatoria imponga una pena igual o superior a 6 años de prisión. Si bien antes de la LO 5/10 se establecía expresamente esta posibilidad, “*condenado a pena de prisión igual o superior a seis años*”, hoy, con la modificación, tácitamente impera el mismo régimen, porque de lo contrario nos situaríamos en la hipótesis del artículo 89.1 del CP.⁵⁶⁶

Un segundo requisito es la necesidad que el extranjero haya cumplido las tres cuartas partes de la pena o haya accedido al tercer grado penitenciario. Hasta antes de la LO 11/2003, sólo se contemplaba el supuesto que el penado hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena, siendo la novedad la incorporación de esta nueva posibilidad de acceso al tercer grado de tratamiento penitenciario. Sin duda, su inclusión obedece a la necesidad de tener cubierto todos los supuestos fácticos en que un extranjero pudiese evitar la expulsión. Con antelación a la LO 11/2003, cabía la posibilidad de que un extranjero condenado a una pena de prisión igual o superior a 6 años, cumpliendo los requisitos legales, accediera al tercer grado penitenciario sin necesidad de haber cumplido las tres cuartas partes de la sentencia, obteniendo de este

introducida por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre”, *Estudios Jurídicos*, N° 4 (2003), pp. 493-519, p. 511.

⁵⁶⁵ Son de esta opinión, GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, *op. cit.*, p. 475; RODRÍGUEZ MESA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 284; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. “Una propuesta alternativa al sistema de penas y a su ejecución, y a las medidas cautelares personales”, p.52, en: <http://www.gepc.es/docs/gepc8.pdf> [visitado el 15/03/2012]; Otra opinión puede verse en NAVARRO, “Expulsión”, *op. cit.*, p.13, quien sostiene que este sustituto se trataría más bien de una acumulación de pena.

⁵⁶⁶ De la misma opinión, MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 436; ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 90.

modo la semilibertad y, por tanto, con ello, evitar la expulsión.⁵⁶⁷

El último requisito necesario para que opere la sustitución de parte de la pena por la expulsión, es que lo solicite el Ministerio Fiscal al Juez o Tribunal respectivo. En consideración a esto, está vetado que los juzgadores, de oficio, apliquen esta institución. Asimismo, le queda prohibido al extranjero penado pedir su propia expulsión cuando ha dado cumplimiento a las tres cuartas partes de la condena o accede al tercer grado de tratamiento penitenciario.⁵⁶⁸ La imposibilidad de que estas personas —Juzgador o extranjero penado— soliciten la sustitución de parte de la pena, obedece a la consideración de texto legal, que establece de manera privativa que la posibilidad de solicitar la sustitución de parte de una pena de prisión, asiste únicamente al Ministerio Fiscal.

Hasta antes de LO 5/10, el momento para solicitar la expulsión presentaba dudas y problemas. MUÑOZ LORENTE⁵⁶⁹ apuntaba que el momento de la solicitud de expulsión por parte del Ministerio Fiscal se presentaba como un asunto problemático y confuso tras la reforma operada por la LO 11/2003. En principio, lo más lógico era pensar que el momento de la solicitud, por parte del Ministerio Fiscal, debía ser al momento en que el sujeto accedía —o iba acceder— al tercer grado de tratamiento penitenciario o el momento en que cumplía —o estaba a punto de cumplir— las tres cuartas partes de la pena.⁵⁷⁰⁻⁵⁷¹ Sin embargo, con la modificación de 2010, estos

⁵⁶⁷ De la misma opinión, MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 437. De aprobarse el proyecto de reforma de Código Penal 2009, la posibilidad que un extranjero condenado a una pena de prisión inferior a 6 años, que no fue sustituida en la sentencia condenatoria, pueda ser acreedor de la libertad condicional o de otro beneficio penitenciario propio del tercer grado, es realmente imposible. La reforma corrige el problema de la oportunidad para acordar la expulsión y plantea la posibilidad de que las penas de prisión que no fueron sustituidas en la sentencia, lo sean en un auto motivado posterior, conforme al propuesto art. 89.1.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 438. Estima pertinente que el extranjero penado solicite su propia expulsión, en virtud de lo preceptuado en el artículo 52.2 del Reglamento Penitenciario, en relación con la obligación de información a los internos extranjeros de la posibilidad de sustitución de la pena de prisión por la expulsión.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 439.

⁵⁷⁰ Precisamente, y a estos efectos, el Ordenamiento jurídico prevé expresamente que los órganos penitenciarios comuniquen estos extremos al Ministerio Fiscal, a fin de proceder a instar a la expulsión. Así concretamente lo establecen los artículos 197.2 del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero) —respecto del cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena. Véase art. 197.2 del Reglamento Penitenciario: “*Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas*”.

⁵⁷¹ Vid. Art. 107 del Reglamento Penitenciario: “*Notificación al Ministerio Fiscal. Todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento según lo previsto en el artículo 103.7, se notificarán, junto con el informe de*

problemas son superados. El momento para solicitar la expulsión, por parte del Ministerio Fiscal, es en la sentencia o en fase de ejecución de pena, por lo que podemos decir que la reforma vino en ampliar la oportunidad legal para pedir la expulsión.

En consecuencia, la expulsión se puede acordar sólo a petición del Ministerio Fiscal, en la sentencia condenatoria o en fase de ejecución, en virtud de un auto motivado. Por tanto, el período para acordar la expulsión corre desde la etapa de condena hasta antes que el extranjero cumpla la pena. Vencido ese plazo, sólo cabe la expulsión administrativa, conforme a la LEX.

Para terminar, es necesario hacer presente que la reforma de 2010, además impone la exigencia que la audiencia para acordar la expulsión, no sólo debe ser pedida por el Ministerio Fiscal, con la participación del penado, sino que deben participar las partes apersonadas del proceso penal. Esto implica, a nuestro juicio, que la víctima o el querellante deben –o bien darles la posibilidad- ser escuchadas, en torno a la procedencia de la expulsión.

C) Ámbito de aplicación subjetivo

Hasta antes de LO11/2003, el artículo 89 del CP se refería simplemente a “extranjero”, sin distinguir si se encontraban en condición de residencia legal o no.⁵⁷² En virtud de esta redacción, algunos tribunales interpretaron que era absolutamente plausible aplicar la expulsión de parte de la pena a extranjeros que gozaban de residencia legal en España.

Con la entrada en vigencia de LO 11/2003, se cambia la redacción y el ámbito subjetivo de la sustitución de parte de la pena queda reducida, de manera exclusiva, a los “extranjeros no residentes legalmente en España”. Esta situación es refrendada por LO 5/2010, donde el sujeto de expulsión sigue siendo el extranjero no residente legalmente en España.

Al igual que la sustitución de toda la pena, en el ámbito de aplicación subjetivo de la sustitución de parte de la pena, el único requisito es que el extranjero no sea residente

la Junta de Tratamiento, al Ministerio Fiscal dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su adopción”.

⁵⁷² Vid. Art. 89.1 en su segundo inciso “Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena”.

legal en España. No se exige ningún otro requisito adicional, como la buena conducta del sujeto o un pronóstico de reinserción social.

Valga aquí todo lo señalado a propósito de lo que debemos entender por extranjero no residente legalmente en España, analizado en las páginas precedentes.⁵⁷³

3.3.3. La expulsión sustitutiva de una medida de seguridad

Esta clase de sustitución se encuentra recogida en el artículo 108 del CP:

“Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquel, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España”.

A partir de LO 15/2003, se incluye en el número 3 del artículo 96 del CP, dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad, la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad. Algunos piensan que esta inclusión vino a zanjar el problema de su naturaleza jurídica.⁵⁷⁴ No obstante, como explicaremos al analizar la naturaleza jurídica de esta sanción, si bien es cierto existe una disposición legal que la nomina y la contextualiza dentro del ordenamiento jurídico penal, no es menos cierto que las cosas no son lo que se dice que son por el sólo hecho de así mencionarse, aunque sea el propio legislador el que las bautice. *Verbigracia*, un vaso no es tal elemento receptáculo de líquidos por el sólo hecho de afirmar que es un vaso o clasificarlo dentro de ese género; para que algo lo sea, tiene que cumplir la función o el fin al que su naturaleza nominada adscribe. En Derecho, las figuras e instituciones jurídicas se miden por sus efectos, y siguiendo nuestro ejemplo, un vaso sin fondo no es un vaso, ya que no puede cumplir su fin, perdiendo su naturaleza. En el caso concreto, la expulsión no puede ser una medida de seguridad porque no cumple con los fines o funciones de las medidas de seguridad. Como señala ROXIN, el fin de las medidas de seguridad es de corrección y

⁵⁷³ Véase *Supra* p. 275 y ss.

⁵⁷⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 285.

aseguramiento.⁵⁷⁵ Ahora, si bien la expulsión pudiese cumplir un fin de aseguramiento, en todo caso discutido, no cabe duda que no cumple un fin de corrección.

Por último, en lo que respecta a la modificación introducida por LO 5/2010, es dable señalar que ésta deja indemne el artículo 108, el cual no sufre modificación alguna.

A) Naturaleza de la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad

El artículo 96.3 del CP aparentemente zanja el problema relativo a la naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad, al clasificarla orgánicamente dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad, aplicable a extranjeros no residentes legalmente en España.⁵⁷⁶ Empero, esta ubicación sistemática y consiguiente nominación jurídica, no genera acuerdo unánime dentro de la doctrina penal. Algunos la califican lisa y llanamente como una medida de seguridad,⁵⁷⁷ y otros le restan esa calidad por no cumplir los fines propios de las medidas de seguridad: inocuización y reparación de la peligrosidad criminal.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Trad. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESAL, Javier, *Tomo I*. España: Civitas, 2007, p. 104. El fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo. Dentro del mismo, su cometido primario es en todo caso preventivo especial porque, con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella.

⁵⁷⁶ Vid. Art. 96.3.2 CP.

⁵⁷⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 285. “Las posibles dudas respecto a la naturaleza de la expulsión sustitutiva de medida de seguridad ha sido zanjado por la LO 15/2003, al incluirla en el número 3 del artículo 96 del CP como medida de seguridad no privativa de libertad. Ahora bien, calificar la expulsión como medida de seguridad no deja de ser una paradoja. El hecho que el juez o el tribunal pierda toda vinculación y capacidad de control del extranjero delincuente evidencia que la expulsión, a diferencia de las genuinas medidas de seguridad, no va orientada a procurar un trato adecuado al sujeto infractor en orden a superar su constatada peligrosidad criminal. Desde una perspectiva preventivo-especial, con la expulsión se consigue la inocuización del sujeto en lo que al territorio nacional se refiere, pero en modo alguno trata la peligrosidad criminal del infractor, que simplemente se desplaza de lugar”; GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del delito. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, 2ª Ed. Valencia: Tirant, 2000, p. 471; TORRES FERNÁNDEZ, *La expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁷⁸ PAZ RUBIO, José María. “Expulsión de extranjeros”, *Cuadernos de derecho judicial*, N.º 4 (2003), pp. 79-232, p.163. Pese al etiquetado legal, es obvio que esta medida de expulsión no comparte la naturaleza de las genuinas medidas de seguridad que procuran un tratamiento adecuado al sujeto infractor, en orden a superar su constatada peligrosidad criminal; ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 92. “Lo que difícilmente pueda afirmarse es que la expulsión reúna las características de una medida de seguridad, salvo que se entienda como una medida de inocuización de rasgos peculiares, pues impediría al sujeto la comisión de delitos en España, pero no en otro lugar. Tampoco resulta compatible con el concepto de medida de seguridad la ausencia de supervisión y la imposibilidad de modificar su duración en función de la evolución del condenado”; FLORES, “La expulsión”, *op. cit.*, p.128; ARIAS SENSO, “Expulsión de extranjeros”, *op. cit.*, pp. 1497-1509, p. 1506, su finalidad práctica atiende a fines ajenos al derecho penal, no se trata de una intervención terapéutica ni incide en la peligrosidad criminal del penado; GONZÁLEZ, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 516. Constituye una modalidad *sui generis*, pues su finalidad no es la intervención educativa o terapéutica del infractor para conseguir su curación o la

B) **Ámbito de aplicación objetivo**

Para la procedencia de la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad, se requiere como requisito *sine qua non* que estemos en presencia de una sentencia judicial que imponga una medida de seguridad a un extranjero, sea privativa de libertad o no.

Hasta antes de LO 11/2003, el objeto sobre el cual recaía la expulsión sustitutiva estaba reducida sólo a las medidas de seguridad privativas de libertad.⁵⁷⁹ Este aumento, en el ámbito de aplicación, parece residir en el mismo propósito de facilitar que se cumplan las previsiones de la normativa de extranjería, en relación a inmigrantes susceptibles de ser expulsados de manera gubernamental.⁵⁸⁰

La imposición de una medida de seguridad requiere como presupuesto inexcusable que el sujeto haya cometido un hecho constitutivo de delito, y que por sus circunstancias personales pueda pronosticarse que cometerá nuevos delitos, es decir, una peligrosidad postdelictual, estando proscritas las medidas de seguridad predelictuales.⁵⁸¹

C) **Ámbito de aplicación subjetivo**

Al igual que los casos de expulsión total y parcial, se requiere que estemos en presencia de un extranjero no residente legalmente en España, con todas las características que ello involucra y que fueron tratadas precedentemente.

Pero, también es importante señalar que no es sólo discutible la eventual tacha de inconstitucionalidad del artículo 108 del CP, por vulnerar el principio de proporcionalidad que deben tener las penas o medidas de seguridad, en razón de la culpabilidad del sujeto activo de la infracción penal, sino también es bastante discutido el carácter de insolidaridad internacional del precepto. Éste ya no sólo manifiesta un desprecio hacia la persona expulsada, sino además al resto de la comunidad internacional.

estabilización de los rasgos anormales de la personalidad del mismo, sino que se encamina a la realización de una finalidad administrativa de expulsión del territorio nacional de quienes no se hallan autorizados para residir en España; RODRÍGUEZ CANDELA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 69, estima que calificar la expulsión como medida de seguridad no es más que una hipocresía del legislador, al no tener la finalidad de toda medida de seguridad cual es el tratamiento del enfermo.

⁵⁷⁹ Vid. Art. 96.2; El artículo 97 c) del CP establece el régimen general de sustituciones, permitiendo la sustitución de cualquier medida de seguridad, sea esta privativa de libertad o no.

⁵⁸⁰ Cfr. ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 93; GONZÁLEZ, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 516.

⁵⁸¹ Vid. Art. 95 CP.

Concordamos con la crítica de ASÚA BATARRITA, al señalar que la expulsión de una persona que presenta pronóstico serio de cometer nuevos delitos y que requiere un tratamiento en régimen de internamiento, sin otro condicionamiento que el de no volver a entrar a España durante un tiempo, porque se trata de un residente no legal, constituye una dejación de la Administración de Justicia en su cometido de tutela de bienes jurídicos básicos. Podrá argüirse que lo que ocurre fuera de las fronteras del Estado español no es ya responsabilidad de sus instituciones, pero son estas las que desplazan el problema que presenta una persona con trastornos de comportamiento, manifestado en peligrosidad delictiva. Una previsión de esta clase contradice toda la filosofía de cooperación internacional en la prevención de delitos y en el tratamiento de los condenados, suponiendo un retroceso hacia concepciones territoriales insolidarias, como si lo que ocurra fuera de las fronteras estatales pudiera resultar totalmente ajeno. Pregunta con razón ASÚA BATARRITA, ¿para qué sirven entonces las Convenciones sobre traslado de personas que cumplen penas o se encuentran sometidas a medidas de seguridad? Respecto a países con los que se han suscrito tales Convenios, deberá acudirse a negociaciones sobre el caso concreto, pero lo que no aparece aceptable es que se oculte a las autoridades del país de recepción del expulsado, las circunstancias del sujeto y su necesidad de tratamiento en régimen de internamiento. Conforme a los principios que rigen la institución de la extradición y los Convenios de traslado, la entrega de una persona sometida a medidas penales se condiciona a la observancia de determinadas garantías respecto al trato que pueda recibir. Proceder a la expulsión a un país donde no existan condiciones para un tratamiento análogo al que recibiría en España, en cuanto a garantías jurídicas, supone defraudar la normativa internacional.⁵⁸² Nos parece que esta institucionalidad es contraria a la solidaridad y cooperación que los diversos Estados deben observar y guardar entre sí. Así, se trata de una falta de atención no sólo con la comunidad internacional de la cual España participa y se beneficia en varios aspectos,⁵⁸³ sino también con el propio extranjero expulsado, al cual no se le respeta su dignidad humana por causas de una política de extranjería utilitarista.

⁵⁸² Cfr. ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 94.

⁵⁸³ Según la Organización Mundial del Turismo (OMT), España es el segundo país en el mundo que recibe más turistas. Vid. Organización Mundial de Turismo, en: www.omt.org [visitado el 23/01/2010]; Conforme lo informado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, el año 2008, los 97,8 millones de turistas que visitaron España gastaron 56.352 millones de euros. Vid. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en: <http://www.iet.tourspain.es/informes/documentacion/egatur/Egatur2008.pdf> [visitado el 23/01/2010].

Otro argumento podría ser que el Estado no puede lavarse las manos como si se tratara de un problema ajeno, pues aunque sea extranjero el autor, quizás no lo es la víctima y en todo caso el delito se produce y se refleja en la comunidad.

3.4. Toma de posición en relación a la naturaleza jurídica de la expulsión

Como se señaló con anterioridad, la controversia en doctrina en torno a la naturaleza jurídica de la expulsión es ardua y con diversas posiciones bien fundamentadas. Para contribuir al debate, pretendo dar nuevas ideas y participar de algunas ya existentes.

Para empezar con este análisis y como método epistemológico de conocimiento, estimamos necesario realizar un planteamiento negativo-deductivo sobre la naturaleza de la expulsión, es decir, partir señalando lo que la expulsión no puede ser.

Anticipando parte del resultado o de nuestra posición particular, estimamos que las figuras sobre la expulsión reguladas en el artículo 89 del CP —expulsión sustitutiva de toda o una parte de la pena—, como la referida en el artículo 108 del CP —expulsión sustitutiva de una medida de seguridad—, responden a una misma y única naturaleza jurídica.

En primer término, la expulsión no puede ser una pena. Existe casi unanimidad en la doctrina en este punto.⁵⁸⁴ Los argumentos para sustentar esta afirmación son que no figura en el catálogo de penas graves, menos graves y leves del artículo 33 del CP.⁵⁸⁵ Incluso, estimando que su omisión en el catálogo de penas se debe a un olvido u otro defecto de técnica legislativa, de igual manera llegaríamos a la misma conclusión de no considerarla una pena, por no cumplir los fines propios de estas.

En efecto, la expulsión no cumple con los fines de retribución, de prevención general y especial, que son consustanciales a toda pena.

Desde el prisma del retribucionismo, donde la pena es entendida como un mal con el que mercedamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido,⁵⁸⁶ la expulsión no puede ser comprendida en todos los casos en que se aplique como una pena o castigo impuesto al sujeto que contraviene el ordenamiento jurídico penal. Existen ciertos aspectos particulares, derivados de la naturaleza del delito, de las

⁵⁸⁴ Algún autor estima que la expulsión podría estar comprendida dentro de la pena de “Privación de derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos”, que podría ser una pena grave, menos grave o leve, en consideración a la duración de la misma. IZQUIERDO, “Naturaleza jurídica”, *op. cit.*, p.1862.

⁵⁸⁵ Vid. Art. 33 CP.

⁵⁸⁶ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 82.

concretas circunstancias del penado extranjero, y de la situación económica y social del país al cual pertenece, en las que la expulsión no puede ser considerada una sanción, sino más bien un beneficio o un premio. No es lo mismo y, por tanto, no puede ser ponderado de manera equivalente el extranjero que, con sobrados recursos económicos, llega a España a realizar actos o negocios ilícitos, por sobre la persona que emigra por carecer de trabajo en su país de origen o del extranjero, que huye por guerra o desorden social. Seguramente, para el primero, la expulsión será un premio y, para el segundo, la expulsión revestirá una real aflicción sin parangón.⁵⁸⁷

Esta característica de beneficio que puede envolver a la expulsión, también ha sido reconocida por sentencia del TC 33/1997, en la que rechaza un amparo solicitado por un ciudadano brasileño que pedía la expulsión sustitutiva de una condena por tráfico de drogas, reconociendo en su fundamentación:

“2º Ante todo debe distinguirse dentro de esta figura de expulsión, dado que la relevancia constitucional de los problemas que puedan plantearse es bien distinta en uno y otro caso, por una parte, la expulsión a instancia del interesado, en la que éste manifiesta su deseo y voluntad de que se le sustituya la pena por esa otra medida; y, por otra, la expulsión de oficio, decretada contra la voluntad del afectado. Respecto a este último supuesto, la STC 242/1994, ha declarado que “no se concibe como modalidad del ejercicio del ius puniendi del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida, que frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que aquel incumbe legítimamente diseñar”, precisando más adelante que “no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso, del derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal. Ahora bien, cuando la expulsión la solicita el afectado, lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal, al

⁵⁸⁷ Cfr. ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 48. A propósito de la expulsión, señala que la desigualdad de sus efectos dificulta su aplicación racional, en el marco de las consecuencias del delito, ya que el significado y la aflicción que conllevan es diferente según la clase de delito y las circunstancias del condenado.

adquirir esta consecuencia una evidente prevalecía sobre la limitación consistente en la privación de la libertad de residencia por el territorio español.

*3º Desde esta perspectiva, debe rechazarse, de conformidad con el alegato del Ministerio Fiscal, que la pretensión que se formula sea protegible por el art. 17 CE, invocado en la demanda de amparo. Ciertamente, en la resolución que se impugna, se decidía acerca de la libertad del demandante, pero ello no es por sí mismo determinante de la concesión de amparo. No cabe, en efecto, hablar de un derecho fundamental a la aplicación de la sustitución de la pena por expulsión prevista en el art. 21.2 LODLEE (LEX), sino que se trata de una medida que, además del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la ley (condena por delito menos grave, aseguramiento de las responsabilidades civiles), exige una valoración del juez, dada su configuración legal, que ha de realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos en la Constitución, que ni está obligado a otorgarla, ni sujeto una interpretación necesariamente favorable en virtud, exclusivamente, del principio pro libertate”.*⁵⁸⁸

Es claro que cuando la expulsión la solicita el extranjero, tiene un componente de beneficio frente a la afflictividad que el cumplimiento de una pena privativa de libertad pudiese irrogar al condenado. Todo, sin perjuicio del componente de desigualdad que se puede generar cuando un español o un ciudadano comunitario o un extranjero deben cumplir de manera efectiva una pena privativa de libertad, versus el extranjero no residente legal en España, que quedará sin sanción privativa de libertad.⁵⁸⁹

Estimamos, además, que la expulsión no cumple con los fines preventivos generales y especiales que tienen las penas en la concepción democrática del Derecho penal.⁵⁹⁰

En primer lugar, analizaremos por qué no se cumple con el fin preventivo general, que dice relación con la capacidad disuasiva o intimidatoria que tienen las penas. Así, la pena busca generar un temor en el colectivo social, persiguiendo que cualquiera de las personas que lo conforman, se abstenga de la realización de una conducta ilícita, porque de lo contrario será sancionado con un determinado castigo.

⁵⁸⁸ Auto 33/1997, de 10 de febrero.

⁵⁸⁹ MAZA MARTÍN, José Manuel. “El tratamiento del delincuente extranjero en el Derecho penal español”, en: BALADO RUÍZ-GALLEGOS, Manuel (Coord.), *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*. España: Bosh, 2008, pp. 487-506, p. 843.

⁵⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 664; BAUCCELLS, “El derecho penal”, *op. cit.*, p.61; TERRADILLOS BASOCO. “Las políticas penales europeas de inmigración”, en: RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (Dir.), *Respuestas Internacionales a los retos de la seguridad*. Valencia: Tirant, 2009, p. 118.

En este contexto preventivo, no se puede situar la expulsión. Como señalamos a propósito de la aflictividad o beneficio que pudiese importar la expulsión para ciertas y determinadas personas, ésta, desde el prisma del “beneficio”, no sólo no produce la finalidad deseada por la pena, en el sentido de intimidar al destinatario de la norma, sino más bien genera el efecto antónimo o contrario, constituyendo una real invitación a cometer delito. No existe la disuasión profesada, ya que la comunidad advierte o percibe que el sujeto infractor de una norma penal no será sancionado de modo alguno.⁵⁹¹

Además, la expulsión no da cumplimiento a los fines preventivo-especiales que debiese rodear a toda pena. En efecto, la expulsión está distante de hacer efectiva en la persona del delincuente extranjero la finalidad reeducadora y resocializadora que se encuentra recogida en el artículo 25 de la CE.⁵⁹² Si bien es cierto que con la expulsión existe, de cierto modo, el cumplimiento de una finalidad preventivo especial negativa,⁵⁹³ dado que se incapacita o inoaliza al sujeto de la posibilidad de cometer algún nuevo delito en España, de modo alguno podemos encontrar en esta institución una orientación positiva, por carecer de la posibilidad de integrar socialmente al delincuente extranjero.⁵⁹⁴ Como

⁵⁹¹ Una opinión en contrario puede verse en CUGAT, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 27. Considera que la expulsión no se opone a la función preventivo-general, sino que puede contribuir eficazmente a reforzar el efecto de *contramotivación* de la intención criminal. “Si partimos de que buena parte del problema social que subyace en el sector de población de los inmigrantes ilegales que delinquen es el de los extranjeros que pretenden permanecer en nuestro país a cualquier precio y que recurren al delito como medio de subsistencia, es evidente de que el mensaje legal de que la comisión de un delito está conminada con la expulsión ataca de raíz el móvil principal de este tipo de criminalidad: quedarse en el país, y por lo tanto puede ser un eficaz recurso intimidatorio”; MONCLÚS MASÓ, “Hacia una política criminal”, *op. cit.*, p. 344. Estima que, en algunos casos, la expulsión puede cumplir con el objetivo de prevención general en mayor medida que la amenaza de una pena privativa de libertad.

⁵⁹² Cfr. SOUTO, “Algunas notas”, *op. cit.*, p. 311. Téngase en cuenta que, como ha declarado el TC, esta “orientación” del Derecho penal no puede ser entendida como derecho subjetivo alegable en amparo. Vid. el Auto 106/1997, de 17 de abril: “constante jurisprudencia dictada por este Tribunal en el sentido de que el art. 25.2 CE no establece un derecho susceptible de ser invocado en vía de amparo constitucionalmente sino, simplemente una orientación dirigida al legislador penal (STC 2/1987 (RTC 1987,2), 28/1988 (RTC 1988, 28) y ATC 15/1984, 486/1985, 1112/1988, y 360/1990, entre otras muchas), sino, más precisamente, porque la medida de suspensión solicitada por el demandante de amparo no persigue a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero no residente en España, pues ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena —lo que quedaría demostrado, entre otras cosas, por el hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el artículo. 33 del Código Penal de 1995— ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en una solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de esa finalidad preventivo-especiales que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país”.

⁵⁹³ Cfr. ASÚA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 80. Estima que ni siquiera se cumple con una prevención especial negativa, por cuanto el extranjero, luego de ser expulsado, es muy posible que intente regresar y mantener una estancia clandestina, en la que el delito puede continuar siendo el medio de vida.

⁵⁹⁴ Cfr. CUGAT, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 31. “En suma, y a pesar de que a primera vista pueda ser criticable que lo único que se garantiza es que el extranjero no vuelva a delinquir en nuestro país, una reflexión en profundidad sobre el problema nos hace pensar que quizás este sea el supuesto principal en el que debe evitarse la comisión de delitos, puesto que por lo general en su país de origen desaparece la necesidad del sujeto de delinquir y por lo tanto, la del derecho a prevenir”.

argumenta CANCIO MELIÁ, no se trata de que el colectivo en cuestión —extranjeros— tenga peor o mejor pronóstico con carácter general, sino de cortar el acceso de raíz de los integrantes de ese colectivo, sin distinción alguna, a una evaluación de su peligrosidad criminal. Lo criticable no es que no sea posible reinsertar a los extranjeros sin situación administrativa de permanencia regular, sino que, desde un principio, se excluye respecto de ellos tal fin de la pena.⁵⁹⁵

Por otro lado, aparte de no cumplir con los fines de la pena, no se puede calificar como tal, por conculcar un principio rector del derecho penal, el de *proporcionalidad*. Es decir, cuando el extranjero no residente legalmente en territorio español es condenado por un delito, y luego se le sustituye por la expulsión la pena privativa de libertad —pena inferior a seis años o el saldo de pena que le queda por purgar cuando cumple las tres cuartas partes de la pena o accede al tercer grado penitenciario—, se le expulsa, sin posibilidad de retorno, por un tiempo que va de los 5 a 10 años. Este plazo no es susceptible de una menor cuantificación, sea por la naturaleza del delito, desarrollo o *iter criminis*, autoría o participación o pronóstico favorable del delincuente. Es claro que, en el evento de afirmar que la expulsión es una pena, ésta no guarda ninguna relación con la culpabilidad del delincuente en el hecho.⁵⁹⁶

Siguiendo con el análisis, tampoco nos encontramos frente a un sustitutivo penal, porque no se cumple con los requisitos y finalidades inherentes a esta institución. La sustitución tiene como requisito esencial el que la pena impuesta sea privativa de libertad de duración inferior a un año, o excepcionalmente dos, sin que rija aquí limitación alguna añadida, en función de la suma de la pena, con otras que se impongan al sujeto en la misma sentencia. Se requiere, además, que el penado no sea un reo habitual, según la definición de habitualidad que contiene el art. 94 del CP. Si se cumplen estos requisitos, el Juez o el Tribunal podrá proceder a la sustitución en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, pero antes del inicio de la ejecución.⁵⁹⁷ Por otra parte, la finalidad de la sustitución es la prevención especial positiva, es la socialización del condenado en ciertos supuestos de delincuencia no

⁵⁹⁵ Cfr. CANCIO / MARAVER, “El derecho penal”, *op. cit.*, p. 390; En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 7^o Ed. Valencia: Tirant, 2007, p. 567.

⁵⁹⁶ Estiman, entre otros, que la expulsión viola el principio de proporcionalidad, MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 464; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 627, quien además sostiene que la prohibición de entrada a España para el extranjero expulsado puede llegar, incluso, a 15 años.

⁵⁹⁷ Vid. Art. 88 CP. “*Son sustitutos las penas de multa y trabajos en beneficio de la comunidad*”.

grave. De esta forma, se dota para ello al juez de un flexible instrumento de evitación de los efectos desocializadores de las penas cortas privativas de libertad. Entendida así la sustitución de la pena, la expulsión le es ajena en contenido y fines, pese a su ubicación orgánica.⁵⁹⁸

Tampoco nos encontramos ante una medida de seguridad. Esta afirmación se funda en diversos motivos, respecto de los cuales DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO los desentraña notablemente⁵⁹⁹ en cinco razones. En primer lugar, el Juez o el Tribunal no tienen la misma capacidad decisoria que con respecto al resto de las medidas de seguridad. Cumpliéndose los requisitos legales previstos en el artículo 108 del CP, el juez debe preceptivamente sustituir la medida de seguridad por la expulsión, y no le cabe discrecionalidad alguna como aparentemente tiene con el resto de las medidas de seguridad establecidas en el artículo 96 del CP. En segundo lugar, porque infringe el principio de proporcionalidad, relativo a que las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. La expulsión infringe esta regla, al establecer un plazo único e inmutable de 10 años de prohibición de entrada.⁶⁰⁰ En tercer lugar, en caso de un supuesto de incumplimiento de una medida de seguridad, la sanción no es la prevista para el régimen normal de medidas, establecida en el artículo 100 del CP,⁶⁰¹ sino que la sanción en caso de quebrantamiento, como señala el artículo 89.3 del CP –actual artículo 89.4 del CP–, esto es, la devolución del extranjero por la autoridad gubernativa, empezando a computar de nuevo el plazo de prohibición de entrada. En cuarto lugar, tampoco resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 97 del CP, que permite al juez o al tribunal sentenciador, durante la ejecución de la medida, decretar su cese, la sustituya por otra o la deje en suspenso. Esto, en atención a una imposibilidad material, ya que el extranjero se encontrará residiendo en su país y no en España, lugar donde se produciría la mutación o cese de la medida de seguridad. Un último argumento esgrimido, es el que dice relación con los semiimputables condenados a pena de prisión y medida de

⁵⁹⁸ La sustitución de la pena está tratada sistemáticamente en la Sección Segunda, Capítulo Tercero, Título Tercero, Libro Primero, bajo el epígrafe “De la sustitución de las penas privativas de libertad”.

⁵⁹⁹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, op. cit., p. 629.

⁶⁰⁰ Conforme al art. 6.2 CP, las medidas de seguridad no pueden tener una duración mayor que las penas del delito en cuestión.

⁶⁰¹ Vid. Art. 100 CP: “El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el juez o tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado. 2. Si se tratare de otras medidas, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad. 3. En ambos casos el juez o tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento”.

seguridad, donde no cabe aplicar el artículo 99 del CP, en el sentido que debe cumplirse, en primer lugar, la medida, y que ésta se abone al cumplimiento de la pena.⁶⁰²

Pero quizás el argumento más poderoso para negar la presencia de una medida de seguridad, es de naturaleza teleológico, en el cual la expulsión no responde a los fines propios del resto de las medidas de seguridad contenidas en el Código Penal Español, y que tanto la doctrina nacional como extranjera propugnan como privativas de su esencia. En efecto, no nos encontramos frente a una medida que, aunque calificada como tal por el legislador penal, cumpla con una finalidad “correctiva y de aseguramiento”, propia de toda medida de seguridad. No se logra la prevención especial positiva, al no existir tratamiento terapéutico sobre el penado que permita su curación o, a lo menos, su control, de manera de lograr su reinserción en el medio social.

Tampoco estamos frente a una institución de naturaleza híbrida penal-administrativa o, lisa y llanamente, frente a una sanción administrativa. Si bien la expulsión puede tener su origen en el derecho administrativo –y específicamente en la Ley de Extranjería-, su ubicación en el Código Penal español no responde a la existencia de una sanción que tenga la calidad de administrativa. Pensar lo contrario, implica recoger por el legislador penal sanciones administrativas que responden a otros principios rectores ajenos al derecho penal.

A nuestro entender, la expulsión es, en general, la renuncia al “*ius puniendi*” o a la posibilidad de ejecutar lo juzgado frente a determinados individuos, es la no aplicación al caso concreto de la pena señalada por el legislador, frente a la comisión de un delito. Esta renuncia es la que, etiológicamente hablando, puede tener su origen o raíces en el derecho administrativo, obedeciendo, como señala la gran mayoría, a una política criminal vinculada a una política de extranjería, que desatendiendo sus principios y fines propios, persigue controlar los flujos migratorios hacia España, procurando, pese a no encontrarse acreditado empíricamente, entre otras cosas, que los extranjeros no cometan delitos, con el único fin de asegurar su permanencia en territorio español a través del correspondiente proceso penal y eventual imposición de una pena, constituyendo lo que han llamado “mecanismo defraudatorio de la política común

⁶⁰² Vid. Art. 99 CP.

inmigratoria”.⁶⁰³ Pero este eventual fraude de ley en que se puede convertir la comisión de un delito, es de sencilla solución para el legislador administrativo, sin necesidad de recurrir a la *última ratio* que constituye el Derecho penal, pues, utilizando la expulsión administrativa prevista en el artículo 57, apartados 2 y 7 —expulsión administrativa a consecuencia de condena por delito doloso y expulsión administrativa del extranjero procesado o imputado— de la LEX, se alcanza el efecto buscado y querido finalmente, la expulsión del extranjero no residente legalmente en España.

Además, esta renuncia al *ius puniendi* es absolutamente reprochable por la amplitud que puede alcanzar. Una primera crítica que se puede hacer a esta renuncia, es que existe por parte de la judicatura una renuncia no sólo a la pena principal, sino también a la pena accesoria, con la consiguiente infracción al principio de legalidad. En efecto, al sustituir la pena de prisión por la expulsión se prescinde también de la pena accesoria, en una materia que no es meramente facultativa para el juez o tribunal. Para empeorar la situación descrita, y no siendo menor a las renunciaciones aludidas, también se prescinde completamente de los intereses de la víctima y, en especial, de su derecho a ser reparada a causa o como consecuencia del acto delictivo. Si bien puede existir el olvido de la víctima en el juicio penal, es del todo injusto segregarla también de los resultados del mismo proceso, el que, entre otras cosas, incluye en muchos casos una indemnización civil. Todo ello, sin perjuicio de generar un efecto inverso de disuasión, donde sea la propia víctima la que se inhiba de denunciar el delito al observar que sus expectativas no son cubiertas por el Derecho penal.

Una segunda crítica al concebir la expulsión como una renuncia a la pena, es que se puede producir una confusión terminológica entre dos instituciones absolutamente diferentes entre sí, como son la expulsión y la “pena natural”. En ambas se renuncia a la pena, pero su fundamento y finalidad es diverso: la pena natural no es otra cosa que la renuncia de la pena a causa del daño físico o moral grave del autor de un delito que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique el desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva, cuyo objetivo o finalidad es

⁶⁰³ ROMA VALDÉS. “La sustitución de las penas cortas de duración en el caso de los delincuentes extranjeros”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario, “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel (Coords.). *Derecho penal y política trasnacional*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 386, citado en nota 93; GONZÁLEZ, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 500. La afirmación que los extranjeros cometen delitos con el propósito de asegurar su permanencia en España se encuentra reconocida en la exposición de motivos de la LO 11/2003.

beneficiar de alguna manera al autor del delito.⁶⁰⁴ Por su parte, la expulsión obedece a razones de política de extranjería, donde el legislador claramente no quiere que se refleje un trato beneficioso del penado. Los ejemplos que respaldan esta aseveración son variados. La jurisprudencia de los tribunales, de manera asidua, al aplicar la pena de prisión en lugar de la expulsión, se basa en criterios de prevención o en consideración a la naturaleza del delito.

Una tercera crítica se fundamenta en la renuncia a la función protectora del Derecho penal, donde los diversos bienes jurídicos que deben ser valorados de manera distinta, conforme a la importancia o preeminencia que la sociedad les ha dado (vida, libertad, etc.), son tratados en forma homóloga sin el distingo que deben tener.

Sin perjuicio de esta concepción general, la expulsión es especialmente de naturaleza ambigua —según el prisma desde donde se mire—, pudiendo ser una *suspensión condicional de la pena* o una *retribución* en su sentido clásico. Cuando tiene un componente de beneficio para el penado, como ocurre en el caso que el extranjero tiene una ventaja de cualquier índole, será una suspensión condicional de la pena. La condición a la cual queda sujeto el extranjero es la de no regresar a España en el plazo que determine el tribunal y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena impuesta en la sentencia. A su vez, esta suspensión condicional puede ser total o parcial: será total cuando estamos frente a la expulsión sustitutiva de toda la pena, y parcial cuando se trate de la expulsión sustitutiva de parte de ella. Por otro lado, la expulsión será una mera retribución cuando tenga una composición afflictiva para el penado. En este caso, nos referimos a una retribución en el sentido tradicional, donde no hay ni puede existir reeducación o reinserción social del condenado.

3.5. El carácter victimizador de la expulsión

La expulsión judicial, en los términos actualmente reconocidos, es una institución plurivictimizadora. En efecto, no es sólo el extranjero el que puede ser víctima de la expulsión, sino también lo es la víctima del delito y toda la sociedad española.

⁶⁰⁴ El Código Penal Alemán, en su artículo 60, reconoce la pena natural como renuncia del derecho de punición estatal. La citada norma prescribe: “*El tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año*”.

A propósito de cómo la expulsión victimiza al extranjero, podemos reflexionar que, según vimos en el apartado anterior, al desentrañar la naturaleza jurídica de la expulsión, señalamos que esta institución, en caso alguno, es una pena, porque no da cumplimiento a los fines preventivo-especiales que debiese rodear a toda pena. La expulsión no posibilita la finalidad reeducadora y resocializadora que se encuentra recogida en el artículo 25 de la CE. Así, se sacrifica al extranjero de poder tener un tratamiento de educación y/o reparación que permita la reconducción de su vida, en términos de poder insertarse nuevamente en la vida social, sin alterar nuevamente el orden y la paz social con la comisión de un delito.

Además, según sea el extranjero a quien se pretende aplicar la expulsión, esta reacción puede ser una verdadera sentencia de muerte o una privación perpetua de libertad. Piénsese, por ejemplo, en aquellas personas provenientes de países en guerras étnicas o religiosas.

Ahora bien, como dijimos anteriormente, la expulsión también daña a la víctima del delito, ya que se prescinde completamente de los intereses de ella y, en especial, de su derecho a ser reparada a causa o como consecuencia del acto delictivo.

Para finalizar, esta institución perjudica o daña a la sociedad toda, porque los valores sociales que el pueblo encomienda proteger al legislador, son tratados de manera homogénea y desjerarquizada, frente a la institución de la expulsión. Así, la vida podría hipotéticamente tener el mismo trato que el patrimonio y otros bienes reconocidos por la sociedad como inferiores a la primera. Esto, desde esta perspectiva, se concibe como disparatado y trivializado, más aún cuando lo que se protege es que no ingresen ni permanezcan ilegales en España. Existe, en consecuencia, un quiebre del principio de proporcionalidad, que fija lo permitido o la naturaleza y extensión de la pena en relación al delito cometido.

3.6. Excepciones a la expulsión judicial

Bajo el nombre de este capítulo se reúnen las causas o supuestos por los cuales la expulsión se torna improcedente. Estas causas las podemos clasificar en dos grandes grupos. El primero, relativo a las excepciones objetivas, y un segundo grupo, denominado de las causas subjetivas de exclusión.

3.6.1. Excepciones objetivas

Dentro del primer grupo encontramos como excepción las siguientes:

a) La naturaleza del delito

Antes de la reforma de 2010, el artículo 89.1 del CP establecía que la sustitución era obligatoria, salvo que el juez o el tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, apreciara que la *naturaleza del delito* justificara el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Así, el único criterio legal que excluía la expulsión, era el de la naturaleza del delito. Sin embargo, a partir de la LO 5/2010, no sólo este criterio desapareció, sino que se estableció una fórmula menos acotada y más amplia, quedando de la siguiente forma:

“... salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

Con esta nueva fórmula no sólo se superan los inconvenientes interpretativos de antaño,⁶⁰⁵ sino también que se transparenta la realidad del foro, donde los tribunales no

⁶⁰⁵ El gran inconveniente o problema que se generaba era saber a qué se refería el legislador cuando utilizaba la expresión “naturaleza del delito”. Se podría pensar que aludía a la gravedad de la pena asignada para el delito en concreto. Empero, se descarta esta posibilidad, por cuanto si bien la pena asignada al delito podría ser un elemento a considerar, no puede ser el exclusivo motivo que funde este concepto jurídico indeterminado. También podríamos decir que este vocablo dice relación con un cierto grupo de delitos que afectan a un bien jurídico específico. Pero como bien apunta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, hubiese sido suficiente con señalar los delitos, como lo realizaba el artículo 89.4 del CP – actual 89.7- o, de manera más prolija, el bien jurídico que se pretende proteger; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 663. Para entender este concepto, el Tribunal Supremo acude a las circunstancias del hecho y del culpable para determinar la procedencia o no de la expulsión. Así las cosas, entender la naturaleza del delito desde un prisma solamente objetivo es un sinsentido, dado que la propia jurisprudencia señala que se debe considerar al sujeto, la persona del culpable y sus circunstancias personales. Al igual que el Tribunal Supremo, las Audiencias Provinciales recurren a los mismos elementos —circunstancias del hecho y del culpable— para conceptualizar esta excepción a la expulsión. Vid. SAP Madrid 5001/2008, SAP Ciudad Real 270/2008. Es interesante el análisis del juzgador por cuanto, pese a que el extranjero quería ser expulsado, recurre al bien jurídico protegido para ordenar el cumplimiento efectivo de la pena; En último término, la Fiscalía General del Estado, mediante Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal, en materia de extranjería, aporta importantes parámetros: se ponderarán las circunstancias concurrentes en cada caso, tomando en consideración, especialmente, la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor, en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia, bien por su gravedad intrínseca —tráfico de drogas, agresiones sexuales—, bien por las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos —grupos de delincuentes organizados, especialmente si se trata de grupos transnacionales, bandas armadas y terroristas, etc.—, bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a las

hacían lugar a la expulsión, fundamentando sus resoluciones en la situación personal del penado, o sea, en el arraigo que mantenía el extranjero en España. Como indica CUGAT MAURI, la virtud de la reforma radica en la mejor adaptación de la ley a lo que ya era una práctica judicial consolidada: la consideración a todas las circunstancias concretas que rodean la comisión del delito y que incluyen, además de la “naturaleza del delito”, en sentido estricto, las circunstancias personales del autor, como su arraigo a España o la existencia de riesgos inasumibles en su país de origen.⁶⁰⁶

Esta nueva regla viene a reconocer no sólo la interpretación de los tribunales españoles, sino por otro lado las recomendaciones del CGPJ, manifestadas en su informe de 26 de febrero de 2003, a la LO 11/2003. También sigue la línea predicada por el TS y por el TEDH, en orden a atender las circunstancias del hecho y del culpable.⁶⁰⁷

b) Delitos especialmente excluidos

El artículo 89.7 del CP establece: *“Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código”*.

En general, esta lista de delitos, más exigua que la anterior, excluye de la expulsión a los delitos relacionados con la inmigración ilegal (delito de tráfico ilegal de mano de obra, delito de tráfico ilegal de personas).

Con respecto al antiguo artículo 89.4 del CP, se excluyen los delitos previstos en los artículos 517 y 518 del Código Penal. Esto quiere decir que desde ahora el delito de fundación, dirección y presidencia de asociaciones ilícitas, miembros activos de asociaciones ilícitas, y delito de favorecimiento de fundación, organización o actividades de las asociaciones comprendidas en el artículo 515 número 1 y 3 del CP, son delitos en los cuales procede la expulsión. Desde un análisis teleológico, la decisión

víctimas-menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento. Recapitulando, se puede decir que a la hora de determinar la aplicación de la expulsión, en consideración a la naturaleza del delito, se debe recurrir al concepto social de delito, de alarma social, a las especiales circunstancias del hecho, como en el caso de la gravedad del delito de tráfico de drogas, y las especiales circunstancias del culpable, como cuando se trata de delincuencia organizada.

⁶⁰⁶ Cfr. CUGAT, “La desaprovechada reforma”, *op. cit.*, p.103.

⁶⁰⁷ *Ibidem*.

del legislador de excluir estos delitos es desacertada, dado que coloca a los autores de estos ilícitos en una posición de volver a cometer el delito que se intenta prevenir.⁶⁰⁸

Por otra parte, ya en el pasado, TERRADILLOS BASOCO reflexionaba señalando que eran incomprensibles las razones en cuya virtud no se incluía, dentro de este listado de delitos, los del artículo 313 del CP,⁶⁰⁹ referidos a la promoción o favorecimiento de la inmigración laboral ilegal. Decía que esta lamentable omisión, que sólo se podría atribuir a una presurosa actividad legislativa, dejaba de manifiesto que el sujeto activo de esta conducta, cumplido los demás requisitos legales, podía ser objeto de que la pena de prisión impuesta le fuese sustituida por la expulsión, favoreciendo una reiteración de la conducta penada.

c) Cumplimiento de la condena en el país de origen

Tanto el Convenio Europeo sobre el Traslado de Personas Condenadas, realizado en Estrasburgo, el 21 de marzo de 1983,⁶¹⁰ que permite el traslado de presos entre los países de condena y los de cumplimiento, siempre y cuando uno y otro sean signatarios del mismo, como los Tratados bilaterales celebrados con Argentina, Bolivia, Egipto, Perú, Hungría, México, Paraguay, Tailandia, Venezuela, entre otros, autorizan el cumplimiento de la pena privativa de libertad en el país de origen del penado, con lo cual estas convenciones facilitan la rehabilitación y resocialización del penado.⁶¹¹

El inconveniente para llevar adelante cualquiera de estas convenciones, radica en el hecho que tanto el país que emite la condena como el país de origen o ejecución de la condena, deben ser signatarios de la respectiva convención y, por su parte, el penado debe consentir en dicha forma de cumplimiento punitivo.⁶¹² Este último requisito, frente

⁶⁰⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, "La expulsión", *op. cit.*, p. 277.

⁶⁰⁹ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, "Sistema Penal", *op. cit.*, p. 1478.

⁶¹⁰ Ratificado por los siguientes países: Albania (04/04/2000), Alemania (31/10/91), Austria (09/09/86), Bahamas (12/11/91), Bélgica (06/08/90), Bulgaria (17/06/94), Canadá (13/05/85), Chile (30/07/98), Chipre (18/04/86), Costa Rica (14/04/98), Croacia (25/01/95), República Checa (15/04/92), Dinamarca (16/01/87), Eslovaquia (15/04/92), Eslovenia (16/09/93), España (11/03/85), Estados Unidos (11/03/85), Estonia (28/04/97), Finlandia (29/01/87), Francia (11/02/85), Georgia (21/10/97), Grecia (17/12/87), Holanda (30/09/87), Hungría (13/07/93), Islandia (06/08/93), Irlanda (31/07/95), Israel (24/09/97), Italia (30/06/89), Letonia (02/05/97), Liechtenstein (14/01/98), Lituania (24/05/96), Luxemburgo (09/10/87), Malta (26/03/91), Noruega (09/12/92), Panamá (05/07/99), Polonia (08/11/94), Portugal (28/06/93), Reino Unido (30/04/85), Rumania (23/08/96), Suecia (09/01/85), Suiza (15/01/88), Trinidad & Tobago (22/03/94), Turquía (03/09/87), Ucrania (28/09/95).

⁶¹¹ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, *op. cit.*, p. 476.

⁶¹² *Ibidem*, p. 477.

a la versatilidad de la medida de expulsión, hace impracticable esta forma de cumplimiento de la pena.

Es importante reflexionar que este tipo de cumplimiento es más coherente con los fines de la pena. Se logra, por un lado, que la conducta no quede en la impunidad, ya que la pena privativa de libertad se cumple; y por otro lado, se facilita el cumplimiento en un entorno apropiado, donde el penado tiene sus raíces y no le es extraño, de manera de facilitar los fines preventivos especiales, todo sin perjuicio de ayudar a descongestionar las cárceles españolas.⁶¹³

d) Libertad condicional en el país de origen

El Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero) regula, en su artículo 196, la libertad condicional de los extranjeros en su país de origen.

Tratándose de esta institución y su incidencia, la veremos más adelante.

e) La delación compensada prevista en el artículo 59 de la Ley de Extranjería

Se trata de uno de los elementos centrales operada por LO 8/2000, y tiene su traducción normativa en el artículo 59 de la LEX.⁶¹⁴ Premia la colaboración contra redes organizadas, o mejor dicho, contempla la posibilidad de que el extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra, o de explotación en la prostitución, abusando de su situación de necesidad, pueda quedar exento de responsabilidad administrativa y no sea expulsado, si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores. Las razones de política criminal de este premio a la colaboración se encuentran arraigadas en la ayuda en el descubrimiento de las redes de explotación de extranjeros.⁶¹⁵

Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del artículo 59 de

⁶¹³ *Ibidem*.

⁶¹⁴ PALOMAR OLMEDO, Alberto. *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Pamplona: Aranzadi, 2007, p. 495.

⁶¹⁵ Cfr. ASÚA, "La expulsión", *op. cit.*, p. 44.

la LEX, a fin de que decida si desea acogerse a esta vía, y harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver, que podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor del extranjero, según el procedimiento previsto reglamentariamente.

El instructor del expediente sancionador informará de las actuaciones a la autoridad encargada de la instrucción del procedimiento penal.

A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa, se les podrá facilitar, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo, por circunstancias excepcionales, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la LEX, velando, en su caso, por su seguridad y protección.

Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo, y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente para que valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España, durante el tiempo necesario, para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.⁶¹⁶

La colaboración que comporta la exención de responsabilidad requiere de la concurrencia de tres requisitos normativos: 1. Que los extranjeros hayan cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no hayan cumplido con su obligación de declarar la entrada; 2. Que exista una relación de causalidad entre la situación irregular y el hecho de ser víctima, perjudicado o testigo de los hechos descritos en el artículo 318 bis, 313.1 y 312.1, todos del CP; y 3. Que se trate de una delación efectiva, sea proporcionando datos esenciales o declarando en los procesos correspondientes como víctima, perjudicado o testigo, o denunciando a las autoridades

⁶¹⁶ Esta ley permite, entre otras medidas, que el Juez instructor acuerde motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario, en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo.

competentes a los autores y cooperadores de los tráficos ilícitos de seres humanos, a los que el artículo 59 de la LEX se refiere.⁶¹⁷

Si bien este supuesto de delación compensada es tratado sistemáticamente en un texto de naturaleza administrativa, su carácter general, y sobre todo su carácter oponible al Derecho penal, se desprende del propio artículo 59.3 de la LEX, al permitirle al extranjero la residencia en España; factor subjetivo que haría improcedente la expulsión prevista en el artículo 89 del CP, y reservada únicamente para extranjeros no residentes legalmente en territorio español.

3.6.2. Excepciones subjetivas

Por otro lado, se encuentra un grupo de casos de exclusión de expulsión denominado de carácter subjetivo, por cuanto atiende a las circunstancias individuales de la persona del extranjero:

a) El arraigo y las circunstancias personales del penado

En líneas generales, debemos entender el arraigo como la existencia de especiales intereses familiares, sociales o económicos del infractor, dentro del Estado español.

Las circunstancias personales del penado hoy en día, como se señaló con anterioridad, son un antecedente importante a tener en cuenta a la hora de resolver la expulsión. Esta posibilidad, que otrora fue introducida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español,⁶¹⁸ hoy se desprende del texto legal expreso, al prever el artículo 89.1 del CP la

⁶¹⁷ Para un conocimiento más profundo sobre el tema, véase PÉREZ MACHIO, Ana. “El levantamiento de la medida de expulsión del artículo 89 del Código penal a la luz del supuesto de colaboración contra redes organizadas del artículo 59 de la Ley de Extranjería”, *Revista del Poder Judicial*, N° 81, 1er Trimestre (2006), pp. 91-129.

⁶¹⁸ El Tribunal Supremo, al amparo de una lectura constitucional del precepto, por STS 901/2004, de 8 de julio, realiza un exhaustivo análisis a una sentencia en que se condena a un extranjero, sin residencia legal en España, como autor de un delito contra la salud pública, a una pena de tres años de prisión y multa, acordando la sustitución por su expulsión del territorio español. Los sentenciadores proponen una interpretación restringida y conforme a la CE, del artículo 89 del CP: “*Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona —sea o no inmigrante ilegal o no— que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el art. 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensoristas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable*”

apreciación de “razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

Ahora, no sólo se supedita el cumplimiento de la pena a la naturaleza del delito, sino además a la existencia de motivos –valorados por el juez o tribunal- para excluir al penado de la posibilidad de expulsión.

El arraigo se integra por aquellos vínculos temporales, familiares o profesionales en España, que determinan una permanencia estable y una integración del extranjero en la sociedad española, que simultáneamente debilitan sus lazos con el país de origen.⁶¹⁹

El arraigo en España debe ser acreditado por el extranjero. Al no estar integrado en el derecho de la presunción de inocencia ni en el principio acusatorio, no corresponde al Ministerio Fiscal la prueba del no arraigo para justificar la expulsión.⁶²⁰

Por último, cabe mencionar que el arraigo familiar es el supuesto más corrientemente perfilado por la jurisprudencia para excluir al extranjero no residente legalmente en España, de la posibilidad de expulsión. Claro que deben concurrir tres condiciones que deben ser acreditadas, como son la existencia de unos lazos de parentesco cualificados

juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado. Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba —y así está en la actualidad— respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado "... olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir... y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión..."; También el Tribunal Supremo analiza una serie de sentencias del TEDH, en las que se valoró el régimen de expulsión, en atención a la naturaleza del delito y al arraigo del condenado en los países correspondientes, considerándola en algunos casos desproporcionada, especialmente cuando se cercena el derecho de toda familia a la convivencia. Vid. La sentencia de 18 de Febrero de 1991 —caso Monstaquim vs. Bélgica—; La sentencia de 24 de Enero de 1993 —caso Boncheski vs. Francia—; La sentencia de 26 de Abril de 1997 —caso Mehemin vs. Francia—; La sentencia de 21 de Octubre de 1997—Dallia vs. Francia— resolvió en sentido contrario, por tanto, favorable a la expulsión, dada la gravedad del delito, a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años; También las de 24 de Marzo de 1988, Olssen vs. Suecia; 9 de Junio de 1998, Bronda vs. Italia; entre otras; Afirma el Tribunal Supremo que, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar; En la misma línea del supremo, se mostraron las Audiencias Provinciales de las diferentes Comunidades Autónomas, ya sea rechazando la expulsión por el arraigo en España que ostenta el extranjero, o bien accediendo a sustituir la pena por la expulsión por falta de arraigo del penado. Vid. SAP Madrid 12185/2008, SAP Madrid 8656/2008, SAP Tarragona 144/2008 y SAP Madrid 11953/2008.

⁶¹⁹ LAFONT NICUESA, Luis. “Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N° 10 (2005), pp. 39-66, p. 50.

⁶²⁰ *Ibidem*, p. 53.

(matrimonio o pareja de hecho, hermanos o hijos), que la relación sea con españoles o extranjeros residentes legales, y que exista una convivencia efectiva y continuada.⁶²¹

b) Comunitarios, apátridas, solicitantes de asilo y refugiados

La expulsión prevista en el artículo 89 del CP es procedente sólo respecto de ciudadanos extranjeros, los cuales, conforme al artículo 1.1 de la LEX, son las personas que carezcan de la nacionalidad española. En ese sentido, existe una serie de individuos que, no obstante ser extranjeros, conforme a la normativa española, igualmente están excluidos del régimen de expulsión. Estos individuos son: los ciudadanos comunitarios y asimilados (Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia), los apátridas, los solicitantes de asilo y los refugiados.

La existencia de un supraestado, como en el caso de la Unión Europea, en la que los Estados miembros entregan parte de su soberanía originaria para, entre otras cosas, reconocer a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia, hacen que la expulsión contemplada en el Código penal sea del todo ajena a estos sujetos.⁶²² No así la expulsión administrativa, que es del todo oponible a estos sujetos.⁶²³

De conformidad con el derogado RD 766-1992, de 26 de junio, y las directivas comunitarias N° 364, 365, 366 de 1994, o el RD 737/1995, de junio, o más recientemente la directiva comunitaria N° 38 de 2004, o el RD 240/2007, de 16 de febrero, los nacionales miembros de las Comunidades Europeas a quienes resulte aplicable la legislación europea, pueden ser expulsados de España.

Claro que la expulsión, en estos casos, es del todo superflua, ya que existen claros inconvenientes para tildar al ciudadano comunitario como residente ilegal, lo cual unido al hecho que si se aplicase a su respecto el régimen de la expulsión, sería inútil en la práctica, al gozar el condenado de la libre circulación en el espacio Schengen.

⁶²¹ CUADRADO ZULOA, Daniel. “La expulsión de extranjeros del territorio nacional”, *Actualidad Administrativa*, N° 14 (2008), p. 1679.

⁶²² Cfr. MAPELLI, *Las consecuencias*, *op. cit.*, p. 130; RODRÍGUEZ CANDELA, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 63; LAFONT, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 169.

⁶²³ Cfr. CUGAT, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 33. Considera que los extranjeros comunitarios, no obstante tener el derecho a residir en España—reconocido en la Constitución y Tratados internacionales—, ello no significa que ese derecho sea equivalente a poseer la condición jurídica de residente, por lo que, en principio, podría acordarse la expulsión de extranjeros ciudadanos de la UE; Vid. SAP Sevilla 466/2008, la cual negó lugar a sustituir la pena por la expulsión del territorio español de un ciudadano rumano, que adquirió la calidad de comunitario con posterioridad a la sentencia condenatoria.

Por su parte, para ser apátrida en España resulta necesario el reconocimiento como tal por el Ministerio del Interior, sin perjuicio de la necesidad de concurrencia de los requisitos contemplados en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, que señala, entre otras cosas, a quienes no se les aplica el estatuto.⁶²⁴

A su vez, la resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, sobre el derecho de asilo y de la protección subsidiaria.⁶²⁵

3.7. Efectos y ejecución de la expulsión

La sustitución, total o parcial, de la pena privativa de libertad, por la expulsión del territorio nacional, tiene un primer efecto —la expulsión—, pero no es el único.⁶²⁶ En la especie, el artículo 89.2 del CP señala, quizás, el efecto más gravoso para el extranjero: la prohibición de regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

Antes de la reforma LO 11/2003, el artículo 89 permitía no sólo discrecionalidad del juez o tribunal para optar, en cada caso concreto, por la expulsión de un extranjero no residente legalmente en España, sino que facultaba, en caso de decidir aplicar la expulsión, la temporalidad de la misma, la cual oscilaba entre 3 y 10 años, contados desde el momento de la expulsión, y tenía siempre como marco referencial las

⁶²⁴ La Convención sobre el Estatuto de Apátridas define en su artículo 1.1 como apátrida a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación. En el art. 1.2. se señala a quienes no se le aplica la convención; entre otros, a los que se encuentran amparados por un organismo dependiente de NU, a los que cometen delito contra la paz, delitos de guerra, etc.

⁶²⁵ Vid. arts. 1, 2, 3, 4 y 5 Ley 12/2009. Para los efectos de esta ley, el derecho a asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas, a quienes se les reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra, el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York, el 31 de enero de 1967 (art. 2); La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9 (art. 3).

⁶²⁶ Cfr. MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 464.

características del delito. Con la entrada en vigencia de la LO 11/2003, lo anterior cambió, existiendo un plazo fijo de 10 años, sin que las características del delito fueren valoradas a la hora de que la judicatura decidiera impetrar la expulsión. Ahora, mediante reforma de 2010, se vuelve nuevamente al comienzo, y se establece un plazo de cinco a diez años, siendo discrecional para el juez el quántum definitivo, en consideración a la pena que se sustituye y a las características del penado.

La expulsión tiene los mismos efectos cuando se presenta como sustitutiva de la pena y cuando se presenta como sustitutiva de la medida de seguridad, salvo la variabilidad del plazo de retorno. La prohibición de retorno a España es distinta cuando se trata de la sustitución de una pena privativa de libertad que cuando se trata de la sustitución de una medida de seguridad. En el primer caso, el plazo de prohibición de retorno lo fija el juez o tribunal entre los cinco y diez años y, en el segundo caso, si bien también lo fija el tribunal, el plazo es prescriptivo y único de diez años de prohibición de retorno.⁶²⁷

Por otra parte, la consecuencia de la expulsión es la salida del territorio español, y del denominado espacio Schengen.⁶²⁸ Consecuentemente, el extranjero tendrá no sólo la prohibición de ingresar a España, sino a todo el espacio Schengen (todos los países del Espacio Schengen, con la excepción de Noruega e Islandia, que no son miembros de la Unión Europea; Suiza ratificó por referéndum su adhesión en 2005, pero a la fecha no ha implantado las medidas necesarias para su puesta en vigencia; por otra parte, dos miembros de la UE, Irlanda y el Reino Unido, han optado por permanecer fuera de la misma).

En caso de intento de quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión y de la prohibición de entrada, el artículo 89.4 del CP dispone que el extranjero será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.⁶²⁹ Al respecto, explica MUÑOZ LORENTE, la figura de la expulsión y de la devolución son totalmente distintas y, en consecuencia, también su regulación en la LEX. En este sentido, la devolución no exige la sustanciación de ningún expediente administrativo, mientras que la expulsión sí, por tanto resulta mucho

⁶²⁷ Con respecto a la sustitución de una medida de seguridad, el plazo de prohibición de regreso será siempre de 10 años. De manera elocuente, indica GARCÍA ALBERO, estamos frente a una “tarifa plana” e inamovible; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios, op. cit.*, p. 741.

⁶²⁸ La Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, establece el reconocimiento mutuo de las decisiones, en materia de expulsión, de nacionales de terceros países.

⁶²⁹ Existe una correlación con la expulsión administrativa. Vid. Art. 58.7 LEX “La devolución acordada en el párrafo a del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada”.

más rápida, expeditiva, fulminante y contundente, porque sólo requiere que sea decretada.⁶³⁰

Ahora bien, si el extranjero quebranta la decisión judicial, esto es, si regresa antes del tiempo establecido de prohibición, deberá cumplir la pena que originalmente le fue sustituida. Con ello, se soluciona un problema o vacío legal no advertido bajo el imperio de LO 11/2003.⁶³¹

En lo que respecta a la ejecución o materialización de la expulsión, la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispone la obligación de los órganos judiciales de comunicar a la autoridad gubernativa las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas, o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España, por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución deberá cumplirse en el plazo más breve posible, y dentro de los treinta días siguientes a la resolución de expulsión, pero mientras tanto dispondrá la ejecución de las penas privativas de libertad o medidas de seguridad originariamente impuesta, en tanto la autoridad gubernativa procede a ejecutar la expulsión.⁶³²

Por último, en caso de que acordada la sustitución de la pena privativa de libertad o de una medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley, para la expulsión gubernativa.

Para finalizar, es necesario señalar que, una vez acordada la expulsión, conlleva el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

⁶³⁰ Cfr. MUÑOZ LORENTE, “La expulsión”, *op. cit.*, p. 465; En mismo sentido, NAVARRO, “Expulsión”, *op. cit.*, p. 178.

⁶³¹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 680; Bajo la LO 11/2003, el artículo 89.3 del CP establecía: “el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

⁶³² Vid. Disposición adicional 17ª LO 19/2003; El proyecto de reforma de Código penal 2009, para asegurar la expulsión, contempla en su art. 89.6 la posibilidad de que el extranjero ingrese a un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstas en la Ley, para la expulsión gubernativa.

3.8. El carácter de regla general y obligatoria de la expulsión. Análisis jurisprudencial y criminológico

3.8.1. Marco teórico, metodología y objetivos propuestos

Sin lugar a dudas, la jurisprudencia de los tribunales de justicia es un poderoso instrumento de investigación científica. Conocer las sentencias y los diversos autos no sólo puede ayudar a un abogado en la preparación estratégica de un caso determinado, sino también es un elemento idóneo en la investigación jurídico-penal y criminológica. Respecto a la primera, permite establecer, entre otras utilidades, la interpretación y el uso adoptado por los tribunales, al aplicar un determinado precepto normativo. En relación a la investigación criminológica, puede tener diversos y múltiples objetivos, como son: determinar las características cualitativas de los delitos, de los delincuentes, de las víctimas y la reacción penal de los agentes del control social.

En este entendido, nos hemos propuesto hacer una investigación de las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística (INE) y de la jurisprudencia de las diversas Audiencias Provinciales españolas, a fin de establecer las características de la expulsión judicial de extranjeros como sustituto de las penas privativas de libertad, y así poder extraer diversos datos que tienen interés jurídico-penal y criminológico.

En ambos casos —arts. 89 y 108—, en el originario Código Penal de 1995, se contemplaba la expulsión con un carácter facultativo para el juez o el tribunal. Es decir, aunque parezca redundante, los operadores jurisdiccionales penales no estaban obligados por texto legal a la aplicación irrestricta y perentoria de la expulsión. Más bien, les fue entregada la discreción de elegir, para el caso en concreto, la aplicación de la pena o medida de seguridad prevista en cada tipo penal, o bien sustituir cualquiera de ellas por la expulsión del extranjero del territorio español.

En esta etapa, la que podría denominarse de “origen” de la expulsión, se desconoce si los jueces o tribunales hicieron uso de ella y cuál fue el alcance interpretativo que le dieron.

Posteriormente, con la LO 11/2003, de 29 de septiembre, no sólo se circunscribe el ámbito de aplicación subjetivo de la expulsión a los extranjeros no residentes legalmente en España, sino que además se termina con el régimen facultativo imperante hasta ese entonces, para sustituirse por una expulsión preceptiva y sin condiciones o requisitos que pudiesen limitar su aplicación. Luego, a partir de la reforma de 2010, se

continúa con el carácter preceptivo de la expulsión, pero se modera su aplicación por un abanico de posibilidades que excluyen su ejecución.

Sobre la base de los datos obtenidos desde el Instituto Nacional de Estadística y Poder Judicial, se cumplió con los objetivos propuestos. En particular, se utilizó una metodología cuantitativa y luego descriptiva, consistente en la observación directa de las sentencias emanadas de las Audiencias Provinciales españolas pronunciadas durante el primer semestre del año 2008 y publicadas en el sitio web: www.poderjudicial.es.

Mediante el análisis de estas sentencias,⁶³³ se construyó una base de datos sobre la cual se pudo extraer la información que daba respuesta a los objetivos anteriormente descritos.

El universo de sentencias que contempló la investigación fue de 216, las cuales no se encontraban filtradas y se obtuvieron como consecuencia de la búsqueda en el ya mencionado sitio web, bajo el parámetro *search*: “expulsion<AND>artículo 89<OR>art 89<OR>art. 89<OR>art ° 89 C.P.”.

El proceso de filtración, previo a la obtención de las 216 sentencias, se realizó apartando las expulsiones administrativas y otras que no sean pertinentes a la expulsión en el ámbito penal, y que fueron adoptadas en una sentencia que emanó de un proceso judicial cuyo origen fue un delito o una falta.⁶³⁴

Una vez terminado el trabajo de campo y compilados los datos, se procedió a su tratamiento y análisis estadístico para la obtención de resultados.

El objetivo general de la investigación fue poder conocer la cantidad de sentencias que impusieron la sanción de expulsión de extranjeros del territorio español, desde su inclusión en el Código Penal de 1995 hasta el año 2008.

Por otro lado, los objetivos específicos fueron los siguientes:

- a) Establecer la tipología de delitos cuya pena fue sustituida por la expulsión.
- b) Cuando el texto de la sentencia lo permitió, fijar las características de población del expulsado (sexo, nacionalidad, edad y reincidencia).

⁶³³ El análisis se realizó con la importante colaboración de un equipo compuesto por 3 alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lleida, seleccionados por el Catedrático de Derecho Penal, don Josep María Tamarit Sumalla, conformado por doña Catalina Munteanu, doña Martha Azucena y don Andrés Ibáñez. Cabe mencionar que el equipo, al cual agradecemos sinceramente su esfuerzo y compromiso con el proyecto, era, de manera casual, de carácter multinacional; así, la Srta. Munteanu es nacida en Rumania, el Sr. Ibáñez en Argentina y la Srta. Azucena en México.

⁶³⁴ Para la búsqueda de las sentencias se seleccionó el parámetro específico “sentencia penal”.

- c) Establecer el comportamiento de las diferentes Audiencias Provinciales frente a la expulsión.
- d) Determinar si la expulsión se acordó con la automaticidad prevista por el legislador.

3.8.2. Resultados

A) Análisis cuantitativo de la expulsión

En este apartado pretendemos dar respuesta al objetivo general planteado en esta investigación, referido a la determinación numérica de los casos en que los tribunales españoles en lo penal, acordaron en su sentencia la sanción de expulsión de extranjeros. El período que se analizó parte del año 1995, época en la cual entró en vigencia el Código Penal.

La tabla que se expone a continuación, describe la evolución en números absolutos de extranjeros expulsados, vía sentencia penal, entre los años 1995 y 2008. Asimismo, se muestra la variación porcentual de cada período.

Tabla 1. Evolución del total de sentencias que imponen la sanción de expulsión entre los años 1995-2008.

Año	Expulsados	Var %
1995	0	0
1996	0	0
1997	0	0
1998	0	0
1999	0	0
2000	0	0
2001	0	0
2002	0	0
2003	26	0
2004	242	830
2005	369	52,4
2006	781	111,6

2007	1462	87,1
2008	1749	19,6

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Instituto Nacional de Estadística de España, en: www.ine.es.

La tabla descrita refleja que no existieron expulsiones emanadas de sentencias penales, entre los años 1995 y 2002. Si se busca una explicación a tal comportamiento, sin duda encontraremos la respuesta en el propio Código Penal de 1995 y sus sucesivas modificaciones.

En efecto, el Código Penal de 1995, al establecer la expulsión como un sustituto penal, entrega su aplicación a la discreción o facultad del juez de la causa, es decir, cumplidos los requisitos legales, el juez o tribunal no estaba obligado a sustituir una pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero del territorio nacional; el juez podía aplicar la pena originariamente impuesta, sin necesidad de expulsión. Entonces, la aplicación de la pena privativa de libertad pasaba a ser la regla general por sobre la expulsión, que era la excepción.

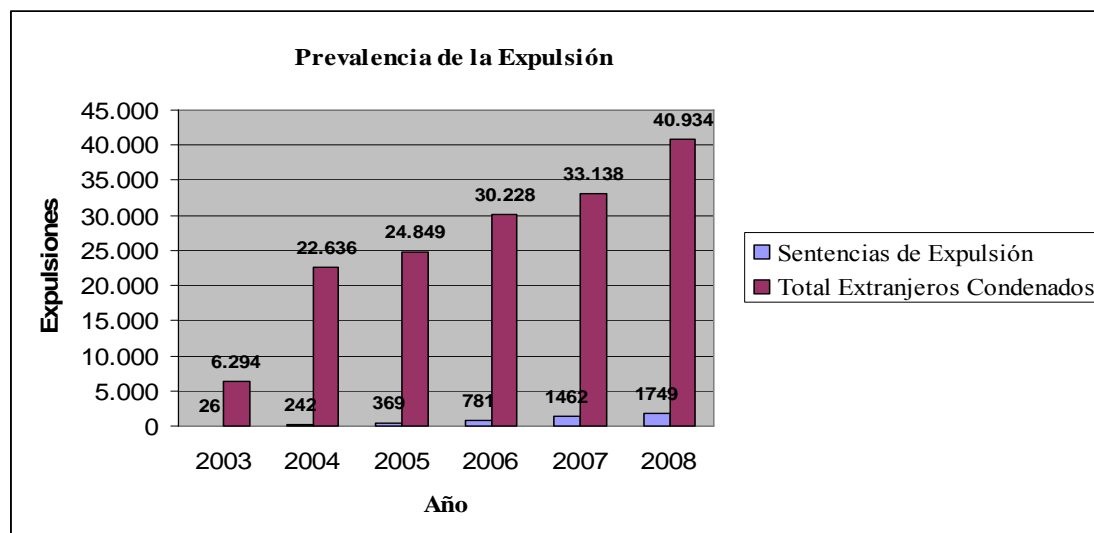
De esta manera, se podría colegir que probablemente durante el período que va entre los años 1995-2002, no hubo expulsiones, ya que los jueces o tribunales fueron partidarios de aplicar al extranjero infractor la pena privativa de libertad. Los jueces, teniendo la facultad para ello, tuvieron una clara inclinación de aplicar la pena, con sus nítidos efectos preventivos que de ella deviene, manifestando a lo menos, de manera cuantitativa —como se advierte en la tabla citada—, su rechazo frente a la expulsión.

En cambio, a partir del año 2003 y hasta el final del período analizado, las cifras de sentencias penales que imponen la expulsión como sanción a los extranjeros van en franco aumento. De una lectura especulativa de lo sucedido, se puede esgrimir que el mencionado comportamiento encuentra su respuesta en la LO 11/2003, tantas veces referida en este trabajo, la cual viene a imponer la obligación a los jueces o tribunales de sustituir las penas privativas de libertad, cumplidos los demás requisitos legales, por la expulsión de los extranjeros del territorio español. La expulsión deja de tener un carácter excepcionalísimo para convertirse en la regla general y preceptiva que debía imponerse a los extranjeros no residentes legalmente en España, que cometían delito.

El análisis cuantitativo también requiere que se determine la prevalencia de expulsados, esto es, cuántos extranjeros del total de extranjeros condenados fueron expulsados en un

período determinado. Como las expulsiones impuestas por sentencia penal se presentaron a partir del año 2003, describiré dicho período hasta el año 2008.

Gráfico 1.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Instituto Nacional de Estadística de España, en: www.ine.es

De la sola visión panorámica del Gráfico 1, se puede advertir que la cantidad de sentencias que establecieron como sanción la expulsión es *mínima*, en relación al total de sentencias condenatorias de extranjeros por delitos cometidos en España. Cabe hacer algunas advertencias que podrían corregir o distorsionar las cifras mencionadas y, por consiguiente, afectar de cierta manera los resultados obtenidos: a) Los datos agregados y conceptualizados como “Total de Extranjeros Condenados”, comprenden todas las sentencias impuestas a un extranjero, independiente de la pena a la que finalmente fue condenado;⁶³⁵ b) También se localizan, bajo este concepto, tanto los extranjeros con residencia legal en España, como los que carecen de la misma; y c) Entre los años 2003 y 2006 podrían estar registrados, bajo este concepto, las sentencias impuestas a extranjeros que forman parte del espacio común de la Unión Europea.⁶³⁶

Sin embargo, de la prevención efectuada —la que servirá para sacar conclusiones privadas, o mirar los resultados obtenidos con cierto recelo—, es importante destacar la

⁶³⁵ Esta precisión es importante, dado que la expulsión tiene sólo el carácter de sustitutiva de penas privativas de libertad y no de otras penas distintas, como penas pecuniarias o privativas de derecho.

⁶³⁶ Esto se corrige en las estadísticas oficiales del INE sólo a partir del año 2007, donde se asigna una partida referida exclusivamente a extranjeros que son parte de la Unión Europea, diferentes a los españoles.

prevalencia de expulsados en cifras porcentuales, las que inevitablemente nos llevarán a concluir que, en términos numéricos, la expulsión impuesta en una sentencia penal no goza de la automaticidad pretendida por el legislador penal al dictar la LO 11/2003.

La incidencia de la expulsión frente al total de condenados extranjeros, si bien anota un crecimiento constante en el tiempo analizado, no supera en su mejores años—2007 y 2008— el 5% de prevalencia. Haciendo un análisis crítico de los datos obtenidos versus una interpretación teleológica de la LO 11/2003, se puede arribar a concluir la ineficacia, o mejor dicho, la incapacidad de esta ley de lograr los efectos deseados o esperados.

Tabla 2. Prevalencia de la Expulsión entre los años 2003-2008.

Año	Total Extranjeros		
	Expulsiones	Condenados	Prevalencia (%)
2003	26	6.294	0,41
2004	242	22.636	1,06
2005	369	24.849	1,48
2006	781	30.228	2,58
2007	1.462	33.138	4,41
2008	1.749	40.934	4,27

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Instituto Nacional de Estadística de España, en: www.ine.es

Para intentar superar los sesgos planteados anteriormente y, en definitiva, poder proyectar la prevalencia de las expulsiones sólo referida a los extranjeros no residentes legalmente en España, nos planteamos realizar una prognosis del número de estos extranjeros sin residencia que fueron sentenciados penalmente. El ejercicio mental consistió en lo siguiente: con el total de extranjeros condenados por sentencia penal determiné, en base a las cifras aportadas por el Gobierno español,⁶³⁷ cuántos de ellos no son residentes legales en España (abreviado NRLE).⁶³⁸

⁶³⁷ Según el gobierno, el total de extranjeros no residentes legalmente en España alcanza a las 300.000 personas. Fuente: Jesús Caldera, Ministro del Trabajo y Asuntos Sociales, en Prensa, el 14 de febrero de 2008.

⁶³⁸ La operación aritmética consistió en sumar los extranjeros sin residencia legal en España (300.000), al total de extranjeros residentes e informados por el Ministerio del Trabajo e Inmigración en el año 2008

Tabla 3. Prevalencia de la Expulsión sobre extranjeros no residentes legalmente en España entre los años 2003-2008

Año	Total Extranjeros		
	Expulsiones	NRLE	Prevalencia (%)
2003	26	421	6,1
2004	242	1.516	15,9
2005	369	1.664	22,1
2006	781	2.025	38,5
2007	1.462	2.220	65,8
2008	1.749	2.742	63,7

Fuente: Elaboración propia a partir de información del Ministerio del Trabajo e Inmigración, Instituto Nacional de Estadística de España e información de prensa, en: www.ine.es y www.mtin.es.

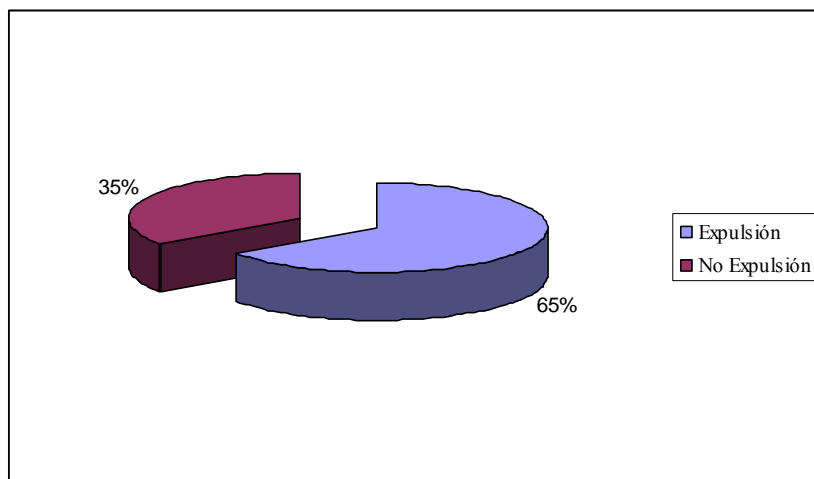
A diferencia de la Tabla 2, los resultados que se obtuvieron son más concluyentes en orden a plantear lo siguiente: a) La incidencia de la expulsión frente al total de condenados extranjeros no residentes legalmente, presenta un crecimiento constante en el tiempo analizado, salvo el último año (2008), que refleja una leve baja frente a la tendencia anterior; y b) La prevalencia, a contar del año 2006 en adelante, es significativa. Para ese año, un extranjero “sin papeles” de cada dos y media personas era condenado a la expulsión por sentencia penal. Esta cifra es duplicada en el año 2007 y 2008. No obstante estas elevadas cifras, y dando respuesta a la hipótesis de si la expulsión opera como regla general, se puede concluir que, si bien se aplica en la mayoría de los casos, esta no es la respuesta única y absoluta del sistema penal, toda vez que, en más del 30% de las situaciones, los tribunales optaron por la pena en lugar de la expulsión.

Por último, en relación a las 216 sentencias que se analizaron, se determinó cuantitativamente en cuántas de aquellas se acogió la expulsión por las Audiencias Provinciales, y en cuántas esta sanción no prosperó.

(4.169.086). Con el producto obtenido, determiné el porcentaje que representan los ilegales respecto del total de extranjeros (6,7%). Este factor, aplicado sobre el total de sentencias condenatorias de extranjeros, permitió obtener el total de residentes ilegales que fueron condenados.

Del total de 216 sentencias, en 141 de ellas (65%) se decretó la expulsión del extranjero encartado en proceso penal, y sólo en 75 (35%) la expulsión no tuvo cabida.⁶³⁹

Gráfico 2. Determinación cuantitativa de sentencias de expulsión.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Poder Judicial de España, en: www.poderjudicial.es

B) Tipología de delitos cuya pena ha sido sustituida por la expulsión

Con este epígrafe, intentamos desentrañar, en relación a las 216 sentencias revisadas, los delitos respecto de los cuales se renunció a la pena señalada por el legislador, en beneficio de intereses vinculados a la política de extranjería correctamente relacionada con el control de los flujos migratorios, los cuales se tradujeron en la expulsión del extranjero no residente legalmente en España.

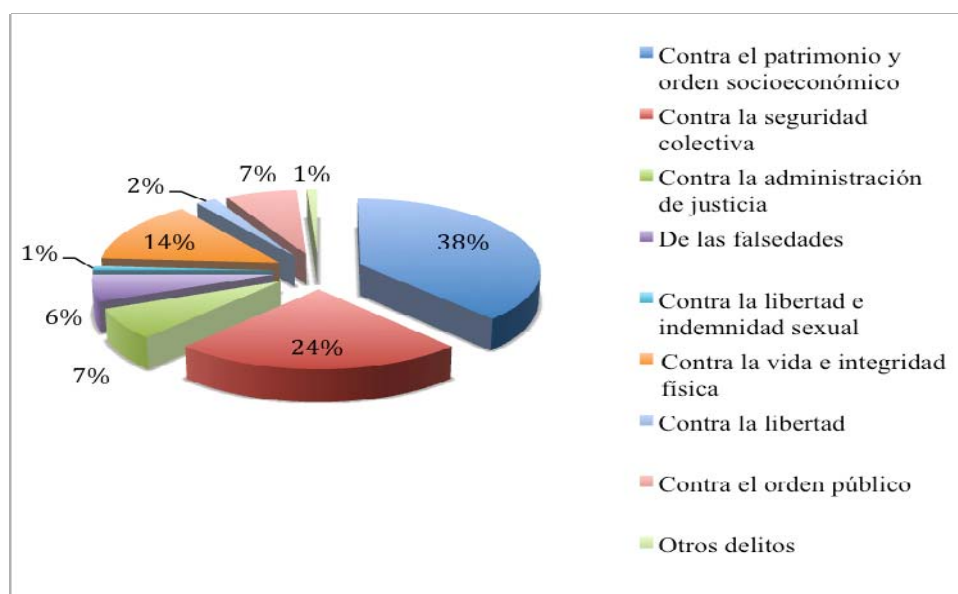
Para dar facilidad al análisis, se ha distribuido el total de casos analizados en 10 categorías de delitos (Delitos contra la vida e integridad física de las personas, Contra la libertad, Contra la libertad e indemnidad sexual, Contra el patrimonio y orden socioeconómico, Contra la seguridad colectiva, De las falsedades, Contra la administración de justicia, Contra el Orden Público y Contra otros tipos de delito), cuya división es aleatoria y no responde a ninguna categorización de importancias o preeminencia.⁶⁴⁰

⁶³⁹ Nótese que los resultados obtenidos guardan relación con los resultados alcanzados en la Tabla 3.

⁶⁴⁰ Sólo se presenta de esta manera, por ser los delitos de mayor frecuencia en el análisis de las sentencias.

Previo a entrar a analizar el objetivo propuesto, es menester indicar que expondremos la tipología delictual sólo respecto de las 141 sentencias en que la sanción de la expulsión fue acordada por la respectiva Audiencia Provincial. Esto, en razón de que lo que verdaderamente importa es determinar en qué clase de delitos la judicatura renunció lisa y llanamente a la pena, para dar cumplimiento a los fines de la política migratoria.⁶⁴¹ Como se advierte, los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, regulados entre los artículos 234 y 304 del Código Penal, lideran esta investigación, con un 38% de prevalencia. Son los delitos cuyas penas fueron más susceptibles de ser sustituidos por la expulsión.

Gráfico 3. División de extranjeros sujetos a expulsión por categoría de delitos.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Poder Judicial de España, en: www.poderjudicial.es

Lo sigue, con un 24%, los delitos contra la Seguridad Colectiva, regulados en los artículos 341 a 385 del Código Penal. En la especie, el delito con mayor representatividad son los delitos contra la salud pública y, específicamente, el ilícito de tráfico de drogas, que se presentó en 42 ocasiones.

⁶⁴¹ Se hace presente que la sentencia puede condenar por más de un delito, por lo que, para esta investigación, se tomó en cuenta el total de delitos individualmente sancionados.

En tercer y último término, se encuentran los delitos contra la vida e integridad física de las personas, con un 14% de prevalencia.⁶⁴²

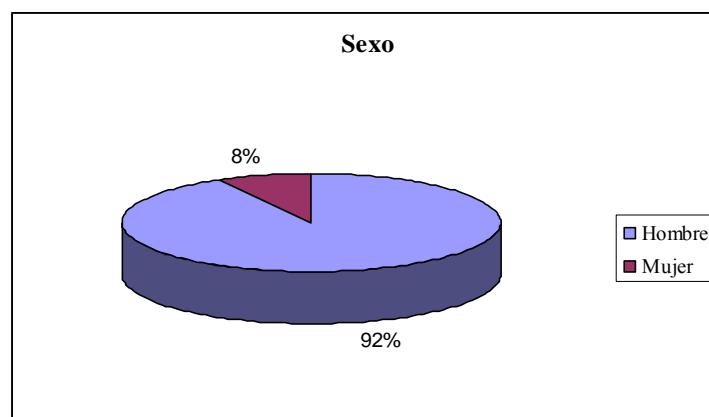
C) Características sociodemográficas del penado sujeto a expulsión

Como se dijo anteriormente, este objetivo versa sobre las 141 sentencias que acuerdan la expulsión. Se intenta describir características del penado tales como: sexo, edad, nacionalidad y condición de reincidencia penal.

I. Sexo del penado

Del total de 141 sentencias que sustituyeron la pena de prisión por la expulsión del extranjero sin residencia legal en España, se puede decir que no se refleja una gran diferencia con el resto de estudios empíricos criminológicos que sitúan o exhiben al género masculino, como el principal agente delictivo.⁶⁴³ En el presente análisis, del total de sentencias, se pudo establecer el sexo de 160 personas.⁶⁴⁴

Gráfico 4.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Poder Judicial de España, en: www.poderjudicial.es

⁶⁴² Esta jerarquización de delitos, en donde la expulsión tiene cabida como sustituto de la pena privativa de libertad, podría tener correspondencia con los delitos cuya ocurrencia son más comunes en España. A manera de ejemplo, según el Anuario de Estadística del Ministerio del Interior, durante el año 2008, los delitos contra el patrimonio lideraban las infracciones penales registradas vía denuncia en el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil. Lo siguen, en segundo lugar, las denuncias por tráfico de droga y, en tercer término, los delitos contra la vida e integridad física y libertad de las personas.

⁶⁴³ Para profundizar sobre el tema, véase GARRIDO; STANGELAND; REDONDO, *Principios, op. cit.*, p. 316 y ss.

⁶⁴⁴ La diferencia entre número de sentencias y género de las personas está dada porque una sentencia puede condenar a más de una persona extranjera.

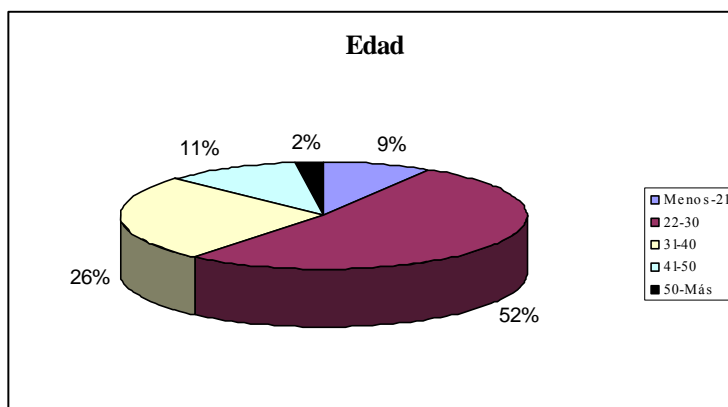
Los resultados muestran que el 92% de los casos, representativo de 147 personas, son de género masculino. En cambio, sólo el 8%, que representan 13 personas, son de género femenino.

Sin embargo, creo importante mencionar que, del total de 17 mujeres que se vieron expuestas ante la eventualidad que la sanción le fuese sustituida por la expulsión, sólo a 4 mujeres las Audiencias Provinciales les denegaron la sustitución y ordenaron el cumplimiento efectivo de la pena. En el caso de los varones, del total de 203 hombres, sólo respecto de 56 de ellos las Audiencias Provinciales desestimaron la posibilidad de expulsión.

II. Edad del penado

Para una mejor comprensión, se ha distribuido la edad de los penados en 5 líneas o franjas etarias. Se pudo establecer, de las 141 sentencias que acordaron la expulsión, sólo la edad de 46 personas.

Gráfico 5.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Poder Judicial de España, en: www.poderjudicial.es

Conforme se puede advertir del Gráfico 5, el 52% de los condenados, cuya pena fue sustituida por la expulsión, se encontraban en el rango de edad entre los 22-30 años (la delincuencia entre jóvenes de 16 a 22 años es 5 ó 6 veces superior a la que podemos

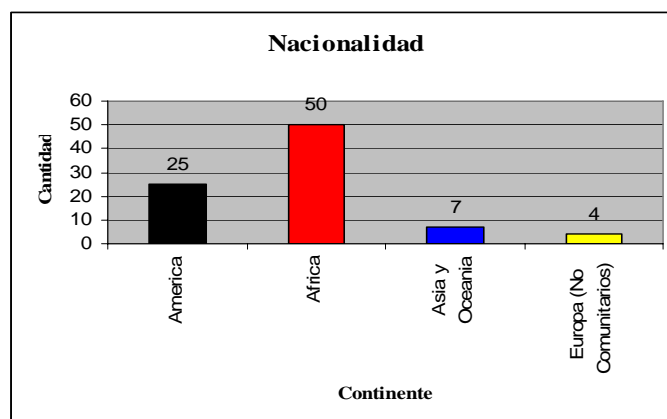
encontrar entre individuos de edades superiores a estas).⁶⁴⁵ Lo siguen, con 26%, las personas que se encuentran en el rango etario entre 31-40 años. Tanto el extremo inferior (menores de 21 años), como el extremo superior (mayores de 50 años), constituyen los grupos con menos representatividad, un 9% y 2%, respectivamente. Aún siendo pequeña la muestra, ésta se condice plenamente con los estudios criminológicos empíricos sobre las características etarias de la figura del delincuente.⁶⁴⁶

III. Nacionalidad del penado

De acuerdo a los datos recabados, se pudo advertir la nacionalidad de 86 personas. Estos orígenes, para una mejor intelección, y con el objeto de evitar estigmatizaciones, se dividen conforme al continente de procedencia del penado sujeto a expulsión.

Los resultados obtenidos nos muestran que el 58% de los penados sujetos a expulsión, tienen procedencia de África. Le sigue a este continente, América, con el 29%. Luego, se presenta Asia y Oceanía, con el 8%, y finalmente, Europa no comunitaria, con el 5%.

Gráfico 6.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Poder Judicial de España, en: www.poderjudicial.es

Estos resultados no tienen como correlación el número de extranjeros que se presenta por continente cada año en España, como tampoco el número de condenados. Por ejemplo, durante el año 2008, el total de procedentes de África que registra de manera

⁶⁴⁵ Cfr. GARRIDO; STANGELAND; REDONDO, *Principios, op. cit.*, p. 309.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 310 y ss.

regular el Ministerio del Trabajo e Inmigración, es de 922.635 personas, y para América, 1.354.158 personas.⁶⁴⁷ Por su parte, los condenados para el mismo año 2008, de acuerdo a lo informado por el Instituto Nacional de Estadística de España, se evidencia que el total de condenados de África asciende a 14.556 personas, en circunstancias que los de América alcanzan las 22.495 personas.⁶⁴⁸

De estos resultados, probablemente, podemos inferir que los extranjeros sujetos a expulsión no encuentran su justificación o correlación en la cantidad de personas de ese continente que se encuentran asentados en España, o en el mayor número de condenados de ese continente. Una posible explicación de por qué los provenientes de África son más susceptibles de ser sujetos de expulsión, por sobre el resto de los continentes, podría obedecer al difícil proceso cultural de integración que afecta a este colectivo. El idioma, religión, costumbres, más una serie de tópicos inherentes a ese grupo social, son sinónimos de *enemistad* más que de acercamiento.

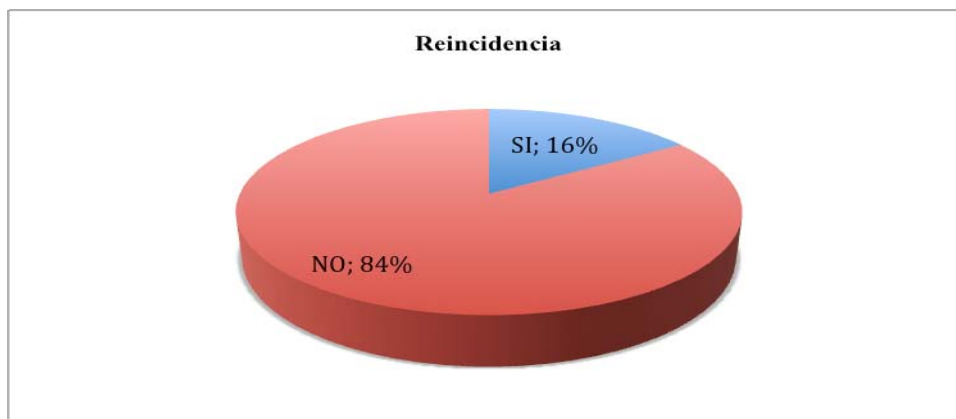
IV. Reincidencia

De las 141 sentencias que se observaron, donde se acordó la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, sólo se pudo contabilizar la existencia de antecedentes penales previos en 104 sentencias. Aquellas en donde los datos se consignaban, se pudo verificar que la gran mayoría de personas condenadas a pena de prisión, sustituida por la sanción de expulsión, las cuales representan el 84%, no eran reincidentes. En tanto, el restante 16% estaba constituido por personas que registraban antecedentes penales pretéritos al momento de la sentencia de expulsión.

⁶⁴⁷ Vid. Anuario Estadístico del año 2008, en: <http://www.mtas.es/> [visitado el 15/01/2010].

⁶⁴⁸ Vid. Estadística de Seguridad, Total condenados del año 2008, en: <http://www.ine.es> [visitado el 15/01/2010].

Gráfico 7.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Poder Judicial de España, en: www.poderjudicial.es

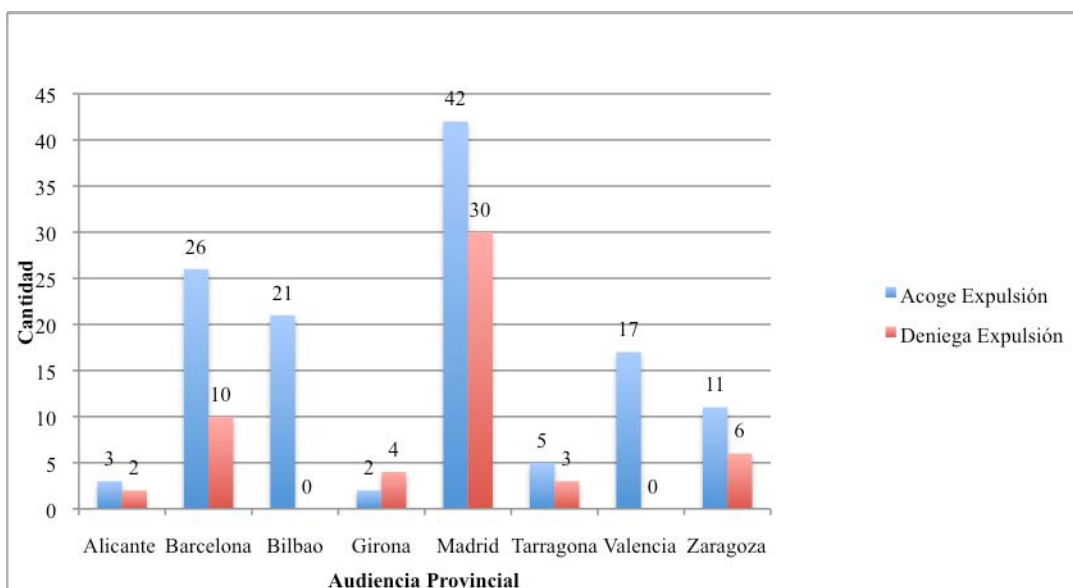
Otra conclusión a la que se puede arribar, es que si pensamos en la expulsión como una sanción que se aplica como sustituto de las penas de prisión inferiores a seis años, ciertamente debe ser la única sanción que no puede suspenderse su ejecución, pese a que la gran mayoría de los condenados —a lo menos para el presente análisis— ha delinquirido por primera vez.

3.8.3. La expulsión según las Audiencias Provinciales

En el siguiente acápite, pretendemos describir la posición de las diversas Audiencias Provinciales españolas frente a la expulsión. Es decir, cuantificar la tendencia de estos tribunales al momento de decidir sobre la aplicación o no de esta sanción.

Como ya hemos expresado en reiteradas oportunidades en este capítulo, el universo de sentencias sobre las que se obtuvieron los resultados correspondió a 216, pero el presente análisis se basó sólo en Audiencias que hayan emitido al menos 4 sentencias judiciales, pues con un número inferior de ellas es muy dificultoso poder estimar o descartar alguna tendencia positiva o negativa en torno a la expulsión. Tampoco estimamos que con ese número de sentencias u otro mayor podamos establecer alguna conclusión en términos categóricos, pero servirá, a lo menos, para proponer plausibles hipótesis o ser indicativo de una determinada corriente o posición jurisprudencial.

Gráfico 8.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Poder Judicial de España, en: www.poderjudicial.es

De lo observado en el Gráfico 8, se puede destacar que tanto la Audiencia Provincial de Bilbao como la de Valencia, presentaron una estricta aplicación de la expulsión. Para ambos órganos jurisdiccionales, del total de casos ingresados durante el primer semestre del año 2008 —21 en la primera y 17 en la segunda—, no hubo denegación alguna de esta sanción. En una primera lectura, se podría pensar que en ambas Audiencias operó la automaticidad prescrita por el legislador penal vía reforma de LO 11/2003. Sin embargo, las causas de la posición favorable a la expulsión que presentan ambos tribunales pueden obedecer a multicausas, tales como las circunstancias concretas de ese tiempo medido. Para poder arribar a una conclusión más acertada o con menor sesgo, se debe medir lo sucedido en un espacio temporal mayor y no sólo de seis meses, que fue el período de este estudio.

A la otra conclusión que podemos arribar es que con respecto a la posición dominante, a nivel de Audiencias Provinciales, estas fueron proclives a acceder a la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España. Tratándose de la audiencia de Madrid, esta tendencia se presentó en el 58,3% de los casos, y en la de Barcelona, en el 72,2% de las situaciones.

A) La Automaticidad en la expulsión

Intentaremos contestar la pregunta de si la expulsión se aplicó por los tribunales examinados de manera automática, al darse los requisitos objetivos y subjetivos, latamente analizados con anterioridad.

Prima facie, la cual viene dada por las cifras de expulsiones frente a las condenas de extranjeros (véase Tabla N° 2) —binomio lógico donde la condena precede a la expulsión y es requisito *sine qua non* para ella—, se puede decir, categóricamente, que las expulsiones no mostraron un comportamiento simétrico a las condenas. De este modo, no se pudo dar por establecida la automaticidad.

Los resultados que se obtuvieron no sólo son dispares, sino absolutamente distantes el uno del otro. Como ejemplo, en el año 2008, la cantidad de expulsiones decretadas no constituye siquiera el 5% del total de condenados para el mismo período. Sólo haciendo una prognosis (ver Tabla N° 3), podríamos obtener cifras más explicativas de la automaticidad de la expulsión, como el 63% del año 2008, pero ésta tampoco dio cuenta que la expulsión era la regla general y mecánica que se pretendía.

Se podría pensar que, con estas cifras, no podemos contestar la interrogante relativa a la automaticidad de la expulsión dado que se ignora el desglose, o mejor dicho, la conformación detallada del número de condenados. Por ejemplo, no se sabe sobre el particular, si la integran extranjeros con residencia legal en España o ciudadanos comunitarios de la Unión Europea; en ambos casos se configura una excepción a la aplicación irrestricta de la expulsión y su incidencia podría afectar los resultados obtenidos.

Por lo tanto, para despejar cualquier duda que permita contestar la interrogante, fue menester realizar un análisis centrado en el fondo de la sentencia misma y, más específicamente, en la exégesis que efectuó el sentenciador para acordar o rechazar la expulsión. Así, para afirmar que estamos en presencia de una sanción que se configura como la regla general, la fundamentación del sentenciador debía versar sobre el mandato normativo; en otras palabras, la razón o motivo que sirve de sustento a la expulsión, no puede ser otra que la propia ley.

Como las motivaciones que pueden fundar una sentencia pueden ser incalculables y de variada índole, nos propusimos clasificarlas en diversos grupos, y al interior de cada uno de ellos en subgrupos, como se expresa de la manera siguiente:

1. Motivaciones favorables a la expulsión.

- a) Motivación objetiva: Carácter imperativo del artículo 89 del CP. Impone al juez o tribunal un deber de expulsar, cumplido los requisitos legales.
- b) Motivación subjetiva: El extranjero no acredita arraigo, circunstancias personales y familiares en España.
- c) Motivación procesal o formal: La audiencia para que el extranjero acredite arraigo o circunstancias personales o familiares en España, puede celebrarse en etapa de ejecución.
- d) Otras motivaciones.

2. Motivaciones que deniegan la expulsión.

- a) Motivación objetiva: a.1) Pena cumplida. Por ejemplo, con el tiempo que estuvo privado de libertad, estando sujeto a prisión provisional; a.2) La naturaleza de la pena impuesta. Por ejemplo, se impone una pena de multa, en circunstancias que sólo se puede sustituir las penas privativas de libertad; a.3) La naturaleza del delito es grave y es necesario el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad.
- b) Motivación subjetiva: El extranjero tiene arraigo, circunstancias personales y familiares en España, o el extranjero está en proceso de regularización administrativa. Por ejemplo, el extranjero está en espera de la resolución que aprueba su residencia.
- c) Motivación procesal o formal: Falta de audiencia para establecer el arraigo, circunstancias personales y familiares del extranjero.
- d) Otras Motivaciones.

Mediante esta clasificación, se podrá adscribir cada sentencia a un grupo —Motivación que acuerda o deniega la expulsión— y a cada subgrupo respectivo. Con ello, se establecerá el criterio o fundamentación de la respectiva Audiencia Provincial, a la hora de decidir si adopta o deniega la expulsión del extranjero.

Tabla 4. Criterios favorables a la expulsión.

Favorable a la Expulsión	
Motivación Objetiva	54
Motivación Subjetiva	28
Motivación Procesal	6
Otras	9

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Poder Judicial, en: www.poderjudicial.es

Partiendo de las 141 sentencias que acordaron la expulsión, se sustrajeron 44 por corresponder su fundamentación a razones no relacionadas con lo que se pretende probar en esta investigación.⁶⁴⁹

Luego de realizada esta sustracción, debemos señalar que de las 97 sentencias restantes, la fundamentación mayoritaria —al menos técnicamente— de las distintas Audiencias Provinciales, para acoger la expulsión de un extranjero no residente legalmente en España, fue de carácter objetivo. Esto quiere decir que, en el 55,6% de las sentencias revisadas, el órgano jurisdiccional fundó su sentencia, en la cual ordenaba la expulsión, en el carácter imperativo del artículo 89 del CP, sin perjuicio de cumplir con todos los requisitos legales y además, en algunos casos, con ocasión del silencio del acusado en torno a la expulsión.⁶⁵⁰ El segundo argumento para disponer la expulsión, con un 28,8% de reconocimiento, fue de naturaleza subjetiva, específicamente la ausencia de arraigo del penado en España.⁶⁵¹ En tercer lugar, sirvió de fundamentación, con un 9,2%, el subgrupo clasificado como “Otras Motivaciones”, dentro del cual se encuentran distintas respuestas del órgano jurisdiccional, tales como la petición de expulsión o conformidad del penado, la existencia de un decreto administrativo que ordena la expulsión, etc. Finalmente, con un 6,1%, la motivación procesal sirvió de fundamento

⁶⁴⁹ Las sentencias no consideradas decían relación con el rechazo que realizó cada tribunal a la apelación, fundada en la existencia de una errónea valoración de la prueba, la cual, en los casos investigados, fue el argumento de mayor utilización para impugnar la sentencia condenatoria y, por consiguiente, la sustitución de la pena por la expulsión.

⁶⁵⁰ Entre otras, SAP Madrid 2095/2008, SAP Valencia 2708/2008, SAP Alicante 1539/2008, SAP Girona 444/2008 y SAP Murcia 1271/2008.

⁶⁵¹ Vid. SAP Madrid 6965/2008, SAP Barcelona 6346/2008, SAP Valencia 2444/2008, SAP Asturias 2522/2008 y SAP Almería 808/2008.

para acordar la expulsión del extranjero. Esta se configuró en el hecho de que se puede ordenar la expulsión y luego, en etapa de ejecución de la sentencia, se puede llevar a cabo la audiencia del penado para determinar o no su arraigo en España.

Por otra parte, se analizaron las motivaciones de 75 sentencias que desestimaron la expulsión, de las cuales se sustrajeron 13 de ellas por absolución del imputado, de manera que sólo 62 fueron objeto de estudio.

Tabla 5. Criterios sobre la expulsión desestimada.

Deniega la Expulsión	
Motivación Objetiva	11
Motivación Subjetiva	6
Motivación Procesal	26
Otras	19

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Poder Judicial, en: www.poderjudicial.es

Con un 41,9%, el argumento que más se utilizó en las sentencias para desestimar la expulsión del extranjero fue de naturaleza procesal, esto es, los tribunales recurrieron a la falta de audiencia que determinase la condición del extranjero en España.⁶⁵² Luego, le sigue con un 30,6% variadas e inclasificables motivaciones, tales como: la pena tiene un efecto reinsertador; la pena no amerita la expulsión; no se solicitó la expulsión por Ministerio Fiscal; no se acredita la condición de residente ilegal; la sentencia no se pronuncia sobre la expulsión; el extranjero no ha cumplido con los requisitos objetivos (falta cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la condena); falta de requisitos subjetivos (extranjero es comunitario); etc. Posteriormente, con un 17,7%, siguen las motivaciones de carácter objetivo, dentro de las cuales se consignan, de manera descendente: la naturaleza del delito requiere el cumplimiento de la pena privativa de libertad (6 sentencias); sólo son sustituibles las penas privativas de libertad (3 sentencias); y la pena se encuentra cumplida, por lo que no hay pena que sustituir (2 sentencias). En último término, se encuentra la motivación subjetiva, con un 9,6%, referida

⁶⁵² Vid. SAP Girona 130/2008, SAP Girona 133/2008, SAP Zaragoza 1131/2008, SAP Madrid 7840/2008 y SAP Palmas de Gran Canaria 1514/2008.

exclusivamente en la acreditación del arraigo en España, por parte del extranjero, o en el proceso de regularización administrativa.

4. El sistema penitenciario español y los extranjeros

En el sistema penitenciario español, la población extranjera reclusa es considerablemente alta, *verbigracia*, en Cataluña esta población representa el 45,4% del total de internos.⁶⁵³

Según últimos estudios, y específicamente el buen trabajo de CAPDEVILA y FERRER,⁶⁵⁴ en el año 2007, en los Centros penitenciarios catalanes, en relación al género, el 93,2% de los internos extranjeros eran hombres (proporción muy similar a la de los autóctonos que era del 92,6%). La media de edad de los extranjeros, tanto en relación al primer ingreso en la cárcel (27,3 años) como en la edad de entrada del ingreso base, es decir, la sanción más grave que estaba cumpliendo en 2007 (31,3 años), era también similar a la de los últimos datos disponibles en relación a la población española (resultados de 2002).

Los extranjeros que ingresaron por primera vez en la cárcel en Cataluña, suponían el 75% de los extranjeros encarcelados en el año 2007 (con un aumento del 23,2% respecto al año 2002). El porcentaje de preventivos entre los extranjeros encarcelados era del 35,6% (frente al 14,1% de los autóctonos). Los delitos principales por los cuales se encontraban ingresados en prisión eran los relacionados con el tráfico de drogas (35,7%), seguido de los delitos contra la propiedad (32,6%), contra las personas (14,3%), otros delitos (11,9%) y, por último, contra la libertad sexual (5,5%). En 2007, aumentó significativamente el uso de la violencia en el delito cometido por los extranjeros (32,2% en el año 2007, frente al 8,2% del año 2002).

Otro importante hallazgo del que ya nos ocuparemos, dice relación al régimen penitenciario, donde disminuyó el porcentaje de permisos ordinarios concedidos a los extranjeros, en el intervalo de tiempo entre el año 2002 y el año 2007 (una disminución de 15,5 puntos: del 41% en el año 2002, al 25,5% en el año 2007), y también el porcentaje de salidas programadas (disminuyó 4,8 puntos: del 15% en el año 2002, al

⁶⁵³ Información obtenida de la investigación de CAPDEVILA, Manuel; FERRER PUIG, Marta. “Extranjeros en centros penitenciarios catalanes y su trayectoria de vida”, *Instituto andaluz interuniversitario de Criminología*, octubre, n.º 138, artículo 6 (2012), pp. 1-9; Conforme a las estadísticas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, a septiembre de 2012, el total nacional de reclusos era de 69.427, de los cuales más de un tercio (23.345) es extranjero.

⁶⁵⁴ CAPDEVILA; FERRER, “Extranjeros en centros penitenciarios catalanes”, *op. cit.*, p. 2.

10,2% en el 2007).⁶⁵⁵

Cabe destacar que en los dos últimos años, la población penitenciaria extranjera ha disminuido considerablemente.⁶⁵⁶ Esto se debe posiblemente al aumento que ha experimentado la expulsión como sustitutivo de la pena y que ya dejásemos de manifiesto *supra*, como también a la disminución de la población extranjera en España, debido a la crisis económica, lo que ha llevado a muchos extranjeros a retornar a sus países de origen.

De vuelta a nuestro tema de la victimización de los inmigrantes como sujeto activo de delito, y especialmente bajo el estatus de penado recluido, revisaremos la experiencia penitenciaria de este colectivo, la cual tiende a ser aparentemente más gravosa. Frente a esto, nos hemos planteado como premisa, en términos cuantitativos y cualitativos, demostrar la discriminación que afrontan los extranjeros para poder acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional.

4.1. El tercer grado penitenciario: el régimen abierto ordinario y el régimen abierto restringido

El sistema penitenciario español está organizado en un sistema progresivo distribuido en grados. La clasificación del penado en el tercer grado implica el acceso a un régimen de cumplimiento abierto o de semilibertad, según explicaremos, y está orientado a la resocialización del penado.⁶⁵⁷

El régimen abierto se aplica a los reos clasificados en tercer grado, y se puede cumplir en: a) un centro abierto o de inserción social, b) en secciones abiertas de un centro penitenciario polivalente, c) en unidades dependientes, que consisten en instalaciones residenciales situadas fuera de los recintos penitenciarios e incorporadas funcionalmente a la Administración Penitenciaria, mediante la colaboración de las entidades públicas o privadas (art. 80.4º RP).

⁶⁵⁵ El estudio también muestra que la adaptación de los extranjeros a la normativa y al régimen penitenciario es mejor que la que tienen los internos autóctonos, si se toma como indicadores el número de incidentes (0,5 incidentes de media para los extranjeros frente al 1,6 de media de los españoles), el número de faltas (1,5 de media para los extranjeros frente al 3,4 de media de los españoles) y el número de sanciones (1,1 de media para los extranjeros frente al 2,7 de los españoles).

⁶⁵⁶ Conforme las estadísticas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, desde el año 2009 (27.145 en septiembre) al 2012 (23.345 en septiembre), la población extranjera recluida en toda España ha experimentado una baja de un 14%.

⁶⁵⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep María; *et al. Curso de Derecho penitenciario*, 2ª Ed. Valencia: Tirant, 2005, p. 276.

El cumplimiento de tercer grado considera dos modalidades: el régimen abierto ordinario y el régimen abierto restringido. En el primero, el recluso pernocta en prisión y trabaja en el exterior durante el día. El segundo es para penados de tercer grado con peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o condiciones personales especiales. En esta modalidad, la Junta de Tratamiento determina el régimen de vida de cada interno, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que se deban observar. En general, está previsto para personas con imposibilidad de realizar un trabajo en el exterior (art. 82 RP).

Tratándose de penados extranjeros, su clasificación en tercer grado es difícil, en tanto este grado de progresión supone como requisito de concesión que estas personas tengan una actividad laboral en el medio libre. En la especie, el extranjero, al estar condenado penalmente, tiene imposibilidad de optar a un permiso de residencia y trabajo, requisito *sine quanon* para acceder a un trabajo y, por consiguiente, a su clasificación en tercer grado.⁶⁵⁸

Además de la imposibilidad de acceder a un trabajo para su clasificación en tercer grado, los extranjeros encuentran otros inconvenientes para la progresión, como lo es el riesgo de fuga, por carecer de arraigo en España y de vínculos familiares.⁶⁵⁹

Pese a las dificultades de encontrar datos en las estadísticas penitenciarias de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, las cuales no permiten conocer de manera desagregada y longitudinal, en período de años, los penados extranjeros que acceden al tercer grado, las estadísticas del Servicio Penitenciario del Departamento de Justicia de Cataluña nos entregan información sobre la existencia de algunos rasgos de discriminación, en la clasificación de extranjeros en el tercer grado penitenciario.

De acuerdo a la Tabla 6, donde se dividen los penados españoles y extranjeros, y cuántos de aquellos fueron clasificados en el tercer grado penitenciario entre los años 2000 y 2010, se evidencia una media para el período respectivo de 20,7% de españoles y de 17,8% de extranjeros.

Tabla 6. Penados españoles y extranjeros, y acceso al tercer grado penitenciario. Año 2000 – 2010.

Año	Penados españoles	3° G. españoles	%	Penados extranjeros	3° G. Extranjeros	%
2000	4.725	930	19,6	852	139	16,3
2001	4.755	894	18,8	1.025	164	16
2002	4.922	1.042	21,1	1.204	227	18,8

⁶⁵⁸ Cfr. MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal*, op. cit., p. 326; Vid. Art 31.4 LEX.

⁶⁵⁹ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, op. cit., p. 462 y ss.; VARONA, “Extranjería”, op. cit., p. 72.

2003	5.209	1.112	21,3	1.483	268	18,1
2004	5.469	1.215	22,2	1.720	381	22,1
2005	5.462	1.192	21,8	1.906	396	20,7
2006	5.609	1.249	22,3	2.183	472	21,6
2007	5.626	1.119	19,8	2.426	494	20,4
2008	5.853	1.212	20,1	4.198	597	14,2
2009	5.955	1.258	21,1	4.570	664	14,5
2010	5.874	1.208	20,1	4.646	635	13,6

Fuente. Elaboración propia con datos del Servicio Penitenciario del Departamento de Justicia de Cataluña

Si bien las diferencias pudiesen no ser significativas para algunos, lo cierto es que hay un trato diferenciado para ambos grupos, el cual es mayormente palpable en los últimos tres años de medición (2008, 2009 y 2010), donde la diferencia da cuenta que por cada 100 personas, hay 20 españoles que son clasificados en el tercer grado, en circunstancias que los extranjeros sólo llegan a 14 para el mismo índice.

En consecuencia, se advierte una discriminación con la consecuente victimización para los extranjeros y que respondería, probablemente, en la imposibilidad de que estos encuentren un trabajo o actividad laboral en el medio libre. De ser así, un trámite administrativo impide que autóctonos y extranjeros se encuentren en la misma posición jurídica y alcancen la orientación resocializadora del sistema penitenciario español, que pregonaba la Constitución española en su artículo 25.

4.2. La libertad condicional

4.2.1. Consideraciones previas: Concepto, naturaleza jurídica y requisitos

La libertad condicional es la última fase del cumplimiento de la condena. Supone la salida en libertad o excarcelación hasta la finalización total de la condena; libertad que queda condicionada a que no se cometa delito ni se incumplan las reglas de conducta impuestas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, hasta la extinción de la pena.

Desde la óptica histórica, la libertad condicional se gesta como consecuencia del desarrollo del sistema progresivo.⁶⁶⁰ Las razones que pueden fundamentar la libertad condicional obedecerían a características preventivo-especiales. En este sentido, esta institución respondería a fines de reinserción social, reeducación y control. Se erige

⁶⁶⁰ Cfr. TAMARIT SUMALLA, *et al*, *Curso, op. cit.*, p. 342. “El sistema progresivo es un modelo forjado en Europa en el siglo XIX, que obedecía a la preocupación para alcanzar un sistema más dinámico y orientado hacia una finalidad reformadora o correctiva.”

como el paso gradual del penado al medio libre, y la reinserción de éste en el entorno social.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, si bien la libertad condicional está regulada en el Código Penal, es teóricamente una institución penitenciaria. A tales efectos, es considerada por la Ley Orgánica General Penitenciaria como la última fase del tratamiento, y se encuadra dentro del sistema de individualización científica (art. 72 LOGP). En ningún momento el liberado condicional rompe la relación de sujeción especial que le une a la administración penitenciaria.

También la discusión se ha centrado en considerar a la libertad condicional como un derecho subjetivo del penado, frente a otros que la sitúan como un acto de gracia o beneficio penitenciario.⁶⁶¹ Sin embargo, conforme a los criterios aprobados en la VII Reunión de los Jueces de Vigilancia penitenciaria, de septiembre de 1993, “la libertad condicional es una forma específica de cumplimiento de la condena de privación de libertad, que se configura como un derecho del interno, condicionado a que concurren los requisitos establecidos por la Ley, de manera que, cuando aquél los reúna, la Junta de Régimen y Administración del establecimiento deberá elevar al Juez de Vigilancia el expediente correspondiente”.⁶⁶² Sin perjuicio de aquello, la discusión parece ser ficticia y estéril en utilidad práctica, al establecer el propio Reglamento Penitenciario, en su artículo 4.2 letra h), “*El derecho de los internos a los beneficios penitenciarios*”. En cualquier caso, independiente de lo establecido en el Reglamento Penitenciario (en el título VIII del RP, que agrupa los artículos 192 a 206, y que lleva por título “De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios”), y considerando la libertad condicional como un beneficio penitenciario, en cuanto supone un menor tiempo de encarcelamiento, ello no implica que se trate de una institución cuya concesión es facultativa para la autoridad.

A su vez, entender la libertad condicional como preceptiva para el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en tanto concurren los requisitos previstos por la ley para su concesión, no tiene por qué significar la automaticidad de su aplicación. A esta afirmación llegamos al entender que los requisitos establecidos por el legislador no son objetivos, sino más bien subjetivos. Conceptos como buena conducta y pronóstico favorable de

⁶⁶¹ Entre los primeros, TAMARIT, GARCÍA, RODRÍGUEZ y SAPENA; y entre los segundos, QUINTERO OLIVARES la considera un beneficio por ser potestativa, o sea, admite cierta discrecionalidad de parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria, aún cuando concurren todas las circunstancias que se establecen para su aplicación.

⁶⁶² Criterios de actuación aprobados en la VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, 1993, epígrafe 53; TAMARIT, *et al*, *Curso, op. cit.*, p. 344.

reinserción social, obedecen a interpretaciones individuales, que si bien deben ser estrictamente motivadas, dependen, al fin y al cabo, de la exégesis subjetiva del intérprete.

Los requisitos para que una persona pueda disfrutar de la libertad condicional están establecidos en los artículos 90, 91 y 92 Código Penal (reformado por LO 7/2003, de 30 de junio), y se encuentra complementado por la Ley de 23 de julio de 1914, sobre libertad condicional.

En especial, los requisitos que deben cumplir los penados para acceder a la libertad condicional son:

- a) *Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.*
- b) *Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.*
- c) *Que hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable a la reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes.*⁶⁶³

No obstante, el Código Penal, con carácter excepcional, en su artículo 91 prevé que pueda otorgarse la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que, cumpliendo los requisitos antedichos y contemplados en el artículo 90, cuya transcripción antecede, hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

Por su parte, el artículo 92 establece otras dos excepciones para poder acceder a la libertad condicional para aquellos penados que, a pesar de no haber extinguido las tres cuartas partes de la condena, o en su caso las dos terceras partes, cumplan con el resto de las exigencias que para ello se fijan en el artículo 90. En particular, nos estamos refiriendo a los penados que hayan cumplido los 70 años o alcancen dicha edad durante

⁶⁶³ No se entenderá cumplida esta circunstancia si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil, conforme a los artículos 72.5 y 6 de la LOGP. Asimismo, en el caso de condenados por delitos de terrorismo, de la sección 2ª del capítulo V, del título XXII, del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas y, además, haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia, y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y de actividades de asociaciones y colectivos ilegales que rodean a la misma, y su colaboración con las autoridades.

la extinción de la pena. Lo mismo se aplica, también, a los enfermos muy graves con padecimientos incurables.

4.2.2. Libertad condicional de extranjeros

La ley no establece una modalidad específica de libertad condicional para los extranjeros, sino sólo el Reglamento Penitenciario, que en su artículo 197 prevé la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autorice al extranjero residente ilegal en España, el cumplimiento del período de libertad, sujeto a condición en su país de origen o de residencia. No está demás advertir que la ley no dice nada respecto del extranjero que cuenta con residencia legal en España, y la posibilidad de que éste pueda cumplir la libertad condicional en su país de origen. Creemos que existiría un agravio para este sujeto, en comparación con el extranjero ilegal, quien sí puede acceder a esa posibilidad.⁶⁶⁴

El cumplimiento del período de libertad condicional en el país de origen o residencia, cuando éste es diferente al del lugar donde se está cumpliendo una condena, es una posibilidad que ha sido regulada, a nivel europeo, en el seno del Consejo de Europa.⁶⁶⁵ También, España ha firmado diversos convenios bilaterales para el seguimiento y control de los libertos condicionales.⁶⁶⁶

Como bien precisa TÉBAR VILCHES, ni el Código Penal español ni el Reglamento Penitenciario indican los requisitos para los supuestos de concesión de la libertad condicional de los extranjeros, por lo que debe entenderse que son los mismos estipulados en el artículo 90, 91 y 92 del Código Penal, dependiendo de la modalidad a la que se acceda.⁶⁶⁷

⁶⁶⁴ TÉBAR VILCHES, Beatriz. *El modelo de la libertad condicional español*, Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2004, p. 190. No obstante que la ley no lo regula, considera que los extranjeros con residencia legal en España, también pueden acceder a esta posibilidad dado el fundamento de reinserción del art. 197.1 RP.

⁶⁶⁵ Convenio sobre la supervisión de condenados en libertad condicional, de Estrasburgo, de fecha 30 de noviembre 1964, del cual España no es signataria. El Convenio permite, sobre el territorio de un Estado parte, la puesta en ejecución de medidas condicionales: suspensión del pronunciamiento de la pena; remisión condicional; *probation*; liberación anticipada o medidas análogas, simultáneas o posteriores a la condena, impuestas por otro Estado contratante. Esto posibilita que personas extranjeras o residentes en el extranjero puedan beneficiarse de tales instituciones, evitando su cumplimiento en medio cerrado, sin alternativa alguna, una vez que la vigilancia de la ejecución de la medida, en el país de residencia del condenado, resulta asegurada; Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho también en Estrasburgo, el 21 de marzo de 1983. Ratificado por España, por Instrumento de 18 de febrero de 1985 (BOE de 10 de junio de 1985).

⁶⁶⁶ Cfr. TÉBAR, *El modelo*, op. cit., p. 189.

⁶⁶⁷ *Ibidem*.

Para la tramitación del expediente de libertad condicional ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, es un requisito *sine qua non* el consentimiento previo y por escrito del condenado extranjero. Asimismo, el Reglamento Penitenciario regula la posibilidad de que se pueda solicitar a las autoridades del país de origen del penado, medidas de seguimiento y control previstas en su legislación interna, para el goce de la libertad condicional.⁶⁶⁸

4.2.3. El acceso de los extranjeros a la libertad condicional

De partida, podemos afirmar que existe un trato discriminatorio en la legislación española que no permitiría al extranjero acceder a la libertad condicional, como sí lo hace con respecto a los autóctonos. Por ello, nos hemos planteado, en primer lugar, probar este enunciado y, en seguida, establecer por qué se presenta este trato diferente. En efecto, según podemos advertir en la Tabla 7, el total de penados extranjeros (en el indicador de penados extranjeros no se incluyen a los preventivos) que en el período 2001-2009 pudieron acceder a la libertad condicional, mostró un franco aumento. Si a comienzos de la década, 1 de cada 16 penados extranjeros podía acceder a la libertad con este mecanismo, al final del período esta cifra mejoró, permitiendo que 1 extranjero por cada 12, alcanzara la libertad condicional.

Tabla 7. Libertades condicionales a penados extranjeros. Año 2001–2009.

	Penados Extranjeros	Libertad Condicional Extranjeros (Art. 197 del Reglamento Penitenciario)	Libertad Condicional Extranjeros en España	Total Libertad Condicional Extranjeros	Porcentaje de Libertad Condicional
2001	4895	249	N/I	249	5,1
2002	5916	432	N/I	432	7,3
2003	7128	455	N/I	455	6,3
2004	8471	367	N/I	367	4,3
2005	9223	434	N/I	434	4,7
2006	10318	385	562	947	9,1

⁶⁶⁸ Vid. Artículo 197 RP.

2007	11664	380	649	1029	8,8
2008	13522	423	746	1169	8,6
2009	15710	500	868	1368	8,7

Fuente. Elaboración propia con datos de Informe general 2004, 2006 y 2010. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Sin perjuicio de lo anterior, y de una lectura preliminar de los datos, aparentemente existiría no sólo una notable mejoría en la posibilidad que los penados extranjeros accedan cada año a la libertad condicional, sino también el espejismo de que reciben un trato igualitario. Sin embargo, este comportamiento no es tal, debido a que hay que analizar, o mejor dicho, correlacionar las cifras a la luz de los datos globales de españoles penados (al igual que con los extranjeros, no se incluyen los españoles preventivos) y, de esta manera, se podrá establecer si los extranjeros tienen un trato igualitario al de los autóctonos. En esta senda, como se desprende de la Tabla 8, a comienzos de la década analizada y a fines de la misma, 1 de cada 6 españoles accede a la libertad condicional. Planteado el análisis desde este punto de vista, existen notorias diferencias en el trato que se dispensa a uno u otro colectivo. Los ciudadanos españoles prácticamente triplican en posibilidades a los extranjeros en el acceso a la libertad condicional.

Tabla 8. Libertades condicionales a penados españoles. Años 2001–2009.

	Penados Españoles	Libertad Condicional Españoles	Porcentaje de Libertad Condicional
2001	26530	4620	17,4
2002	27733	4548	16,4
2003	29235	4125	14,1
2004	30906	4590	14,9
2005	31025	4067	13,1
2006	31394	4182	13,3
2007	31303	5164	16,5

2008	32130	5134	16
2009	35241	5817	16,5

Fuente. Elaboración propia con datos de Informe general 2004, 2006 y 2010 (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias), y cifras obtenidos desde otros autores.⁶⁶⁹

Ahora bien, sería lícito para algunos estimar que, observando a secas las libertades condicionales concedidas a extranjeros, estas no pueden compararse con las libertades dadas a los españoles, en tanto en las primeras no se contabiliza las expulsiones judiciales acaecidas al cumplimiento de la $\frac{3}{4}$ de la condena. Sin perjuicio de realizar el ejercicio a continuación, y de concluir que las cifras que arroja este tópico son secundarias y sin incidencia, ya que se siguen manteniendo los mismos cánones de discriminación, debemos reflexionar que esta categoría no se puede englobar en este derecho penitenciario, porque obedece a otros fines diversos ya explorados y descritos anteriormente. Como dijimos, las cifras son marginales, según el Informe General 2010 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y, en el último lustro, el año con mayor número de expulsiones judiciales fue el 2009, con 59 ejecuciones. Teniendo presente este dato, implica que para ese mismo año el porcentaje de libertad condicional aumenta de un 8,7% a un 9%, o dicho de otra forma, se sigue manteniendo el promedio antes señalado de que 1 de cada 12 extranjeros alcanza este derecho penitenciario.⁶⁷⁰

Hasta aquí, podemos afirmar un trato discriminatorio, a lo menos cuantitativamente hablando, entre la posibilidad que tienen extranjeros y españoles para acceder a la libertad condicional. Toca ahora establecer cuáles son los factores que producen ese desequilibrio, y si aquellos son imputables al legislador o al Juez de Vigilancia Penitenciario quien, al final, es el que concede la libertad condicional al penado.

Para establecer los factores de la falta de equilibrio entre autóctonos y extranjeros, en primer lugar, nos hacemos eco de la afirmación de GARCÍA ESPAÑA, quien señala que mientras para los reclusos españoles la obtención de la libertad condicional, por lo

⁶⁶⁹ CID, José; TÉBAR, Beatriz. “Libertad condicional y delinquentes de alto riesgo”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 3, Número 8 (2010), pp. 1-23.

⁶⁷⁰ Vid. Informe General 2010, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, p. 58. http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2010_acc.pdf [visitado el 20/11/2011]; La expulsiones judiciales conforme al artículo 89.1 CP, tratándose de una pena igual o superior a 6 años, fue: año 2009, 59; año 2008, 28; año 2007, 48 y año 2006, 52.

general, no plantea dificultades, para los extranjeros esta posibilidad se torna difícil por varias razones.⁶⁷¹ En parte, debido a su *situación personal*, como la falta de arraigo en España, la carencia del idioma y la imposibilidad de trabajar en el país, entre otras. Todos estos factores les dificulta la satisfacción del requisito legal exigido para el otorgamiento de la libertad condicional, como es el “pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”, o bien la posibilidad que sean clasificados en el “tercer grado de tratamiento penitenciario”. Sin embargo, consideramos que se debería favorecer mucho más, dado que existe la posibilidad de obtener una autorización de trabajo durante dicha libertad, de acuerdo con la Instrucción de 1 de julio de 2005, acordada por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y, por su parte, se debe tener en cuenta que la realización de un trabajo es un elemento importante en la consecución del fin último de la pena, de reinserción social y, por otro lado, por la existencia de la institución de la *expulsión*, analizada *supra*, que prevé en su artículo 89.5 del CP, con carácter perentorio, la sustitución del último cuarto de la pena por la expulsión del extranjero a su país de origen.⁶⁷² Claramente, los fines de la libertad condicional, como lo son la reeducación y reinserción social del penado, se ven bruscamente quebrantados por la expulsión, la que, desde el punto de vista material, sólo supone el traslado del extranjero al país de origen, sin tener en cuenta sus circunstancias personales y sociales. Finalmente, agregamos como factor global la existencia general, en esta materia, de una legislación que dispensa un trato discriminatorio al extranjero que se pudiera encontrar en posición de alcanzar la libertad condicional. Con esta afirmación, damos respuesta a que la diferenciación de trato tiene, a nuestro juicio, un origen en la ley y no en el Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien es, en última instancia, el encargado de aplicar e interpretar la ley. Esta discriminación legal la podemos explicar desde el punto de vista formal, en la que el legislador español se ha ocupado de tener un tratamiento especial para el ciudadano extranjero, en lo relativo a las consecuencias jurídicas del delito, constituido por la institución de la expulsión, donde ésta sólo se aplica cuando el destinatario de la norma es un extranjero sin residencia legal en España, quedando privada la aplicación de esta norma para los autóctonos. Sin embargo, esta alteridad no se refleja en la libertad condicional, donde

⁶⁷¹ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración, op. cit.*, p. 464.

⁶⁷² Hay que tener presente que con la legislación vigente no se podrá expulsar a los extranjeros que se encuentren residiendo de manera legal ni a todos aquellos extranjeros que se encuentren en situación de protección legal (apátridas, refugiados, asilados), y aquellos nacionales miembros de países de la Unión Europea.

los extranjeros son sometidos al régimen común de los autóctonos y no tienen un trato diferenciado –como debiese ser-, que los pueda colocar en igualdad de posiciones, para tener acceso a la libertad condicional. La otra reflexión que nos merece esta situación, es que si en el caso hipotético que los extranjeros sin residencia legal en España, fuesen explícitamente excluidos –por ley- de la libertad condicional, sin lugar a dudas existiría una discriminación en su contra. Empero, esta situación existe de manera implícita, donde conviven dos instituciones con finalidades diametralmente opuestas, como son, por una parte, la libertad condicional y su misión reeducadora y de reinserción social y, por otra, la expulsión, que priva el acceso a la anterior, respondiendo a una política migratoria de control de flujo de extranjeros y en la que se renuncia a la pena en sus finalidades preventivas.

Como se sabe, el Reglamento Penitenciario, en su artículo 197, establece la posibilidad, previo consentimiento del penado extranjero no residente legalmente en territorio español, de obtener esa libertad, para disfrutarla en su país de origen; lugar en donde, es probable, obtendrá más posibilidades de alcanzar un pronóstico favorable de reinserción social.

Esta libertad exige, para que pueda ser concedida, además de los requisitos previstos para la libertad condicional, que el extranjero esté documentado. Sin embargo, este requisito no siempre se cumple, puesto que hay varias circunstancias que dificultan la documentación,⁶⁷³ lo que provoca una importante demora en su concesión hasta la obtención de la misma.

En definitiva, sea por motivos de carácter personal y/o legales, la posibilidad de que un extranjero pueda llegar a gozar la libertad condicional son realmente efímeras. De esta manera, las penas impuestas a extranjeros deben cumplirse íntegramente en régimen cerrado y, en el mejor de los casos, sólo pueden optar a cumplir las tres cuartas partes de la condena cuando son expulsados a sus países de procedencia.

Asimismo, podemos contribuir con el estudio de TÉBAR y señalar, como factores negativos a la concesión de la libertad condicional, además del mayor historial delictivo, la conflictividad en prisión, el haber iniciado su reclusión en situación de

⁶⁷³ Generalmente, los Subsaharianos y los Norteafricanos acceden a la península Ibérica en las conocidas y peligrosas “pateras”, siendo innecesario el porte de documento alguno. Otros inmigrantes que llegan a España lo hacen sin documentos, en base a la creencia que así las posibilidades de expulsión disminuyen. Un interesante estudio del Caritas Diocesano de Salamanca, realizado en el Centro Penitenciario de Topas (Salamanca), con datos actualizados a junio de 2006, estableció que del total de población extranjera recluida, sólo el 54,6% estaba documentada o, dicho de otra forma, estaba identificada; véase en: http://www.bizkeliza.org/fileadmin/bizkeliza/web/doc_pen/caritasSA/Situacion_juridica_social_y_penite_nciaria_extranjeros.pdf [visitado el 14/04/ 2012].

prisión preventiva y el número de permisos penitenciarios, y la condición de extranjero.⁶⁷⁴

Ahora bien, uno podría pensar que el acceso a la libertad condicional sólo es difícil para los extranjeros en España, pero la pregunta es ¿qué pasa en el resto de las latitudes? Un buen ejemplo de lo que sucede en el exterior, es lo que ocurre en la cultura estadounidense que, como tantas veces se ha dicho en esta obra, tiene grandes corrientes migratorias y es, sin duda, un Estado multinacional y multirracial. La situación aquí es claramente desalentadora y, a nuestro juicio, un manifiesto explícito de la discriminación en lo que a libertad condicional se refiere, conocido en este país como *probation*, ya que las diferencias entre los distintos grupos étnicos son abismantes.⁶⁷⁵ En un estudio que realizamos en el decenio 2001-2009,⁶⁷⁶ la población blanca domina las personas que gozan de la referida *probation* (sobre el 55% del total), seguida de la población negra (con un 30%) y, finalmente, el colectivo hispano o latino (con un 13%). A primera vista, no sería extraño poder afirmar que la población de raza blanca domina el sistema penitenciario norteamericano. Sin embargo, esto no es así. Los adultos negros tienen cuatro veces más probabilidades que los blancos, y son cerca de 2,5 veces más propensos que los hispanos o latinos, a estar bajo control penitenciario.⁶⁷⁷ De esta forma, es de extrañar el acceso que tiene la población de raza negra a la *probation*, pese a cuadruplicar a la población más beneficiada con esta medida de excarcelación.

Ahora, si bien podemos afirmar que las personas distintas a los blancos tienen menos acceso a la libertad condicional, hay estudios que establecen que, una vez que la alcanzan, el tratamiento entre las distintas minorías, salvo algunas excepciones de carácter menor, es relativamente homogéneo.⁶⁷⁸

5. Conclusiones

1. En lo referente a la población extranjera sujeta a prisión preventiva, en la serie de

⁶⁷⁴ TÉBAR VILCHES, Beatriz. “La aplicación de la libertad condicional en España”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 18 (2006), pp. 283-315.

⁶⁷⁵ En EE.UU., las estadísticas no clasifican a los acreedores de la libertad condicional como autóctonos o extranjeros, sino en grupos étnicos: blancos, negros, latinos o hispanos y otros. Cabe señalar que en cada uno de esos grupos, pueden encontrarse personas con la nacionalidad norteamericana.

⁶⁷⁶ Fuente: Estadísticas del Departamento de Justicia.

⁶⁷⁷ Estadísticas de Población Penal del Departamento de Justicia.

⁶⁷⁸ CALVERLEY, Adam; *et al.* “Black and Asian offenders on probation”, *Home Office Research Study* 277 (2004), pp. 1-80.

años que pudimos analizar, ésta triplica a la población autóctona. Esto no es un fenómeno azaroso, sino que responde a una discriminación, lo cual constituye una forma de victimización, cuya causa podría ser atribuida al eventual peligro de fuga del extranjero, por la falta de arraigo en España.

2. El hecho de que los españoles sean condenados con más posibilidades que los extranjeros, pese al número de detenciones de estos últimos (un tercio del total de detenciones), implicaría la existencia de discriminación en los agentes policiales en las detenciones de extranjeros y, por consiguiente, una forma de victimización de aquellos.

3. En lo que se refiere a la severidad del castigo, pudimos advertir que los extranjeros y, específicamente, los de origen africano, tienen un castigo más severo que los españoles. Esta severidad, consistente en que los súbditos africanos tienen mayores índices de cumplimiento de una pena privativa de libertad que los autóctonos, evidencia una probable discriminación en la discrecionalidad del juez a la hora de la individualización de la pena. Esta diferenciación de trato merece ser profundizada en nuevos estudios, para establecer las verdaderas causas del fenómeno.

4. El Derecho Penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, por lo que, en caso de que ellos corran peligro o sean efectivamente lesionados, el Derecho debe reaccionar naturalmente con una pena o una medida de seguridad, las cuales cumplen distintas finalidades, tales como la retribución, la prevención —general y especial—, el aseguramiento y la corrección.

Por su parte, la expulsión, no siendo una pena o una medida de seguridad en sí misma, no cumple ni puede cumplir los fines de aquellas, toda vez que, en términos generales, no es más que una renuncia al *ius puniendi* para fines que le son ajenos, como es la política de extranjería.

En términos específicos, la expulsión es de naturaleza ambigua, pudiendo ser una suspensión condicional de la pena o una retribución, en su sentido clásico. Que sea la una o la otra, no va a depender de las características del delito o de la gravedad de la pena sustituida, sino que, en forma exclusiva, de las circunstancias personales del extranjero penado. Así, para un procedente de un país pobre que viene a España, huyendo de la miseria de su tierra y esperanzado en una vida mejor, la expulsión tendrá un componente aflictivo. En cambio, para un extranjero de un país con calidad de vida mejorada, que quiere probar suerte en el negocio de las drogas, no será más que una suspensión que lo beneficiará.

Por otro lado, al renunciarse a la pena, de cierta manera también se renuncia a las penas

accesorias y a las penas que no son privativas de libertad, pero que acompañan a estas últimas. Estas renunciaciones, generalmente, obedecen a la imposibilidad de coaccionar el cumplimiento de estas penas o de fiscalizar su cumplimiento. Existe, de cierto modo, una ceguera del legislador penal que la judicatura ampara, donde, desde el punto de vista material, se sabe o no puede menos que saberse, que estos supuestos de penas no pueden ejecutarse.

5. La expulsión, en su actual regulación en el Código Penal, no es sólo una institución victimizadora para el penado, en cuanto lo priva del tratamiento resocializador y de reeducación, sino que es también victimizante para la víctima del delito —valga la redundancia—, dado que se renuncia a la posibilidad de que sea reparada de todos los efectos perniciosos del delito. La víctima ya no sólo es ajena al proceso penal, sino también a sus consecuencias. Indirectamente, también se incita a la víctima a renunciar a la posibilidad de denunciar el delito por razones de abandono, pues al tener conocimiento que sus pretensiones de reparación —civil y penal— no serán satisfechas, se generará un efecto de contramotivación que la disuadirá de denunciar los delitos que la afecten.

Por su parte, también es una institución que perjudica o daña a la sociedad española en su conjunto. En primer término, se afecta la jerarquización de los valores que la sociedad encarga proteger. En segundo término, la expulsión genera una desigualdad de trato entre los nacionales españoles o los extranjeros con residencia legal y los extranjeros irregulares en España; a los primeros, se les obliga a cumplir las penas privativas de libertad impuestas por sentencia, y a algunos de los últimos, se les otorga la posibilidad de retornar a sus países, sin más sanción que la prohibición transitoria de ingresar nuevamente a España. En tercer lugar, existe una falta de solidaridad internacional que responde a intereses que no se encuentran claramente establecidos. Se desplaza de España, al país de origen, el problema que presenta la persona con trastornos de comportamiento manifestado en una peligrosidad delictiva. El inconveniente se agudiza más cuando no sólo se traspaasa el problema al país de origen del expulsado, sino, peor aún, a ese Estado no se le informa sobre la eventual peligrosidad de esa persona y, con ello, evitar importantes y probables efectos futuros adversos, a consecuencia de la eventual conducta desviada del expulsado.

6. En la parte empírica del estudio pudimos concluir, en general, que la judicatura frente al supuesto de extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos, no reacciona de manera única, exclusiva y automática, mediante la expulsión como

sustituto penal. Esta premisa se comprobó tanto en términos cuantitativos reales y proyectados, como en el estudio pormenorizado de cada una de las sentencias emanadas de las diversas Audiencias Provinciales analizadas.

En particular, se pudo establecer: a) De los datos aportados por las fuentes estadísticas oficiales, se puede afirmar que hasta antes de la reforma operada por LO 11/2003, la expulsión como sustitutivo penal tuvo escasa aplicación; b) A contar de reforma de LO 11/2003, la expulsión ha sido paulatinamente utilizada en mayor número de ocasiones por la judicatura; c) En nuestro análisis de proyección, la expulsión respecto de los extranjeros no residentes legalmente en España opera como sustituto en, al menos, el 60% de los casos; y d) El arraigo del extranjero en España, en sentido material, o la audiencia para poder establecerlo, desde la óptica formal, fue una de las motivaciones que más utilizaron las Audiencias Provinciales para denegar lugar a la expulsión o acordarla, cuando no fue probado.

7. En lo que respecta a la libertad condicional, a nivel normativo, se regula la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autorice al extranjero residente ilegalmente en España, al cumplimiento del período de libertad, sujeto a condición, en su país de origen o de residencia. Sin embargo, tal posibilidad sólo tendrá un sentido resocializador cuando exista un tratado bilateral o multilateral sobre seguimiento y control de la libertad condicional entre España y el país de origen del penado. Caso contrario, la libertad condicional es una renuncia a la pena, en su faceta preventivo especial, respecto de aquella parte de la pena no cumplida.

8. Ahora bien, en lo que respecta a la clasificación en el tercer grado penitenciario y al acceso a la libertad condicional, existe una clara discriminación y por consiguiente victimización, entre la situación de españoles y extranjeros. Tratándose de la primera, en los años 2008, 2009 y 2010 hay, por cada 100 penados aproximadamente, 20 españoles que son clasificados en el tercer grado, en circunstancias que los extranjeros sólo llegan a 14. En el caso de la segunda, mientras 1 de cada 6 españoles accede a este derecho, la cuestión para el extranjero es distinta, pues sólo 1 de cada 12 personas es acreedora de la libertad condicional.

Las presuntas causas de esta diferenciación radican en la situación personal del extranjero, tanto a la imposibilidad de acceder a un trabajo en el medio libre, como poder acceder a un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social, específicamente por falta de arraigo. No obstante, creemos que la principal razón de esta discriminación tiene un origen legal sistémico, en que se mide con la misma vara dos

realidades distintas: una, la de los españoles, con una lógica residencia y arraigo en el país, y la otra, la de los foráneos, que carecen de este requisito.

No está de más decir que, de no ser clasificados en el tercer grado o de no acceder a la libertad condicional, los extranjeros sin residencia legal en España deben cumplir la pena privativa de libertad en régimen cerrado, lo que implica, como natural consecuencia, que existe una discriminación al exigírseles el permanecer mayores tiempos de privación de libertad.

Capítulo 8

La respuesta jurídica a la victimización. Los Derechos de las Víctimas

1. Introducción
2. Los Derechos de las víctimas en la normativa internacional
 - 2.1. Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de las víctimas
 - 2.1.1. Acceso a la justicia
 - 2.1.2. Resarcimiento e indemnización
 - 2.1.3. Asistencia
3. Estatuto de las víctimas de delito en la Unión Europea
 4. Estatuto jurídico de la víctima en España
 - 4.1. El derecho a la participación en el proceso
 - 4.1.1. Algunas consideraciones sobre el acceso a la justicia de los inmigrantes
 - 4.2. El derecho a la información
 - 4.2.1. Problemas para la concreción del derecho a la información tratándose de víctimas inmigrantes
 - 4.3. El derecho a la protección de la seguridad, intimidad y dignidad
 - 4.3.1. Protección de las víctimas del terrorismo
 - 4.4. El derecho a la asistencia
 - 4.5. El derecho a la indemnización por los daños y perjuicios del delito, y las ayudas estatales

1. Introducción

El Derecho Penal tradicionalmente ha velado por los derechos de los delincuentes. Lo que obedece, naturalmente, a que una de sus finalidades es la de haberse erguido como un limitador del *ius puniendi* estatal. Sin embargo, la víctima no ha corrido la misma suerte. Tradicionalmente, su desamparo, el que sin ir más lejos ha sido por los siglos de los siglos, es transversal a todo el ordenamiento jurídico de la respectiva nación. A medida que los delincuentes obtenían una serie de derechos, como un justo y racional proceso, la prohibición de doble valoración, y otras tantas garantías, en contrapartida la víctima perdía otros tantos derechos.⁶⁷⁹

Si bien el Derecho ha ocupado parte importante de su tiempo en la protección de algunos grupos más vulnerables o desvalidos (menores, ancianos, enfermos), que a causa de ciertas circunstancias particulares los hace más proclives para convertirse en presa fácil de los criminales, lamentablemente no ha utilizado el mismo tiempo en garantizar lo que DRAPKIN denominó el “derecho de todo ciudadano a no ser

⁶⁷⁹ HERRERO ALONSO, Carmen; GARRIDO MARTÍN, Eugenio. “La víctima: El gran olvido social”, *Revista Psicología Social y Antropología*, Universidad de Salamanca, en: http://www.webs.ulpgc.es/revipsicoso/WEB/Numero_1/texto_2_herrero.pdf [visitado el 22/03/2012]; SHAPLAND, Johanna; WILLMORE, Jon; DUF, Peter. *Victims in the criminal justice system*. Gran Bretaña: Grover, 1985.

victimizado”.⁶⁸⁰ En efecto, no es posible limitar la protección a ciertas y determinadas personas –por muy legítimo que sea-, ya que todos podemos ser víctimas, y como afirma DRAPKIN “sobre la base de un cálculo elemental de probabilidades, estamos convencidos de que corremos mayores peligros como posibles víctimas que como posibles delincuentes”.⁶⁸¹

Como bien afirma RODRÍGUEZ MANZANERA, “El Estado está pues obligado a garantizar los derechos de las víctimas, y estas a exigirlos”.⁶⁸² De seguir en una dirección en que la preocupación normativa sólo sea parcial o respecto de algunos, seguiremos con el fracaso del Estado en su misión de proteger a las víctimas (reales o potenciales), y estas optarán, como ocurre en la actualidad, en autodefenderse, convirtiendo sus casas en fortalezas, formando grupos de defensa ciudadana (en ocasiones fuertemente armados), contratando guardias privados, adquiriendo armas, etc. Si las víctimas, en general, participan de un olvido por parte del sistema de justicia penal, han perdido históricamente una serie de derechos que otrora les fuese reconocido y el Estado no garantiza adecuadamente los derechos de las mismas, no podemos desconocer que frente a ciertos grupos, como los inmigrantes, esta noción de desamparo se acentúa profundamente. Desde la falta de acceso a la tutela judicial efectiva, manifestada por las limitaciones a la asistencia jurídica gratuita, pasando por el desconocimiento no sólo de programas gubernamentales, sino de servicios públicos de asistencia a las víctimas, para terminar con las barreras lingüísticas para entender su participación en el proceso, los coloca en una efectiva situación de desventaja en el sistema de justicia penal.

2. Los Derechos de las víctimas en la normativa internacional

Las víctimas a nivel local de cada país no han ganado un sitio importante en el reconocimiento de sus derechos –mínimos por lo demás-, situación que contrasta en el contexto internacional donde se han visto fortalecidas, obteniendo una significativa distinción en la que se les reconoce sus derechos en el seno de las Naciones Unidas.

⁶⁸⁰ Cfr. DRAPKIN, "El Derecho de las víctimas", *op. cit.*, p. 121 y ss.

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 123.

⁶⁸² Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, *op. cit.*, p. 303.

Este importante paso, estimamos, se debe atribuir exclusivamente al papel que ha jugado la Victimología y sus estudiosos.⁶⁸³

Efectivamente, las Naciones Unidas aprobaron, por Resolución 40/34 de la Asamblea General, el 29 de noviembre de 1985, la denominada “Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y de Abuso de Poder”. Estos principios suponen un importante avance en el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el sistema de justicia penal, al enumerar un conjunto de medidas que deberán ser adoptadas en los planos internacional y regional de cada país, con el fin de mejorar su acceso a la justicia, su resarcimiento e indemnización, y la asistencia para superar los daños y perjuicios causados por el delito.

Así las cosas, la víctima, la gran olvidada del Derecho Penal y de la Criminología, pasaba a primer plano, y la Victimología refrendaba su lugar en el universo de las Ciencias Penales.⁶⁸⁴

2.1. Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de las víctimas

La Resolución 40/34 de la Asamblea General, denominada “Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y de Abuso de Poder”, es importante porque reconoce que millones de personas en el mundo sufren daños como resultado de delitos y del abuso del poder; que los derechos de las víctimas no son reconocidos adecuadamente; que estas, y frecuentemente también sus familiares, los testigos y otras personas que les prestan ayuda, están expuestos injustamente a pérdidas, daños o perjuicios, que además pueden sufrir serias dificultades cuando comparan en el enjuiciamiento de los delincuentes; y, sobre todo, es importante porque afirma la necesidad de que sean adoptadas medidas nacionales e internacionales con el fin de garantizar el reconocimiento y el respeto universal y efectivo de los derechos de las víctimas, así como la necesidad de promover el progreso de todos los Estados en los

⁶⁸³ La Sociedad Mundial de Victimología, en el IV Symposium Internacional de Victimología, realizado en Tokyo en 1982, formó un Comité presidido por Irvin Waller (Ottawa, Canadá), para realizar un proyecto de código para las conductas hacia las víctimas del delito. Luego, en el V Symposium Internacional de Victimología, celebrado en Zagreb en 1985, se discutió y perfeccionó el texto, que se presentó ese mismo año en Naciones Unidas, en el VII Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento de la Delincuencia, celebrado en Italia, específicamente en Milán.

⁶⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología*, *op. cit.*, p. 304.

esfuerzos que se realicen en ese sentido, sin perjuicio de los derechos de los sospechosos o delincuentes.

La Declaración está dividida en dos grandes partes: La primera, sobre los principios relativos a las víctimas de delitos, y la segunda, relacionada con las víctimas de abuso de poder, aclarando que se deben aplicar los conceptos sin distinción de sexo, raza, color, nacionalidad, etc. Asimismo, la Declaración se organiza en 21 artículos, de los cuales 17 reglamentan a las víctimas de delito y las otras 4 a las víctimas de abuso de poder. En relación a esta declaración, se ha dicho que constituye la “Carta Magna” de las víctimas.⁶⁸⁵

En cuanto a la primera parte, la Declaración da un concepto de víctima de delito, ya mencionado con anterioridad, pero que no resulta en vano repetir: *“Se entenderá por víctima las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estado Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”*.

También la declaración entrega, con detalle, circunstancias que no excluyen a la víctima de su calidad de tal: *“Podrá considerarse “víctima” a una persona con arreglo a la Declaración independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”*.⁶⁸⁶

En cuanto a la segunda parte, la Declaración entrega un concepto de lo que se entiende por víctima de abuso de poder: *“las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del Derecho Penal Nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los Derechos Humanos”*.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 305.

⁶⁸⁶ SANZ HERMIDA, Ágata. *Víctimas de delitos: Derechos, protección y asistencia*. Madrid: Iustel, 2009, p. 31 y ss. Partiendo de la declaración, entiende la autora que son dos los elementos que sirven para delimitar a las víctimas. En primer lugar, el daño o lesión, que puede ser de naturaleza física, psicológica o material, y en segundo lugar, el sujeto, que en principio debe ser la persona lesionada como consecuencia del ilícito penal.

Como se dijo anteriormente, el Estatuto de las víctimas les reconoce a estas los siguientes derechos: acceso a la justicia, su resarcimiento e indemnización, y la asistencia para superar los daños y perjuicios causados por el delito.

2.1.1. Acceso a la justicia

Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar porque, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales, para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación, no den lugar a un nuevo trauma.⁶⁸⁷

La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario, tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos, utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial, deberán reflejarse en el derecho interno. A tal efecto, los Estados deben:

- a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario;
- b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo, que afecte a los intereses de las víctimas. En esta área, hace algunos años, han sido aprobadas las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas

⁶⁸⁷ DELGADO MARTÍN, Joaquín. “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Revista Xurídica Galega*, N° 39 (2003), pp. 79-105, p. 81.

y testigos de delito, por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprobado por Resolución 20/2005;

c) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;

d) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados, para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario.

2.1.2. Resarcimiento e indemnización

Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad, está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.

Los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas, cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones.

Los Estados ejecutarán, con respecto a las reclamaciones de las víctimas, las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos, y procurarán ejecutar las sentencias extranjeras válidas que impongan reparaciones con arreglo al derecho interno y a las obligaciones jurídicas internacionales. Con ese fin, los Estados deben establecer, en su derecho interno, mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que obliguen a reparar daños.

Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la

violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

La *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

La *indemnización* ha de concederse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario.

La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

La *satisfacción* ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad; la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; conmemoraciones y homenajes a las víctimas; y la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

Por último, las *garantías de no repetición* han de incluir, según proceda, el ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la protección de los

profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; la promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, etc.; la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario, o las permitan.

2.1.3. Asistencia

Los Estados han de arbitrar medios de informar y de asistencia a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de los derechos y recursos que se tratan en la Declaración de Naciones Unidas y de todos los servicios jurídicos, médicos, psicológicos, sociales, administrativos y de otra índole a los que pueden tener derecho las víctimas. Además, las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones.

Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás interesados, capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores sociales o personales que las hagan más vulnerables.

3. Estatuto de las víctimas de delito en la Unión Europea

En el contexto de la Unión Europea, las víctimas constituyen una preocupación para los Estados partes sólo a partir de los años ochenta, materializando esta preocupación con la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1981, sobre indemnización a las víctimas de actos de violencia.

Luego de ello, han existido diversos Informes y Resoluciones sobre las distintas cuestiones relacionadas con las víctimas de delitos y el acceso de estas a la Justicia, su adecuada asistencia y compensación y, sobre todo ello, el Consejo extraordinario de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999, el cual estableció los objetivos de la política europea en materia de protección a las víctimas de delitos, que son:

1. La necesidad de definir un Estatuto Jurídico de la Víctima, que establezca sus derechos y las obligaciones en el proceso penal.
2. Garantizar la efectiva reparación del daño causado, a través de sistemas estatales de protección.
3. La necesidad de crear o desarrollar sistemas de asistencia social que cubran las necesidades más básicas de las víctimas.

Para la ejecución de estos objetivos, se estableció en un primer momento la Decisión Marco 220/2001, de 15 de marzo, del Consejo de la Unión Europea, denominada el Estatuto Jurídico de la Víctima en el proceso penal. Posteriormente, en el año 2012, el Parlamento y Consejo de Europa aprobó la Directiva 29/2012, de 25 de octubre, la que lleva por título “Normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos”, la que sustituye la anterior Decisión europea y establece la actual normativa a la que se deben someter los Estados miembros de la UE.

La Decisión Marco 220/2001 estableció los derechos mínimos que podían ejercer las víctimas de delitos, en relación con los procesos penales. Como reflexionó en su momento TAMARIT SUMALLA, este cuerpo normativo representó un importante paso adelante en la fijación de un *estándar* común europeo para la protección de los derechos de las víctimas.⁶⁸⁸ La Decisión contenía disposiciones por las que se garantizaba a las víctimas el derecho a ser oídas, la oportunidad de participar en los procesos (incluso si

⁶⁸⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep María. “¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?”, en: TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.), *Estudios de victimología. Actas del I Congreso español de Victimología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 35; DELGADO MARTÍN, “La orden de protección”, *op. cit.*, p. 83. En sentido amplio, indica que se quiere contribuir a incrementar niveles de seguridad de la víctima, y en sentido restringido, a evitar la reiteración delictiva.

el delito se había cometido en otro Estado miembro), así como la protección, indemnización y acceso a mediación y a cualquier otra información relevante, imponiendo, sobre todo, diversas obligaciones a los Estados miembros, dirigidas a garantizar estos derechos.

Cabe destacar que este cuerpo normativo no contenía norma alguna sobre derechos y/o medidas de protección referidas a extranjeros víctimas –menos los inmigrantes–, salvo los pertenecientes a los ciudadanos de países miembros de la UE.

Por otro lado, aunque el Consejo de Europa ha abordado en numerosas ocasiones la problemática de las víctimas de delito, con diversas medidas encaminadas a mejorar la posición jurídica de ellas, entre todas las medidas, siempre prestó mayor atención a aquellas medidas dirigidas a garantizar que las víctimas pudieran recibir una reparación económica por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del delito.⁶⁸⁹

Cabe citar entre estas iniciativas, la Resolución 27, sobre indemnización a las víctimas del delito, adoptada por el Comité de Ministros, el 28 de septiembre de 1977, que de alguna manera sería la gestora del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, realizada en Estrasburgo, el 24 de noviembre de 1983.⁶⁹⁰

El Convenio declara dentro de sus consideraciones que, por razones de equidad y solidaridad social, es necesario ocuparse de la situación de las víctimas de los delitos intencionales de violencia que sufran lesiones corporales o daños en su salud, así como de las personas a su cargo, cuando fallezcan a consecuencia de esos delitos.

Así, la Convención señala la conveniencia de introducir y desarrollar regímenes de indemnización para las víctimas por parte del Estado, sobre todo en aquellos casos en que el autor del delito no sea identificado o carezca de recursos para hacer frente a su responsabilidad civil derivada del delito.

Esta Convención no reconoce los derechos a personas distintas de los nacionales de los países miembros de la UE. En efecto, además de otros requisitos, declara que la indemnización será concedida por el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito, a los nacionales de los Estados parte del Convenio y de los Estados miembros del Consejo de Europa, con residencia permanente en el Estado donde se haya cometido el delito.⁶⁹¹ Mantenido de esta forma el régimen indemnizatorio, entendemos que existe

⁶⁸⁹ GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José. *Curso de Victimología y asistencia a las víctimas en el proceso penal*. Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006, p. 50.

⁶⁹⁰ Firmada y ratificada por España, entrando en vigor el 1 de febrero de 2002. BOE N° 312, de 29 de diciembre de 2001.

⁶⁹¹ Vid. Art.3 Convenio de 1983.

una cierta forma de discriminación al considerar la nación de origen de la víctima como factor de exclusión del mismo.

Otra medida dirigida a garantizar que las víctimas pudieran recibir una reparación económica por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del delito, la constituye la Directiva 80/2004, de 29 de abril, sobre indemnización a las víctimas de delitos, la que ha establecido un sistema de cooperación para facilitar el acceso a la indemnización de las víctimas de delitos en situaciones transfronterizas. El sistema funciona sobre la base de los regímenes de indemnización de los Estados miembros a las víctimas de delitos dolosos violentos, cometidos en sus respectivos territorios.⁶⁹² Al igual como se dijo con anterioridad, por disposición de esta normativa, sólo pueden optar al régimen indemnizatorio las víctimas que tengan residencia habitual en un Estado miembro de la UE.⁶⁹³

Posteriormente, el 5 de abril de 2011, se firmó tanto en el Parlamento Europeo como en el Consejo, la Directiva 36/2011,⁶⁹⁴ relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. En palabras de VILLACAMPA ESTIARTE, dicha norma representa la culminación de un largo proceso de viraje de la política de la Unión, en materia de trata de personas, iniciado ya antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El nuevo planteamiento de la Unión aboga por un tratamiento victimocéntrico de la cuestión, que sitúa en el epicentro del tratamiento de este problema, a los derechos humanos de las víctimas del proceso de trata. En cambio, con anterioridad existía un tratamiento que se podría denominar criminocéntrico, pues se limitaba a la gestión de este fenómeno como una mera cuestión criminal.⁶⁹⁵

Luego, el instrumento europeo, cuya iniciativa fue de la presidencia española a principios de 2010, lo constituye la Directiva 99/2011, aprobada el 13 diciembre, sobre la Orden Europea de Protección de las víctimas (en adelante OEP). Su fundamento más general lo constituye la convicción real de los Estados miembros de que la Unión Europea ha de ser un espacio común de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras

⁶⁹² La adopción de medidas al respecto, se realizó por España por Real Decreto 199/2006, de 17 de febrero, por el que se modificó el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aprobado por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo; el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, aprobado por el Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre; y el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, aprobado por Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo.

⁶⁹³ Vid. Art. 1 de la Directiva.

⁶⁹⁴ Vigente desde el 15 de abril de 2011, según lo establecido en el art. 24 de la Directiva.

⁶⁹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. "La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?", *RECPC*, 13-14 (2011), pp. 1-52, p. 2.

interiores, en el que se ha de garantizar que la protección ofrecida a una persona física, en un Estado miembro, se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado.

La Directiva se aplica a las medidas de protección destinadas a defender no sólo a las víctimas de la violencia de género, sino a cualquiera persona objeto de actos delictivos que puedan poner en peligro su vida, integridad física, psicológica o sexual, así como su dignidad o libertad.

Por último, como se dijo con anterioridad, recientemente se aprobó la Directiva 29/2012,⁶⁹⁶ de 25 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, denominada *Normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, la que modifica la Decisión marco 2201/2001. Esta iniciativa viene a consolidar un Estatuto de norma mínimas para proteger a las víctimas de delitos, y tiene por objetivo que las víctimas de los delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en el proceso penal.⁶⁹⁷ Consagra los siguientes derechos:

a) *Derecho a información y apoyo*. Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que las víctimas entiendan (lenguaje sencillo y accesible) y puedan ser entendidas desde el primer momento y durante toda actuación necesaria frente a cualquier autoridad competente en el contexto de los procesos penales.⁶⁹⁸

También se debe garantizar que se ofrezca a las víctimas la información, sin retrasos innecesarios, desde su primer contacto con la autoridad competente, a fin de que puedan acceder al ejercicio de los derechos. Esta información dice relación con el apoyo que podrán obtener y de quién obtenerlo, incluida, si procede, información básica sobre el acceso a atención médica, cualquier apoyo de especialistas, incluido el apoyo psicológico, y alojamiento alternativo; los procedimientos de interposición de denuncias relativas a infracciones penales y su papel en relación con tales procedimientos; el modo y las condiciones en que podrá obtener protección, incluidas las medidas de protección; el modo y las condiciones para poder obtener asesoramiento jurídico, asistencia jurídica o cualquier otro tipo de asesoramiento; el modo y las condiciones para poder acceder a indemnizaciones; el modo y las condiciones para tener derecho a interpretación y traducción; si residen en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha cometido

⁶⁹⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 14 de noviembre de 2012.

⁶⁹⁷ Vid. Art.1 Directiva 29/2012.

⁶⁹⁸ Vid. Art.3 Directiva 29/2012.

la infracción penal, las medidas, procedimientos o mecanismos especiales que están disponibles para la defensa de sus intereses en el Estado miembro en el que se establece el primer contacto con una autoridad competente; los procedimientos de reclamación existentes en caso de que la autoridad competente actuante en el marco de un proceso penal no respete sus derechos; los datos de contacto para las comunicaciones sobre su causa; los servicios de justicia reparadora existentes, etc.⁶⁹⁹

Dentro de este mismo ámbito del derecho a la información, se les reconoce a las víctimas la posibilidad de recibir por escrito la declaración de la denuncia formal que hayan presentado ante la autoridad respectiva, incluso traducida a su propia lengua, si ésta es distinta, como sería el caso de los extranjeros. También podrán presentar la denuncia en la lengua que entiendan o recibiendo la asistencia lingüística necesaria.⁷⁰⁰

El derecho de información también comprende que a las víctimas que no entiendan o no hablen la lengua del proceso penal de que se trate, se les facilite, si así lo solicitan, y de acuerdo con su estatuto en el sistema de justicia penal pertinente, interpretación gratuita, al menos durante las entrevistas o las tomas de declaración en los procesos penales, ante las autoridades de instrucción y judiciales, incluso durante los interrogatorios policiales, e interpretación para su participación activa en las vistas orales del juicio y cualquier audiencia interlocutoria. Se podrán utilizar tecnologías de la comunicación, como videoconferencia, teléfono o internet, a menos que se requiera la presencia física del intérprete para que la víctima pueda ejercer adecuadamente sus derechos o entender los procedimientos. Las traducciones se extienden, si así lo solicitan las víctimas, y de acuerdo con su estatuto en el sistema de justicia penal pertinente, de la información esencial para que ejerzan sus derechos en el proceso penal. Las traducciones de dicha información incluirán, como mínimo, toda decisión de poner término al proceso penal relativo a la infracción penal que haya padecido la víctima, y a petición de ésta, los motivos o un breve resumen de los motivos de dicha decisión, salvo en el caso de una decisión de un jurado o una decisión de carácter confidencial, en las que el ordenamiento jurídico nacional no exija motivación. Además, también tienen derecho a otras tantas traducciones, como la que dice relación con la notificación de la hora y lugar del juicio.⁷⁰¹

⁶⁹⁹ Vid. Art.4 Directiva 29/2012.

⁷⁰⁰ Vid. Art.5 Directiva 29/2012.

⁷⁰¹ Vid. Art.7 Directiva 29/2012.

En lo que dice relación con el derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas, la Directiva establece que se debe garantizar que las víctimas, de acuerdo con sus necesidades, tengan acceso gratuito y confidencial a servicios de apoyo a las víctimas que actúen en interés de las víctimas antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal. Los familiares tendrán acceso a los servicios de apoyo a las víctimas en función de sus necesidades y del grado de daño sufrido, como resultado de la infracción penal cometida contra la víctima. Los Estados miembros deben tomar las medidas para establecer servicios de apoyo especializado gratuito y confidencial adicionales a los servicios generales de apoyo a las víctimas o como parte de ellos, o para posibilitar que las organizaciones de apoyo a las víctimas recurran a las entidades especializadas existentes que prestan ese apoyo especializado. Las víctimas, en función de sus necesidades específicas, tendrán acceso a tales servicios, y los familiares tendrán acceso según sus necesidades específicas y al grado de daño sufrido a consecuencia de la infracción penal cometida contra la víctima. Este acceso o apoyo tampoco puede estar supeditado a la presentación de una denuncia formal por parte de la víctima, situación que cada Estado debe garantizar.⁷⁰²

Los servicios de apoyo a las víctimas deben facilitar como mínimo: información, asesoramiento y apoyo adecuados, en relación con los derechos de las víctimas; también sobre cómo acceder a los sistemas nacionales de indemnización por los daños y perjuicios de índole penal, y su papel en el proceso penal, incluida la preparación para asistir al juicio; apoyo emocional y, cuando se disponga de él, psicológico; etc.⁷⁰³

Igualmente, los Estados miembros deben tomar medidas para establecer servicios de apoyo especializado gratuito y confidencial adicionales a los servicios generales de apoyo a las víctimas, para ciertos casos de víctimas, debiendo facilitar como mínimo: refugios o cualquier otro tipo de alojamiento provisional para las víctimas que necesiten de un lugar seguro debido a un riesgo inminente de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias; apoyo específico e integrado a las víctimas con necesidades especiales, como las víctimas de violencia sexual, las víctimas de violencia de género y las víctimas de violencia en las relaciones personales, incluidos el apoyo para la superación del trauma y el asesoramiento.

⁷⁰² Vid. Art. 8 Directiva 29/2012.

⁷⁰³ Vid. Art. 9 Directiva 29/2012.

b) *Derecho de participación en el proceso penal.* A cada víctima se debe garantizar la posibilidad de ser oída durante las actuaciones del proceso penal y de facilitar elementos de prueba. A su vez, cuando la víctima sea un menor y éste haya de ser oído, se tendrán debidamente en cuenta la edad y su madurez.⁷⁰⁴

En el caso de que se adopte alguna decisión de no continuar el procesamiento contra el infractor, se debe garantizar a la víctima el derecho a una revisión de una decisión. Incluso, en caso de que la decisión de no continuar con el procesamiento proceda de la autoridad competente de máximo rango, contra la cual no exista más recurso en la legislación nacional, esta misma autoridad podrá efectuar la revisión.⁷⁰⁵

También se les reconoce a las víctimas el derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora.⁷⁰⁶ En particular, los Estados miembros deben adoptar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes.

Otra garantía, quizás una de las más importantes en el marco del derecho a tutela judicial efectiva, es el derecho de las víctimas a la asistencia jurídica gratuita cuando tengan el estatuto de parte en el proceso penal.⁷⁰⁷ Además, se les garantiza el derecho de reembolso de gastos por la participación en el proceso penal,⁷⁰⁸ el derecho a restitución de bienes que les hayan sido incautados en el curso del proceso penal,⁷⁰⁹ el derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor, en el curso del proceso penal.⁷¹⁰

De suma importancia, también se les reconoce ciertos derechos a la víctima que resida en un Estado miembro distinto de aquel en que se haya cometido la infracción penal, en especial en lo que se refiere al desarrollo de las actuaciones. A tal efecto, las autoridades del Estado miembro en el que se haya cometido la infracción penal deberán poder llevar a cabo actuaciones tales como: tomar declaración a la víctima inmediatamente después de que se presente la denuncia de la infracción penal ante la autoridad competente;

⁷⁰⁴ Vid. Art. 10 Directiva 29/2012.

⁷⁰⁵ Vid. Art. 11 Directiva 29/2012.

⁷⁰⁶ Vid. Art. 12 Directiva 29/2012.

⁷⁰⁷ Vid. Art. 13 Directiva 29/2012.

⁷⁰⁸ Vid. Art. 14 Directiva 29/2012.

⁷⁰⁹ Vid. Art. 15 Directiva 29/2012.

⁷¹⁰ Vid. Art. 16 Directiva 29/2012.

recurrir , en la medida de lo posible, cuando se deba oír a las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica previstas en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000.⁷¹¹

Igualmente, los Estados deben velar porque las víctimas de una infracción penal cometida en cualquier Estado miembro distinto de aquel en el que residan, dispongan de la posibilidad de presentar la denuncia ante las autoridades competentes del Estado miembro de residencia, si no pudieran hacerlo en el Estado miembro en el que se haya cometido la infracción penal, o en el caso de una infracción penal grave así tipificada en el Derecho de dicho Estado, si no desearan hacerlo.

En ese marco, los Estados miembros se preocuparán porque la autoridad competente ante la que la víctima presente la denuncia, la transmita sin dilación a la autoridad competente del Estado miembro en el que se haya cometido la infracción penal, en caso de que el Estado miembro en que se presente la denuncia no ejerza la competencia de iniciar el procedimiento.

c) *Derecho a protección de las víctimas.* Los Estados deben velar porque se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares, frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen. Cuando sea necesario, esas medidas podrán incluir también procedimientos establecidos en el Derecho nacional para la protección física de las víctimas y sus familiares.⁷¹²

Dentro de este ámbito de protección, también se comprende el derecho a evitar el contacto entre, por una parte, las víctimas y sus familiares, y, por otra, el infractor, en las dependencias donde se celebre el proceso penal.⁷¹³

Además, se debe garantizar a las víctimas, durante las investigaciones penales: la toma de declaración de las víctimas se lleve a cabo sin dilaciones injustificadas, una vez que se haya presentado ante la autoridad competente la denuncia de una infracción penal; el número de declaraciones de las víctimas sea el menor posible y sólo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones penales; las víctimas

⁷¹¹ Vid. Art. 17 Directiva 29/2012.

⁷¹² Vid. Art. 18 Directiva 29/2012.

⁷¹³ Vid. Art. 19 Directiva 29/2012.

puedan ir acompañadas de su representante legal y de una persona de su elección, a menos que se haya adoptado una resolución motivada en contrario; y cualquier reconocimiento médico se reduzca al mínimo y se efectúe únicamente si es necesario para los fines del proceso penal.⁷¹⁴

Otro derecho que debe ser protegido, es el de intimidad durante el proceso penal. Las autoridades competentes pueden tomar las medidas adecuadas para proteger la intimidad, incluidas las características personales de la víctima tenidas en cuenta en la evaluación individual, así como las imágenes de las víctimas y de sus familiares. Además, los Estados deben garantizar que las autoridades competentes puedan tomar todas las medidas legales para impedir la difusión de cualquier información que pudiera llevar a la identificación de las víctimas menores de edad.⁷¹⁵

Cabe destacar que frente a cada víctima, la Directiva plantea una evaluación puntual e individual de cada persona afectada por un delito, para determinar las necesidades especiales de protección y si, en qué medida, podrían beneficiarse de medidas especiales en el curso del proceso penal. La evaluación individual tendrá especialmente en cuenta: a) las características personales de la víctima; b) el tipo o la naturaleza del delito, y c) las circunstancias del delito.⁷¹⁶

En el contexto de la evaluación individual, se debe prestar especial atención a las víctimas que hayan sufrido un daño considerable debido a la gravedad del delito; las víctimas afectadas por un delito motivado por prejuicios o por motivos de discriminación, relacionado en particular con sus características personales, y las víctimas cuya relación con el infractor o su dependencia del mismo las haga especialmente vulnerables. A este respecto, serán objeto de debida consideración las víctimas de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, violencia de género, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual y delitos por motivos de odio, así como las víctimas con discapacidad. Se dará por supuesto que las víctimas menores de edad tienen necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias.

En definitiva, el alcance de la evaluación individual podrá adaptarse en función de la gravedad del delito y del grado de daño aparente sufrido por la víctima.

⁷¹⁴ Vid. Art. 20 Directiva 29/2012.

⁷¹⁵ Vid. Art. 21 Directiva 29/2012.

⁷¹⁶ Vid. Art. 22 Directiva 29/2012.

Las víctimas con necesidades especiales de protección, pueden tener a su disposición medidas especiales como: tomar declaración a la víctima en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin; la toma de declaración a la víctima será realizada por profesionales con formación adecuada a tal efecto o con su ayuda; todas las tomas de declaración a la víctima serán realizadas por las mismas personas, a menos que sea contrario a la buena administración de la justicia; medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor, incluso durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación; medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, especialmente mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas; etc.⁷¹⁷

También la Directiva garantiza la protección de las víctimas menores de edad, durante el proceso penal, con una serie de variadas medidas.⁷¹⁸

En lo normativo, la Directiva consagra la formación profesional de los agentes de policía y del personal de la administración de justicia, con el fin de mejorar su concienciación respecto de las necesidades de las víctimas y de capacitarlos para tratar a las víctimas de manera imparcial, respetuosa y profesional.⁷¹⁹ Con esta iniciativa se persigue disminuir la potencial victimización secundaria.

Finalmente, cabe resaltar el estatus antidiscriminación de esta normativa. Así, en las consideraciones de la Directiva, por ejemplo la novena, existe una declaración en este sentido: *“las víctimas de delitos deben ser reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo por motivos como la raza, el color, la etnia o el origen social, los rasgos genéticos, la lengua, la religión o las creencias, la opinión política o de otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, la propiedad, el nacimiento, la discapacidad, la edad, el sexo, la expresión de género, la identidad de género, la orientación sexual, el estatuto de residente o la salud”*. Del mismo modo, el considerando décimo excluye cualquier posibilidad de discriminación o trato desigual fundado en la nacionalidad o situación de residencia administrativa de la víctima en el Estado miembro de la UE. También reconoce la elevada victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias, de las víctimas de delitos por motivos de odio.⁷²⁰

En síntesis, la Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En

⁷¹⁷ Vid. Art. 23 Directiva 29/2012.

⁷¹⁸ Vid. Art. 24 Directiva 29/2012.

⁷¹⁹ Vid. Art. 25 Directiva 29/2012.

⁷²⁰ Vid. Considerando 57 de la Directiva.

particular, aspira a promover el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad y la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, el derecho a la propiedad, el principio de no discriminación, el principio de igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del menor, etc.⁷²¹

4. Estatuto jurídico de la víctima en España

La primera reflexión que debemos hacer es que no existe un Estatuto Jurídico de la Víctima en el proceso penal español,⁷²² aún cuando, en gran medida, los derechos que consagra el Estatuto Europeo sobre la víctima aparecen formalmente garantizados, al menos respecto de las víctimas de los delitos violentos y de especial gravedad.

En el plano normativo, la Ley de Asistencia a las Víctimas del Delito, incoada por Ley Nº 35/1995,⁷²³ de 11 de diciembre, incorpora en su artículo 15.3 un reconocimiento indirecto a la existencia de un catálogo de derechos de las víctimas. No obstante, no es más que un eufemismo, dado que no reúne toda esa normativa que pregona, está más bien dispersa y sólo contiene algunos aspectos, como procesales y de asistencia.

En relación con esto, HERRERA MORENO sintetiza muy bien la situación, al señalar “(...) aunque sólo fuera por razones prácticas, se echa en falta, en España, la existencia, al menos, de un elemental prontuario victimológico, a la manera de los que existen comparadamente, en los cuales la víctima-usuario pueda ver listados sistemáticamente los derechos concretos que le asisten, así como las posibilidades de acogimiento a los distintos programas de protección que puedan ser pertinentes en los niveles nacional y comunitario”.⁷²⁴

⁷²¹ Vid. Considerando 66 de la Directiva.

⁷²² Como bien argumenta Villacampa Estiarte, esto puede ser debido a la preocupación que el Ordenamiento jurídico ha manifestado, desde siempre, por las garantías del acusado, lo que ha llevado a una situación de orillamiento de la víctima hasta que es redescubierta por la Victimología. Véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Evolución legislativa en relación con la reducción de la victimización secundaria: especial consideración a la prueba testifical con menores de edad”, en: TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de Victimología*. Valencia: Tirant, 2005, p. 56; En un sentido parecido, véase SANGRADOR, José Luis. “La Victimología y el sistema jurídico penal”, en: JIMENEZ BURILLO, Florencio; CLEMENTE, Miguel, *Psicología social y sistema penal*. Madrid: Alianza, 1986, p. 61.

⁷²³ Se trata de la primera Ley victimal por antonomasia. Es más, la propia Exposición de Motivos del mencionado texto, se hace eco del olvido sufrido por la víctima. Véase MORILLAS FERNÁNDEZ, *et al*, *Victimología*, *op. cit.*, p. 293; Una crítica a la Ley puede verse en HERRERA MORENO, *La hora de la víctima*, *op. cit.*, p. 296 y ss.

⁷²⁴ Cfr. HERRERA MORENO, *La hora de la víctima*, *op. cit.*, p. 270.

Una segunda reflexión, como bien apunta TARDÓN OLMOS,⁷²⁵ es que la adecuada protección de la víctima ha de efectuarse desde una doble perspectiva: la normativa, lo que implica el reconocimiento de los derechos de las víctimas por parte del ordenamiento jurídico, pero también la funcional,⁷²⁶ desde su aplicación práctica por los distintos operadores del sistema. No es suficiente, para una adecuada legislación, si ello no va acompañado de las medidas necesarias destinadas a garantizar en el plano práctico su reconocimiento y, sobre todo, su cumplimiento.

Este último aspecto es el más necesitado para un verdadero desarrollo, por cuanto desde una somera mirada al actual panorama, nos presenta un resultado muy poco alentador. TARDON OLMOS, a manera ejemplificadora, señala las siguientes: las dilaciones en los procesos, además, por delitos reveladores de una elevada peligrosidad criminal de los sujetos, entendida ésta como la probabilidad de comisión, por los condenados, de nuevos delitos de idéntica o similar naturaleza; descontrol y desconocimiento de la situación y el paradero de los implicados en los procedimientos penales; descoordinación entre órganos judiciales y policiales, que provoca tanto lagunas como solapamientos en las instrucciones penales, etc.⁷²⁷

En relación a lo anterior, TARDON OLMOS reflexiona en que antes de pensar en cómo mejorar el actual sistema de protección a las víctimas de los delitos, debiera exigirse un efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico actual por parte de los distintos operadores jurídicos y policiales que intervienen en alguno de los momentos del proceso.⁷²⁸ Sin embargo, no compartimos esta crítica; la puesta en marcha de todo proceso de reconocimiento de derechos, supone previamente su existencia en el ordenamiento jurídico y que éste garantice, con medios idóneos, una consecuencia en caso de inobservancia. Además, ambos pasos –reconocimiento normativo de los derechos de las víctimas y adecuada puesta en marcha- son procesos que se pueden plasmar de manera simultánea, ya que ninguno obsta a la otra.

En otro plano, hemos llegado a un punto importante o de elevada trascendencia, que es determinar en qué forma la legislación española sustantiva y procesal configura el ejercicio de tales derechos. A ello, sumaremos de qué manera los mentados derechos, en lo posible, se concretizan, tratándose de extranjeros o inmigrantes.

⁷²⁵ TARDON OLMOS, María. “El Estatuto jurídico de la víctima”, *Faes*, Julio-Septiembre (2008), pp. 11-24, p. 15.

⁷²⁶ TARDON OLMOS la llama “ejecutiva”.

⁷²⁷ Cfr. TARDON OLMOS, “El Estatuto”, *op. cit.*, p. 15.

⁷²⁸ *Ibidem*, p. 16.

4.1. El derecho a la participación en el proceso

El derecho a la participación en el proceso importa el reconocimiento a la tutela judicial efectiva o acceso a la justicia.

Este derecho de la víctima comprende, en general, el de ser oída durante las actuaciones del proceso y facilitar los elementos de prueba que estime necesarios.

La Ley española de Enjuiciamiento Criminal permite que la víctima se constituya en parte activa del proceso penal, ejerciendo la acción penal, en su calidad de parte acusadora, distinta al Ministerio Fiscal.⁷²⁹

En ese contexto, en el ordenamiento procesal penal español, la acción es pública y pueden ejercerla el Ministerio fiscal, los perjudicados por el delito y todo ciudadano a través de la acción popular, es decir, puede actuar ante la jurisdicción penal el perjudicado directo, por sí o a través del Ministerio Fiscal, y si no es perjudicado directo de la agresión, a través de la acción popular. Para determinar el tipo de acción que corresponde actuar, hay que distinguir, en general, al tipo de delito de que se trate.⁷³⁰

También le está permitido a la víctima accionar civilmente. Aunque la regla general es que la acción civil debe ejercitarse conjuntamente con la penal en el proceso penal español, la figura del actor civil existe para los supuestos en que el titular de esa acción participa en el proceso solicitando la restitución de lo que le es debido, la reparación del daño o una indemnización de perjuicios, dejando en manos del Ministerio Fiscal y, en su caso, del acusador particular, el ejercicio de la acción penal.⁷³¹

4.1.1. Algunas consideraciones sobre el acceso a la justicia de los inmigrantes

El artículo 20.1 de la Ley de Extranjería –LO 4/2000, de 11 de enero- está dedicado a la tutela judicial efectiva, derecho que ha sido considerado como inherente a la dignidad humana, que debe ser reconocido sin limitación o restricción alguna a los extranjeros. El libre acceso se concreta en el derecho a que, para el sostenimiento de los intereses legítimos, se abra y se sustancie un proceso por la vía judicial que se estime más conveniente, siempre que sea procesalmente correcta y conforme a las normas legales. Sin embargo, no es sólo suficiente el reconocimiento, sino también los Tribunales de

⁷²⁹ Cfr. SANZ HERMIDA, *Víctimas, op. cit.*, p. 104 y ss.

⁷³⁰ La acusación privada, tras el CP de 1995, ha quedado reducida a las calumnias e injurias.

⁷³¹ Vid. Arts. 101,110, 761, 779.1.1, 782.2 a), 800.5 LECrim y art. 125 CE.

Justicia deben propiciar o posibilitar ese acceso.⁷³²

La población extranjera inmigrante, como lo señalaremos más adelante, además de razones culturales inherentes a su origen, tienen diversos inconvenientes emanados del país de recepción, a la hora de acceder a la justicia y participar en el proceso penal. Los obstáculos se presentan en distintos momentos y etapas del proceso: desde los actos iniciales, al hacer la denuncia –puerta de entrada al proceso penal–, como en su relación con la policía, los tribunales de justicia y, en general, con el sistema de justicia penal; y también se presentan problemas para reportar el delito, o mejor dicho, se agudizan cuando el inmigrante es un irregular en España. En este último caso, el derecho a tutela judicial efectiva, lisa y llanamente, puede no existir.

Tratándose de inmigrantes irregulares, estos se sienten indefensos ante la posibilidad de denunciar o incluso, frente a la posibilidad de obtener cualquier apoyo de su causa ante la Justicia, los ciudadanos extranjeros no se atreven a denunciar a la Policía o Tribunales por su condición de ilegalidad administrativa y la seguridad de verse expuesto a un decreto de expulsión del territorio español.⁷³³

A los inmigrantes irregulares, el acceso a la justicia les es negado al no garantizarse el ejercicio de tal derecho antes de dictar la resolución de expulsión, como lo exigen los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.⁷³⁴ En tal sentido, la Directiva aprobada por el Parlamento europeo 115/2008, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros, para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, resulta del todo violatoria de los

⁷³² CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. “El reconocimiento progresivo de derechos a los extranjeros en situación irregular en el ámbito de las garantías procesales”, en: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (Coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*. España: Laborum, 2009, p. 9 y ss.; También véase la Carta de los Derechos de los Ciudadanos del Poder Judicial: “31. *El extranjero tiene derecho a ser atendido por todos los que prestan sus servicios en la Administración de Justicia de acuerdo con lo establecido en esta Carta y sin sufrir discriminación alguna por razón de su raza, lengua, religión o creencias, particularmente cuando se trate de menores de edad y conforme a lo dispuesto por los convenios internacionales ratificados por España. Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca el castellano ni, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución*”

⁷³³ Véase “Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union”, en: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf [visitado el 01/08/2012]. Los inmigrantes irregulares ven denegado a menudo el acceso a la Justicia, porque pueden carecer del derecho a permanecer en el país para emprender acciones legales; Véase art. 31 bis 2 Ley Orgánica 4/2000, donde no opera la expulsión tratándose de mujeres extranjeras irregulares, víctimas de violencia de género; Amnistía Internacional. Sección Española. “Mujeres invisibles, abusos impunes. Mujeres migrantes indocumentadas en España ante la violencia de género en el ámbito familiar”, Julio 2003.

⁷³⁴ Sin mencionar los instrumentos de derechos humanos regionales, en el ámbito universal, se violan los artículos 9, 10, 12, 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

derechos humanos fundamentales.⁷³⁵

4.2. El derecho a la información

El derecho a ser informado de la existencia del procedimiento, y la posibilidad de ejercicio de la acción penal, constituyen manifestaciones del superior derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que permite a todo ofendido por un delito de esta naturaleza, su habilitación para el libre acceso a los órganos de la jurisdicción penal, a fin de obtener de ellos una resolución motivada y fundada en derecho.

Parece demostrado que la víctima, aunque no desee asumir la carga de constituirse en parte en el proceso, sí desea estar informada sobre su curso y las decisiones que puedan afectarle, y su ausencia es una de las causas de la victimización secundaria a que antes nos hemos referido.⁷³⁶

En el derecho español, la obligación de informar a la víctima aparece regulada de una forma especialmente dispersa. La Ley de Enjuiciamiento Criminal impone la obligación de informar a las víctimas de los delitos, de los derechos que les asisten en relación al proceso penal, sucesivamente, a la Policía Judicial, al Secretario Judicial, y al Juez.

La víctima de cualquier delito, y especialmente las más vulnerables, tienen derecho a ser informadas con claridad, con un lenguaje accesible, de sus derechos, de lo que pueden o no esperar del proceso penal, dónde acudir en su caso para instar ayudas sociales, económicas, psicológicas, a saber, en definitiva, cuál será la respuesta prevista por el ordenamiento, y la encomendada especialmente al Ministerio Fiscal, en defensa de sus intereses.⁷³⁷

Esta información resulta más completa cuando se trata de delitos constitutivos de violencia doméstica y de violencia de género, respecto de los que, con carácter general, impone al Juez la obligación de asegurar que se comuniquen a la víctima los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

Debe el Juez o Tribunal que conozca, en cada momento de la causa, informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas, especialmente, de la situación penitenciaria del agresor. Esta también es una obligación de las Oficinas de Asistencia a

⁷³⁵ NICOL, Danny. "Lessons from Luxembourg: Federalization and the Court of Human Rights", *European Law Review*, Vol. 26 (2001), pp. 1-19, p. 18.

⁷³⁶ Cfr. TARDON OLMOS, "El Estatuto", *op. cit.*, p. 18.

⁷³⁷ Cfr. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Curso de Victimología*, *op. cit.*, p. 91.

la Víctima.

Por su parte, la Fiscalía General de Estado, por Instrucción 8/2005, de 26 de julio, y con el claro objetivo de garantizar estos derechos de información de las víctimas, estableció una serie de deberes a los Fiscales en ese orden.⁷³⁸ La información preprocesal se fundamenta en la necesidad de facilitar a la víctima una información inicial y completa, de ahí la necesidad que cada Fiscalía le pueda ofrecer información puntual sobre la concreta ubicación del Servicio de Atención a las Víctimas, Servicio de Orientación Jurídica, Servicios Asistenciales y Ayudas, tanto económicas como asistenciales, para lo cual, cada Fiscalía, recabará la información precisa de los organismos correspondientes en el ámbito de su correspondiente Provincia o Comunidad Autónoma.

4.2.1. Problemas para la concreción del derecho a la información tratándose de víctimas inmigrantes

En lo que respecta a los inmigrantes, es probable que la mayor barrera para que a su respecto se concrete el derecho a la información, sea el idioma. Muchos de ellos, por razones de procedencia, como de medios, pueden no saber hablar, leer o escribir en castellano, lo que puede limitar sus opciones para buscar ayuda e informarse de los actos del procedimiento en que estén involucrados o, en general, del funcionamiento del sistema de justicia penal español. Las víctimas inmigrantes pueden creer que las autoridades no harán valer las leyes para protegerlos –más si son personas indocumentadas-, y que no tienen derechos en una determinada situación, lo que se agrava tratándose de personas provenientes de un sistema de justicia ajeno a Occidente. Tal vez piensen que un policía pueda encarcelarlas o deportarlas. También pueden tener la impresión equivocada de que sólo se puede disponer de los servicios o la ayuda, si es que se dan ciertos requisitos comúnmente aceptados en su país de origen.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a la información de los inmigrantes que no hablan o entienden el castellano, dentro del marco de la tutela judicial efectiva en el proceso penal, se garantiza mediante la asistencia de intérpretes.

⁷³⁸ A los fiscales se les ha instruido, entre otras cosas, el ofrecimiento de acciones a las víctimas. Véase Instrucción, p. 5 y ss; Para Villacampa Estiarte, la plasmación legislativa tradicional del derecho a la información de la víctima, lo constituye el ofrecimiento de acciones. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “La víctima en el sistema de justicia penal II”, en: BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBERÚA ODRIÓZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coords.), *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 384; GUTIÉRREZ GIL, Andrés Javier. “La dimensión constitucional del ofrecimiento de acciones”, *Revista del Ministerio Fiscal*, 5 (1998), pp. 9-49, p. 19.

La Carta de los derechos de los Ciudadanos del Poder Judicial, señala que los extranjeros inmigrantes en España tienen derecho a recibir una protección adecuada de la Administración de Justicia, al objeto de asegurar que comprendan el significado y trascendencia jurídica de las actuaciones procesales en las que intervengan, por cualquier causa. Los Jueces y Tribunales, así como el Ministerio Fiscal, velarán en todo momento por el cumplimiento de este derecho.⁷³⁹

Existirá discriminación en el acceso a la justicia cuando no se garantice a los inmigrantes que no saben la lengua castellana, que sean asistidos por la presencia de un intérprete. Todo esto se agrava con la complejidad del lenguaje judicial, que impide más aún el acertado conocimiento del extranjero sobre sus derechos y actuaciones en el proceso penal.

La presencia del intérprete no implica únicamente el conocimiento de las lenguas extranjeras y la castellana, sino también tener la experticia judicial frente a los Tribunales.⁷⁴⁰

4.3. El derecho a la protección de la seguridad, intimidad y dignidad

En cuanto a los derechos a la protección de la seguridad, intimidad y dignidad, existen una serie de cuerpos legales tendientes a reforzar estos derechos, entre los cuales podemos destacar los siguientes:

- a) La protección de peritos y testigos en causas criminales, establecida por la LO 19/1994, de 23 de diciembre, que establece diversos grados de reserva acerca de la identidad de los mismos en los procesos.
- b) Las medidas del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificada por LO 14/1995, añade un nuevo párrafo al artículo 109 LECrim (comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, en procesos por delitos del artículo 57 del CP), e introduce también modificaciones al artículo 544 bis LECrim, que establece que se considerarán como primeras diligencias, la de proteger a los ofendidos y perjudicados por el delito, pudiendo establecerse diversas medidas cautelares, como prohibiciones de aproximación, de comunicación, de residencia, etc., o incluso la propia prisión provisional del agresor, ya que entre las finalidades que la

⁷³⁹ Vid. Nº 32 Carta de los Derechos de los Ciudadanos.

⁷⁴⁰ GASCÓN SORRIBAS, Elena; GRACIA IBÁÑEZ, Jorge. “La problemática específica de las mujeres inmigrantes en procesos de violencia familiar de género”, *Laboratorio de Sociología Jurídica, Universidad de Zaragoza*, pp. 1-12, p. 8.

legitiman, se establece la de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

c) En relación con las víctimas especialmente vulnerables, la LO 8/2006, de 4 diciembre, ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el objeto de establecer la posibilidad de que la declaración de los testigos menores de edad, se lleve a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. Además, establece que no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad, salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial. Estas medidas están dirigidas a prevenir el daño psicológico que estas actuaciones procesales puedan producir sobre este grupo de víctimas.

d) Existen también determinadas medidas de seguridad que se pueden imponer en las sentencias, y que pueden contribuir a la protección de las víctimas, especialmente de aquellas en las que exista riesgo de revictimización. La LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, incluye nuevas medidas judiciales para la protección y seguridad de la víctima, en el orden penal. Ejemplo de esto lo constituyen la protección de la víctima a través de la salida domiciliaria del infractor, alejamiento y la suspensión de las comunicaciones a los inculcados (art. 64 LOMPIVG), suspensión de la patria potestad y régimen de custodia y visitas con los menores (arts. 65 y 66 LOMPIVG), la suspensión de la tenencia y porte de armas de fuego (art. 67 LOMPIVG).

e) En el plano de la protección de la intimidad, la LO 35/95, de 11 de diciembre, establece que, en todas las fases del procedimiento de investigación, el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. Asimismo, el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada.⁷⁴¹

f) La carta fundamental española y la LOPJ establecen que las actuaciones serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. Sobre el particular, el artículo 680 LECrim prescribe que el Presidente del Tribunal podrá acordar que las sesiones se celebren a puerta cerrada cuando lo exijan razones de moralidad, orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o su

⁷⁴¹ Véase art. 15.3 y ss.

familia.

g) También la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, el 16 de abril de 2002, establece que los ciudadanos que sean víctimas de delito tienen derecho a que su comparecencia personal ante un Juzgado o Tribunal, tenga lugar de forma adecuada a su dignidad y preservando su intimidad. Otra consagración es la protección sobre la publicidad no deseada sobre la vida privada. Por su parte, los menores de edad tienen derecho a que su comparecencia a los órganos judiciales, tenga lugar de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para su cumplimiento, podrán utilizarse medios técnicos como circuito cerrado de televisión, videoconferencia o similares, y se evitará la comparecencia reiterada ante los órganos de la Administración de Justicia.

h) Por otra parte, la LO 14/1999, de 9 de junio, introdujo una reforma para disminuir los efectos perjudiciales que sobre la víctima y testigos menores de edad pudiese tener la confrontación visual de estos con el procesado, utilizando medios técnicos adecuados (arts. 448 y 707 LECrim), y estableció el carácter excepcional de los careos (arts. 455 y 713 LECrim).

i) La LO 27/2003, de 31 de julio, sobre protección de las víctimas de violencia doméstica, manifiesta la protección de la intimidad de la víctima, permitiendo que la declaración de ésta se realice por separado del procesado (art 544 ter 4).

También, y a propósito del extranjero víctima de violencia doméstica, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en relación con los efectos de reagrupación familiar en circunstancias especiales y la autorización de residencia temporal por razones humanitarias, permite que en caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, pueda obtener una autorización de residencia independiente – fuera del caso de reagrupación- desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma.⁷⁴²

A su vez, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, permite que el cónyuge o pareja reagrupado pueda obtener una autorización de residencia y trabajo

⁷⁴² Vid. Art. 19.1.

independiente, fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección o, en su defecto, exista un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género.⁷⁴³

j) Para terminar, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, protege la intimidad de la víctima, en especial sus datos personales, los de sus descendientes y de cualquier otra persona que esté bajo su guarda y custodia. Para estos efectos, los jueces podrán acordar que las vistas se hagan a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

Cuando las víctimas son mujeres extranjeras inmigrantes, tenemos que remitirnos además del ordenamiento antes expuesto –LO 1/2004–, a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuya reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, posibilita que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa –regulares o irregulares en España–, tengan garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, y muy especialmente las medidas de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género que dicha Ley contempla. Ciertamente no puede afirmarse que exista un perfil específico de mujer maltratada por el solo hecho de ser extranjera, sino que, precisamente, por su condición de extranjera, se produce lo que ha venido a denominarse una “dimensión del maltrato de género” o una “sobreexposición” a este tipo de situaciones, que no concurre en el caso de las mujeres autóctonas. Esa apreciación deriva de factores específicos e inherentes a la inmigración, que incrementan el riesgo de sufrir malos tratos, tales como la estancia irregular en España, la situación económica precaria, elementos culturales en los que no se cuestiona que el papel del hombre esté por encima del de la mujer, los problemas derivados de la barrera idiomática o su escasa confianza en las instituciones públicas, lo que propicia la impunidad de este tipo de conductas.⁷⁴⁴

El artículo 17 de la LO 1/2004 garantiza los derechos en ella reconocidos a todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra circunstancia personal o social. Es importante destacar su Título II, que recoge tres bloques de derechos a tener en cuenta: derecho a la información, que se

⁷⁴³ Vid. Art. 59.2 letra b).

⁷⁴⁴ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. “Víctimas extranjeras de violencia de género: Derechos y medidas de protección”, en: GARCÍA CASTAÑO, Francisco; KRESSOVA, Nina (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada: Instituto de Migraciones, 2011, p. 2159.

extiende no sólo a su situación personal, sino también a las medidas de protección y seguridad; derecho a la asistencia social integral, que se traduce en un apoyo multidisciplinar; y, finalmente, derecho a la asistencia jurídica gratuita en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida.⁷⁴⁵ Estos derechos de reconocimiento explícito para la mujer maltratada, deben conjugarse con la protección de los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos extranjeros, con particular interés, el derecho a solicitar la tutela efectiva de jueces y tribunales, lo que obliga a remover cualquier obstáculo que impida que la mujer víctima de violencia de género denuncie su situación y reaccione frente al maltrato.⁷⁴⁶

4.3.1. Protección de las víctimas del terrorismo

La protección de las víctimas del terrorismo se ha plasmado desde dos esferas normativas. La primera, desde las respectivas Comunidades Autónomas, y la segunda, a nivel del Estado español.

Ejemplo de la primera esfera, lo constituye la Administración autonómica vasca, que desde hace varios años ha adoptado medidas conducentes a paliar, en la medida de lo posible, los efectos del terrorismo. Así, la primera regulación de un programa de ayudas a las víctimas del terrorismo se recogió en el Decreto 221/1988, de 4 de agosto. Esta normativa fue modificada en 1991, 1993 y 1995; en 2000 se sustituyó por el Decreto 107/2000, de 13 de junio; y en 2002, este último decreto fue reemplazado por el actualmente vigente Decreto 214/2002, de 24 de septiembre (modificado por el Decreto 313/2002, de 30 de diciembre). Esta última normativa de ayudas introdujo nuevos aspectos de tutela y aumentó significativamente los niveles de protección. En este sentido, introdujo líneas de ayuda tendientes a una efectiva inserción laboral de las víctimas que lo precisen; se instrumentaron vías de satisfacción de las necesidades especiales de las víctimas, en materia de vivienda; se ampliaron las ayudas en el ámbito educativo y se incrementaron las cuantías indemnizatorias para garantizar una sustancial reparación del daño económico infligido a la víctima.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 2160.

⁷⁴⁶ *Ibidem*; Véase art. 31.bis 2 Ley Orgánica 4/2000: “*Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a de esta Ley será suspendido por el instructor hasta la resolución del procedimiento penal*”.

La experiencia, pese a considerarse razonablemente satisfactoria, aconsejaba una revisión que la perfeccionara y corrigiera desajustes detectados. Además, el creciente grado de concienciación de la propia sociedad respecto a la necesidad de concretar la solidaridad hacia las víctimas del terrorismo, con la adopción de medidas que contribuyan a mejorar sus condiciones de vida cotidiana, hacían aconsejable la revisión del programa con un criterio extensivo y exhaustivo. Así, se concluyó con la actual Ley 4/2008, de 19 de junio, sobre Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo. Según su exposición de motivos, se trata de una Ley que, al tiempo que perfecciona la prestaciones concedidas por la Administración, supone, como ha quedado manifestado, una expresión profunda y sincera del sentido homenaje que merece el sufrimiento padecido por las víctimas del terrorismo, y sus respuestas alejadas siempre de la tentación de tomarse la justicia por su mano.

También su exposición de motivos nos indica que la Ley tiene una doble dimensión. Por un lado, una parte de la misma hace referencia a las cuestiones estrictamente materiales o asistenciales y es donde se despliega el catálogo de medidas sistematizadas que han de permitir dar respuesta a numerosos problemas relacionados con la vida cotidiana de las víctimas del terrorismo. Pero, por otro, y como aspecto más novedoso, se incorpora una parte que trata de compendiar los principios generales que informan el conjunto de derechos de estas víctimas, desde una perspectiva ética y política.

El objeto de esta Ley es el reconocimiento a las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un sistema de protección y asistencia a las personas que hayan sufrido la acción terrorista, con el fin de reparar y aliviar los daños de toda índole vinculados a dicha acción.

Los derechos que esta ley les reconoce a las víctimas son: derechos a justicia, dignidad, reparación, participación (cuyos titulares son las víctimas); verdad, memoria (pertenecientes a las víctimas y la sociedad); paz, libertad y convivencia (dirigidos a toda la ciudadanía vasca).

Por otro lado, la protección estatal a las víctimas del terrorismo se encuentra plasmada en una serie de cuerpos normativos, como Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo (BOE núm. 305, de 22 de diciembre; corrección de errores en BOE núm. 19, de 22 de enero de 2000),⁷⁴⁷ modificado por el

⁷⁴⁷ Para profundizar sobre el itinerario legislativo, en materia de indemnización de víctimas del terrorismo, véase RODRÍGUEZ PUERTA, María José “Sistema de asistencia, protección y reparación de

Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, y por el Real Decreto 199/2006, de 17 de febrero; Real Decreto 1974/1999, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo (BOE núm. 307, de 24 de diciembre); Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo (BOE núm. 65, de 17 de marzo), modificado por el Real Decreto 199/2006, de 17 de febrero; Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992 -disposición adicional vigésimo octava- (BOE núm. 313, de 31 de diciembre); Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE núm. 276, de 18 de noviembre), modificada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre -artículo trigésimo quinto-, por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre -disposición final octava-; por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 -disposición final undécima-; por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril -artículo 5- y por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre -disposición final octava-; Real Decreto-Ley 6/2006, de 23 de junio, sobre pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas (BOE núm. 150, de 24 de junio; corrección de errores en BOE núm. 179, de 28 de julio); Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 -disposición adicional decimoctava-, sobre determinación del IPREM para 2011 (BOE núm. 311, de 23 de diciembre); y recientemente la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (BOE núm. 229, de 23 de septiembre).

Es necesario resaltar que la Ley 32/1999 no especifica si sólo los españoles, o también los extranjeros, tienen derecho a beneficiarse de las ayudas establecidas en la misma Ley. Para dar respuesta a esta interrogante, compartimos lo señalado por MIR PUIGPELAT, en orden a que el R.D. 1912/1999 resuelve indirectamente el problema en los arts. 20.5, 24.2 y, sobre todo, en su art. 5.2.a). En los dos primeros, admite la posibilidad de que las víctimas beneficiadas por la Ley sean no residentes en España (ello no implica, por sí solo, admitir que los extranjeros puedan beneficiarse de la misma, ya que también los españoles pueden no residir en España). Y, en el tercero, se contempla la posibilidad de que los solicitantes de resarcimiento puedan tener

las víctimas”, en: BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBERÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coords.), *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 429 y ss.; También en LANDROVE, *La moderna, op. cit.*, p. 143 y ss.; MIR PUIGPELAT, Oriol. “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, y su Reglamento de desarrollo”, *Indret*, 1 (2000), pp. 1-10, p. 5, en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/18124/1/162367spa.pdf> [visitado el 01/11/2010].

nacionalidad distinta de la española, en cuyo caso, señala el artículo, deberán acompañar su pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad. Más claro, si cabe, era el R.D. 1974/1999, cuyo art. 6.1.a) establecía que los solicitantes de las distinciones honoríficas en él previstas, debían hacer constar su *nacionalidad*. Parece claro, pues, que también las víctimas extranjeras tienen acceso a la indemnización, a las ayudas y a la condecoración de la Ley 32/1999.⁷⁴⁸ También compartimos la reflexión comparativa del autor: “La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo se muestra así más generosa que la de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (Ley 35/1995), que limita su ámbito de aplicación subjetiva a los españoles, los nacionales de otros países miembros de la Unión Europea, los extranjeros residentes legalmente en España y a los nacionales de terceros países que reconozcan ayudas análogas a los españoles en su territorio.”⁷⁴⁹

Para finalizar, la regulación de la nueva Ley 29/2011, contiene mayores derechos que la normativa anterior. Se reconoce el derecho de asistencia; derecho de información específica sobre ayudas, indemnizaciones y demás prestaciones; derecho a ayudas e indemnizaciones,⁷⁵⁰ derechos laborales y de seguridad social; derechos en materia de vivienda y educación; derecho al tratamiento de la información de las víctimas del terrorismo; y derechos en los procesos judiciales.⁷⁵¹

Los derechos consagrados por esta ley, le son reconocidos a quienes sufran la acción terrorista.⁷⁵² No explicita esta normativa ningún requisito en torno a la nacionalidad que debe tener la víctima, por lo que debemos entender que es indistintamente aplicable a españoles y extranjeros, y respecto de estos últimos no necesariamente a aquellos ciudadanos de países miembros de la UE, sino de cualquier país del mundo. Asimismo, la ley establece requisitos para el reconocimiento de las ayudas y prestaciones previstas en la misma ley, sin supeditarse estos a la necesidad de tener la víctima la nacionalidad

⁷⁴⁸ Cfr. MIR PUIGPELAT, “Indemnizaciones”, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁴⁹ Vid. Art. 2.1 de la Ley 35/1995, en relación con el art. 2 del Reglamento que la desarrolla, el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo.

⁷⁵⁰ Un aspecto novedoso de la Ley es que ya no sólo se contemplan ayudas para los casos de daños personales, sino también, ahora, por daños materiales y aquellos causados en el extranjero. Esto se conoce como derecho de resarcimientos y ayudas de carácter ordinario.

⁷⁵¹ Además de la asistencia jurídica, las víctimas del terrorismo tienen, en los procesos judiciales en que intervengan, entre otros, los siguientes derechos: mínima lesividad en la participación del proceso, información personalizada y especializada, y Oficina de información y asistencia a las víctimas del terrorismo. Respecto de esto último, se contempla la implementación y consolidación de una oficina de apoyo a las víctimas en la Audiencia Nacional, y de oficinas específicas para la atención personalizada atendidas por personal especializado.

⁷⁵² Vid. Art. 3 Ley 29/2011.

española o de algún país miembro de la UE.⁷⁵³

Esta ley también otorga, por expresa disposición legal, la nacionalidad española a los extranjeros víctimas del terrorismo.⁷⁵⁴

4.4. El derecho a la asistencia

La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, además de establecer un sistema de ayudas económicas para las víctimas de dichos delitos, prevé una serie de medidas asistenciales que resultan aplicables a todo tipo de víctimas, creando las Oficinas de Asistencia a las Víctimas (OAVD),⁷⁵⁵ cuya función es informar a las víctimas en relación con los derechos de la citada Ley, orientarla y ayudarla en la tramitación de sus solicitudes, y prestar atención psicológica y material a todo tipo de víctimas, que son gestionadas por el Ministerio de Justicia o por las Comunidades Autónomas.⁷⁵⁶

Por antonomasia, el derecho a la asistencia jurídica gratuita conforma el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por la carta magna española. Su finalidad inmediata estriba en permitir el acceso a la justicia a las personas que no tengan medios económicos suficientes para ello. Este derecho comprende, entre otras prestaciones, la defensa y representación gratuita por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea preceptiva desde el punto de vista legal o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal, mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.⁷⁵⁷ Sin perjuicio de lo anterior, la concesión de este derecho, que incluso tiene un contenido constitucional (art. 119 CE),⁷⁵⁸ está sometida a una serie de requisitos de carácter legal y administrativo.⁷⁵⁹

Respecto de las víctimas de violencia doméstica, la Ley 27/2003, de 31 de julio, les confiere medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento

⁷⁵³ Vid. Art. 3 bis, y Art. 4 de la Ley 29/2011.

⁷⁵⁴ Vid. Art. 41 Ley 29/2011.

⁷⁵⁵ Sobre el rol de las OAVD, véase RODRÍGUEZ PUERTA, “Sistema”, *op. cit.*, p. 409.

⁷⁵⁶ Cfr. TARDÓN OLMOS, “El Estatuto”, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁵⁷ Vid. Art. 6.3 y 21 LAJG, y art. 16 RAJGA.

⁷⁵⁸ Este artículo 119 de la Constitución fue recogido en los artículos 20.2 y 440.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ 6/1985), que se remiten para su regulación a una futura Ley ordinaria (que es la actual 1/1996).

⁷⁵⁹ Vid. LO 1/1996, de 10 de enero, modificada por LO 16/2005, de 18 de julio, sobre asistencia jurídica gratuita; el RD 996/2003, de 5 de julio, por el que se aprueba el nuevo Reglamento sobre asistencia jurídica gratuita.

jurídico, para cuya efectividad, la propia orden de protección se constituye en título habilitante que puede hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

En lo que respecta a las víctimas de la violencia de género, la ya citada LO 1/2004 articula un verdadero estatuto integral de los derechos de las mujeres víctimas de esta clase de violencia, que contempla asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita, así como también diversos derechos en el ámbito laboral, para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato, así como medidas de apoyo a las funcionarias públicas que la sufran, y medidas de apoyo económico, para facilitarles unos recursos mínimos de subsistencia que les permitan independizarse de su agresor.

Por otra parte, tratándose de una víctima inmigrante, el derecho a la asistencia jurídica gratuita también le es reconocido. Con carácter general, en el ámbito de la extranjería, la justicia gratuita se encuentra reconocida expresamente en el artículo 22 de su Ley, reguladora para los extranjeros que se hallen en España, carezcan de recursos económicos suficientes, según los criterios establecidos en la normativa pertinente y respecto de los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, y en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.⁷⁶⁰

Por su parte, los inmigrantes residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles, en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en que se encuentren.

⁷⁶⁰ Véase art 22 LEX: “1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles; 2. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita; 3. En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen. A los efectos previstos en este apartado, cuando el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente”.

En consecuencia, tanto los inmigrantes con permanencia regular en España, como aquellos que no lo son –irregulares-, y los extranjeros que simplemente se hallen en el país, tienen derecho a asistencia jurídica gratuita, siempre y cuando carezcan de recursos económicos suficientes.⁷⁶¹

No obstante lo anterior, la asistencia jurídica gratuita a extranjeros no siempre ha sido un tema fácil, ya sea por razones de tratarse de una residencia ilegal o por la interpretación de que la suficiencia económica sea denegada en ciertas ocasiones. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo, señala que la regularidad de la residencia no puede indicar el alcance del derecho de asistencia referido.⁷⁶²

4.5. El derecho a la indemnización por los daños y perjuicios del delito, y las ayudas estatales

El artículo 100 LECrim establece que la víctima de todo delito o falta, además de la acción penal, ostenta la acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible. A su vez, la ejecución de un hecho que esté descrito por la Ley como delito o falta, obligará a reparar los daños y perjuicios por él causados, pudiendo el perjudicado optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil, comprendiendo ésta la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

Por otra parte, y en lo referente a las asistencias estatales, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, ha venido a paliar la situación de abandono padecida por la víctima en el Derecho español, que hasta esa fecha sólo ofrecía un sistema de cobertura para las víctimas de delitos terroristas. Con ello, se situaba a España en el conjunto de países que cuentan con un sistema legal de compensaciones económicas y asistencia de víctimas de delito, dando cumplimiento a la normativa internacional y europea sobre la materia.

En lo que se refiere a la indemnización a las víctimas con cargo a fondos estatales, la

⁷⁶¹ Vid. Art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

⁷⁶² Para un análisis de la sentencia, véase CUARTERO RUBIO, María Victoria. “Inmigración ilegal y justicia gratuita”, *Derecho Privado y Constitución*, N° 18 Enero-Diciembre (2004), pp. 143-169.

Ley 35/1995, respecto de las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, establece un sistema específico de ayudas económicas -el que varía en su cuantía, dependiendo de la afectación de la víctima- respecto de los españoles, pero también de los nacionales de cualquier Estado miembro de la Unión, a los ciudadanos que residan habitualmente en España y los extranjeros pertenecientes a aquellos países que mantengan reciprocidad en esta materia. Cabe agregar que estas asistencias sólo proceden respecto delitos cometidos en España, por lo que existe un principio de territorialidad sobre la materia.

Como ya se expresó, se benefician de estas ayudas las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, aún cuando estos delitos se hubieran perpetrado sin violencia (art 1.2). Además, estas ayudas no proceden tratándose de delitos imprudentes, las faltas, delitos de carácter económico-patrimonial, así como los daños materiales que se le causen a la víctima como consecuencia del hecho delictivo.

El concepto legal de ayudas públicas que utiliza la Ley 35/95, se asocia a la existencia de una solidaridad social.⁷⁶³ Tal como señala la exposición de motivos de la ley, estas ayudas no son una indemnización, dado que el Estado no es un responsable subsidiario del culpable del delito.

⁷⁶³ En este sentido, véase STS Sala 2º, de 19 de diciembre de 1997. “El concepto legal de ayudas públicas a la víctimas debe distinguirse de figuras afines y señaladamente de la indemnización, porque el Estado no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable, ni abarcar el daño moral provocado por el delito. Por el contrario, esta Ley se construye sobre un concepto de ayudas públicas directamente inspirado en el principio de solidaridad”.

Segunda Parte

Protección Penal del Extranjero

Capítulo 1

Sobre los tipos delictivos que protegen a los extranjeros

1. Introducción
2. Tráfico ilegal de personas
 - 2.1. Consideraciones previas
3. El delito de trata de seres humanos
 - 3.1. Bien jurídico protegido
 - 3.2. Tipicidad: La conducta, sujetos y el resultado
 - 3.3. Consentimiento de la víctima
 - 3.4. Tipos cualificados o agravados
 - 3.4.1. Agravación por mayor protección a la víctima
 - 3.4.2. Agravación por la condición de autoridad o funcionario público del autor
 - 3.4.3. Agravación por pertenencia a una organización o asociación
 - 3.5. La responsabilidad de las personas jurídicas
 - 3.6. Punición de actos preparatorios
 - 3.7. Reincidencia internacional
 - 3.8. Exención de responsabilidad criminal
 4. El delito de tráfico o inmigración ilegal
 - 4.1. Bien jurídico protegido
 - 4.2. Tipo básico (apartado 1)
 - 4.3. Sujetos
 - 4.4. Tipo subjetivo
 - 4.5. *Iter criminis*
 - 4.6. Concurso de delitos
 - 4.7. Tipos cualificados o agravados
 - 4.7.1. Agravación por móvil del sujeto, desvalor de acción o resultado y peligrosidad
 - 4.7.2. Agravación por la condición de autoridad o funcionario público del autor
 - 4.7.3. Agravación por pertenencia a una organización o asociación
 - 4.8. Responsabilidad de las personas jurídicas
 - 4.9. Atenuación facultativa de la pena
 5. El delito de contratación de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales (art. 312.2 del CP)
 - 5.1. Tipicidad. Conducta, sujetos y tipo subjetivo
 - 5.2. El bien jurídico protegido
 - 5.3. *Iter criminis*
 6. Delitos antidiscriminación
 - 6.1. La discriminación
 - 6.2. La igualdad en la CE
 - 6.3. Normativa internacional y regional antidiscriminación
 - 6.4. La respuesta penal a la discriminación en España
 - 6.5. Los motivos antidiscriminación y su delimitación conceptual
 7. El delito de discriminación laboral
 - 7.1. Bien jurídico protegido
 - 7.2. Tipicidad
 - 7.3. Concurso de delitos
 8. El delito de provocación a la discriminación y de injurias discriminatorias
 - 8.1. Delito de provocación a la discriminación
 - 8.1.1. El tipo penal y los sujetos del delito
 - 8.2. El delito de injurias discriminatorias

- 9. Delito de discriminación en servicios públicos
 - 9.1. Tipicidad. Conducta, tipo subjetivo y sujetos
- 10. Delito de discriminación profesional o empresarial
 - 10.1. Tipicidad. Conducta y sujetos
- 11. El delito de amenazas dirigidas a un grupo étnico
 - 11.1. El bien jurídico protegido
- 11.2. Conducta típica, sujetos del delito y consumación
 - 12. El delito de asociación ilícita
 - 12.1. El bien jurídico protegido
 - 12.2. Tipo penal

1. Introducción

Como consecuencia de las manifestaciones de discriminación xenófoba y racial que todavía existen en algunas partes del mundo y por las políticas gubernamentales basadas en la superioridad o el odio racial, tales como las de apartheid, segregación o separación, es que en los distintos ordenamientos jurídicos europeos –también en el mundo entero- se han erigido distintas figuras penales cuyo objetivo ha sido criminalizar o endurecer los castigos de estas conductas discriminatorias que desafortunadamente han acompañado al hombre desde el inicio de la humanidad. Además, con acierto, han sido reconocidas nuevas clases de discriminación como la orientación o identidad sexual, la enfermedad o discapacidad que padezca la víctima.

Frente a este fenómeno que, de entrada, podemos calificar de extrema gravedad y al que se encuentran expuestos los inmigrantes y extranjeros en general, se alzan otras conductas que también se han criminalizado y en el discurso tienen por objetivo proteger a los extranjeros desde antes que lleguen voluntariamente o no a España, ya que pueden ser víctimas de los abusos y explotación de los traficantes o tratantes de personas, y luego en el país de acogida pueden afrontar abusos en el mercado del trabajo, al ser contratados en condiciones que les sean manifiestamente perjudiciales.

Por lo anterior, nos hemos propuesto en esta segunda parte del trabajo analizar someramente, haciendo una breve sistematización de las diversas figuras que estarían predisuestas penalmente a la protección de los ciudadanos extranjeros y, por añadidura, a los inmigrantes, tales como: el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis); tráfico o inmigración ilegal (art. 318 bis); delito de contratación de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales (art. 312.2). Posteriormente, trataremos la gama de delitos antidiscriminación como: delito de discriminación laboral (art. 314); delito de provocación a la discriminación y de injurias discriminatorias (art. 510); delito

de discriminación en servicios públicos (art. 511); delito de discriminación profesional o empresarial (art. 512); delito de amenazas dirigido a grupo étnico (art. 170); para finalmente ocuparnos del delito de asociación ilícita que promueva la discriminación (art. 515.5).

2. Tráfico ilegal de personas

2.1. Consideraciones previas

El legislador español dio un paso importante con la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, al distinguir entre la trata y la inmigración ilegal.⁷⁶⁴ Así, el Estado español se pone en sintonía con las normas internacionales, específicamente con respecto a los compromisos asumidos en el seno de la Unión Europea –normativa comunitaria-, al reconocer la relevancia penal para los supuestos de trata de seres humanos. También, más allá de un deber regional, lo era a nivel internacional, precisamente en el marco de Naciones Unidas y la exigencia de los Estados suscribientes de cumplir con el Protocolo de Palermo, formalmente conocido como Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.⁷⁶⁵

Como bien describe CUGAT MAURI, la reforma intenta resolver la irracionalidad que suponía tratar, de manera conjunta, conductas que atacan a distintos valores o bienes jurídicos. Por una parte, el tráfico de personas con un claro objetivo de explotación, y por otra parte, la ayuda para la entrada ilegal en el país que afecta los intereses de un determinado país o región.⁷⁶⁶ Esto incluso fue reconocido por el legislador en su

⁷⁶⁴ De manera previa a la reforma de 2010, el CP distinguía entre un delito de tráfico de trabajadores, cualquiera que sea la nacionalidad de la persona traficada, incluyendo en este tipo el tráfico para la prostitución; y por otro lado, había un delito de tráfico de extranjeros.

⁷⁶⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal”, *Indret* 1/2012, pp. 1-34, p. 2. “En el ámbito regional europeo, vinculaban en este sentido al Estado español tanto el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 también conocido como Convenio de Varsovia-, desde que entrara en vigor en nuestro país en agosto de 2009, cuanto con carácter anterior la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629), que ha sido recientemente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas.”; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Comentario Artículo 177 bis”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 270.

⁷⁶⁶ CUGAT MAURI, Miriam. “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en:

exposición de motivos al señalar: “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el art. 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos”.

En definitiva, se crea, por una parte, el delito de “trata de seres humanos”, que se introduce el nuevo título VII bis, con su artículo único 177 bis del CP; y por otra parte, el pretérito artículo 318 bis del CP, hoy reestructurado, que regula la inmigración ilegal.

3. El delito de trata de seres humanos

Se regula en el artículo 177 bis (bajo el título VII bis), en los siguientes términos:

“1. Será castigado como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.*
- c) La extracción de sus órganos corporales.*

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;*
- b) la víctima sea menor de edad;*
- c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.*

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal

realizado”.⁷⁶⁷

3.1. Bien jurídico protegido

Con la nueva tipificación de la trata –separándola de la inmigración ilegal-, que hace susceptible que las víctimas de estos delitos sean nacionales o extranjeras, se terminan en doctrina una serie de discusiones en torno al bien jurídico protegido por el delito.⁷⁶⁸

Según reza la exposición de motivos de la LO 5/2010, el precepto “tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”. Así, el objeto jurídico que se protege es la *dignidad humana*,⁷⁶⁹ entendiendo que el tráfico de personas, tal como ha sido comprendido en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, violentaría derechos y garantías personales, como son la libertad, el desarrollo de la personalidad o la igualdad. Se considera la dignidad como base fundamental para el ejercicio de otros derechos, impidiendo que se considere a la persona como mercancía, esto es, que sea vejada al “cosificársela”, al humillarla como ser humano, reduciéndola a un mero objeto transable.⁷⁷⁰

Otro grupo ha sostenido que el bien jurídico tutelado ha sido la integridad moral. Han llegado a esta conclusión, en parte, debido a la falta de sustancialidad del concepto dignidad o a lo vago de su contenido. También, por otra parte, llegan a entender que el objeto tutelado es la integridad moral por la estrecha relación de la trata con el concepto de trato inhumano, degradante y vejatorio, que supone un atentado contra la integridad

⁷⁶⁷ El anteproyecto de reforma de Código Penal de 2012, contempla un apartado adicional (12), en el que se considera además de la pena privativa de libertad para el delito, la medida de libertad vigilada, siendo su aplicación facultativa para el Juez o Tribunal.

⁷⁶⁸ Con el antiguo tipo penal previsto en el art. 318 bis, existían tres posiciones básicas con respecto al bien jurídico protegido por el delito: 1) Aquellas posiciones que entendían que la protección recaía en los derechos de los ciudadanos extranjeros; 2) La protección alude a la ordenación y control por parte del Estado de los flujos migratorios, y 3) Una posición ecléctica con respecto a los bienes indicados anteriormente. Véase, entre otros: RODRÍGUEZ MESA, María José. *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 55 y ss.; SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y derecho Penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 331 y ss.; ORTUBAY FUENTES, Miren. “El impreciso concepto de tráfico ilícito de personas o la mentalidad de fortaleza sitiada”, en: ECHANO BASALDÚA, Juan, *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*. España: Universidad de Deusto, 2002, p. 447 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, op. cit., p. 205; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Ley de extranjería y Derecho penal”, *La Ley*, 2001-2, pp. 1736-1746, p. 1738 y ss.

⁷⁶⁹ Al respecto, GALLEGU GARCÍA. “Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana”, en: VELÁSQUEZ V. (Coord.), *Derecho penal y dignidad humana*. Bogotá: Temis, 2005, pp. 245 y ss.

⁷⁷⁰ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, op. cit., p. 279 y ss.

moral.⁷⁷¹

Por su parte, MUÑOZ CONDE, algo ecléctico con respecto a lo dicho anteriormente, entiende que el bien jurídico protegido tiene que ver con la dignidad e integridad moral, a la que se lesiona a través de diversas formas de atentado a la libertad.⁷⁷²

Por último, CARNEVALI es del parecer que los objetos de protección no pueden ser sino la *libertad, la seguridad personal y la salud*. En este sentido, afirma el autor que en caso de cosificación de la persona, en que se la reduce a condiciones análogas a la esclavitud, lo que se ofende no es su dignidad, sino que su libertad jurídica.⁷⁷³ Lo que se aprecia es un abuso de una situación de necesidad que determina la afectación de la capacidad del sujeto de autodeterminarse libremente, de manera que la decisión adoptada está fuertemente condicionada.

3.2. Tipicidad: La conducta, sujetos y el resultado

Los verbos rectores del tipo penal son “captar”, “transportar”, “trasladar”, “acoger”, “recibir” y “alojar”, con alguna de las finalidades previstas en la norma penal, como son: a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad; b) La explotación sexual, incluida la pornografía; y c) La extracción de sus órganos corporales. Estamos frente a un abanico muy amplio de conductas, cuya única limitación les viene impuesta por los fines perseguidos, que han de ser conocidos y compartidos o aceptados por el sujeto activo de la conducta punible.

Los verbos rectores no generan mayores inconvenientes. A juicio de VILLACAMPA ESTIARTE, los únicos términos en que quizá convendría detenerse son el de “captación” y “traslado”. Señala que, en relación al primero, la captación requiere algo

⁷⁷¹ LAURENZO COPELLO, Patricia. “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 12 (2003), pp. 63-93, p. 72; DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. *Tráfico de persona e inmigración ilegal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, p. 248 y ss.; PÉREZ ALONSO, Esteban. “Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas”, en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 47 y ss.; ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, N° 19 (2007), pp. 3-20, p. 16; Una crítica a este pretendido bien jurídico tutelado puede verse en VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 281 y ss.

⁷⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial, Ed. 8º*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 207.

⁷⁷³ CARNEVALI, Raúl. “La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones a su regulación en Chile”, p. 21. Manuscrito inédito facilitado por su autor que será publicado en el libro homenaje al Profesor Enrique Cury.

más que la mera oferta de cualquier tipo de trabajo, servicio de traslado o actividad apetecibles a las víctimas de la trata, se exige algún tipo contrato o acuerdo que obligue al tratado (víctima). Por otra parte, por traslado debemos entender cualquier transporte de la persona o personas tratadas, fuera o dentro de las fronteras españolas, con cualquier medio, aunque no basta la mera organización del transporte para cometer el delito.⁷⁷⁴

Estas acciones realizadas, para que sean penalmente relevantes, deben tener una mínima trascendencia y entidad para lesionar el bien jurídico y, de esta manera, justificar una pena de prisión de cinco a ocho años. De lo contrario, es altamente probable que la conducta quede impune por no alcanzar los niveles de lesividad necesarios que justifiquen la sanción penal.

Las conductas descritas por la ley pueden realizarse en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella,⁷⁷⁵ y han de ejecutarse empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.⁷⁷⁶ Estos medios comisivos o el aprovechamiento se emplean para colocar a la víctima en una situación de no poder oponerse a la acción del autor, o que haya un aprovechamiento de éste por la situación por la que atraviesa la víctima, o de la superioridad que se tiene sobre ella con idénticos propósitos. Las finalidades perseguidas con la captación y el resto de las conductas deben estar encaminadas indefectiblemente a la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad; a la explotación sexual, incluida la pornografía; o la extracción de sus órganos corporales. En estos fines se encierra el elemento subjetivo del tipo,⁷⁷⁷ cuya ausencia determina la atipicidad de la conducta para los efectos del art. 177 bis CP. Como precisa VILLACAMPA ESTIARTE, estamos frente a un elemento subjetivo del injusto, de tendencia interna trascendente que configura un delito mutilado en dos actos, obviamente incompatible con la comisión imprudente.⁷⁷⁸

⁷⁷⁴ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 287.

⁷⁷⁵ Una crítica a la mención del territorio español en el tipo del delito puede verse en VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 286.

⁷⁷⁶ Algunos han entendido que en los medios comisivos no estaría la conducta consistente en la concesión o recibimiento de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que tenga el control sobre otra persona. Por ejemplo, la de la madre sobre la hija. Véase VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 288; Sin embargo, creemos que tal conducta estaría subsumida en el abuso de una necesidad o vulnerabilidad de la víctima, dado lo difícil de entender que una madre libremente y sin ataduras de por medio, entregue a un hijo para la trata.

⁷⁷⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 209.

⁷⁷⁸ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 290.

El sujeto activo de la conducta puede ser “nacional o extranjero”, dado que la norma no establece ninguna condicionante al respecto. Asimismo, la víctima del delito también puede ser “nacional o extranjera”, pues como subraya la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras –sin perjuicio que en la práctica sí lo sean-, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. De esta manera, pueden ser víctimas incluso los ciudadanos españoles, cuya condición de sujeto pasivo, para los efectos del nuevo delito previsto en el art. 318 bis, es bastante discutida en doctrina.⁷⁷⁹

Por otro lado, el delito de trata de personas se consuma una vez cumplida la acción típica, independientemente de que se haya o no producido la situación concreta y efectiva de explotación laboral, sexual o de extracción de órganos.⁷⁸⁰ En el caso de haberse efectivamente producido un supuesto de efectiva explotación laboral, el delito de trata de seres humanos entrará en concurso con el delito del art. 311 o, en su caso, con el previsto en el art. 312 CP.

3.3. Consentimiento de la víctima

El apartado 3 del art. 177 bis señala que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios previstos en el apartado primero de este artículo (empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima). Algunos han entendido la ineficacia de esta mención por no existir la debida correspondencia lógica.⁷⁸¹ Es decir, no puede haber una conducta consentida cuando ha mediado violencia o intimidación –o cualquiera de los otros medios-. No obstante, entendemos que lo que se trata de evitar es que el consentimiento *a posteriori* de la víctima obre como causal de justificación y con ello blanquear cualquier antijuricidad de la conducta.

⁷⁷⁹ Una crítica, por innecesaria y redundante que la víctima puede ser nacional o extranjera, puede verse en VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 287; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 208. Señala que la víctima puede ser nacional o extranjera.

⁷⁸⁰ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 285; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 208. Indica que no es necesario llegar a la explotación efectiva, al transporte o al traslado. Basta que el sujeto pasivo haya sido captado para ello o se encuentre ya en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades que se señalan en la norma.

⁷⁸¹ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 289.

3.4. Tipos cualificados o agravados

Los apartados 4, 5 y 6 del art. 177 bis del CP establecen figuras agravadas con respecto al tipo básico, cuya penalidad es exagerada a juicio de muchos, y está basada en la especial necesidad de protección de la víctima y en ciertas características sobre la condición y pertenencia del sujeto activo de la conducta de trata, las cuales veremos a continuación.

3.4.1. Agravación por mayor protección a la víctima

El apartado 4 establece una agravación del tipo básico (la pena superior en grado) para dispensar una mayor protección a la víctima cuando ésta sea menor de edad, cuando con ocasión de la trata se le ponga en grave peligro, o sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

Como sucede asiduamente, el legislador español va más allá de la Decisión Marco contra la trata en la UE, que exige que a lo menos se acredite que la conducta ha puesto en peligro la vida de la víctima. El precepto admite igual sanción con menos lesividad, requiriendo que la conducta ponga en peligro la salud o integridad física.⁷⁸²

A su vez, el apartado 2 del art.177 bis otorga una especial protección a los menores de edad en el evento de trata de seres humanos con fines de explotación. En efecto, la norma sanciona como trata cualquier conducta sobre este sujeto especial, aunque esté ausente algunos de los medios comisivos enumerados en el apartado 1 (violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad). La verdad es que es difícil imaginar la trata con un medio distinto a los singularizados en el apartado 1, por lo que se tornaría superflua esta especial protección.

3.4.2. Agravación por la condición de autoridad o funcionario público del autor

El apartado 5 prevé otra agravación de la conducta (la pena superior en grado) para los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Esta norma sigue al Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, realizado en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

⁷⁸² Cfr. CUGAT, “La trata”, *op. cit.*, p. 162.

Además, VILLACAMPA ESTIARTE agrega como razón extra que los estudios de campo han establecido la alta participación en la trata de personas que se sirven de cargos o empleos públicos.⁷⁸³

3.4.3. Agravación por pertenencia a una organización o asociación

Al igual que el art. 317 bis, el apartado 6 del art. 177 bis prevé una agravación (superior en grado), además de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, para los supuesto en que el sujeto activo perteneciera a una organización o asociación, de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Las razones para agravar estas conductas encuentran su justificación en que, tal como se señaló en el apartado anterior, la trata de personas es uno de los negocios principales del crimen organizado.⁷⁸⁴

Esta agravación es incluso superior (se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado) cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones.

3.5. La responsabilidad de las personas jurídicas

Para adecuarse a las previsiones de la Decisión Marco de la UE contra la trata, el legislador penal adopta sanciones contra las personas jurídicas que participen en estas conductas punibles.⁷⁸⁵ En este entendido, si una persona jurídica es responsable de los delitos comprendidos en la norma, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Asimismo, con carácter facultativo, los jueces y tribunales podrán imponer, asimismo, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33; estas son: disolución de la persona jurídica, que producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita (letra b); suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años (letra c); clausura de sus locales y establecimientos por un plazo

⁷⁸³ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 296.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 297.

⁷⁸⁵ Cfr. CUGAT, “La trata”, *op. cit.*, p. 162.

que no podrá exceder de cinco años (letra d); prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años (letra e); inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años (letra f); intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años (letra g).

3.6. Punición de actos preparatorios

El apartado número 8 castiga la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos.⁷⁸⁶ Como indica CUGAT MAURI, está asentada en la doctrina la opinión de que nos encontramos frente a un hecho con autonomía propia y que, por lo tanto, admite la incriminación de actos preparatorios del mismo.⁷⁸⁷

3.7. Reincidencia internacional

El apartado número 10 prevé que las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de trata producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo, con arreglo al Derecho español. Con aquello se da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 25 del Convenio de Varsovia, relativo a que, en la apreciación de la pena, los jueces o tribunales pueden observar otras sentencias ejecutoriadas de otros Estados suscribientes. Por otro lado, también respondería, como se dijo antes, a la especial característica de delincuencia organizada que rodea a este tipo de delitos.

3.8. Exención de responsabilidad criminal

El último apartado del art. 177 bis del CP, el número 11, establece una exención de

⁷⁸⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁸⁷ Cfr. CUGAT, “La trata”, *op. cit.*, p. 162.

responsabilidad para la víctima de trata de seres humanos, la cual quedará libre de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.⁷⁸⁸ Tal previsión, a nuestro juicio, vendría a reafirmar a aquellos autores que entienden que el bien jurídico protegido por este tipo penal es la libertad. En efecto, no se entiende cómo el legislador ha excusado de pena a aquellas personas explotadas, sino en la medida que sus acciones ilícitas que han realizado, lo han sido en el marco de una libertad coaccionada.

4. El delito de tráfico o inmigración ilegal

Este delito se encuentra recogido en el actual art. 318 bis del CP, situado bajo el título XV bis, incorporado por la LO 4/2000, de 11 de enero, que lleva por rúbrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Este único artículo prescribe:

“1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

⁷⁸⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, op. cit., p. 211; CUGAT, “La trata”, op. cit., p. 162.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

5. Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”.

Esta disposición, luego de su incorporación, ha sufrido variadas reformas. Primero, a través de la LO 11/2003, que elevó de manera considerable sus penas y modificó algunos aspectos relacionados con su tipo básico y tipos cualificados.

Posteriormente, la LO 13/2007 incorporó un inciso tendiente a posibilitar la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina. Específicamente, añadió el inciso “o con destino a otros países de la Unión Europea”.

Por último, la reciente reforma de 2010 suprimió el apartado 2, introducido por LO 11/2003, que agravaba la responsabilidad en virtud del propósito o móvil del sujeto activo (explotación sexual de las personas) y, en consecuencia, reenumera los apartados 3, 4, 5 y 6, que pasan a ser 2, 3, 4 y 5. De igual modo, se modificó la redacción de algunos apartados (2 y 4) para permitir una mejor interpretación. También la reforma significó la creación de un nuevo delito, el contenido en el actual art. 177 bis, que a su vez se incorpora a un nuevo título -Título VII bis-, que lleva por nombre “De la trata de seres humanos”. De esta manera, el actual art. 177 bis tipifica y castiga la conducta que anteriormente se castigaba en el art. 318 bis apartado segundo.

4.1. Bien jurídico protegido

Con la modificación operada por LO 5/2010, la situación en torno al bien jurídico tutelado ha quedado zanjada, a lo menos, desde el positivismo. En efecto, la exposición

de motivos de la mencionada reforma dispone que en ella se protege un interés colectivo estatal, cual es el interés del Estado en el control de los flujos migratorios.⁷⁸⁹

Con anterioridad a la reforma, el debate en doctrina, a la hora de establecer el bien jurídico que se protegía en este delito, era intenso. Para algunos, este tipo penal tutelaba un solo bien jurídico, y para otros, protegería varios intereses simultáneamente.

Para los primeros, esto es, los que consideran que esta norma protege un solo bien jurídico, estaban divididos en aquellos que consideraban que constituía una afectación a los derechos de los ciudadanos extranjeros, y para otros, que era el interés estatal en controlar y ordenar los flujos migratorios.⁷⁹⁰

Para aquellos que estimaron que en este delito se tutelaban los derechos de los ciudadanos extranjeros, tampoco compartían un criterio único, por cuanto consideraban que no eran todos los derechos de los extranjeros, sino sólo los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, esta aparente unicidad en torno a que la protección recaía sobre el estatus jurídico del extranjero, pierde sintonía al momento de determinar qué derechos específicos eran los efectivamente tutelados.

Para SERRANO-PIEDECASAS, en consideración a la finalidad perseguida por la LO 4/2000 y a la situación de marginación y desarraigo a la que habitualmente están expuestos los inmigrantes ilegales, reflexiona que el bien jurídico efectivamente tutelado por la norma no era otro que el derecho que tiene todo inmigrante legal a alcanzar una plena integración social.⁷⁹¹ El fundamento material del injusto del art. 318 bis del CP residía, entonces, en la privación o menoscabo del disfrute de las libertades reconocidas por la CE, por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal.

En una línea crítica a la anterior, se encontraba RODRÍGUEZ MESA, para quien la integración social no puede ser un bien merecedor y capaz de protección penal.⁷⁹² Para ella, el Derecho penal no puede convertirse en cómplice de una legislación que, al procurar la integración social de unos sujetos, favorece la exclusión social de otros. Agrega que las causas de la exclusión y marginación social no residen sólo en el tráfico ilegal de personas, sino en toda una política legal y social basada en el mantenimiento

⁷⁸⁹ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1211 y ss.

⁷⁹⁰ Entre otros, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, *op. cit.*, p. 55 y ss.; SERRANO-PIEDECASAS, “Los delitos”, *op. cit.*, p. 331 y ss; ORTUBAY FUENTES, “El impreciso concepto”, *op. cit.*, p. 447 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 205; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Ley de extranjería”, *op. cit.*, p. 1738 y ss.

⁷⁹¹ Cfr. SERRANO-PIEDECASAS, “Los delitos”, *op. cit.*, p. 385 y ss.

⁷⁹² Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, *op. cit.*, p. 57 y ss.

de fobotipos. Para esta autora, proteger penalmente la integración social supondría utilizar el Derecho penal para lanzar a la sociedad la idea de que existen otros sujetos que irremediablemente están excluidos por el simple hecho de ser inmigrantes ilegales. Termina señalando que la integración social es un derecho de los inmigrantes extranjeros, pero de modo alguno una obligación. El Estado democrático no puede reclamar la integración social. Ello significaría partir de que la sociedad de acogida es siempre superior a la par que homogénea en esa identidad superior, y desconocer, por tanto, el pluralismo cultural. Si la integración, entendida como la aceptación de pautas culturales de un determinado país, no puede ser impuesta al individuo, mucho menos podrá configurarse como un bien jurídico merecedor de protección penal.

Para esta autora, los derechos de los ciudadanos extranjeros son susceptibles y merecedores de protección penal, en cuanto suponen la existencia de un espacio vital para su desarrollo en una cierta y digna libertad.

Para otros autores, como PÉREZ CEPEDA,⁷⁹³ lo que se protege es el derecho de los extranjeros a que se respete su libertad, su seguridad y su dignidad de personas.⁷⁹⁴

Entendía que el Derecho penal protege las garantías individuales, como vida, libertad e integridad, de la misma forma que protege a los ciudadanos españoles, por ello este artículo no es exclusivamente para la protección de los derechos individuales de los extranjeros, sino que también y sobre todo, se trata de dispensar una especial protección a los ciudadanos extranjeros como “grupo sensible”, al encontrarse en situación de vulnerabilidad excepcional. Para esta autora, se da un proceso en que el extranjero es cosificado o es una pura mercancía para el provecho o lucro de otro. Así, señala que se protege la dignidad humana en sus vertientes individual y colectiva, en el sentido de que se sancionan comportamientos lesivos contra colectivos especialmente sensibles. Se trata de hechos disfuncionales que afectan a las posibilidades de participación del extranjero en el sistema e impiden la satisfacción de sus necesidades humanas.

Otros, como MUÑOZ CONDE, también entendieron que se protegían los derechos de los ciudadanos extranjeros pero sin entrar en mayores detalles. Sin perjuicio de aquello, reflexiona que no obstante los derechos de los extranjeros serían el objeto de tutela

⁷⁹³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis reformado por LO 11/2003)”, en RODRÍGUEZ MESA, M. José; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis (Coords.). *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 115 y ss.

⁷⁹⁴ De esta misma corriente, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en: VIVES ANTÓN, Tomás; *et al*, *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 575; VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1212.

jurídico penal cuando son objeto de tráfico ilegal, quedan prácticamente sin derechos y tienen que contar con una casi inmediata expulsión del territorio nacional, por vía administrativa.⁷⁹⁵

Para otros autores, como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO,⁷⁹⁶ entre otros, por cierto,⁷⁹⁷ reflexionaban que lo que se protegía por esta norma, específicamente en el artículo 318 bis 1 o también denominado tipo básico, era proteger el interés estatal de controlar y ordenar los flujos migratorios. Para el autor, los otros tipos agravados sí que se puede afirmar que castigan conductas que lesionan o ponen en peligro otros bienes jurídicos que podrían estar ligados a los derechos de los ciudadanos extranjeros.

El segundo gran grupo consideraba que este delito afecta una serie de intereses o bienes jurídicos especialmente tutelados; en otras palabras, sería un tipo penal pluriofensivo. Estos autores, como RODRÍGUEZ MONTAÑÉS,⁷⁹⁸ consideraban que se afectaba mediatamente tanto los derechos individuales de los inmigrantes como colectivos, e inmediatamente el control de los flujos migratorios como un aspecto concreto del orden socioeconómico.⁷⁹⁹

4.2. Tipo básico (apartado 1)

La conducta típica consiste en “*promover, favorecer o facilitar, directa o indirectamente, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea*”. Se trata de un delito de consumación anticipada, como declara DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO,⁸⁰⁰ en que no hace falta ningún resultado material.⁸⁰¹ Esto se desprende del propio verbo rector del

⁷⁹⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 363.

⁷⁹⁶ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 205.

⁷⁹⁷ CORCOY, Mirentxu. *Manual práctico de Derecho penal parte especial, 2ed.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 834; ORTUBAY FUENTES, “El impreciso concepto”, *op. cit.*, p. 448. Estima que el tráfico ilegal de personas refuerza penalmente el control estatal de los flujos migratorios, Cuestión distinta será que el objeto de protección no reúna los requisitos para fundamentar la intervención penal; También GUARDIOLA GARCÍA, Javier. “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N° 13 (2005), pp. 13-32, p. 19 y ss.; CANCIO / MARAVER, “El Derecho penal”, *op. cit.*, p. 375 y ss.

⁷⁹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Ley de extranjería”, *op. cit.*, p. 1738.

⁷⁹⁹ En una postura similar, pero entendiendo que se protegen ambos intereses de manera simultánea se ubican GARCIA ESPAÑA, Elisa; RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis. “Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)”, *Actualidad Penal*, N° 29 (2002), pp. 723-751, p. 732 y ss.

⁸⁰⁰ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 226.

⁸⁰¹ O.o. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 576. Se trata entonces de un delito de resultado material, pues está concebido el tráfico ilegal o inmigración clandestina como un

injusto, el cual no precisa resultado alguno. A nuestro juicio, se trata de un delito de intención, en los que la conducta, objetivamente considerada, va orientada a una específica finalidad, sin que importe que esa finalidad se alcance o no. Tanta ha sido la necesidad de anticipar la consumación del delito y de asegurar su punición, que el legislador prevé que la conducta se realice “directa o indirectamente”.

No cabe duda que la doctrina se ha debido esmerar en acotar los conceptos de tráfico ilegal e inmigración clandestina, que más que mal son los que le dan contenido a este injusto o lo sancionan con una pena elevada.

Por una parte, traficar viene del latín *transfigicāre*, que significa cambiar de sitio. Por traficar, conforme a la RAE, en sus tres acepciones, debemos entender: “1. Comerciar, negociar con el dinero y las mercancías; 2. Andar o errar por varios países, correr mundo; 3. Hacer negocios no lícitos”. A su vez, inmigración (inmigrar), del latín *immigrāre*, significa: “Dicho del natural de un país: llegar a otro para establecerse en él, especialmente, con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya fundadas”. El elemento transfronterizo es esencial, por lo que los traslados al interior de España o sin un cruce de Estados sería atípico.⁸⁰² Con las expresiones que utiliza el tipo penal “desde, en tránsito o con destino a España o con destino a otros países de la Unión Europea”, se recogen todos los supuestos en que España sirva de plataforma para el tráfico, sea como sede de origen o destino final. Así, el desplazamiento ilegal de extranjeros puede ser realizado “desde España” cuando se trata de extranjeros asentados en este país; en “tránsito”,⁸⁰³ y con destino a España u otros países de la Unión Europea, cualquiera que sea el lugar en que se inicia el viaje.

Por otra parte, está el concepto de inmigración clandestina, respecto del cual algunos han entendido que es sinónimo de tráfico, y para otros, la mayoría por cierto, han señalado lisa y llanamente que son cosas distintas.⁸⁰⁴

desplazamiento de los inmigrantes, al que se puede arribar a través de distintas vías descritas por la norma.

⁸⁰² Contrario a aquello, se muestra PÉREZ FERRER, quien desde una interpretación teleológica y para evitar lagunas de punición, encuentra subsumido en el tipo penal los traslados dentro de España. PÉREZ FERRER, Fátima. *Análisis dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 61 y ss.

⁸⁰³ Algunos han señalado que es una expresión superflua, cuando ya se tipifica el tráfico con destino a España. Sin embargo, entendemos que no es del todo inútil, tratándose de extranjeros que sin estar asentados en España, utilizan a ésta como plataforma para llegar a otros países de la Unión Europea. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 578.

⁸⁰⁴ Entre otros, son representantes de los primeros, esto es, de los que consideran el tráfico y la inmigración ilegal una sola cosa: CANCIO; MARAVER, “El Derecho penal”, *op. cit.*, p. 352 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 220 y ss; TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera”, en:

Como dijimos anteriormente, inmigrar implica llegar a un país para establecerse en él, los naturales de otro. Por su parte, el vocablo “clandestina”, equivalente a “secreta u oculta”, se utiliza para referirse a “ilegal” o al margen de la normativa sobre extranjería. En consecuencia, lo que sanciona este tipo penal es la intervención del autor para conseguir que extranjeros lleguen a España o a cualquier país de la Unión Europea, a establecerse al margen de la legalidad sobre extranjería.⁸⁰⁵

Ahora bien, los verbos rectores de la conducta típica son: “promover”, “favorecer” o “facilitar” el tráfico ilegal o la inmigración clandestina. La RAE define promover como “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro” o “tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”; favorecer significa “ayudar, amparar a alguien” o “apoyar un intento, empresa u opinión” o “dar o hacer un favor”; y finalmente facilitar se define como “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”, entendiéndose por fácil como “que se puede hacer sin gran esfuerzo”. A la vista de lo expuesto, se evidencia, al igual que en otros delitos, que se eleva a la categoría de autoría supuestos de complicidad.

Por último, queda por resolver si es necesario que la conducta sea habitual, o si los extranjeros involucrados deben ser más de uno. En relación a la habitualidad, lo cierto es que la norma penal no exige ese requisito. Sin embargo, algunos, a la luz de una interpretación teleológica del bien jurídico protegido, entienden que debe existir esa característica para la punición de la conducta.⁸⁰⁶ Ahora, queda por establecer si es necesaria la concurrencia de más de un extranjero en la conducta de tráfico ilegal o de inmigración clandestina. La respuesta sería afirmativa, por cuanto de una interpretación literal se desprende que el tipo penal utiliza la voz “personas”, en un claro sentido plural, donde se alude a más de una persona. Esta interpretación restrictiva hay que hacerla a la luz del bien jurídico protegido por el tipo penal, que en la especie estaría

LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Base para un debate*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 391. Entre las distintas argumentaciones que se dan para sostener una unidad entre ambos conceptos, están en que en la normativa internacional destinada a luchar contra los traslados ilegales no aparece el término tráfico, sino el de trata de personas como concepto distinto al de inmigración clandestina o ilegal; Por el segundo grupo, esto es, los que están por separar los significados de tráfico ilegal e inmigración clandestina, entendiéndose que para el primero existe una afectación de los derechos individuales del extranjero y el segundo importa una transgresión meramente administrativa del cruce ilegal de fronteras. Además, algunos esgrimen que en el caso de tráfico se obra en ausencia de consentimiento de la persona extranjera y en el caso de la inmigración clandestina siempre hay consentimiento del extranjero involucrado. GARCÍA ESPAÑA; RODRÍGUEZ CANDELA, “Delitos”, *op. cit.*, p. 731 y ss; PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático*, *op. cit.*, p. 65 y ss; VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1218 y ss.

⁸⁰⁵ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 577.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, p. 578.

dado por el control de los flujos migratorios, por lo que una conducta que contribuya a una sola persona debe ser mirada como insignificante.⁸⁰⁷

4.3. Sujetos

El tipo penal previsto en el art. 318 bis del CP es un delito común, por lo que su autor puede ser cualquier persona, incluso un extranjero o más específicamente un inmigrante ilegal.⁸⁰⁸

Ahora, cuando el sujeto activo es un funcionario, autoridad o agente de ésta, nos encontramos frente al tipo cualificado previsto en el apartado 3, que sanciona la misma conducta con una mayor pena. Esto, en razón de la dignidad que representa la persona del autor.

Para terminar, se ha presentado alguna discusión en torno a la persona del sujeto pasivo, o mejor dicho, en consideración al bien jurídico protegido “objeto material del delito”, y si en éste puede entenderse envuelta a ciudadanos españoles, dado que la definición legal utiliza el vocablo personas, que no está restringido únicamente a extranjeros.⁸⁰⁹ Además, se ha presentado algún conflicto en entender que también podría tratarse de ciudadanos procedentes de otros países de la Unión Europea.⁸¹⁰ Sin embargo, lo cierto es que el tipo penal aparentemente se refiere, como el nombre del título lo indica, sólo a los ciudadanos extranjeros, lo que dejaría afuera a los de nacionalidad española. Con respecto a los comunitarios, estos también quedan fuera de ser objeto del delito, en consideración a que tienen libre tránsito por los distintos Estados de la Unión Europea, de manera tal que no podrían estar vinculados con el bien jurídico que se protege por el tipo penal.⁸¹¹

⁸⁰⁷ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 215.

⁸⁰⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 364.

⁸⁰⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Ley de extranjería”, *op. cit.*, p.1739; PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático*, *op. cit.*, p. 70.

⁸¹⁰ SERRANO-PIEDRECASAS, “Los delitos”, *op. cit.*, p. 335.

⁸¹¹ La mayoría entiende que sólo puede ser sujeto pasivo ciudadanos extracomunitarios. Entre otros, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, *op. cit.*, p. 71 y ss.; GARCÍA ESPAÑA; RODRÍGUEZ CANDELA, “Delitos”, *op. cit.*, p. 736; PÉREZ CEPEDA, “Delitos”, *op. cit.*, p. 194; VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1221.

4.4. Tipo subjetivo

El tipo base exige dolo. La duda está en saber si se admite el dolo eventual en este injusto, porque el dolo directo no genera inconvenientes. Parte de la doctrina entiende que sólo se admite el dolo directo.⁸¹² No obstante, la mayoría admite el dolo eventual por entender que bajo los verbos rectores de “favorecer” y “facilitar” se vislumbra la posibilidad de dolo eventual.⁸¹³

4.5. *Iter criminis*

Como dijimos anteriormente, se trata de un tipo penal de consumación anticipada que no requiere de ningún resultado. Como indica DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, no es necesario acreditar la entrada, la salida o el tránsito por el territorio español.⁸¹⁴ El problema, sin embargo, es determinar qué se requiere para la consumación. Algunos estiman necesario que, a lo menos, se haya iniciado el desplazamiento de los extranjeros.⁸¹⁵ En cambio, otros adelantan la consumación a momentos previos al desplazamiento.⁸¹⁶ Podría ser esta la fórmula correcta en consideración al verbo rector que utiliza el tipo penal y que permiten un adelantamiento a la propia conducta de tráfico en sí misma.

4.6. Concurso de delitos

Como primera aproximación, es necesario resaltar lo que indica CUGAT MAURI, con respecto a los problemas de delimitación de la conducta típica del delito base y de la infracción administrativa recogida en el artículo 54.1 letra b, LO 4/2000, que establece como infracción muy grave: “Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro,

⁸¹² Cfr. SERRANO-PIEDECASAS, “Los delitos”, *op. cit.*, p. 336; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, *op. cit.*, p. 74.

⁸¹³ De esta opinión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 233; GARCÍA ESPAÑA / RODRÍGUEZ CANDELA, “Delitos”, *op. cit.*, p. 742; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 579.

⁸¹⁴ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 236.

⁸¹⁵ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 579; LAURENZO COPELLO, “La protección”, *op. cit.*, p. 79; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, *op. cit.*, p. 87; PÉREZ CEPEDA, “Delitos”, *op. cit.*, p. 206.

⁸¹⁶ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 236; PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático*, *op. cit.*, p. 84; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p.365. Para el que basta, para la consumación, la sola compra de una “patera”.

individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito". Desde una primera lectura, esto no debiese ser problema, en tanto pueden coexistir infracciones administrativas e infracciones penales; sin embargo, no están claros los criterios delimitadores entre una y otra.⁸¹⁷ Aparentemente, un criterio podría ser el ánimo de lucro que se exige en materia administrativa frente a la norma penal y esto por señalarlo explícitamente la primera. No obstante, quedan dudas que se exijan más requisitos para la infracción administrativa frente a la penal, la cual debiese ser el último recurso y que debiese operar a mayor lesividad.

Por otro lado, este tipo base podría colisionar con el art. 173 del CP, relativo al trato degradante.⁸¹⁸ También podría presentarse problemas con el nuevo art. 177 bis del CP, al reconocer éste en el apartado 9 tal posibilidad (*"En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación"*).

Para terminar, por el hecho de suprimirse tras la reforma de 2010, el antiguo art. 313.1 del CP, debemos entender que en el caso de que los ciudadanos extranjeros sean también trabajadores, se aplicará también el art. 318 bis del CP.⁸¹⁹

4.7. Tipos cualificados o agravados

Se reconocen en la ley ciertas agravaciones de penas, fundadas en el móvil del sujeto, el desvalor de la acción o resultado, por el peligro de la conducta, por la condición de autoridad o funcionario público del autor y por la pertenencia de éste a una organización o asociación.⁸²⁰

Este rigor punitivo proviene de la reforma efectuada por LO 11/2003, que tiene por objetivo, según esgrime su exposición de motivos, armonizar las Decisiones marco del Consejo de la UE, de 19 de julio de 2002 (2002/629/JAI), relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, de 28 de diciembre de 2002 (2002/946/JAI), destinada a reforzar la penalidad de los delitos relativos a la trata de seres humanos.

⁸¹⁷ Cfr. CUGAT, "La trata", *op. cit.*, p. 163 y ss.

⁸¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, *op. cit.*, p. 91 y ss.

⁸¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Delitos", *op. cit.*, p. 579.

⁸²⁰ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, "Comentario", *op. cit.*, p. 1223 y ss.

4.7.1. Agravación por móvil del sujeto, desvalor de acción o resultado y peligrosidad

El apartado 2 del artículo 318 bis regula un tipo cualificado que se sanciona más drásticamente (con las penas del tipo básico en su mitad superior) y se basa en un móvil abyecto del sujeto activo de la conducta, o en circunstancias de mayor desvalor de la acción o del resultado, o bien por poner en peligro intereses esenciales como la vida o salud del extranjero.⁸²¹ El legislador equipara todas estas conductas y las sanciona con una pena más grave.

Se castiga a quienes realicen la conducta de promover, favorecer o facilitar, de manera directa o indirecta, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima extranjera, o si la víctima fuera menor de edad o incapaz, o poniendo en peligro su vida, salud o integridad.

Cabe resaltar que la agravación de la penalidad para los supuestos de que la víctima fuese menor de edad o incapaz, es obra de la modificación incoada por LO 5/2000.⁸²²

4.7.2. Agravación por la condición de autoridad o funcionario público del autor

El apartado 3 del art. 317 bis agrava la responsabilidad del autor, en los mismos términos anteriores (con las penas del tipo básico en su mitad superior), más la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, cuando el sujeto activo de la conducta se vale de su cargo de autoridad, es agente de ésta o un funcionario público.

Es necesario precisar que, como en el resto de los delitos funcionarios, no sólo es suficiente con que el sujeto ostente el cargo de funcionario público, sino que se valga o realice la conducta prevaliéndose de esa condición pública.

La razón de la mayor penalidad residiría en las facilidades que la función pública podría entregar al sujeto activo para la comisión del delito.⁸²³

⁸²¹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Delitos", *op. cit.*, p. 580.

⁸²² Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 365.

⁸²³ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 249.

4.7.3. Agravación por pertenencia a una organización o asociación

El apartado 4 del art. 317 bis prevé una super agravación (superior en grado), además de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, para los supuestos que las conductas previstas en los apartados 1 a 3 sean cometidas por el sujeto activo, bajo el amparo de su pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio.

Esta agravación es incluso superior (se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado), cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones.

4.8. Responsabilidad de las personas jurídicas

La LO 5/2010 incorporó los párrafos 3º y 4º de este apartado 4, para incluir la regulación relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como indica CUGAT MAURI, es uno de los supuestos de la parte especial en que expresamente se prevé la responsabilidad de este tipo de personas y parte de la base o constatación que estos ilícitos se cometen con ánimo de lucro.⁸²⁴

Conforme a aquello, cuando una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en el Título XV bis, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. También, los jueces y tribunales podrán imponer a estas personas las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33 del CP.

El mayor injusto encuentra su justificación en la mayor capacidad de lesionar de estos aparatos organizados, se eventual permanencia en el tiempo, las grandes sumas de dinero que manejan, la cooperación y facilidades que otorgan estas estructuras criminales no sólo para el delito, sino también para asegurar su impunidad.⁸²⁵

4.9. Atenuación facultativa de la pena

El apartado 5 establece la posibilidad para el juez o tribunal, de imponer la pena inferior en grado a la pena señalada, en cualquiera de los tipos anteriores.

⁸²⁴ Cfr. CUGAT, “La trata”, *op. cit.*, p. 164 y ss.

⁸²⁵ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 249.

El fundamento de aquello encontraría un posible sustento en las altas penas que estos delitos importan en la actualidad y el desmedido aumento que significó con respecto a las penas contenidas antes de la reforma de LO 11/2003 y ahora con LO 5/2010.

El tribunal, para la rebaja de pena, debe tener en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste.

5. El delito de contratación de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales (art. 312.2 del CP)

Es una realidad social actual o, a lo menos, lo era antes de la crisis económica que sacude a España, que los trabajadores extranjeros son víctimas de empresarios que requieren de manera irregular sus servicios. Así, les imponen condiciones de trabajo abusivas, al margen de la legalidad laboral y de seguridad social vigentes, con la certeza de que aquellos carecen de la posibilidad de reclamar y exigir las obligaciones laborales, hecho que está más marcado aún tratándose de los denominados “sin papeles”.⁸²⁶

Es evidente que los extranjeros sin permiso de trabajo, que se encuentran en una situación irregular en España, son aparentemente más vulnerables frente a posibles abusos. Son personas con una manifiesta capacidad de defensa disminuida con respecto al resto de ciudadanos.

La contratación de extranjeros sin permiso de trabajo se encuentra regulada en el artículo 312.2 del CP, el cual tipifica una conducta ilícita totalmente distinta a la de la primera parte de ese segundo apartado. En efecto, la primera parte establece dos modalidades comisivas:⁸²⁷ reclutar personas –españoles o extranjeros- o determinarlas a que abandonen su puesto de trabajo, ofreciéndoles un empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas.

5.1. Tipicidad. Conducta, sujetos y tipo subjetivo

La conducta típica consiste en emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen

⁸²⁶ *Ibidem*, p. 271.

⁸²⁷ MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Delitos contra los derechos de los trabajadores y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte Especial, 2º Ed.* Madrid: Dykinson, 2005, p. 657.

reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Se trata de un delito especial propio, dado que el sujeto activo, si bien puede ser nacional o extranjero, es menester que sea el empleador.⁸²⁸ Esta aseveración encuentra sustento, a nuestro juicio, en la literalidad del tipo penal que castiga a “quienes emplean” a un súbdito extranjero, situación que no puede ocurrir en una persona distinta del empresario. Por otra parte, el sujeto pasivo sólo puede ser un extranjero y no cualquiera, sino aquel que es empleado sin tener el correspondiente permiso de trabajo.⁸²⁹

Por otro lado, se presenta la situación de saber cuál es la respuesta penal tratándose de extranjeros que sí gozan de permiso de trabajo en España y están bajo el supuesto del artículo 312.2. La doctrina se inclina por sostener que la solución respecto de estos sujetos se encuentra en el artículo 311.1, pese a que se critica esta disparidad y se considera que esta conducta, tanto para los nacionales como extranjeros, con o sin permiso de trabajo, deben estar bajo el régimen general de protección que para los trabajadores prevé el artículo 311.⁸³⁰

Como han dicho algunos,⁸³¹ el núcleo de la conducta coincide casi de manera literal con el injusto del delito del artículo 311 apartado 1 del CP, en cuanto consiste en emplear a trabajadores en condiciones perjudiciales para sus derechos laborales. Las diferencias radican en que la conducta del artículo 311, a diferencia del estudiado en este acápite, establece unos especiales medios comisivos (“engaño o abuso de situación de necesidad”); en que el artículo 312.2 establece un sujeto pasivo cualificado (extranjero sin permiso de trabajo); y en que la penalidad es más drástica para la figura del artículo 312.2 (prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses), por sobre la del artículo 311.1 (prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses).

La doctrina estima, para evitar interpretaciones dicotómicas -en particular estimar una mayor protección dispensada en el artículo 312.2, pese al mayor desvalor de acción

⁸²⁸ O.o MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 556. Considera que es un delito común; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 357; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas. Derecho Penal. Parte Especial. T. III. Ed. 2º*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, p. 485.

⁸²⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 357.

⁸³⁰ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1160.; MORILLAS CUEVAS, “Delitos”, *op. cit.*, p. 658; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 596.

⁸³¹ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. “Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en VIVES ANTON, Tomás *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*. 3º ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 554; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 657; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 596; CALDERÓN, Ángel; CHOCLÁN, José Antonio. *Derecho penal. Parte Especial. T. II*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 365.

exigido en el artículo 311.1 (engaño o situación de necesidad)-, que en el artículo 312.2 el legislador presume que la ausencia de permiso de trabajo coloca al extranjero en situación de necesidad.⁸³² No obstante aquello, se entiende, para resguardar la debida proporcionalidad, que es necesario que la ausencia del permiso de trabajo coloque al concreto trabajador en una específica situación de necesidad que justifique el mayor injusto intrínseco de la conducta.⁸³³ Sin embargo, esta interpretación restrictiva no ha sido seguida por la jurisprudencia.⁸³⁴

El alcance de la expresión “*en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*”, vienen a suponer el resultado material del tipo, que no es otro que la contratación de extranjeros en condiciones de cercenamiento de sus derechos (Ej. abonarle una retribución menor, una jornada laboral más extensa, sin condiciones de higiene y seguridad laboral, etc.). Así, el resultado del delito viene integrado por el perjuicio que se causa a los derechos de los trabajadores.⁸³⁵ Respecto de esto último, estimamos que es necesario que este resultado se deba producir para la consumación del tipo, no basta con la mera posibilidad proyectiva.

Los derechos a que se refiere la norma serán aquellos reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Específicamente son los derechos propios que derivan de la relación laboral.⁸³⁶

Para terminar, el tipo penal subjetivo permite tanto dolo directo como eventual.⁸³⁷

5.2. El bien jurídico protegido

La doctrina penal está dividida en dos grandes corrientes a la hora de establecer el bien jurídico tutelado en el actual artículo 312.2. La mayoría sostiene que, al igual como lo hace el artículo 311.1 del CP, se protege bienes de naturaleza colectiva, específicamente

⁸³² BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal del trabajo*. 2º Ed. Valladolid: Trotta, 1997, p. 91; VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1159.

⁸³³ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1159.

⁸³⁴ *Ibidem*.

⁸³⁵ Cfr. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 555; VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1159.

⁸³⁶ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 293.

⁸³⁷ Cfr. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 556.

los derechos mínimos y esenciales de la contratación laboral, el juego limpio del mercado laboral.⁸³⁸

Los hay otros, posición minoritaria por cierto, que entienden que la protección es de naturaleza individual. Para ellos, la imposición de condiciones perjudiciales alcanza a una persona en particular. Los medios de acción van dirigidos a defraudar o vencer la voluntad de un trabajador individual. Lo que se tutela en definitiva, según el carácter del tipo penal, es la relación laboral individual de cada operario, en el sentido que dicha relación debe cumplir con las condiciones mínimas e irrenunciables reconocidas legalmente.⁸³⁹

Por lo visto, la posición mayoritaria es la acertada, en tanto más general, comprende por añadidura los bienes o valores propuestos por la doctrina minoritaria.

5.3. *Iter criminis*

El tipo penal se entiende consumado al momento de la efectiva ocupación del trabajador en las condiciones descritas en el tipo, esto es, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. De esta manera, el instante previo a la efectiva ocupación, dará lugar a una tentativa.⁸⁴⁰

6. Delitos antidiscriminación

Los delitos antidiscriminación son una serie de ilícitos que castigan o agravan penalmente conductas denominadas discriminatorias. En esta esfera se sitúan las acciones –también omisiones, en su caso- contenidas en los artículos: 22.4, 10, 174.1, 314, 510, 511, 512 y 515.5 del Código Penal.

⁸³⁸ Cfr. BAYLOS / TERRADILLOS, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 50; VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1159; MORILLAS CUEVAS, “Delitos”, *op. cit.*, p. 651. Este autor considera que el bien jurídico protegido en el Título XV son los derechos de los trabajadores, como interés autónomo tutelado. Ello no significa que en cada tipo en concreto esta protección generalista no se proyecte en bienes específicos; BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T. III, *op. cit.*, p. 485.

⁸³⁹ ORTUBAY FUENTES, Miren. *Tutela penal de las condiciones del trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2000, p. 155; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 283; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004, pp. 19-52, p. 41; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 550.

⁸⁴⁰ Cfr. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 553.; O.o. QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español. Parte Especial. 4ª Ed.* Barcelona: Atelier, 2002, p. 577. Estima este autor que estamos frente a un delito de mera actividad, por lo que no cabría la tentativa.

Por tal razón, indica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, pueden ser utilizados en la protección jurídico-penal de los ciudadanos extranjeros debido a que, en términos cuantitativos, ésta es la población con mayores probabilidades de ser víctima a este tipo de conductas.⁸⁴¹

6.1. La discriminación

Los conceptos únicos no existen y, por lo tanto, tampoco existe un concepto unívoco que nos permita establecer, de manera universal, qué se entiende por discriminación. Existen, eso sí, diversos empleos de la palabra discriminación, a partir de los cuales se podrá determinar lo discriminatorio, lo no discriminatorio y lo antidiscriminatorio. Sin embargo, son muchos agentes –en sentido amplio– los que han tratado de concretizar este concepto.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua española (RAE) define la locución discriminación como: “Acción y efecto de discriminar”. A su vez, discriminar implica “dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”.⁸⁴²

A partir del surgimiento de Naciones Unidas (NU), el derecho a la no discriminación se ha transformado en un principio básico de convivencia mundial, el cual se ha replicado en todos los Tratados internacionales sobre la materia. De igual forma, dar contenido material al vocablo discriminación ha sido una necesidad. Los primeros Relatores de NU se esforzaron por definir el concepto de discriminación. Casi todos ellos establecieron que no todo trato diferenciado es equivalente a discriminación, sino sólo el que no es razonable, es injustificado y perjudicial para la persona. Por lo tanto, las medidas especiales adoptadas a favor de quienes tienen discapacidades físicas, por ejemplo, serían legítimas.

En el párrafo 7 de su Observación General N° 18, el Comité de Derechos Humanos de la NU define la “discriminación”, para los fines del artículo 2 y el artículo 26 del PIDCP, en un lenguaje muy similar al empleado en varios otros convenios.

El Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se

⁸⁴¹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 307.

⁸⁴² El *Random House Dictionary of the English Language* define discriminación como: “hacer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa conforme al grupo, clase o categoría a la que pertenece la persona o cosa en lugar de su mérito real”.

basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁸⁴³

A su vez, la jurisprudencia europea ha definido la discriminación como la desigualdad de naturaleza arbitraria, o bien como distinciones que carecen de una justificación objetiva y razonable o que tienen un carácter desproporcionado. Los Estados Partes cuentan con un margen de apreciación, pero ciertas bases, para la diferencia de trato, pueden requerir de razones “particularmente graves” para su justificación. Si la peticionaria comprueba que se ha hecho una distinción, es responsabilidad del Estado demostrar que la diferencia de trato se justifica en términos razonables y objetivos, a saber, que se persigue un fin legítimo y proporcional al mismo.⁸⁴⁴

Las distinciones razonables y aquellas diseñadas para fomentar, más que para menoscabar la igualdad, no son discriminatorias siempre que sean proporcionales al objetivo. En el caso Thlimmenos contra Grecia, el Tribunal adujo que también hay discriminación “cuando los Estados, sin mediar una justificación objetiva y razonable, no tratan en forma distinta a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes”.

RODRÍGUEZ PIÑEIRO y FERNÁNDEZ LÓPEZ indican, con acierto, que el concepto de discriminación es producto de una lenta construcción cuyo origen se encuentra en el Derecho internacional, el que a través de un conjunto de instrumentos, a partir de la Segunda Guerra Mundial, ha asignado un contenido valorativo al concepto en el que prima el sentido peyorativo o de menosprecio -más que arbitrario-. Especialmente, al referirse el Diccionario a la conducta de dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad, por motivos despreciables.⁸⁴⁵

Por su parte, LAURENZO COPELLO define el trato discriminatorio como aquel comportamiento que implica una negación de la igualdad entre todos los seres humanos, basada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de

⁸⁴³ PIDCP, Observación General 18: No discriminación (1989) en *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev. 8, 8 de mayo de 2006, p 185.

⁸⁴⁴ *Vid.* Sentencia Thlimmenos contra Grecia [GS] [TEDH 2000, 122], núm. 34369/1997, ap. 41, TEDH 2000-IV.

⁸⁴⁵ RODRÍGUEZ PIÑEIRO, Miguel; FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 87 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, p. 315 y ss.

normalidad que se toma como punto de referencia.⁸⁴⁶ Otra propuesta de definición es la de MACHADO RUÍZ, el que entiende por discriminación el trato diferenciador a determinadas personas o grupos por el menosprecio hacia sus peculiaridades, personales o sociales, que los distinguen y apartan del canon de normalidad imperante en el sistema social, colocándolos en una situación de desventaja que obstaculiza el acceso al ejercicio de determinados derechos o beneficios.⁸⁴⁷ En tanto, para GARCÍA ÁLVAREZ, el trato discriminador es el trato desigual peyorativo, tomando como punto de partida el trato que a la persona en concreto afectada le correspondería por ley, motivado por ciertas peculiaridades carentes de relevancia jurídica, que distinguen al afectado de los cánones “normales”, tomados como punto de referencia.⁸⁴⁸ Para RODRÍGUEZ YAGÜE, el concepto de discriminación debe ser construido a partir de la noción jurídica del fenómeno discriminatorio, esto es, conectando la discriminación con el resultado que produce en la situación jurídica de la persona o grupo discriminado. En este sentido, señala la autora que se puede definir discriminación como cualquier diferencia de trato, consistente en una distinción, limitación, restricción, preterición –o no preferencia- o exclusión jurídica que afecta al reconocimiento, goce o ejercicio de una serie de derechos de una o más personas por su pertenencia a un grupo concreto tradicional y sistemáticamente marginado por la sociedad.⁸⁴⁹

Para la construcción del concepto de discriminación, no podemos olvidar la noción incorporada en el artículo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,⁸⁵⁰ Convención que marca el origen, en el Derecho comparado, de la normativa penal antidiscriminación: “*La "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*”.

⁸⁴⁶ LAURENZO COPELLO, Patricia. “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, pp. 219-288, p. 235 y ss.

⁸⁴⁷ MACHADO RUÍZ, María Dolores. *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 75.

⁸⁴⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 52.

⁸⁴⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Ana Cristina. *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)*. España: Bomarzo, 2007, p. 61.

⁸⁵⁰ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965 (Entra en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19).

A su vez, lo que nos permitiría relacionar la discriminación con la inmigración, el artículo 23 de la LEX define lo que se debe entender por actos discriminatorios: *“Representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”*.⁸⁵¹ A renglón seguido, la norma indica ejemplos de actos discriminatorios.

Todas las definiciones antes aportadas nos permiten conjeturar que la discriminación está relacionada con el principio de igualdad,⁸⁵² importando una negación de ese derecho, que se materializa por un trato diferente o desigual que no se justifica en términos razonables y objetivos conforme al trato que es debido en el modelo de conducta del sistema social imperante. Sin duda, lo relativo al trato que es debido dispensar a otra persona es un concepto valorativo que dependerá de la sociedad y el momento específico de que se trate, por cuanto una conducta puede ser claramente discriminatoria en un Estado, pero no necesariamente en otro, y siendo la conducta diferenciadora en un Estado, dependerá de la época en que esa conducta así esté calificada. Asimismo, es prácticamente imposible perpetuar un criterio objetivo al margen de los cánones conductuales socialmente aceptados que sean transversales a todos los países y épocas. Ahora, lo atinente al trato de inferioridad, peyorativo o de menosprecio a otra persona, es una noción intrínseca a la negación de igualdad, por lo que no debe ser una acción independiente o un resultado en sí misma.

6.2. La igualdad en la CE

El derecho a la igualdad se encuentra consagrado en el artículo 14 de la Constitución, el cual dispone:

“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁸⁵¹ Vid. Art. 23 LEX.

⁸⁵² Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, op. cit., p. 315; LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código”, op. cit., p. 233; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirenda. *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*. Granada: Coamres, 2001, p. 246 y ss.

En relación a esta declaración, son dos las reflexiones que merece la norma fundamental:

La primera, es que la disposición proclama la igualdad sólo referida a los españoles. En consecuencia, todas las personas que no son españolas, como lo son los extranjeros, quedan fuera.⁸⁵³ Por su parte, el artículo 13 de la Carta Magna, el que, refiriéndose a los extranjeros, prescribe que estos gozarán en España “*de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley*”.

Sin embargo, la posición constitucional de españoles y extranjeros dista mucho de ser idéntica. El artículo 13.1 de la Constitución española es la norma que regula el estatus de los extranjeros, al disponer que estos gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I del texto constitucional, pero en los términos que establezcan los tratados y la ley. Por tanto, se trata de un precepto que no sólo delimita el alcance subjetivo de la extensión de ciertos derechos fundamentales, para los cuales es relevante ser español o extranjero, sino que además otorga al legislador una notable parcela de libertad para regular los derechos de los ciudadanos extranjeros en nuestro país, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio.⁸⁵⁴

En iguales términos, el artículo 3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 8/2000, establece:

“1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

Como han esgrimido separadamente LAURENZO COPELLO y GARCÍA ÁLVAREZ, conforme a esta normativa los extranjeros deben ser tratados igual que los españoles, pero esto no es tan radicalmente así, porque no se les reconocerá necesariamente los mismos derechos que los españoles, ni con la misma extensión. Las razones para no

⁸⁵³ Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal*, op. cit., p. 45.

⁸⁵⁴ Cfr. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, “Víctimas extranjeras”, op. cit., p. 2160.

creer en esta supuesta igualdad transversal entre extranjeros y españoles obedecen a que respecto de los primeros, deja el alcance de los mismos en manos del legislador.⁸⁵⁵

Pues bien, la diferencia de trato entre extranjeros y españoles no infringe el principio de igualdad, y por consiguiente, no responde a una discriminación. En este sentido ha resuelto el Tribunal Constitucional, por sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, al señalar que el artículo 14, al proclamar el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a los españoles; son estos quienes, de conformidad a la Constitución, son iguales ante la ley, y no existe prescripción alguna que extienda tal igualdad a los extranjeros. El Tribunal Constitucional ha matizado la interpretación y explica el alcance del artículo 13, señalando que la norma no pretende desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal.⁸⁵⁶

Esta sentencia, que se reconoce como un referente en el reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España, distinguió tres categorías de derechos:⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ Cfr. LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código”, *op. cit.*, p.232; GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho penal, op. cit.*, p. 50 y ss.

⁸⁵⁶ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, “Víctimas extranjeras”, *op. cit.*, p. 2160.

⁸⁵⁷ *Ibidem*, p. 2161. Sobre la base de la doctrina del Tribunal Constitucional, distingue:

a) Derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, en correspondencia con lo previsto en el artículo 10 de la Constitución. Por consiguiente, la dignidad humana constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular los derechos de los extranjeros en España, en la medida en que la dignidad deberá permanecer inalterada, cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, y en relación con los extranjeros, con independencia de la regularidad o irregularidad de su estancia en el país. Así, en este primer grupo se situarían los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, tales como el derecho a la vida, la integridad física y moral o la intimidad, en cuya regulación no es posible establecer diferencias en lo que se refiere a su titularidad, ni permite al legislador modular o atemperar su contenido o negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea la situación en que se hallen. Es evidente que se trata de derechos en los que se hace más patente la protección de la condición humana; sin embargo, eso no ha impedido que progresivamente el Tribunal Constitucional haya ido ampliando el catálogo de derechos, incluso más allá de las exigencias propias de la dignidad humana. En efecto, una aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) permite observar el creciente incremento del catálogo de derechos que se consideran inherentes a la dignidad de la persona y que, por tanto, corresponden por igual a españoles y extranjeros. A resultados de ello, en la interpretación constitucional del derecho de que se trate, su vinculación con el concepto de dignidad o su reconocimiento expreso en la Constitución, a todos por igual, será decisivo de cara a su atribución a los ciudadanos extranjeros en situación irregular. Y es que como llegó a afirmar el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia

“Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pueden pertenecer o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio” (sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre).

La segunda reflexión consiste en afirmar que, a pesar que se profesa la igualdad, ésta no alcanza de la misma forma a todas las personas. Esta igualdad opera en dos planos, uno que se conoce como *igualdad ante la ley*, lo cual implica que todos los ciudadanos están en una idéntica posición frente a los efectos y alcance de la ley, y un segundo plano, que se conoce como *igualdad en la aplicación de la ley*, la cual implica que, ante una idéntica situación, la ley se aplicará por igual a las distintas personas, independiente de sus circunstancias personales (en este sentido se manifestó la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 de julio). Pues bien, teniendo presente lo anterior, la discriminación se configura en el primer caso de igualdad ante la ley, cuando se dispensa un trato diferente a personas en la misma situación o se confiere relevancia jurídica a circunstancias que no pueden tenerla. Asimismo, existirá discriminación en la aplicación de la ley, cuando no se otorgue a las personas el trato que por ley es

236/2007, este elenco no constituye una lista cerrada y exhaustiva, y buena prueba de ello es la incorporación, entre otros, de los derechos de reunión, asociación y sindicación, en lo que se interpreta como una decidida apuesta del Alto Tribunal por la equiparación, en cuanto a derechos y deberes se refiere, entre españoles y extranjeros;

b) Un segundo grupo quedaría integrado por aquellos derechos de los que serán titulares los extranjeros, en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes, o dicho de otro modo, aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los no nacionales, aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles. Es el caso de los derechos que el artículo 19 de la Constitución garantiza a los españoles: derecho a elegir libremente la residencia, derecho a circular por el territorio nacional, derecho a entrar y derecho a salir libremente de España. Pues bien, del tenor literal de este precepto, se concluye que la titularidad de los mismos corresponde exclusivamente a los ciudadanos españoles, cuando lo cierto es que existe una abundante jurisprudencia constitucional que reconoce también a los extranjeros el disfrute de tales derechos, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 13.1 antes citado, es decir, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Ahora bien, para conocer el alcance de la extensión que opera este precepto es conveniente recordar que el propio Tribunal Constitucional tiene dicho que el sujeto de derechos a que se refiere esta norma no es el extranjero sin más, sino el extranjero que ya ha entrado en nuestro país (STC 72/2005);

c) Como contrapartida a los dos bloques anteriores, existen derechos (los del artículo 23 de la Constitución) cuya titularidad se reserva exclusivamente a los españoles, sin posibilidad alguna de extenderlos a los extranjeros, salvo los que, atendiendo a criterios de reciprocidad, puedan establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

correspondido. En consecuencia, la ley ha de ser aplicada por igual a todos los que se encuentren en la misma situación legal, pero sólo a ellos.⁸⁵⁸

6.3. Normativa internacional y regional antidiscriminación

a) Internacional

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH),⁸⁵⁹ comienza su Preámbulo con una reafirmación de la solidaridad humana, el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de “los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. El artículo 1 declara que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; el artículo 2 agrega, por su parte, que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la DUDH, sin distinción alguna de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. La utilización de las palabras “sin distinción alguna” y la inclusión del término “o cualquier otra condición” dejan en claro que no estamos frente a una lista taxativa, por lo que se admitiría la inclusión de otras condiciones. El artículo 7 establece que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, el derecho a igual protección de la ley, como asimismo el derecho a la igual protección contra toda discriminación y contra la provocación a tal discriminación. Esta última norma está reforzada por el artículo 10, que señala que toda persona tiene derecho “en condiciones de plena igualdad” a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial. Por su parte, el artículo 16 garantiza el derecho a contraer matrimonio “sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión”. Se entrega a hombres y mujeres derechos iguales en cuanto al matrimonio y en caso de la disolución del mismo. En tanto, el artículo 21 consagra la “igualdad” en el acceso a las funciones públicas del país respectivo. En la misma línea, el artículo 23 reconoce el derecho a “igual salario para trabajo igual”, sin discriminación alguna. Asimismo, el artículo 25 reconoce el derecho de “igual protección social” de los niños nacidos dentro del matrimonio o fuera de él. Por último, el artículo 26 defiende que el acceso a los estudios superiores será “igual para todos”, en función de los méritos respectivos.

⁸⁵⁸ Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho penal, op. cit.*, p. 48 y ss.

⁸⁵⁹ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A, de 10 de diciembre de 1948.

Las disposiciones de la DUDH utiliza términos tales como “igualdad”, “igual protección”, “no discriminación” y “sin distinción”, y aparentemente se utilizan indistintamente todos para referirse a la igualdad.

Otro instrumento internacional que contiene normas protectoras frente a la discriminación es el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).⁸⁶⁰ También su Preámbulo reconoce a “todos los miembros de la familia humana derechos iguales e inalienables”. Su artículo 2 establece que cada uno de los Estados Partes del Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El artículo 3 prescribe el compromiso de los Estados Partes del PIDCP para garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos que se enuncian en el Pacto. En tanto, el artículo 4, referido a estados de excepción y que pongan en peligro la vida de la nación cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes del PIDCP podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna, fundada únicamente en “motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Por su parte, el artículo 14 consagra la “igualdad” de las personas ante los tribunales y cortes de justicia. Asimismo, el artículo 20, en una línea claramente punitiva, indica que toda apología del “odio nacional, racial o religioso”, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley. Al igual que la DUDH, el artículo 23 establece que los Estados Partes en el PIDPC tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante su vigencia y en caso de disolución del mismo. El artículo 24 reconoce que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por “motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento”, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la

⁸⁶⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

sociedad y del Estado. A su vez, el artículo 25 configura una serie de derechos de todos los ciudadanos, sin ninguna distinción de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Finalmente, el artículo 26 estatuye un precepto de antidiscriminación por antonomasia, estableciendo que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Al igual que en el Tratado anterior, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁸⁶¹ también reconoce normas protectoras de la igualdad de las personas. Su artículo 2 recoge el compromiso de los Estados Partes en garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A su vez, el artículo 3 establece un nuevo compromiso de los Estados Partes en orden a asegurar a los hombres y a las mujeres, igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados del PIDESC. En relación al trabajo, el artículo 7 reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: letra a), i) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual. Por su parte, la letra c) del mencionado artículo reconoce

⁸⁶¹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial: Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad. En lo que respecta a la explotación económica y social de los niños, el artículo 10 consagra el deber de los Estados Partes de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. En último lugar, el artículo 13.2 letra c) reconoce el acceso igualitario a la educación superior, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

Un Tratado específico sobre la materia es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (CIEDR),⁸⁶² donde su exposición de motivos consagra la necesidad, sobre la base de los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos, de tomar medidas conjuntas (Estados Partes) o separadamente, en cooperación con la Organización, para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover, estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Considera que todos los hombres son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley contra toda discriminación y contra toda incitación a la discriminación. Reafirma que la discriminación entre seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico constituye un obstáculo a las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones, y puede perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos, así como la convivencia de las personas aún dentro de un mismo Estado. Una de sus virtudes es que define en su artículo 1 qué se debe entender por “discriminación racial”, señalándola como *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”*. El artículo 2 describe los compromisos de los Estados Partes de adoptar políticas para eliminar la discriminación racial en todas sus formas, y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto establece: a) Los

⁸⁶² Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigencia el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

Estados se comprometen a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar porque todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación; b) Asimismo, los suscribientes se comprometen a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organización; c) Se obligan los Estados a tomar medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista; d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar, por todos los medios apropiados, incluso si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones; y e) Se comprometen los suscribientes a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial. Por su parte, el artículo 4 establece algunas medidas que pueden adoptar los Estados. Entre ellas están: a) Declarar como acto punible, conforme a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declarar ilegales y prohibidas las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitir que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.⁸⁶³ El artículo 5 prescribe el compromiso de los Estados de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia; b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal, cometido

⁸⁶³ En el Derecho penal español, estas conductas están tipificadas en los arts. 510 y 515.5, referidos a los delitos de provocación a la discriminación y asociación ilícita respectivamente.

por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución; c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas; d) Una serie de derechos civiles (derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, derecho a nacionalidad, derecho a matrimonio, etc.); e) Derechos económicos, sociales y culturales (el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria, el derecho a vivienda, el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales, el derecho a la educación y la formación profesional); f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques. Para finalizar, también este instrumento internacional se ocupa de la discriminación racial, a través de medidas preventivas. Por ello, el artículo 7 se refiere al compromiso de los suscribientes en tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la Convención señalada.⁸⁶⁴

⁸⁶⁴ Otros tratados sobre discriminación son: a) Convenio de NU, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio; b) Convenio N° 100 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), de 29 de junio de 1951, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; c) Convenio y Recomendación N° 111 de la OIT, de 25 de junio de 1958, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación; d) Convención de la UNESCO, de 14 de diciembre de 1960, sobre la lucha contra la discriminación en materia de enseñanza; e) Declaración de NU, de 20 de noviembre de 1963, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; f) Declaración de NU, de 17 de noviembre de 1967, sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer; g) Convenio Internacional de NU, de 30 de noviembre de 1973, sobre la represión y el castigo del crimen *apartheid*; Declaración de NU, de 27 de noviembre de 1978, sobre la raza y los prejuicios raciales; Convención de NU, de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Declaración de NU, de 25 de noviembre de 1981, sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones; Declaración de UN, de 18 de diciembre de 1992, sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales étnicas, religiosas o lingüísticas; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 179 y ss.

b) Normativa europea

En el ámbito regional, el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, prohíbe la discriminación en cuanto al goce de los derechos reconocidos por el propio Convenio.⁸⁶⁵ Estos derechos han de ser asegurados sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Otro instrumento viene constituido por la Recomendación 453 del Comité de Ministros, aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, el 27 de enero de 1966, relativa a las medidas a adoptar contra la incitación al odio racial, nacional o religioso. La importancia de este instrumento venía dada en que propuso a los distintos países que conformaban el Consejo de Europa, una ley modelo que sancionaría penalmente ciertas conductas racistas, tales como: la incitación a la discriminación racial a causa de la raza, color, etnia o religión de una persona; por las mismas razones, la vejación, el insulto, la injuria, etc.; la incitación a este tipo de actos criminales a través de escritos, publicaciones y otros medios similares que faciliten la publicidad; y toda una serie de comportamientos que hacen referencia a la fundación, financiación, participación, etc., en organizaciones y asociaciones que se dediquen de manera principal o secundaria a la discriminación racista o xenófoba o fomente la misma.

Como agrega BORJA JIMÉNEZ, también se puede destacar la Recomendación 1.222 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1993, relativa a la lucha del racismo, la xenofobia y la intolerancia. En ésta se recomienda al Comité de Ministros invitar a los Estados miembros a legislar conforme a los principios y las líneas directrices que ha de establecer el Consejo de Europa, para sancionar penalmente a los autores de propósitos o actos racistas, xenófobos y antisemitas, así como de cualquier acción discriminatoria de este tipo cometida por las autoridades públicas.⁸⁶⁶

⁸⁶⁵ WILHABER, Luzius. "Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights – A Second-Class Guarantee?", *Riga Graduate School of Law*, 2001, pp. 1-16, p. 4, en: <http://www.rgsl.edu.lv/images/stories/publications/RWP1Wildhaber.pdf> [visitado el 13/02/2012]. Se ha considerado que el artículo 14 es una disposición "prácticamente parasitaria, que carece de existencia independiente ya que está vinculada exclusivamente al goce de los derechos y las libertades establecidas en otras disposiciones sustantivas".

⁸⁶⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*. Granada: Comares, 1999, p. 284.

Otras normas de protección frente a la discriminación se derivan del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (hecho en Estrasburgo, el 1 de febrero de 1995), el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (hecho en Varsovia, el 16 de mayo de 2005), y el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Oficiales (hecho en Tromsø, el 18 de junio de 2009). El Protocolo al Convenio sobre la Ciberdelincuencia (hecho en Budapest, el 23 de noviembre de 2001) incluye también una protección contra la promoción de la discriminación.

Cabe destacar que, a raíz de las inquietudes ocasionadas por las limitaciones del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el Consejo de Europa elaboró el Protocolo N° 12, que entró en vigencia el 1 de abril de 2005. Este Protocolo prohíbe la discriminación respecto del goce de cualquier derecho establecido por ley, en reconocimiento de la necesidad de la existencia de un derecho “independiente” o “autónomo”, con el fin de fortalecer la protección de la igualdad otorgada por el Convenio. Sin embargo, el preámbulo del Protocolo 12 reitera que el principio de no discriminación no impide que los Estados implementen medidas de acción afirmativa, a condición de que se justifiquen objetiva y razonablemente.

Por último, como es sabido, el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea otorga a la Unión Europea poderes específicos para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, edad, discapacidad u orientación sexual. En virtud de este mandato, el Consejo aprobó dos Directivas, como son la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Estas prohíben la discriminación directa e indirecta, lo cual incluye el acoso por motivos raciales, religiosos o relacionados con las convicciones de las personas, la discapacidad, edad, y la orientación sexual en el trabajo y el empleo, incluida la enseñanza y la educación vocacional, la pertenencia a organismos profesionales o similares; la protección social; el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos; y las “ventajas sociales” (estas últimas están constituidas, por ejemplo, por precios reducidos en el transporte público y en el acceso a

eventos culturales o de otra índole, además de la alimentación subsidiada que se otorga en las escuelas a niños provenientes de familias de escasos recursos).

En general, la normativa contra la discriminación afecta a las decisiones de las personas en dos formas. En primer lugar, establece que las personas que se hallan en situación similar deben recibir un trato similar y no menos favorable por el simple hecho de tener una determinada característica protegida. Esto es lo que se conoce como discriminación directa. En segundo lugar, y a propósito de lo que se conoce como discriminación indirecta, la normativa contra la discriminación establece que los individuos que se hallan en situaciones diferentes deben, por tanto, recibir un trato diferente, en la medida necesaria para que puedan disfrutar de oportunidades concretas del mismo modo que las demás personas.

El CEDH y la legislación de la UE definen de modo similar la discriminación directa. El artículo 2 de la Directiva de la UE, sobre la igualdad racial, establece que existe discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable. Por su parte, el TEDH establece que debe existir una diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares, y ello a partir de características identificables.⁸⁶⁷

Tanto la normativa de la UE como el CEDH reconocen la denominada discriminación indirecta, en la que no es el trato lo que difiere, sino sus efectos, que afectan de distinto modo a personas con características diferentes. Así, el artículo 2 (b) de la Directiva, relativa a la igualdad racial establece que: “*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas*”. En la misma línea

⁸⁶⁷ TEDH, Carson y otros contra el Reino Unido [GC] (n.o 42184/05), 16 de marzo de 2010; párr. 61. En este caso, los reclamantes alegaban que el gobierno no aplicaba el mismo incremento a las pensiones de los jubilados residentes en el extranjero que a los residentes en el Reino Unido. De acuerdo con la legislación británica, los incrementos sólo se aplicaban a estos últimos, excepto a los ciudadanos británicos jubilados en países con los que el Reino Unido tuviera un convenio recíproco de seguridad social. Los reclamantes, que no vivían en un país con tal convenio, alegaban una discriminación por el lugar de residencia. El TEDH discrepó de los reclamantes, quienes afirmaban hallarse en situación similar a los jubilados residentes en el Reino Unido o los ciudadanos británicos jubilados en países con un convenio recíproco, considerando que, aunque estos distintos grupos habían contribuido a los ingresos del Estado mediante el pago de las cuotas de la seguridad social, ello no constituía un fondo de pensiones, sino una fuente general de ingresos públicos para financiar diversas partidas de gasto público, y que la obligación del Estado de aplicar incrementos se derivaba del aumento del coste general de la vida en el Reino Unido, por lo que los reclamantes no se hallaban en una situación comparable a estos otros grupos y no habían sufrido, por tanto, un trato discriminatorio. Vid. Manual de legislación europea contra la discriminación, FRA, p. 25.

también se manifiesta el TEDH.⁸⁶⁸

6.4. La respuesta penal a la discriminación en España

Debido a la proliferación en distintos países de Europa, de episodios de violencia racista xenófobos, prácticas genocidas y, por último, al cumplimiento de las obligaciones de carácter internacional asumidas por España, en materia de la lucha contra la discriminación y el genocidio, se empieza a consolidar en la península una legislación para combatir este flagelo.

Primero, mediante Ley 23/1976, de 19 de julio, por la cual se modificó el Código Penal, se introdujo por primera vez en el Ordenamiento español, un tipo penal antidiscriminación, específicamente el de asociación ilícita, previsto en el art. 172.4, que “promueven la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica”, sin perjuicio que luego, mediante reforma impetrada por LO 4/1980, de 21 de mayo, fue tácitamente derogada.

Posteriormente, por reforma operada por LO 8/1983, de 25 de junio, se introdujeron dos nuevos tipos delictivos, con la clara intención de castigar las conductas de denegación discriminatoria de prestaciones, realizada por el particular encargado de un servicio público (art. 165) o por un funcionario público (art. 181 bis), por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato.⁸⁶⁹ También se reintrodujo el tipo penal de asociación ilícita que sancionaba a los que “promuevan la discriminación racial o inciten a ella” (art. 173.4).

Ya en el último lustro de la década de los noventa, mediante LO 4/1995, de 11 de mayo, se introdujeron otras figuras relacionadas con el genocidio, el delito de provocación o incitación, directamente o mediante apología, a la discriminación (art.165 ter). Igualmente, con aquella reforma se agregó una nueva circunstancia agravante, la de

⁸⁶⁸ TEDH, D.H. y otros contra la República Checa [GC] (n.o 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 184. En este caso, se empleaban una serie de pruebas para determinar la inteligencia y la idoneidad de los alumnos con el fin de decidir si debían ser apartados de la educación general y adscritos a escuelas especiales, diseñadas para personas con discapacidades intelectuales u otras dificultades de aprendizaje. Aunque se aplicó la misma prueba a todos los alumnos considerados susceptibles de adscripción a las escuelas especiales, en realidad había sido diseñada basándose en la población general checa, de modo que los estudiantes gitanos tenían intrínsecamente mayor probabilidad de obtener malos resultados, como efectivamente ocurrió, con la consecuencia de que entre el 80 y el 90 por ciento de ellos se educaron fuera del sistema educativo general. El TEDH consideró que se trataba de un caso de discriminación indirecta. Vid. Manual de legislación europea contra la discriminación, FRA, p. 30.

⁸⁶⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español”, *Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Dos mil-tres mil, n° 11, 2007, pp. 1-24, p. 3.

“cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de las víctimas” (art. 10.17). Este último, tuvo una escasa duración hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1995.

Luego, y de manera más acentuada, con la entrada en vigencia del Código penal de 1995, se consolida, como bien indica RODRÍGUEZ YAGÜE,⁸⁷⁰ la tutela del bien jurídico no discriminación. La Exposición de Motivos se refiere expresamente a ello: “En quinto lugar, se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en este sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias”.

Con el nuevo Código Penal, se introducen nuevos tipos penales, que se sumaron a los ya existentes, tales como el delito de amenazas (art. 170), que agrava las amenazas comunes cuando estas se dirijan a atemorizar a los habitantes de una población debido, entre otras causas, a su pertenencia a un grupo étnico o religioso; el delito de manipulación genética (art. 161), sanciona las conductas de selección de la raza; el delito de discriminación laboral (art. 314); el delito de injurias discriminatorias sobre grupos o asociaciones (art. 510.2); el delito de denegación discriminatoria de prestaciones en actividades profesionales o empresariales (art. 512); también se amplió el delito de provocación a la discriminación, incorporando las conductas de provocación al odio y a la violencia y unificando las causas de discriminación (art. 510.1); se pasa a contener en un solo precepto el castigo de la denegación discriminatoria de prestaciones en un servicio público, ya sea cometida por un particular encargado del mismo o por un funcionario (art. 511); el delito de negación del genocidio se modificó, en el sentido de eliminar el requisito de que constituya una incitación directa a la comisión de un delito (art. 607.2); por último, se reintrodujo de manera más acabada la agravante de discriminación, pero aplicable a cualquier tipo penal (art. 22.4).

Posteriormente, a comienzos de siglo, mediante reforma LO 15/2003, de 25 de noviembre, se agregó como finalidad, la discriminación al delito de torturas (art. 174); se incorporaron los Delitos de lesa humanidad, en el Capítulo II bis del Título XXIV del Libro II, con el fin de adecuar los delitos de la legislación penal española a las

⁸⁷⁰ *Ibidem*, p. 4.

competencias de la Corte Penal Internacional. Y por último, se agravó la pena de multa contemplada hasta el momento para el delito de discriminación laboral del art. 314, en que de seis a doce meses, pasa a ser de doce a veinticuatro.⁸⁷¹

Luego, mediante reforma LO 5/2010, de 22 de junio, se realizan modificaciones de menor calado, pero no por ello menos importantes. A saber, se extiende la agravación prevista en el art. 22.4 a supuestos de transfobia, esto es, de discriminación fundada en la identidad sexual.

Por último, recientemente, el anteproyecto de reforma de Código Penal de 2012, se ocupa de la transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.⁸⁷²

6.5. Los motivos antidiscriminación y su delimitación conceptual

La Constitución española, en su artículo 14, establece como causas de discriminación el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal y social. Con su última parte, establece una cláusula abierta de motivos de discriminación, lo que lógicamente se condice con el cuerpo de toda Carta Fundamental, que debe ser general y debe recoger los principios y directrices generales de cada Estado y los derechos y obligaciones de sus ciudadanos.

Sin embargo, en materia penal, opera el principio inverso, donde debe existir precisión terminológica con un catálogo cerrado de factores de discriminación.⁸⁷³ Así, el legislador penal contempla diversos tipos penales sobre la materia, los que en cuanto a sus factores o circunstancias generadores de discriminación no existe una total y absoluta uniformidad entre los preceptos, pero sí es efectivo que existe una cierta homogeneidad en los factores previstos en las distintas figuras.⁸⁷⁴

Los diversos preceptos antidiscriminación, como son los artículos 22.4, 314, 510, 511, 512 y 515.5 del CP, recogen distintas causas de discriminación: ideología, religión o creencia, pertenencia a una etnia o raza, origen nacional o pertenencia a una nación, sexo, orientación sexual, situación familiar –sólo en algunos preceptos, distintos de los

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁷² Véase exposición de motivos del anteproyecto.

⁸⁷³ Una posición contraria manifiesta BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *La discriminación en derecho penal*. Granada: Comares, 1998, p. 47 y ss.

⁸⁷⁴ Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 61.

artículos 22.4 y 510 del CP-, y por causa de enfermedad o minusvalía. A esto cabe agregar que para la agravante establecida en el artículo 22.4 se prevé, en forma particular, los motivos racistas y antisemitas, y luego de la reforma impetrada por LO 5/2010, también se agrega a la agravante como motivo el de la identidad sexual (transfobia). Ahora, en el caso del delito de discriminación laboral, se contemplan otras causas: ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español.⁸⁷⁵

Previo a explicar el alcance de cada uno de los motivos o causas de discriminación, toca hacerse cargo de la disyuntiva terminológica que distingue entre motivos y razones, utilizada por la normativa antidiscriminación del Código penal español. Por alguna causa que no está muy clara, el legislador penal establece en algunos tipos penales que el agente actúe por “motivos” (racistas, antisemitas, etc.), específicamente en los artículos 22.4 y 510 del Código Penal; y en otros exige que se actúe por “razón” (raza, etnia, etc.), como sucede a propósito de los tipos penales previstos en los artículos 174, 314, 511, 512 y 515 del Código Penal.

La doctrina ha sido crítica con la exigencia de una especial motivación del sujeto activo de la conducta. Se asocia este comportamiento con el denominado Derecho penal de autor, toda vez que se sancionaría el fuero interno del agente, o dicho de otro modo, se castigarían las ideas, creencias y pensamientos de las personas.⁸⁷⁶

Mediante una lectura del Diccionario RAE podemos arribar a la conclusión de que ambos conceptos, desde el punto de vista semántico, son sinónimos.⁸⁷⁷ Sin embargo, como lo expondremos *infra*, a la hora de tratar la circunstancia modificativa del artículo 22.4 del CP, no todos los autores piensan lo mismo.

⁸⁷⁵ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 321.

⁸⁷⁶ Cfr. LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código”, *op. cit.*, p. 272; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio. “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”, *Manuales de Formación Continuada*, Nº 5 (1999), pp. 301-357, p. 331; DOPICO GÓMEZ-ALLES, Jacobo. “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVII (2004), pp. 143-176, p. 146 y ss.

⁸⁷⁷ Vid. Segunda acepción de motivo y quinta acepción de razón. El Diccionario de la Real Academia define Motivo: “1. adj. Que mueve o tiene eficacia o virtud para mover; 2. m. Causa o razón que mueve para algo; 3. m. En arte, rasgo característico que se repite en una obra o en un conjunto de ellas; 4. M. tema (□ de una obra literaria)”. Por su parte, razón se define como: “1. f. Facultad de discurrir; 2. f. Acto de discurrir el entendimiento; 3. f. Palabras o frases con que se expresa el discurso; 4. f. Argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo; 5. f. Motivo (□ causa); 6. f. Orden y método en algo; 7. f. Justicia, rectitud en las operaciones, o derecho para ejecutarlas; 8. f. Equidad en las compras y ventas. *Ponerse en la razón*; 9. f. Cuenta, relación, cómputo. *Cuenta y razón A razón de tanto*; 10. f. coloq. Recado, mensaje, aviso; 11. f. *Mat.* Cociente de dos números o, en general, de dos cantidades comparables entre sí”.

Pasaremos a desarrollar y concretizar cada uno de estos motivos o causas de discriminación:

a) *Ideología, religión o creencia*

Acierta BERNAL DEL CASTILLO cuando señala que estos factores pertenecen al mundo del pensamiento.⁸⁷⁸

Se plantea el problema de saber si todos estos términos son sinónimos de un mismo concepto. Pues bien, la respuesta es que consideramos que los términos religión o creencia son sinónimos, esto no sólo por la forma como están redactados los diversos preceptos que hace a estos vocablos homólogos, sino porque la religión, como lo define la RAE, es una creencia en una divinidad,⁸⁷⁹ por lo que existiría una relación de género a especie que explicaría que la religión es una creencia. Sin perjuicio de esto, estimamos que dentro de la voz “ideología” también podría estar comprendida la religión o creencia. Empero, creemos que este vocablo, para efectos de las normas jurídicas antidiscriminación, es más amplio y hace alusión específica al conjunto de opiniones personales con relación a la política.⁸⁸⁰

Ahora bien, cabría saber si las meras opiniones personales en otros ámbitos, fuera de lo religioso y político, gozarían de protección penal. Creemos que no cuentan con la suficiente trascendencia y relevancia penal que sustenten la intervención del Derecho punitivo.⁸⁸¹ Además, de igual manera, pensamos que la libertad de expresión, que es la materialización en el mundo real de los pensamientos u opiniones, tiene en el ordenamiento jurídico la suficiente protección.

Para terminar con este motivo, quedaría plantearse, como lo hace BORJA JIMÉNEZ, si son todas las religiones las que deben ser objeto de protección penal frente a un trato discriminatorio o son sólo las verdaderas confesiones religiosas –para distinguir de las sectas- las que gozarán de protección. El autor se inclina por afirmar que son sólo las religiones históricamente tradicionales las que merecen tutela, indicando para esto que aquellas son las que cuenten con una base dogmática sólida y el móvil que agrupe a los fieles sea de carácter espiritual. Todo, sin perjuicio que la permanencia y continuidad

⁸⁷⁸ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación, op. cit.*, p. 46.

⁸⁷⁹ Vid. RAE, en su primera acepción, religión se define como: “Conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto”.

⁸⁸⁰ Cfr. MACHADO RUIZ, *La discriminación, op. cit.*, p. 237.

⁸⁸¹ Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal, op. cit.*, p. 62.

sea voluntaria para sus feligreses.⁸⁸² En nuestra opinión, se produce la primera discriminación al separar religiones formales de aquellas que no lo son. Dentro del vocablo religión se concentran todos aquellos cleros de fe que han sido tradicionales a lo largo de la historia, como lo son, entre otros, el Cristianismo, Islamismo, Budismo, Hinduismo; y dentro del término creencia, se circunscriben otras sectas o nuevas religiones, tales como Cienciología, Nuwaaubianismo, etc. Estas últimas no tienen la trayectoria y los seguidores de las religiones milenarias, pero no por ello son menos respetables y exentas de protección penal cuando pudiesen ser discriminadas en su conjunto o individualmente. Lo único que se exige a estos nuevos cleros es que su objeto sea lícito y su desarrollo sea con respeto de los valores esenciales que la sociedad -de turno- pretenda tutelar.

b) *Etnia o raza*

Al igual que los motivos o causas anteriores, lo primero que hay que preguntarse es si los términos etnia y raza son o no sinónimos. Una opinión en orden a estimar que son conceptos equivalentes mantiene BERNAL DEL CASTILLO,⁸⁸³ quien reconoce que son conceptos que tienen un significado análogo (más estricto etnia que raza), estima que hubiese sido suficiente consignar como razón discriminatoria más genérica la raza, y de esta manera podrían entenderse comprendidas todas aquellas conductas de discriminación basadas en el origen de las personas y en los grupos humanos a los que pertenecen. En una opinión en contrario se manifiesta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, para quien ni siquiera en las definiciones de los diccionarios de la lengua los términos coinciden plenamente; arguye que si bien ambos conceptos tienen elementos comunes, pero a la vez diferentes, y según quién los emplee, los criterios de adscripción de caracteres que se asignarán a uno u otro término pueden no ser coincidentes.⁸⁸⁴

En nuestra opinión, ambos son conceptos que, independiente de su significación semántica, para los efectos del legislador penal son distintos. Resulta decidor para explicar esta afirmación el ejemplo de los gitanos (el colectivo más discriminado en España), cuyos integrantes pertenecen a la etnia gitana y son de raza blanca. Como

⁸⁸² Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, op. cit., pp. 262 y ss.

⁸⁸³ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, op. cit., p. 41; ARROYO LAS HERAS, Alfonso. “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante”, en: MUÑOZ CUESTA, Javier (Coord.), *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*. Navarra: Aranzadi, 1997, p. 118.

⁸⁸⁴ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, op. cit., p. 322 y ss.

señala GARCÍA ÁLVAREZ, el término raza es utilizado en su acepción más precisa y restrictiva. El término raza se refiere a los grupos humanos que se distinguen, específicamente, por el color de piel (raza blanca, amarilla, negra o cobriza), y por otra parte, el término etnia dice relación con la pertenencia a un grupo con ciertas características propias (lengua, cultura, religión, historia), con independencia de que también tengan un color de piel.⁸⁸⁵ El primero sería un concepto asociado a una característica biológica y el segundo a una característica social.

c) Nación

Esta causal de discriminación alude a la pertenencia a un determinado país, de manera tal que la nación sería sinónimo de nacionalidad.⁸⁸⁶

Sin perjuicio de aquello, se plantea el problema de saber si el concepto nación lo debemos entender de manera restrictiva, es decir, como el conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo gobierno,⁸⁸⁷ o si se debe comprender en su sentido amplio, como el conjunto de personas de un mismo origen, que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común.⁸⁸⁸ Esta distinción no es baladí, en tanto una u otra comprensión deviene en que, en su primera acepción, el sujeto de discriminación no podría ser otro que la persona perteneciente a un Estado o País regido por un gobierno, con soberanía propia y reconocido por la Comunidad Internacional como tal; y en la otra acepción cabrían las nacionalidades internas de un determinado país, como podrían ser por ejemplo la catalana, vasca, gallega, etc.

A pesar que la Constitución española garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española (artículo 2), la mayoría de los autores se inclina por la primera interpretación,⁸⁸⁹ lo que implica que la discriminación

⁸⁸⁵ Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 64.

⁸⁸⁶ Una opinión en contrario, esto es, que el origen nacional no es idéntico a nacionalidad puede verse en TAMARIT SAUMALLA, Josep María. “Comentario”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal, Ed.4º*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 2367; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “La protección”, *op. cit.*, p. 321 y ss.

⁸⁸⁷ Primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua española.

⁸⁸⁸ Tercera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua española.

⁸⁸⁹ Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, “Los motivos racistas”, *op. cit.*, p. 118; LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código”, *op. cit.*, p. 246. Argumenta lo difícil de determinar cuáles son exactamente esas nacionalidades, y si serán únicamente las Comunidades Autónomas o serían incluibles también las regiones; GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 68, la cual sostiene que pese a existir discriminación en el país por la existencia de nacionalidades internas, esto no puede legitimar una interpretación amplia del término nación, porque lo convertiría en un concepto de límites imprecisos. Para la autora, el término nación debe entenderse en el sentido más preciso del término, identificándolo

sólo podría recaer en un español –o un perteneciente a otro país- y no en un miembro de una Comunidad Autónoma. Decidir al respecto es la reflexión de LAURENZO COPELLO, al señalar que independiente de la autonomía de las distintas comunidades, existe, como reconoce la Constitución, una única nación española.⁸⁹⁰ Por lo demás, independiente de la autonomía que entrega la Constitución a las Comunidades, sólo existe un reconocimiento a nivel local y no en el marco de una personalidad jurídica estadual, por parte del Derecho Internacional.

No obstante lo anterior, estimamos que si bien existe discriminación por la pertenencia de un sujeto a un determinada Comunidad Autónoma o Región, y esta diferenciación no podría entenderse cubierta -como se dijo anteriormente- bajo la causal de nación, no avizoramos inconvenientes para situarla bajo el concepto de etnia. En efecto, los miembros de una determinada Comunidad Autónoma, como lo son por ejemplo los catalanes o los vascos, participan de ciertas características propias (lengua, cultura, religión, historia) que los individualizan y hacen diferentes a los demás. Así, en el evento de ser discriminados, lo serán bajo el supuesto de pertenencia a una etnia y no a una nación no reconocida en el concierto internacional. Además, bajo este supuesto de ataque, estaría envuelta cualquier discriminación basada en el uso o no de alguna lengua reconocida por el Estado español, en tanto comprende una falta de reconocimiento de los factores característicos de una etnia.⁸⁹¹

Algún autor ha señalado que frente a los problemas interpretativos, la protección frente a las diferencias que existen al interior de España se superaría con la utilización preferente, por parte del legislador, de la voz origen en vez de nación.⁸⁹² Sin embargo, estimamos que esta solución no es tal, al no incluirse en ese concepto los nacionales por *ius sanguinis*. En la especie, el término origen alude al nacimiento, raíz, país donde alguien ha nacido o tuvo principio la familia, pero no envuelve aquellas personas que por cualquier causa o razón que sea, adquiriera la nacionalidad de un determinado país.

con el Estado como unidad política; Partidarios de entender el término en sentido amplio se manifiestan: TAMARIT SUMALLA, Comentarios, p. 2370; BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, op. cit., p. 43, estima que no puede darse una interpretación estricta al término nación que la limite a las entidades estatales y considera que se pueden agregar diversos grupos que no formen una entidad política independiente (por ejemplo, el País Vasco); En una posición semejante, RODRÍGUEZ YAGÜE, *La tutela penal*, op. cit., p. 478 y ss.

⁸⁹⁰ Cfr. LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código”, op. cit., p. 241.

⁸⁹¹ Una opinión en contrario puede verse en GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal*, op. cit., p. 69, la cual sostiene la necesidad de proteger individual y expresamente la discriminación por el uso o no de una determinada lengua reconocida por el Estado español.

⁸⁹² Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “La protección”, op. cit., p. 324.

De esta manera, los nacionalizados de un determinado país no son originarios del mismo.

d) *Sexo o la orientación e identidad sexual*

La argumentación de GARCÍA ÁLVAREZ nos parece parcialmente adecuada, cuando señala, al igual que la mayoría, que la referencia al sexo acoge tanto a la sexualidad femenina como a la masculina.⁸⁹³ Sin embargo, yerra al sostener *per se* que el colectivo femenino ocupa una posición deficitaria y que tradicionalmente ha sido discriminada.⁸⁹⁴ Su equivocación radica en que generaliza y da por absoluta una situación que, si bien históricamente puede encontrar sustento empírico, en estos días es una argumentación prácticamente insostenible. La igualdad de género ha alcanzado ribetes nunca antes vistos, la discriminación existente está acotada, como señala LAURENZO COPELLO, al ámbito laboral.⁸⁹⁵

Además del sexo, constituye otro factor generador de un trato desigual peyorativo, la orientación sexual, concepto compuesto que ha tenido muchas críticas por su imprecisión y una plausible afectación al principio de legalidad. Así, por ejemplo, BERNAL DEL CASTILLO ha señalado que por el afán del legislador de no dejar afuera del catálogo ninguna posible razón discriminatoria, ha llevado a incluir circunstancias que deberían haberse omitido, como la regencia a la orientación sexual. Entre otras razones, estima que este concepto puede ser interpretado en un sentido tan extensivo, que resulte ajeno a la ratio legis del precepto o incluso que no puedan ser amparadas dentro del contenido esencial del bien jurídico protegido.⁸⁹⁶

El concepto de orientación sexual admite dos interpretaciones. Una restrictiva, en la que se reduce el término a la opción o tendencia sexual del afectado por el trato

⁸⁹³ Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal*, op. cit., p. 70; ARROYO DE LAS HERAS, “Los motivos racistas”, op. cit., p. 119; En sentido contrario, se muestra MACHADO RUÍZ, *La discriminación*, op. cit., p. 225, para quien sólo la mujer puede ser víctima de discriminación; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, op. cit., p. 325.

⁸⁹⁴ Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal*, op. cit., p. 71.

⁸⁹⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, Nº 34 (1999), pp. 16-23, p. 21. Apunta que el sexo, como factor discriminador, no tiene verdaderamente sentido a efectos penales más que en el ámbito laboral. Ejemplifica cómo en la sociedad actual es bastante improbable que se provoque al ejercicio de violencias discriminatorias contra la mujer por el hecho de serlo, conducta sin embargo bastante más factible en relación a otros colectivos.

⁸⁹⁶ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, op. cit., p. 43 y ss.

discriminatorio (heterosexual, homosexual o bisexual).⁸⁹⁷ En cambio, otro sector tiene una interpretación más amplia, en que se abarcaría las diferentes maneras de ejercicio de la sexualidad, como el ejercicio de la prostitución, adulterio, promiscuidad, etc.⁸⁹⁸ En nuestra opinión, la interpretación restringida es la adecuada, toda vez que el concepto de orientar alude a la dirección de alguien hacia un fin determinado, que en el particular no puede ser otra cosa que la posición sexual de una persona, no la forma como ejerce la actividad sexual. En base a esta interpretación, el trato desigual peyorativo sólo puede tener cabida cuando se funda en la heterosexualidad, homosexualidad o bisexualidad del afectado.

Finalmente, a propósito de la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.4 del Código Penal, se incorporó mediante reforma de LO 5/2010, como causa de discriminación, la identidad sexual de la víctima. Esta circunstancia está referida a las personas transexuales o transgénero y a la necesidad de evitar episodios de transfobia del cual puedan ser víctimas.⁸⁹⁹ Su inclusión la valoramos positivamente, al considerar que no existía un marco de protección hacia estos colectivos de la población y por necesidades omnicomprendivas de tutela, a lo menos, simbólica.

e) *Situación familiar*

Este factor está referido, como indica GARCÍA ÁLVAREZ, al estado civil (casado, soltero, viudo, separado, divorciado), como a los vínculos afectivos o relaciones de hecho, o el tipo de filiación de una persona.⁹⁰⁰ También acierta, a nuestro juicio, esta autora, al sostener que la situación familiar de las personas no es una fuente, en la actualidad, de desvalorización social, salvo en el ámbito laboral.⁹⁰¹

⁸⁹⁷ En este sentido, se manifiestan BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación, op. cit.*, p. 44; LAURENZO COPELLO, “La discriminación por razón”, *op. cit.*, p. 247; MACHADO RUÍZ, *La discriminación, op. cit.*, p. 231.

⁸⁹⁸ Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal, op. cit.*, p. 73.

⁸⁹⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima (art. 22.4 CP)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 37 y ss.

⁹⁰⁰ Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal, op. cit.*, p. 73.

⁹⁰¹ En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, “La discriminación por razón”, *op. cit.*, p. 246; MACHADO RUÍZ, *La discriminación, op. cit.*, p. 220 y ss; GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal, op. cit.*, p. 73.

Por otro lado, se discute si se puede incluir dentro del concepto situación familiar la que se refiere a la situación económico-social de la familia.⁹⁰² Sin embargo, es posible que una interpretación tan amplia no sólo vulnere el principio de legalidad, sino también el contenido semántico del término, donde el alcance está referido al estado o posición familiar de la persona y no al mayor o menor poder económico que ostenta.

f) *Enfermedad o discapacidad*

Es correcto lo que afirma BERNAL DEL CASTILLO, al señalar que el Código Penal español recoge estas causas de discriminación en forma unánime, en todos los tipos de delitos discriminatorios.⁹⁰³

Por otra parte, la doctrina acepta, sin dificultad, que el legislador pensó originariamente esta causa de discriminación en función de las discriminaciones por el SIDA.⁹⁰⁴ Esta enfermedad, al ser altamente contagiosa, por el momento sin cura, y aparecer vinculada generalmente, pero no de forma exclusiva, a ciertos grupos humanos bien individualizados, y por cierto estigmatizados por la sociedad, como homosexuales, drogadictos y personas dedicadas a la prostitución, ha propiciado la segregación y el rechazo social hacia las personas que padecen esta enfermedad o están infectadas por el virus, lo que evidentemente no sólo ha prendido las alertas para la protección de los derechos y dignidad de los enfermos, sino también a los efectos negativos de evitar repercusiones en la salud pública por lo que implicaría el rechazo de estos colectivos. Quizás con una finalidad preventiva es que se ha consignado este factor de discriminación, en tanto la marginación del enfermo infectado con SIDA puede producir gravísimos problemas no sólo para él, sino también para toda la sociedad. Por ejemplo, puede incentivar la negativa del enfermo a acudir a centros sanitarios para el

⁹⁰² Cfr. LAURENZO COPELLO, “La discriminación por razón”, *op. cit.*, p. 246; MACHADO RUÍZ, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 221 y ss.

⁹⁰³ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁰⁴ *Ibidem*, p. 45, nota 72; CUERDA ARNAU, María Luisa. “Artículo 22.4”, en: VIVES ANTÓN, Tomás (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol I*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 244; MACHADO RUÍZ, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 232; GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 74; En el mismo sentido se manifiestan las recomendaciones y resoluciones de organismos internacionales: la resolución adoptada en la 41 Asamblea Mundial de la Salud, de 13 de mayo de 1988, en Ginebra, sobre la “necesidad de evitar toda discriminación contra personas infectadas por el VIH y las personas con SIDA”; la Recomendación 116 aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su 41 Sesión Ordinaria, referida al “SIDA y Derechos humanos”; y la Resolución 10048/1989, relativa a la lucha contra el SIDA, adoptada por el Consejo de las Comunidades Europeas y los Ministros de Sanidad de los Estados Miembros, el 27 de noviembre de 1989.

tratamiento de su enfermedad y puede procurar el ocultamiento de la enfermedad frente a terceros, con claros riesgos de propagación.⁹⁰⁵

Por lo anterior, podría estimarse que esta causa de discriminación sólo está dedicada a los sujetos discriminados que son portadores de SIDA, pero esto no es así. Afortunadamente, se ha tenido una concepción amplia y por lo demás acertada del término enfermedad. Entendiendo por ella cualquier menoscabo de la salud física o mental que padezca el sujeto pasivo, esta amplitud del término, que de manera alguna afecta la seguridad jurídica, nos hace considerar que cualquier enfermedad que coloque a un sujeto en una situación de inferioridad frente a otro sujeto, y en razón de ese padecimiento, constituirá discriminación.

Por otro lado, antes de la modificación de 2010 se contemplaba la minusvalía como factor de discriminación, cuyo término para BERNAL DEL CASTILLO era innecesario, dado que quedaría subsumido bajo la amplitud del concepto enfermedad.⁹⁰⁶ Sin embargo, esta opinión no gozó de mayor reconocimiento en la doctrina, al considerar que eran dos conceptos distintos y que no toda minusvalía era reconducible a enfermedad o catalogable como tal.⁹⁰⁷

Luego, con la modificación de la LO 5/2010, a propósito de la agravante de discriminación, se reemplazó la expresión minusvalía por “discapacidad”. Este término vino a superar los inconvenientes interpretativos del anterior y hace alusión a una discapacidad física o mental de alguien, por lesión congénita o adquirida, que pueda afectar el desarrollo del sujeto. Esta discapacidad hace alusión a una cualidad de discapacitado,⁹⁰⁸ es decir, referida a una persona impedida o entorpecida en alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas.

⁹⁰⁵ Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal*, op. cit., p. 74.

⁹⁰⁶ BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, op. cit., p. 46. El autor propone la eliminación de la expresión minusvalía, dejando reducida esta causa discriminatoria a los casos de rechazo por razón de enfermedad.

⁹⁰⁷ En este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal*, op. cit., p. 76; MACHADO RUÍZ, *La discriminación*, op. cit., p. 235; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, op. cit., p. 326. Todos exigen que se produzca marginación o rechazo social, y el último autor también requiere que la víctima sea colocada en situación de inferioridad.

⁹⁰⁸ Véase Diccionario de la Real Academia: “Discapacidad: f. Cualidad de discapacitado”.

7. El delito de discriminación laboral

El artículo 314 del CP establece el delito de discriminación laboral y castiga las conductas de discriminación más graves. Dice el artículo 314:

“Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

El origen de este precepto se remonta al CP de 1995 y es un fiel reflejo de la mayor sensibilización del legislador español en materia de discriminación.⁹⁰⁹

7.1. Bien jurídico protegido

Si bien en un primer momento se trata de una tutela a la igualdad y el derecho a no ser discriminado, la discusión no se agota ahí. Por algunos, se ha señalado la diferencia entre la igualdad de trato y la no discriminación, indicando que la discriminación de una persona por su pertenencia a un colectivo ubicado en situación de desventaja, por razones sociales, afectaría también a su dignidad personal.⁹¹⁰ Otros, por su parte, señalan que estamos frente a un precepto que no sanciona la discriminación en el trabajo, sino que nos encontramos ante un delito de desobediencia a la Administración.⁹¹¹ Esto estaría dado porque no se castiga la discriminación de manera directa, sino que el incumplimiento a un requerimiento previo o sanción administrativa de la autoridad, la que justamente velaba por el restablecimiento de una situación de igualdad. En estas

⁹⁰⁹ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1166; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 559.

⁹¹⁰ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 123; LAURENZO COPELLO, Patricia. “Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 1 (1996), pp. 217-282, p. 232 y ss.

⁹¹¹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 560; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 359; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 424; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, T. II, 3º Ed.* Navarra: Civitas, 2005, p. 373.

circunstancias, estaríamos claramente frente a un delito de omisión propia, en la que sólo basta la omisión y no un resultado específico.

7.2. Tipicidad

La conducta punible consiste en producir una grave discriminación en el empleo, público o privado. Por discriminación debemos entender lo que ya indicamos latamente con anterioridad, precisando que la discriminación debe ser grave.⁹¹² Además, aquí no importa la conocida discriminación positiva, que busca equilibrar desigualdades (atípicas), y por último, se ha admitido que puede darse tanto la discriminación directa como la indirecta. La primera, es aquella que se define como el tratamiento diferenciado y desfavorable de una persona, basado en uno de los factores de discriminación seleccionados por la ley, siendo ese factor de discriminación el objeto de consideración directa. Por su parte, la indirecta se define como prácticas o medidas que, siendo formal o aparentemente neutras, poseen sin embargo un efecto adverso sobre los miembros de un determinado grupo minoritario.⁹¹³

Para establecer la gravedad, ha de estarse a lo establecido en la legislación laboral y las conductas tratadas en aquella legislación como muy graves (art.17.1, sobre Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 8.12 y 16.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social).⁹¹⁴ Sin embargo, otro grupo estima que la gravedad de la discriminación supone que ésta debe ser patente o palmaria.⁹¹⁵ Un tercer grupo, con una posición un tanto ecléctica, señala que la legislación laboral es un criterio orientativo, pero que debe ser valorada desde la perspectiva penal.⁹¹⁶

Otra cuestión por resolver es qué debemos entender por empleo público y empleo privado. El primero dice relación con el trabajo que se genera por las Administraciones, por lo tanto, son trabajadores sujetos a relación laboral y administrativa, y considera las

⁹¹² Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 358; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual, op. cit.*, p. 372; CALDERÓN / CHOCLÁN, *Derecho penal, op. cit.*, p. 366. Estos autores agregan que la discriminación no sólo debe ser grave, sino también persistente; MORILLAS CUEVAS, “Delitos”, *op. cit.*, p. 659.

⁹¹³ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 435; VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1167.

⁹¹⁴ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación, op. cit.*, p. 127.

⁹¹⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, Juan Luis. “Comentario art. 314”, en: VIVES ANTÓN, Tomás (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, T. II*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 1556.

⁹¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la empresa*. Valladolid: Trotta, 1995, p. 114; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Delitos”, *op. cit.*, p. 560.

discriminaciones producidas en los procesos de acceso a la administración.⁹¹⁷ Finalmente, el segundo se refiere al trabajo que se origina por los privados y en que la discriminación es de variada índole.

Otro concepto un tanto impreciso es el de “requerimiento” y qué debemos entender por aquello no es tarea fácil. VILLACAMPA señala que la dificultad de otorgarle contenido a este concepto se debe a que su uso no es generalizado, como sí ocurre con el de sanción administrativa -que no otorga dudas que se debe a una consecuencia jurídica que se aplica a quien comete una infracción administrativa-, pero considera que se debe identificar con el requerimiento previo al levantamiento de un acta, originadora de un procedimiento sancionador que efectúe la Inspección Laboral al infractor de la normativa laboral.⁹¹⁸

El listado de causas de discriminación establecidas en el artículo 314 es cerrada, es decir, los motivos de discriminación sólo pueden ser los taxativamente enumerados en la ley, y son: por razones ideológicas, religión o creencias; por la pertenencia a una etnia, raza o nación; por el sexo, orientación sexual; situación familiar, enfermedad o minusvalía de la víctima; por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, o por el parentesco con otros trabajadores de la empresa; o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español. Estas fuentes de discriminación han sido criticadas por considerarse que en aquellas no se encuentran todas las que deberían estar. Se cita, por ejemplo, la edad del afectado, la que junto al sexo son recurrentes factores de trato diferenciado.⁹¹⁹ Específicamente, a propósito de ciudadanos extranjeros, algún autor ha sostenido que en relación a las causas de discriminación, si unos trabajadores extranjeros hablan en su lengua podrían ser objeto impunemente de discriminación.⁹²⁰

En lo que dice relación con los sujetos que intervienen en la relación delictual, podemos señalar que tanto el sujeto activo como el pasivo puede ser cualquier persona. En lo tocante a si el consentimiento del sujeto pasivo es considerada una justificante para los efectos de levantar la antijuricidad de la conducta, debemos decir que no tiene tal entidad, en cuanto el derecho a no ser discriminado es irrenunciable.⁹²¹

⁹¹⁷ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, op. cit., p. 442.

⁹¹⁸ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, op. cit., p. 1168.

⁹¹⁹ *Ibidem*, p. 1170; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, op. cit., p. 443.

⁹²⁰ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, op. cit., p. 580.

⁹²¹ A propósito de una discriminación por razón de sexo, véase STC 241/1988; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, op. cit., p. 359; VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, op. cit., p. 1169.

Para terminar, en cuanto al tipo subjetivo, se requiere dolo del sujeto activo, pues el delito imprudente se encuentra tipificado en el artículo 317 y sólo a propósito de un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo, cometido por imprudencia grave. Ahora bien, el dolo consiste en conocer, por parte del sujeto activo, que la medida laboral que toma, previo requerimiento o sanción administrativa, supone una diferenciación de trato no justificada por alguno de los motivos indicados en el precepto. Es indiferente para la comisión del delito, que el sujeto activo tenga un *animus* de perjudicar a la víctima.⁹²²

7.3. Concurso de delitos

En caso que la conducta deslinde entre alguno de los tipos penales previstos en el artículo 314 y 510, 511 y 512, serán estos últimos de preferente aplicación en la medida que tienen asignada una pena mayor, y no tengan que cumplir ningún requisito administrativo previo para ser sancionados penalmente, lo que es evidente tratándose de los delitos de los artículos 510 (provocación a la discriminación) y 511 (discriminación en servicios públicos); no así del delito del artículo 512 (discriminación profesional o empresarial), que tiene sólo una pena de inhabilitación y un ámbito de aplicación restringido.⁹²³

8. El delito de provocación a la discriminación y de injurias discriminatorias

El artículo 510 del CP tipifica los delitos de provocación a la discriminación, en su apartado primero, y de injurias discriminatorias, en su segundo apartado:

“1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

⁹²² Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1172; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 469 y ss.

⁹²³ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 359; BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T. III, *op. cit.*, p. 494 y ss.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.⁹²⁴

Estos delitos son diferentes entre sí, pero comparten algunos elementos comunes: ambos tipos penales se realizan con ocasión del ejercicio del derecho a la libertad de

⁹²⁴ El anteproyecto de reforma de Código Penal de 2012, modifica este artículo, dejándolo en los siguientes términos: “1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) *Quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otras referentes a la ideología, religión o creencia, situación familiar, la pertenencia de los miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, su orientación sexual, enfermedad o minusvalía;* b) *Quienes lesionan la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos.*

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) *Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la difusión de los contenidos a que se refiere el párrafo anterior se hubiera llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet, o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas.* b) *Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.* c) *Quienes nieguen, hagan apología, o trivialicen gravemente los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, y que hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Nüremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros Tribunales Internacionales, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.*

3. *El Juez o Tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refiere el apartado anterior o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.* También se propone un artículo 510 bis y 510 ter para agravar las penas anteriores en un grado cuando el delito sea cometido por una asociación delictiva y para sancionar a personas jurídicas cuando el delito sea cometido bajo esa estructura.

expresión, por lo que supone *per se* una colisión con ese derecho. También, ambos ilícitos son pluriofensivos; además de lesionar el derecho a no ser discriminado, se agrede el derecho a reunión o asociación, tratándose del delito de provocación, y el derecho al honor, en el caso de la injuria.⁹²⁵

8.1. Delito de provocación a la discriminación

El antecedente del artículo 510.1 puede encontrarse en el artículo 165 ter del anterior Código penal, incorporado por el LO 4/1995, de 11 de mayo.

La naturaleza de este delito no requiere una efectiva lesión constitutiva de discriminación o un peligro concreto del mismo, sino sólo basta un peligro abstracto para su existencia.⁹²⁶ En tanto, VIVES ANTÓN y CARBONEL MATEU lo consideran un delito de xenofobia, en sentido estricto.⁹²⁷

8.1.1. El tipo penal y los sujetos del delito

El delito que se tipifica en el artículo 510.1 del CP es la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos de carácter discriminatorios, que son enumerados en la misma norma legal.

La primera cuestión por resolver es saber qué se entiende por provocación, y esta pregunta no encuentra una solución unánime en la doctrina. Algunos señalan que debemos interpretar este término conforme a lo previsto en el artículo 18 del CP, ya que es una forma de participación intentada o una especie de acto preparatorio, claro que ambos alcances con ciertas diferencias, en cuanto a dicha relación.⁹²⁸ Otros autores

⁹²⁵ BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 76.

⁹²⁶ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 365.

⁹²⁷ VIVES ANTÓN, Tomás; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Delitos contra la Constitución”, en: VIVES ANTÓN, Tomás; *et al*, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3^o Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 753.

⁹²⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 841. Sostiene que al tratarse de una conducta de provocación, y con ello, de apología, habrá que exigir que, como dispone el art. 18.1, el hecho, por su naturaleza y circunstancias, constituya una incitación directa a cometer delito (de discriminación, de lesiones, de daños, etc.); BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 76; con ciertos matices, TAMARIT SUMALLA, “Comentario”, *op. cit.*, p. 2050; COBO DEL ROSAL, Bernardo. “Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los Derechos fundamentales y libertades públicas”, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho Penal español. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 1056.

entienden que el tipo de provocación es autónomo e independiente, en relación al artículo 18 del CP.⁹²⁹

Un segundo tema es que el artículo 510.1 no sólo se refiere a la discriminación, sino también a la provocación al odio o la violencia, lo cual también ha generado críticas por su amplitud y falta de concreción.⁹³⁰

En lo referente al tipo subjetivo, es necesario un móvil discriminatorio y un ánimo de provocación. La motivación puede ser racista, antisemita, ideológica, religiosa, familiar, étnica, por razón de nacionalidad, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Se ha criticado, por innecesaria o extraña, la mención a los motivos antisemitas.⁹³¹ Sin embargo, estimamos que su alusión tiene un carácter simbólico.

Como esgrime LAURENZO COPELLO,⁹³² es necesario que la conducta de la provocación revista dos elementos: la publicidad (se lleve a cabo la conducta ante la concurrencia de personas o ante algún medio que garantice publicidad) y que constituya una incitación directa.⁹³³

Por último, el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona. No así el sujeto pasivo, que pese a las críticas prácticamente unánimes en la doctrina,⁹³⁴ sólo pueden ser “grupos o asociaciones”;⁹³⁵ no está prescrito incluir aquí las personas físicas de estos grupos o asociaciones.⁹³⁶

Finalmente, el tipo admitiría, por su forma comisiva, sólo el dolo directo.⁹³⁷

⁹²⁹ Cfr. LANDA GOROSTIZA, *Xenofobia*, *op. cit.*, p. 70; LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código”, *op. cit.*, p. 253; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 369.

⁹³⁰ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 78 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 840.; COBO DEL ROSAL, “Delitos”, *op. cit.*, p. 1055.

⁹³¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 840; TAMARIT SUMALLA, “Comentario”, *op. cit.*, p. 2049.

⁹³² Cfr. LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código”, *op. cit.*, p. 253.

⁹³³ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 841; TAMARIT SUMALLA, “Comentario”, *op. cit.*, p. 2050.

⁹³⁴ La crítica dice relación con el absurdo que se castigue conductas contra grupos o asociaciones y no en contra de determinadas personas. LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código”, *op. cit.*, p. 251; BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 83 y ss.

⁹³⁵ Cfr. SERRANO GÓMEZ; SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 943.

⁹³⁶ De otra opinión es MUÑOZ CONDE, quien considera que la referencia a los “grupos o asociaciones” no impide incluir conductas referidas a miembros individuales de los mismos. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 841.

⁹³⁷ Cfr. CALDERÓN / CHOCLÁN, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 600; COBO DEL ROSAL, “Delitos”, *op. cit.*, p. 1056.

8.2. El delito de injurias discriminatorias

Como se dijo antes, este tipo penal se contempla en el apartado segundo del artículo 510 del CP. El injusto tutela no sólo el derecho a no ser discriminado, sino también el honor.⁹³⁸ Es una ampliación del delito de injurias a los grupos o asociaciones citadas en el apartado 1 de la norma.⁹³⁹

El tipo penal exige para su castigo que se difundan informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones. Al utilizar el verbo “difundir”, necesariamente implica que debe mediar publicidad en la información que se emite,⁹⁴⁰ pues de lo contrario la conducta podría eventualmente recaer, cumplidos los requisitos, en el artículo 510.1 del CP o bien ser atípica.

En cuanto al tipo subjetivo, la información que se difunde debe ser contraria a la verdad y es necesario, para que la conducta esté revestida de un contenido delictivo, que la información injuriosa se entregue en un contexto discriminatorio. Como indica TAMARIT SUMALLA, es necesario un móvil discriminatorio en el ánimo del autor.⁹⁴¹

9. Delito de discriminación en servicios públicos

Este tipo penal de omisión propia se ubica en el artículo 511 del CP., cuyo origen son los artículos 165 y 181 del CP de 1944 y 1973, y establece lo siguiente:

“1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años, el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen

⁹³⁸ Una opinión contraria, en relación al bien jurídico protegido, puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, op. cit., p. 378.

⁹³⁹ Cfr. VIVES ANTÓN; CARBONELL MATEU, “Delitos”, op. cit., p. 754; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, op. cit., p. 841.; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual*, op. cit., p. 638. Agregando que es una superflua ampliación.

⁹⁴⁰ Cfr. CALDERÓN / CHOCLÁN, *Derecho penal*, op. cit., p. 601.

⁹⁴¹ Cfr. TAMARIT SUMALLA, “Comentario”, op. cit., p. 2050.

nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. *Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años”.*

El bien jurídico protegido es la igualdad, cuyo reconocimiento se realiza, *prima facie*, en la carta fundamental española (artículo 14), la cual prohíbe expresamente la discriminación como principal forma de atentado.⁹⁴² Sin embargo, la tutela del constituyente está erigida únicamente para españoles, como expresamente señala su texto. Por ello, el artículo 511 del CP, con un cariz más amplio, viene en extender la protección también a los extranjeros.⁹⁴³

9.1. Tipicidad. Conducta, tipo subjetivo y sujetos

Los elementos que conforman este tipo penal omisivo no son de fácil definición. El problema lo encontramos al momento de dar contenido a la expresión “servicio público”.⁹⁴⁴ Un sector mayoritario de la doctrina, de corte restrictivo, siguiendo a RODRÍGUEZ RAMOS,⁹⁴⁵ reduce el ámbito de su significación a aquellos supuestos en los que exista una expresa declaración normativa, calificando como tal la concreta actividad.⁹⁴⁶ Otro sector, minoritario por cierto, da contenido a la voz servicio público como “aquel que se dispensa al público en cualquier establecimiento o actividad organizada a la que tenga acceso el público”,⁹⁴⁷ o siguiendo a BORJA JIMÉNEZ, como “cuando se ofrece a una comunidad indeterminada de personas, a una generalidad anónima, con independencia de la naturaleza pública o privada del sujeto titular de la misma”.⁹⁴⁸

El otro problema es dar contenido al elemento subjetivo del tipo y lo que dice relación con definir los motivos de discriminación, a saber: ideología, religión o creencias,

⁹⁴² Entre otros: LANDA GOROSTIZA, *Xenofobia*, *op. cit.*, p. 140; BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 101; BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, *op. cit.*, p. 315; LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código”, *op. cit.*, p. 242.

⁹⁴³ Cfr. TAMARIT SUMALLA, “Comentario”, *op. cit.*, p. 2051.

⁹⁴⁴ Cfr. SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAILLO, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 945.

⁹⁴⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. “Discriminación punible (art. 165 del Código Penal)”, en: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, V.2. Madrid: Edersa, 1985, p. 633.

⁹⁴⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL, “Delitos”, *op. cit.*, p. 1058; CALDERÓN / CHOCLÁN, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 601

⁹⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. 2. Barcelona: Ariel, 1991, p. 324.

⁹⁴⁸ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, *op. cit.*, p. 314.

pertenencia a una etnia o raza, origen nacional, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. Para este punto, nos estaremos a lo señalado antes, específicamente a comienzos de esta parte del trabajo.

Por otra parte, el sujeto activo de la conducta puede ser cualquier persona, con tal que sea encargado de un servicio público y deniegue una prestación a la que el discriminado tiene derecho. En el caso, si tal conducta es cometida por un funcionario público, la pena será superior a la de un particular (en las mismas penas del particular en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años).⁹⁴⁹

Por su parte, el sujeto pasivo de delito es el que tiene derecho a la prestación del servicio público, que le es negada por motivos discriminatorios, y puede ser cualquier persona. Además, puede ser también sujeto pasivo, según se dispone en el apartado 2, una asociación, fundación, sociedad o corporación o uno de sus miembros.⁹⁵⁰

10. Delito de discriminación profesional o empresarial

El artículo 512 del CP dispone:

“Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años”.

En palabras de MUÑOZ CONDE, vino a cubrir las lagunas de punibilidad, aunque no todas, del delito de discriminación en servicios públicos.⁹⁵¹ Este precepto es originario del CP de 1995 y extiende las conductas discriminatorias constitutivas de delito al ámbito de las relaciones entre particulares.⁹⁵²

⁹⁴⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, op. cit.*, p. 842. CALDERÓN / CHOCLÁN, *Derecho penal, op. cit.*, p. 601 y ss.

⁹⁵⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 842; SERRANO GÓMEZ; SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal, op. cit.*, p. 944.

⁹⁵¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 842.

⁹⁵² Cfr. TAMARIT SUMALLA, “Comentario”, *op. cit.*, p. 2054.

10.1. Tipicidad. Conducta y sujetos

Como sucede con el artículo 511 del CP, se exige que se deniegue una prestación a la que el sujeto tenga derecho; el único cambio con respecto a ese precepto, es el de sustituir “su origen nacional” por nación.⁹⁵³ No obstante, este concepto está teñido de imprecisión, máxime cuando el contenido de una prestación que se otorga entre particulares obedece a la autonomía de la voluntad de los contratantes.⁹⁵⁴

Por ello, parece correcta la precisión de TAMARIT SUMALLA, en orden a que este derecho no puede entenderse como libertad genérica de adquirir un producto o alquilar un piso, sino como una expectativa concreta y fundada en el derecho de obtener una prestación. La hipótesis contraria chocaría no sólo con problemas de prueba, los cuales fueron reconocidos en el debate parlamentario, sino también con las reglas de libre mercado que autorizan vender o no vender, alquilar o no alquilar.⁹⁵⁵ Claro que no podemos dejar de señalar que en las actividades privadas es difícil decir que alguien que aún no ha contratado el servicio en cuestión, tiene derecho al mismo. Estimamos que la concreción de la protección de la norma debe estar dirigida a aquellas actividades profesionales o empresariales que están dirigidas al público en general. Y como indica MUÑOZ CONDE, el derecho a la prestación que tendría cualquier persona parece indiscutible.⁹⁵⁶

En cuanto a los sujetos que intervienen en el delito, estamos frente a un tipo penal especial. El sujeto activo tiene que ser un profesional o empresario, con todo lo que ello implica, y además la conducta punible debe ser realizada dentro del ejercicio de esa actividad profesional o empresarial. En lo que respecta al sujeto pasivo de la conducta, éste puede ser cualquier persona.

⁹⁵³ Cfr. SERRANO GÓMEZ; SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal, op. cit.*, p. 946.

⁹⁵⁴ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 399; CALDERÓN / CHOCLÁN, *Derecho penal, op. cit.*, p. 602.

⁹⁵⁵ Cfr. TAMARIT SUMALLA, “Comentario”, *op. cit.*, p. 2055.

⁹⁵⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 843.

11. El delito de amenazas dirigidas a un grupo étnico

El artículo 170 del CP establece una figura agravada del delito de amenazas, en los siguientes términos:⁹⁵⁷

“1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas”.

Estamos de acuerdo con lo señalado por QUINTERO OLIVARES, quien indica que estamos ante otra muestra de las respuestas penales previstas por el legislador a la xenofobia o intolerancia violenta.⁹⁵⁸ Sin embargo, la agudeza en la técnica legislativa no fue prolija y ocasiona problema para el intérprete a la hora de dar contenido a la individualización del sujeto pasivo previsto por la norma y que desarrollaremos posteriormente.

11.1. El bien jurídico protegido

Lo que se pretende tutelar con esta figura, al igual que el tipo básico previsto en el artículo 169 del CP, no es otra cosa que la libertad de acción y decisión de un especial sujeto atemorizado.

Se turba la paz personal o la tranquilidad de un grupo de individuos. Se afecta a todos los individuos del grupo o a parte de ellos, de modo que individualmente esté reducida su libertad de opción entre hacer o no hacer algo, causándole una inquietud objetivamente idónea para preocupar al amenazado, o bien, lisa y llanamente, existe un

⁹⁵⁷ Este artículo 170 del CP viene parcialmente del antiguo artículo 496 bis del Código Penal de 1944 y 1973, que agravaba la responsabilidad del sujeto activo cuando las amenazas o coacciones se cometían con el propósito de atemorizar a los habitantes de una población.

⁹⁵⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios, op. cit.*, p. 215.

mero objetivo de aterrorizar a todos y cada uno de los integrantes del grupo que recibe la amenaza.⁹⁵⁹

No obstante lo anterior, la amenaza debe ser objetivamente idónea para causar un menoscabo en la capacidad de acción o decisión de todos o parte del grupo afectado, medido o cuantificado ese temor bajo el parámetro del hombre medio enfrentado a esa misma situación.

11.2. Conducta típica, sujetos del delito y consumación

La conducta típica consiste en amenazar –condicional o incondicionalmente- con un mal constitutivo de delito y con la finalidad de atemorizar a un colectivo (“grupo étnico, religioso o cultural, o colectivo social o profesional o a cualquier otro grupo de personas”).

Este mal con que se amenaza debe necesariamente consistir en alguno de los delitos susceptibles de constituir el mal típico de esta infracción (homicidio, lesiones, aborto, libertad, torturas e integridad moral, libertad sexual, intimidad, honor y el patrimonio y orden socioeconómico). De no ser así, estamos frente a una conducta que incluso siendo amenaza de un mal, es atípica.⁹⁶⁰

Ahora, si bien el artículo 170 no señala el catálogo de delitos constitutivos de un mal, como sí lo hace el artículo 169 del CP, debemos entender que sí se refiere a los delitos indicados en este último, por ser el artículo 169 el tipo básico, y el resto de sus figuras deben interpretarse en consonancia con dicha norma.⁹⁶¹

Otra exigencia del tipo penal, como también ocurre con el tipo básico, es que la amenaza debe ser grave, seria y verosímil. Incluso, la propia figura señala que las amenazas han de tener la “gravedad necesaria”.⁹⁶² Este último término ha sido criticado por QUINTERO OLIVARES, quien lo considera superfluo dado que es un elemento intrínseco a toda amenaza. Indica, y con razón, que la gravedad debe estar referida a que

⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 207.

⁹⁶⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “Delitos contra la libertad”, en: VIVES ANTÓN, Tomás; *et al*, *Derecho Penal. Parte Especial, 3º Ed.* Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 188.

⁹⁶¹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 488.

⁹⁶² Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual, op. cit.*, p. 138; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De las amenazas”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, T.I.* Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 807; COBO DEL ROSAL, “Delitos”, *op. cit.*, p. 206.

la amenaza sea proferida de modo tal que sea apta para conseguir ese objetivo de intimidación a un colectivo.⁹⁶³

La particularidad de esta figura, y por cierto lo que la diferencia del tipo básico previsto en el artículo 169 del CP, es que la amenaza debe estar dirigida a un grupo de individuos. Sin embargo, las precisiones del legislador para establecer el sujeto pasivo del delito no fueron afortunadas.⁹⁶⁴ Son términos descriptivos pendientes de valoración para aquel.⁹⁶⁵ En lo que aquí interesa, nos referiremos a qué se debe entender por “grupo étnico”, y no es otra cosa que una comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc. (existe una relación de género a especie entre raza y etnia, pudiendo haber quedado esta última comprendida dentro de la primera.) Cabe precisar que esta figura no tutela una amenaza dirigida contra una pluralidad de sujetos que no guardan nada en común, sino que debe existir alguna afinidad o algo que una al grupo de individuos contra los cuales va dirigida la amenaza.⁹⁶⁶

La agravación de la pena radica en la creación de un temor en amplios grupos de personas. Así, bajo este prisma, para algunos el fundamento de este precepto se sitúa en un mayor desvalor de acción, que se materializa al formular la amenaza de tal forma que se pretende la extensión del temor entre un grupo de individuos.⁹⁶⁷ No es necesario que se logre efectivamente atemorizar al grupo de personas, pues lo que exige la norma es que el sujeto activo, que puede ser cualquiera persona, actúe con la finalidad de atemorizar (dolo directo) y que la conducta tenga la gravedad necesaria para conseguirlo.⁹⁶⁸ Sin perjuicio de lo anterior, señalando que coincidimos en que efectivamente existe un mayor desvalor de la acción, toca preguntarse qué sucede en el caso de producirse un real miedo que coarte la libertad de acción y/o decisión del grupo de individuos a los cuales se dirige la amenaza; en ese caso, estimamos que existiría un mayor desvalor de resultado, fundado en que una sola conducta lesiona a una pluralidad de sujetos.

Por último, para la consumación del delito, sólo es necesario que la amenaza llegue al grupo de individuos a los cuales va dirigida. Como se dijo, no es necesario que ellos sean efectivamente atemorizados, sino que la conducta sea de tal entidad que sea capaz

⁹⁶³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, *op. cit.*, p. 216.

⁹⁶⁴ *Ibidem*, p. 215.

⁹⁶⁵ CARBONELL MATEU; GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos”, *op. cit.*, p. 192.

⁹⁶⁶ *Ibidem*.

⁹⁶⁷ Cfr. Díez Ripollés, “De las amenazas”, *op. cit.*, p. 808.; Landa Gorostiza, *Xenofobia*, *op. cit.*, p. 212.

⁹⁶⁸ Cfr. Díaz y García Conlledo, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 490.

de conseguirlo. De esta manera, sería factible que formas imperfectas como la tentativa inacabada o acabada, abarcando esta última los casos en que, habiendo llegado la amenaza a conocimiento de la víctima, no haya afectado el proceso de deliberación.⁹⁶⁹

12. El delito de asociación ilícita

El artículo 515 apartado 5 regula el delito de asociación ilícita establecida para promover la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones. La mencionada norma reza:

“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

*5. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello”.*⁹⁷⁰

Este precepto tiene su origen en la reforma de 1983 (LO 8/1983, de 25 de junio), claro que con un ámbito de aplicación más restringido, ya que se refería a la promoción de la discriminación racial como supuesto de asociación ilícita. Además, recoge la idea ya expresada en los artículos 510 a 512 del Código Penal, de incriminar las conductas discriminatorias contrarias al principio de igualdad.⁹⁷¹ En tal sentido, algunos han afirmado que este número se podría haber prescindido, porque las conductas se encontrarían tipificadas en el art. 510.1 CP.⁹⁷²

12.1. El bien jurídico protegido

En relación al bien jurídico protegido, en este delito de asociación ilícita existen distintas posiciones en la doctrina. Un primer grupo considera que lo que aquí se tutela

⁹⁶⁹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, “De las amenazas”, *op. cit.*, p. 808.

⁹⁷⁰ El anteproyecto de reforma de Código Penal de 2012, pretende una sustitución del presente apartado en los siguientes términos: “4. Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, o inciten a ello”.

⁹⁷¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 849.

⁹⁷² Cfr. SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal, op. cit.*, p. 955.

es el orden público.⁹⁷³ Un segundo grupo estima que lo que protege el artículo 515.5 es el derecho de asociación, castigándose el abuso en el ejercicio de este derecho.⁹⁷⁴ Otro grupo estima que se afecta el derecho a no ser discriminado.⁹⁷⁵ Finalmente, un último grupo considera que se afecta tanto el orden público, de manera inmediata, y el derecho a no ser discriminado, en forma mediata.⁹⁷⁶

12.2. Tipo penal

El delito de asociación ilícita previsto en el artículo 515.5 del CP, como es sabido, requiere una estructura jerarquizada, permanencia en el tiempo y como finalidad un objeto ilícito. El tipo en cuestión utiliza los verbos rectores “promover” e “incitar” la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por diversas razones.

Para ambos conceptos, nos parece bien lo señalado por TAMARIT SUMALLA, quien señala que promover tiene un sentido más genérico, que abarcaría todo tipo de comportamiento propiciadores de la discriminación; en cambio, la incitación tiene un contenido más específico, debería referirse a un destinatario personal a quien se trata de motivar o determinar. Agrega este autor que la exigencia de un destinatario de la incitación no tiene por qué concretarse en una o diversas personas individualizables, sino que basta con que el mensaje se difunda ante una colectividad difusa de personas, por cualquier medio de comunicación de masas.⁹⁷⁷ Sin perjuicio de lo anterior, acierta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO cuando señala que es poco relevante la concreción del término “incitar”, debido a que estaría incluido en el más amplio de “promover”.⁹⁷⁸

Por otro lado, algunos autores, como GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, han señalado que las acciones de promover o incitar no son ocasionales en la asociación ilícita, sino programáticas, lo que quiere decir que son fines de la asociación o parte de su objeto

⁹⁷³ Entre otros, véase BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, *op. cit.*, p.323; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona: Bosch, 1977, p. 144 y ss.; COBO DEL ROSAL, “Delitos contra la Constitución (V)”, *op. cit.*, p.1066.

⁹⁷⁴ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 116.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, p. 115 y ss. Considera esta afectación en conjunto con el Derecho de asociación; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 821.

⁹⁷⁶ Cfr. DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 518.

⁹⁷⁷ Cfr. TAMARIT SUMALLA, “Comentario”, *op. cit.*, p. 2073.

⁹⁷⁸ Cfr. DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 520; DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. “Asociación ilícita”, en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*. Granada: Comares, 2002, pp. 103-114, p.110.

social.⁹⁷⁹ Esto último ha sido rebatido por otros, como TAMARIT SUMALLA, quien indica que no resulta necesario que la promoción o incitación sean actividades programáticas, sino que basta que la asociación lleve a cabo tal actividad.⁹⁸⁰

El sujeto activo de la conducta punible, como ocurre con las reglas generales de la asociación ilícita, plantea que se requiere, a lo menos, tres o más individuos. En cuanto al sujeto pasivo, es interesante recalcar que en este tipo penal el ámbito de las víctimas es mayor que la del injusto previsto en el artículo 510 del CP (provocación), extendiéndose también a las personas o sujetos individuales.⁹⁸¹

Por último, en cuanto al tipo subjetivo, sólo es posible el dolo, el que se concretiza por el conocer y querer la pertenencia a una asociación que propugna la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones, por los motivos indicados en la ley. No se requiere que el sujeto haga suyos los ideales defendidos por la asociación.⁹⁸²

⁹⁷⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Asociaciones ilícitas. Discriminación racial”, en: COBO DEL ROSAL, Manuel; BAJO FERNANDEZ, Miguel, *Comentarios a la legislación penal, Tomo V-2. La reforma del Código Penal de 1983*. Madrid: Edersa, 1985, p. 652.

⁹⁸⁰ Cfr. TAMARIT SUMALLA, “Comentario”, *op. cit.*, p. 2073; DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 521.

⁹⁸¹ Cfr. COBO DEL ROSAL, “Delitos contra la Constitución (V)”, *op. cit.*, p.1066 y ss.

⁹⁸² Cfr. DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 521.

Capítulo 2

La agravante de motivos discriminatorios como técnica de penalización de los delitos de odio

1. Introducción
2. Fundamento dogmático de la circunstancia agravante
 - 2.1. Un mayor injusto de la conducta del autor
 - 2.2. Un mayor reproche de culpabilidad
 - 2.3. Toma de posición
3. El error en las cualidades de la víctima
4. La comunicabilidad de la circunstancia agravante a los partícipes

1. Introducción

El artículo 22 del Código Penal de 1995 reconoce, entre sus circunstancias agravantes, específicamente en el N° 4, la siguiente modificativa de responsabilidad:

“Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

Esta circunstancia agravante responde a la necesidad social de reforzar la protección penal del derecho a la no discriminación. Los primeros Comentarios al Código Penal⁹⁸³ dan cuenta del aumento de los delitos con características xenófobas, o más bien, con motivaciones discriminatorias en sus autores.⁹⁸⁴

⁹⁸³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Curso de Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Cedecs, 1996, p. 559; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General, 2ª Ed.* Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 511.

⁹⁸⁴ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación, op. cit.*, p. 59; ARROYO ZAPATERO, Luis; *et al. Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel, 2007, p. 141; BERISTAIN IPIÑA, Antonio. “Comentario al art. 22.4”, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 970; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.). *Código Penal Comentado*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 152; ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “La circunstancia agravante de discriminación”, en: Díez Ripollés, José Luis; Romeo Casabona, Carlos María; Gracia Martín, Luis; Higuera Guimerá, Juan Felipe (Eds.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 534; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Código Penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*. 2ª Ed. Madrid, La Ley, 2007, p.128.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho Penal, 2º Ed.* Navarra: Aranzadi, 2007, p. 741.

Desde la órbita de la génesis legislativa, esta circunstancia tiene su origen en el anterior Código Penal, introducida mediante LO 4/1995, de 11 de mayo, en el artículo 10.17,⁹⁸⁵ pero restringida a los delitos contra las personas y el patrimonio.⁹⁸⁶ Posteriormente, con la entrada en vigencia del actual CP, el precepto no sólo hace una alusión directa a la “discriminación” entre las causas o razones que agravan la pena,⁹⁸⁷ sino que pasa a no tener limitaciones en cuanto a la tipología de delitos sobre los que se podría aplicar, por lo que en teoría resultaría aplicable a todo tipo de delitos.⁹⁸⁸ Sin embargo, hay que mencionar que el texto es gramaticalmente redundante, al contener una mención expresa al antisemitismo, en circunstancias que ya se habla de racismo, etnia y religión.⁹⁸⁹ Una posible respuesta encontraría sustento en el plano de lo simbólico. También incorpora nuevas causas de discriminación: sexo y la orientación sexual, y se abandona el término nacional y se precisa por el de nación a la que pertenezca la víctima.⁹⁹⁰ Algunos, a propósito de la incorporación de nuevas fuentes de discriminación, han señalado que el precepto terminó con su característica de ser una agravante básicamente antixenófoba.⁹⁹¹ Luego, mediante reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, la norma tiene una segunda reforma de calado no menor, pues agrega la referencia a la identidad sexual de la víctima como causa de discriminación y se suprime la alusión minusvalía que padezca la víctima, reemplazándola por discapacidad.⁹⁹²

⁹⁸⁵ Vid. Art. 10.17: “Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima”.

⁹⁸⁶ El precepto respondería a reivindicaciones sociales ante el asesinato de la joven dominicana Lucrecia Pérez. ABEL SOUTO, Miguel. “Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios”, *Revista Penal*, Nº 25, Enero (2010), pp. 3-11, p. 4.

⁹⁸⁷ Cfr. LANDA GOROSTIZA, *Xenofobia*, *op. cit.*, p. 180.

⁹⁸⁸ La agravante tendría origen en el derecho anglosajón, no se encontraba en las convenciones internacionales sino que fue una importación americana, con lo que sigue un modelo político criminal estadounidense. Véase DOPICO GÓMEZ-ALLES, “Delitos”, *op. cit.*, p. 143; LANDA GOROSTIZA, *Xenofobia*, *op. cit.*, p. 178.

⁹⁸⁹ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo; BARREIRO, Agustín. *Comentarios al Código penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 138; ALONSO ÁLAMO, “La circunstancia agravante”, *op. cit.*, p. 534 y ss; BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho Penal español, T. I, Vol. II*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 344 y ss.; CERESO MIR, José. *Curso de Derecho penal español, Parte General, T. III, 6º Ed.* Madrid: Tecnos, 2001, p. 161.

⁹⁹⁰ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 336; La norma originalmente introducida en el Código Penal de 1995, rezaba: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”.

⁹⁹¹ Cfr. LANDA GOROSTIZA, *Xenofobia*, *op. cit.*, p. 182.

⁹⁹² En relación a la incorporación de la “identidad sexual” como motivo de discriminación y la necesidad de su tipificación, véase PORTILLA CONTRERAS, “Delitos”, *op. cit.*, p. 37 y ss.

En el concreto análisis de la agravante, se plantean diversos problemas, como la determinación del fundamento y su naturaleza jurídica. Estas cuestiones pretendemos desentrañar en los siguientes acápites, partiendo de la base que se trata de temas bastante controvertidos en doctrina.

2. Fundamento dogmático de la circunstancia agravante

Al igual como ocurre con el resto de circunstancias modificativas de responsabilidad (arts. 21 a 23), el análisis de la agravante de discriminación no puede situarse al margen del contexto general del resto de dichas circunstancias. En este sentido, hay tres grandes líneas en doctrina para establecer el fundamento dogmático de las circunstancias modificativas en general. Están los primeros, que señalan que el fundamento de las circunstancias se encuentra en la teoría del delito,⁹⁹³ dividiéndose entre aquellos que indican que estas circunstancias gradúan la medida del injusto, y otros, para quienes gradúan la culpabilidad del autor. La segunda posición, la cual es minoritaria, indica que el fundamento de las circunstancias se sitúa en la teoría de la pena.⁹⁹⁴ Una tercera posición, también minoritaria y de carácter ecléctico, señala que las circunstancias modificativas son una institución que toma elementos de ambas teorías, en consideración al diverso fundamento que puede asignársele a cada una de ellas y a la función que cumplen.⁹⁹⁵

Sin perjuicio de lo anterior, participamos de la opinión de PRAT CANUT⁹⁹⁶ y GONZÁLEZ CUSSAC.⁹⁹⁷ Del primero, el poco sentido práctico de reducir las circunstancias a un solo fundamento de los ya explicados; y del segundo, que la adscripción a una u otra no conlleva una diferencia práctica relevante, pues en cualquier

⁹⁹³ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Circunstancias del delito e inseguridad jurídica", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995-VII, pp. 43-67, p. 49; BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación, op. cit.*, p. 60; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*. Madrid: Civitas, 1995, p. 39 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General, Ed. 8*. Valencia: Tirant, lo blanch, 2010, p. 491.

⁹⁹⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Teoría General de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal*. Valencia: Universidad de Valencia, 1988, p. 123 y ss.

⁹⁹⁵ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 337. Además, señala que si atendemos exclusivamente a las agravantes, y en relación a su conexión con la teoría del delito, tampoco existe acuerdo a la hora de decidir en qué categoría del delito deben ser analizadas, o en que categoría del delito encuentran su fundamento: si en la antijuricidad o en la culpabilidad. Estas discrepancias tienen su origen, en buena medida, en la concepción de antijuricidad y de culpabilidad que los distintos autores sustentan.

⁹⁹⁶ PRATS CANUT, José Miguel. "Comentario", en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal, Ed.4º*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 211.

⁹⁹⁷ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría General, op. cit.*, p. 144.

caso siempre producirá el mismo efecto de modificar la pena, sea atenuándola o agravándola.

No obstante lo dicho precedentemente, y como dijésemos a comienzo de este epígrafe, en lo referente a la naturaleza jurídica de esta circunstancia modificativa, la doctrina se encuentra dividida en dos grandes grupos -los que la ubican en el plano del injusto y los que la sitúan en la culpabilidad- que pretendemos analizar a continuación, para finalmente dar cuenta de nuestra posición personal.

2.1. Un mayor injusto de la conducta del autor

El grupo de autores que atribuyen el mayor contenido de injusto que representa la conducta del autor, está compuesto, entre otros, por MACHADO RUIZ,⁹⁹⁸ quien explica la agravante a partir de un desvalor adicional del resultado, dando cierta prioridad al efecto que el delito realizado produce en el sujeto pasivo, por sobre el móvil discriminador. Para este autor, el bien jurídico adicionalmente comprometido es el derecho a ser diferente.

Por su parte, LAURENZO COPELLO, si bien sitúa la agravante en el plano del injusto, la explica también a partir de un desvalor adicional del resultado, dando preponderancia no al móvil discriminador, sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo. En su tesis, el otro bien jurídico comprometido, además del lesionado por el delito cometido, es el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro.⁹⁹⁹ Esta autora entiende que se adaptaría mejor, tanto a las intenciones del legislador, como a la letra de la ley, una interpretación de la agravante desde un mayor desvalor de la culpabilidad. No obstante, finalmente refugia la naturaleza en el injusto, habida consideración de los problemas de interpretación.¹⁰⁰⁰

También MIR PUIG defiende que la agravante de discriminación supone un mayor injusto, pero afirma que es un incremento del injusto subjetivo del hecho, afectándose el principio de igualdad consagrado en la Constitución.¹⁰⁰¹

Otro autor que defiende esta posición es ARROYO DE LAS HERAS, el cual afirma que el fundamento de la agravación reside en que el delincuente, además de lesionar el

⁹⁹⁸ MACHADO RUIZ, María Dolores. “El derecho a no ser discriminado y el error sobre la orientación sexual de la víctima (Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona de 13 de marzo de 2000)”, *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 5 (2002), pp.413-422, p. 417 y ss.

⁹⁹⁹ Cfr. LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, *op. cit.*, p. 281 y ss.

¹⁰⁰⁰ *Ibidem*, p. 274 y ss.

¹⁰⁰¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 8º Ed. Argentina: Reppertor, 2008, p. 630.

bien jurídico protegido por el delito que se trate, afecta otros valores socialmente reconocidos y que el legislador ha pretendido tutelar.¹⁰⁰²

Al igual que los anteriores, LANDA GOROSTIZA, siguiendo a Lorenzo Copello, entiende que el fundamento de la agravante se sitúa en el desvalor adicional del resultado y lo reconduce, en consecuencia, al plano de lo injusto. Sin embargo, a diferencia de Lorenzo Copello, opina que el plus de gravedad debe buscarse en la idoneidad de la conducta para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable al que pertenece el sujeto contra el que se ha cometido el delito común, precisamente por razones de raza, etnia, ideología, orientación sexual, etc. Indica que la perspectiva de enfoque de la cuestión debe dirigirse no al destinatario inmediato de la conducta delictiva, sino al colectivo de pertenencia o de referencia. Propone, mediante un examen *ex ante* de un espectador imparcial situado en la posición del autor, que lo realmente decisivo para que pueda justificarse el mayor desvalor de injusto será que la conducta, considerando todas las circunstancias en las que ésta se lleva a cabo, resulte idónea para lanzar un mensaje de amenaza al colectivo de pertenencia o referencia. Pero no se trata de cualquier mensaje, sino uno de tal cualidad (coactiva) que, a efectos normativos, sea equivalente a una amenaza directa de un mal constitutivo de delitos graves a las que no pueda sustraerse racionalmente un ciudadano medio. En otras palabras, señala el autor, cuando determinadas conductas delictivas vienen coloreadas intersubjetivamente por una motivación racista, xenófoba, discriminatoria, homofóbica, etcétera, del colectivo racial, étnico, homosexual correspondiente, experimenta, en términos normativos, una amenaza directa de su seguridad existencial, a pesar de que no hayan resultado ser los destinatarios inmediatos de la conducta delictiva que se pretende agravar.¹⁰⁰³

Para DOPICO GÓMEZ-ALLER,¹⁰⁰⁴ el fundamento de la agravación reside en la existencia de una mayor antijuridicidad. Señala que se incurre en un error de extensión si se considera que una conducta daña al principio de igualdad si es motivada por factores xenófobos. Arguye que el principio de igualdad se refiere a la expectativa de trato igual y no de motivación igual en el trato. Sentencia que este principio sólo se verá lesionado si el trato que recibe alguien es distinto al exigible. Estima que es perfectamente posible traducir la terminología empleada cuando se alude a los efectos

¹⁰⁰² Cfr. ARROYO LAS HERAS, “Los motivos racistas”, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁰³ Cfr. LANDA GOROSTIZA, *Xenofobia*, *op. cit.*, p. 188 y ss.

¹⁰⁰⁴ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLES, “Delitos”, *op. cit.*, p. 154 y ss.

de una conducta con motivación xenófoba y hablar de la significación xenófoba, y llega a la conclusión que el titular del interés al que se refiere la agravante, no es el concreto agredido, ya que dicho interés no es de titularidad individual. Indica que el plus que añade la connotación racista no es perceptible desde la perspectiva del lesionado sino de un modo mediato, y que el plano de análisis adecuado para la determinación de la infracción adicional es el plano supraindividual o colectivo.

A su vez, SERRANO GÓMEZ sitúa la circunstancia de discriminación entre las que determinan una mayor antijuricidad, por la mayor gravedad del resultado.¹⁰⁰⁵

Por último, para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁰⁰⁶ la agravante también encuentra su fundamento en el ámbito de la antijuricidad. En relación a la posición que debe ocupar la agravante en el ámbito del injusto, y atendiendo a la clasificación entre circunstancias objetivas (las que denotan mayor peligrosidad del hecho o suponen un ataque más extenso) y subjetivas (que denotan una motivación particularmente indeseable, o actitud más reprochable), indica que la adopción de una decisión no es sencilla. Sin embargo, reconoce que la agravante contiene elementos que afectan tanto el desvalor subjetivo como el desvalor objetivo del injusto, en la medida que las razones o motivos discriminatorios suponen, al menos, un ataque más extenso, y concluye en que ambos elementos deben concurrir en el hecho para que la agravante pueda considerarse en su integridad. Esto significa exigir que en la víctima del delito concurren las características diferenciales explicitadas en el texto legal. En definitiva, atribuye a la agravante de discriminación un carácter subjetivo-objetivo.

El autor indica que en los supuestos que tales características no concurren en el sujeto pasivo del delito, y el autor haya actuado motivado en la creencia errónea de que las mismas sí se encontraban presentes (supuestos de error inverso), no comparte las soluciones expresamente planteadas para el caso, como la de considerar que el error es irrelevante y, en consecuencia, optar por la aplicación de la agravante, atendiendo a que su fundamento radica exclusivamente en los motivos, o la solución de apreciar la existencia de un concurso ideal entre la tentativa (inidónea) de delito agravado y el correspondiente delito consumado, sino que es partícipe de propugnar, para estos supuestos de error, la no aplicación de la agravante de discriminación, aunque el

¹⁰⁰⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte General, Ed.18*. Madrid: Dykinson, 1995, p. 738.

¹⁰⁰⁶ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 349 y ss.

desvalor subjetivo de injusto que subsiste en estos casos, puede ser recogido por el juzgador al momento de determinar la pena.

En una posición parecida a la anterior se presenta ALONSO ÁLAMO, para quien la circunstancia tiene una naturaleza mixta objetiva-subjetiva. La especial motivación del autor, aspecto subjetivo de la agravante, constituye su elemento nuclear. Pero la agravante presenta además una dimensión objetiva que la delimita. No cualquier motivo sino precisamente los motivos discriminatorios son tomados en cuenta por la Ley. De acuerdo con esto, la discriminación debe entenderse reservada a los tratos desiguales que tengan su origen en determinados rasgos diferenciales de la víctima, lo que contribuye a restringir el ámbito de aplicación de la circunstancia agravante.¹⁰⁰⁷

2.2. Un mayor reproche de culpabilidad

Un sector importante de la doctrina integra esta circunstancia agravante en la culpabilidad (mayor reproche de culpa). Entre otros, destaca BERNAL DEL CASTILLO,¹⁰⁰⁸ quien indica que la configuración de la circunstancia se centra “en la actitud personal contraria a valores”, permitiendo fundamentar la agravación en el ámbito del juicio personal de reproche, al margen de las concepciones teóricas objetivas o subjetivas del injusto. Lo que se produce es un mayor reproche del autor de un delito en función de su actitud vital, orientada en contra del valor del respeto a la dignidad igual de los demás. La apreciación de esta circunstancia no equivale a un mayor desvalor de acción o de resultado en el concreto delito cometido, son circunstancias no reconducibles al tipo de injusto, por estar desprovistas de propiedades que se refieren a la acción concreta cometida. Finaliza señalando, por lo tanto, que pertenecen a la culpabilidad.

En la misma línea anterior, se manifiesta CUERDA ARNAU, para quien parece más adecuado buscar el fundamento en el móvil abyecto que llevó al sujeto a actuar, lo cual determina un mayor desvalor del ánimo y, en definitiva, mayor culpabilidad.¹⁰⁰⁹

El criterio subjetivo es defendido también por CEREZO MIR, para quien la agravante tiene su fundamento en la mayor reprochabilidad que merece el móvil que impulsa al

¹⁰⁰⁷ Cfr. ALONSO ÁLAMO, “La circunstancia agravante”, *op. cit.*, p. 539.

¹⁰⁰⁸ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁰⁹ Cfr. CUERDA ARNAU, “Artículo 22.4”, *op. cit.*, p. 240.

autor a cometer el delito. Supone, entonces, una mayor gravedad de la culpabilidad. En su opinión, la agravante se basa en la índole de los motivos.¹⁰¹⁰

En la misma senda, ARIAS EIBE entiende que el fundamento de esta circunstancia agravante se encuentra en la mayor gravedad de la culpabilidad que supone el móvil abyecto que guía al sujeto a la comisión del delito. Señala que existe un ataque frontal a la igualdad y a la dignidad personal como bienes constitucionales, por lo que la agravación está más que justificada.¹⁰¹¹

De igual modo, se manifiestan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, quienes declaran, en tono crítico, la imposibilidad de encontrar razones que apunten a ratificar el fundamento de la agravante en un mayor desvalor del injusto; advierten que todo apunta, más bien, a buscar el fundamento de la agravación en los móviles de la actuación del sujeto, en su fuero interno.¹⁰¹²

Para BUSTOS RAMÍREZ es una circunstancia personal de motivación, en la que se aprecian los más bajos y primitivos instintos de desprecio del ser humano y a los derechos fundamentales de las personas, por lo que incrementa la culpabilidad.¹⁰¹³

Finalmente, CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO consideran que esta circunstancia se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor, por la mayor reprobabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, pues es requisito, para apreciar la agravante, que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.¹⁰¹⁴

2.3. Toma de posición

La agravante la situamos en el plano del injusto, basada en un doble plus de desvalor objetivo y subjetivo. El desvalor objetivo está radicado en una mayor peligrosidad del hecho y un ataque más extenso, en el que existe un desvalor adicional del resultado, que añade al injusto propio del delito realizado la negación del principio de igualdad, y donde el efecto del ilícito produce efectos no sólo en el sujeto pasivo del delito, sino

¹⁰¹⁰ Cfr. CEREZO MIR, *Curso, op. cit.*, p. 161.

¹⁰¹¹ ARIAS EIBE, Manuel. *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 237.

¹⁰¹² Cfr. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *D.P., P. General, Ed. 8, op. cit.*, p. 491.

¹⁰¹³ BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas. Derecho Penal. Parte General, T. I, Ed. 2*. Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago, 2007, p. 771.

¹⁰¹⁴ CALDERÓN CEREZO, Angel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Manual de Derecho Penal. Parte General, T. I*. España: Deusto Jurídico, 2005, p. 249.

también en el colectivo al que pertenece y al resto de la comunidad. El plus de antijuridicidad se manifiesta también en la dimensión subjetiva del hecho, dado que el mensaje discriminatorio está directamente condicionado a que el autor actúe por un motivo discriminatorio.¹⁰¹⁵

Para la comprensión de lo anterior, la agravante la debemos entender como la concreción positiva de los denominados delitos de odio, también conocidos en el mundo anglosajón como *hate crimes*, donde la estructura de la primera es uno de los dos elementos para la construcción del segundo.

Los crímenes de odio siempre se componen de dos elementos.¹⁰¹⁶ El primer elemento de un delito de odio es la realización de un acto que constituya un delito tipificado en la legislación penal ordinaria, al que se denomina "delito base". Los crímenes de odio siempre requieren de un delito base que se haya producido. Si no hay un delito base, por lo tanto, no hay crimen de odio.

El segundo elemento de un delito de odio es que el delito se cometa con un motivo particular, el que necesariamente debe ser de discriminación.¹⁰¹⁷ Es este elemento de discriminación lo que diferencia a los crímenes de odio de los delitos comunes.¹⁰¹⁸ Esto significa que el perpetrador, intencionalmente escogió su blanco para cometer el delito, y ese sujeto amenazado o atacado comparte alguna de las características que son protegidas por el ordenamiento jurídico (raza, religión, etnia, nacionalidad, etc.).¹⁰¹⁹

El siguiente ejemplo nos ayudará a develar mejor la composición del delito de odio: En una escuela se prendió fuego. Inicialmente, la policía estima que es un incendio simple. Sin embargo, la escuela es atendida principalmente para niños de etnia rumaníes, y las investigaciones revelan que ha habido incidentes anteriores de graffiti en la escuela, con consignas contra los gitanos como "gitanos váyanse". Los autores son aprehendidos y admiten que eran responsables del incendio y el graffiti. Ellos dicen que fueron motivados por un deseo de "limpiar" su área de "extranjeros". El delito base claramente es el de incendio, y la motivación discriminatoria, específicamente por motivos de

¹⁰¹⁵ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 350.

¹⁰¹⁶ "Hate Crimes in the OSCE Region- Incidents and Responses", Reporte Anual 2009, Varsovia, Noviembre 2010, p. 13, en <http://www.osce.org/odihr/73636?download=true> [visitado el 10/02/2011].

¹⁰¹⁷ STROMER, Mark. "Combating Hate Crimes Against Sikhs: A Multi-Tentacled Approach", *The Journal of Gender, Race & Justice*, N° 9-3, Mayo (2006), pp. 739-766, p. 746; GRATTET, Ryken. "Examining the boundaries of hate crime law: disabilities and the 'dilemma of difference'", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 91 N° 3, Marzo (2001), pp. 1-37, p. 5.

¹⁰¹⁸ PARKS, Gregory. "'Nigger': a critical race realist analysis of the N-word within hate crimes law", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98 N° 4, Junio (2008), pp.1-50, p. 5 y ss.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*.

origen étnico, lo cual configura el segundo elemento, y que sumado al anterior, hace de éste un crimen de odio.

De esta manera, la agravante de discriminación es, a nuestro parecer, un componente de los crímenes de odio. En concreto, configura el segundo elemento para la existencia de aquel, o dicho de otra forma, la ecuación del crimen de odio es el delito base (cualquier tipo penal) + la agravante de discriminación.

Ahora bien, este tipo de técnica legislativa permite evitar la creación de distintos tipos penales que requieran particularmente este componente de motivación discriminatoria. Sin embargo, como vimos anteriormente, el legislador penal español también ha optado por castigar de manera independiente ciertas conductas que tienen un carácter discriminatorio, lo que tampoco estaría mal a nuestro juicio, dado que vendría a reconocer el problema y destacar el valor superior del respeto al principio de igualdad. Tampoco descartamos una intención simbólica en este accionar,¹⁰²⁰ la cual también guarda correspondencia con la argumentación anterior.

a) El injusto subjetivo

Como dijimos anteriormente, los crímenes de odio se distinguen de otros tipos de delitos, por el motivo de su autor. Estos ilícitos son actos criminales cometidos por un motivo discriminatorio. Este es el motivo que marca los crímenes de odio y que lo diferencian de otros delitos.¹⁰²¹ A su vez, la agravante genérica del art. 22.4 exige una especial motivación, la que también es discriminatoria. Pese a las reiteradas críticas que sobre este punto ha tenido la redacción de la agravante por parte de un sector de la doctrina,¹⁰²² toda vez que sería una manifestación del censurable Derecho penal de autor, en el que el legislador penal se entromete en el fuero interno del sujeto,¹⁰²³ prohibiéndose que se manifiesten determinadas ideas o sentimientos,¹⁰²⁴ hasta el punto

¹⁰²⁰ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, *op. cit.*, p. 328.

¹⁰²¹ El término "crimen de odio" describe un tipo de delito y no de un delito específico dentro de un Código penal. Así, una persona puede cometer un crimen de odio en un país donde no existe ninguna sanción penal específica a causa de una discriminación o determinados prejuicios. El término describe un concepto, en lugar de una definición legal.

¹⁰²² Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 328.

¹⁰²³ Cfr. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *D.P., P.General, Ed. 8, op. cit.*, p. 491.

¹⁰²⁴ De esta posición se manifiestan, entre otros, LAURENZO COPELLO, "La discriminación", *op. cit.*, p. 272, quien a pesar de la reprobación, busca formas de interpretación concordantes con los principios y garantías del moderno Derecho penal; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "La protección", *El extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal* (adaptado a la nueva Ley Orgánica de 4/2000), *op. cit.*, p. 331; LANDA GOROSTIZA, *Xenofobia*, *op. cit.*, p. 84; DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Delitos", *op. cit.*, p.

de hacer dudar sobre su constitucionalidad,¹⁰²⁵ participamos de la interpretación que sobre el mismo realiza SANZ MORÁN,¹⁰²⁶ a quien le sigue también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO,¹⁰²⁷ legitimando su presencia, pese a tener una redacción un tanto desafortunada por las diferentes definiciones que se han dado sobre el término “motivos”.¹⁰²⁸ A su juicio, la solución pasa por comprender la distinción entre motivo y móvil. El motivo sería la razón de ser del comportamiento, o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican, y el móvil se hallaría teñido o impregnado de una coloración subjetiva, como conjunto de deseos, pasiones y emociones que impulsan la acción. En consecuencia, la diferencia entre motivo y móvil, quedaría remitida a la capa intelectual y a la anímica del sujeto, respectivamente. Un ejemplo que podría graficar mejor lo anterior, es la distinción que presenta la conducta de matar a otro porque era negro, lo que evidencia un motivo que es producto de una previa reflexión, y el matar a otro porque me golpeó previamente, que responde a un móvil pasional vindicativo, sin previa meditación.

La posibilidad de asignar al término motivo un contenido intelectual consistente en las consideraciones racionales que llevan a un sujeto a actuar de una determinada manera, el cual es además sinónimo de “causa” o “razón”, permite, por una parte, no sólo dar un tratamiento unitario a todos los preceptos antidiscriminación (algunos preceptos utilizan el término motivos y otros el de razón), lo cual guarda correspondencia con una

151 y ss.; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*, 5^o Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 897; Una crítica diversa, sentada sobre la base de una política criminal vinculada a la inmediatez de la opinión pública, puede verse en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Comentarios al Código Penal, T. I, 5^o Ed.* Navarra: Aranzadi, 2008, p. 325; Una crítica por falta de coherencia puede verse en ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p.916; Una crítica por excesiva extensión de la agravante, que la transforma en ineficaz y de previsible inaplicación, realiza, entre otras cosas, ABEL SOUTO, “Política criminal”, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰²⁵ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Delitos”, *op. cit.*, p. 144.

¹⁰²⁶ SANZ MORÁN, Ángel. *Los elementos subjetivos de justificación*. Barcelona: Bosch, 1993, p. 34.

¹⁰²⁷ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 330 y ss.

¹⁰²⁸ DÍEZ RIPOLLES, José Luis. “La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 94-137, p. 94 y ss.; TORIO LÓPEZ, Ángel. “Motivo y ocasión en el robo con homicidio”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, pp. 605-624, p. 617 y ss; SANZ MORÁN, *Los elementos subjetivos*, *op. cit.*, p. 34; Para el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, en su propuesta alternativa al tratamiento de la discriminación en el Código penal, considera que la referencia a los “motivos” racistas, que en la actual redacción propicia una interpretación puramente subjetiva de la agravante, se ha de sustituir por una fórmula que vincule el hecho delictivo con ciertas características de la víctima, favoreciendo, de esta manera, una interpretación objetiva. En base a este argumento, proponen una nueva redacción del art. 22.4 en los siguientes términos: “Cometer un delito contra la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el honor o el patrimonio por razón de la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su orientación sexual, la enfermedad o minusvalía que padezca”, en GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*. Valencia: Grupo de Estudios de Política Criminal, 1997, p. 33.

hermenéutica legal en que el ámbito de protección es idéntico entre los distintos preceptos, y por otra parte, se evitan interpretaciones que atiendan a sentimientos, deseos, pasiones, impulsos; en síntesis, elementos de actitud interna del sujeto. Esto permitiría distinguir el castigo por albergar ideas o sentimientos, por ejemplo, racistas u homófobos, y el castigo por cometer un delito por razones o motivos basados en alguna de las causas de discriminación descritas en los preceptos penales.¹⁰²⁹ En definitiva, el motivo viene a constituir una acción exteriorizada, penalmente relevante, y no un mero sentimiento o ideas que forman parte del fuero interno del sujeto, al que el Derecho, y sobre todo el punitivo, debe reconocer y respetar.

El mayor problema que presentaría la cuestión, complejos por los demás, en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO,¹⁰³⁰ obedece a aquellos casos en que existen múltiples motivos o razones, con distintos niveles de relevancia, que llevan a la acción. El propio autor propone una solución de la cual discrepamos; señala que la agravante no exige la existencia de único motivo o de uno preponderante, basta con que exista y acompañe a la acción y, por cierto, pueda ser probado o acreditado. Frente a este planteamiento, si bien reconocemos la existencia como posible de diversos motivos o razones que puedan acompañar a la acción, consideramos que el motivo discriminatorio debe necesariamente ser el determinante o predominante de la acción, pues de lo contrario no sólo no se justifica la agravante, sino tampoco hay delito de odio.¹⁰³¹ Poder establecer si el motivo discriminatorio fue el determinante de la acción no es una situación difícil de determinar, sino que mediante un juicio *ex ante* y una supresión hipotética de los diversos motivos, se puede establecer cuál fue el preponderante en la ejecución de la acción. Se trata de un problema que, de existir, será netamente de orden probatorio.

Parece ser que éste es el razonamiento de alguno de los tribunales españoles y sobre todo el imperante en el Tribunal Supremo, como veremos a continuación.

Desde la mítica sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, a propósito del caso del Ejido, en el año 1997, donde se desestimó la agravante por considerar el tribunal que el móvil que llevó a los acusados a realizar sendas agresiones a ciudadanos marroquíes, fue la intención de recuperar los objetos que le habría sido sustraído a uno de los acusados, sospechando que los autores del robo habían sido las víctimas. El

¹⁰²⁹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 332.

¹⁰³⁰ *Ibidem*.

¹⁰³¹ También consideran que el móvil discriminatorio no tiene por qué ser el único, pero habrá de ser en todo caso el *determinante* (la cursiva es de sus autores). RODRÍGUEZ MOURULLO; BARREIRO, *Comentarios*, *op. cit.*, p. 138.; en un sentido de motivo *predominante* (la cursiva es de su autor), se manifiesta ARROYO LAS HERAS, “Los motivos racistas”, *op. cit.*, p. 115.

razonamiento del tribunal para inaplicar la agravante es que la causa de la acción lesiva no fue la nacionalidad o raza de las víctimas.¹⁰³²

Más recientemente, la Audiencia Provincial de Barcelona denegó la concurrencia de la agravante en un caso que un ciudadano español, levemente ebrio, se enfrascó en una discusión en un Bar con el dueño y un familiar de aquel, ambos de origen marroquíes, a quienes propinó insultos racistas y xenófobos, para posteriormente golpearlos. El tribunal desestimó la circunstancia modificativa porque la xenofobia no fue lo determinante para la comisión del delito, dado que el acusado, bajo la influencia del alcohol, entabló una discusión que culminó en una agresión física, y durante la cual ciertamente se pronunciaron expresiones con tintes racistas o xenófobos, pero no fue el racismo o xenofobia el motor que determinó la agresión.¹⁰³³

Por su parte, el Tribunal Supremo, en un caso acogió la agravante y condenó a tres simpatizantes de la ideología *Skinhead*, que agredieron a un joven que presentaba estética punk, consistente en un corte de pelo con cresta e indumentaria con lemas antinazis, siendo eso lo que exclusivamente determinó la agresión, es decir, fueron razones de discriminación ideológica las que motivaron a los acusados. Cabe resaltar que entre los hechos probados, los acusados conocían a la víctima por relaciones de vecindad y que éste se trataba de una persona pacífica, con la que jamás habían tenido enfrentamiento alguno. Luego de barajar por varias opciones, se optó por atacar contra su integridad física.¹⁰³⁴

Finalmente, en otro asunto, el Tribunal Supremo desestimó la agravante en un caso donde tres sujetos, también de probada ideología *Skinhead*, agredieron a un marroquí y a su pareja española, por estimar que el origen de la víctima no fue determinante en la acción lesiva. En efecto, uno de los acusados actuó en venganza del súbdito marroquí, al creer que éste había dañado su vehículo, para lo cual contactó a otros dos sujetos para que colaboraran en dar un escarmiento a la víctima.¹⁰³⁵

En consecuencia, el motivo, razón o causa, basado en una discriminación, agrega un plus al desvalor de la acción, y constituye el elemento subjetivo del injusto y permite distinguir, por concurrencia de la agravante, un delito de odio frente a un delito ordinario. Esta expresión hace referencia a una carga intencional adicional al mero conocimiento de la conducta del tipo penal, la que la transforma en particularmente

¹⁰³² SAP Almería 62/2002 de 11 de marzo de 2002.

¹⁰³³ SAP Barcelona 3093/2011 de 31 de marzo de 2011.

¹⁰³⁴ STS 5131/2011 de 11 de julio de 2011.

¹⁰³⁵ STS 2563/2010 de 14 de mayo de 2010.

indeseable o en una actitud más reprochable del sujeto activo.

b) El injusto objetivo

En lo tocante al injusto objetivo, en el que se presenta una mayor peligrosidad o lesión del hecho y un ataque más extenso, existe un desvalor adicional del resultado que añade al injusto propio del delito realizado (delito base), la negación del principio de igualdad y, además, los efectos del delito van más allá del sujeto pasivo del delito, extendiéndose al colectivo al que éste pertenece y al resto de la comunidad.

Los crímenes de odio se diferencian de los delitos comunes no sólo por la motivación del delincuente, sino también por el impacto en la víctima. El autor selecciona a la víctima a causa de su pertenencia a un grupo o colectivo, lo que sugiere que un miembro de tal grupo es intercambiable por cualquier otro (fungibilidad de la víctima). A diferencia de las víctimas de muchos otros actos criminales, en estos delitos las víctimas son seleccionadas sobre la base de lo que representan, en lugar de lo que son. El mensaje que se transmite es pretender llegar no sólo a la víctima inmediata del delito, sino también al grupo o colectivo de que esa víctima es miembro.¹⁰³⁶ Por lo tanto, a veces se describe como un crimen simbólico.¹⁰³⁷

Estos crímenes están diseñados para intimidar a la víctima y a la comunidad a la que pertenece, sobre la base de sus características personales. Tales crímenes envían un mensaje a la víctima, que en general está constituido por una negación del principio de igualdad y, en particular, por negar el desarrollo de su personalidad e impedir su derecho a la participación plena en la sociedad. También envían un mensaje a los miembros de la comunidad que comparten la característica del inmediatamente afectado, avisando que cualquiera de sus miembros o componentes podría igualmente ser un objetivo. Pero, además de ser víctima el sujeto inmediatamente lesionado o puesto en peligro, y posteriormente el grupo o colectivo al cual éste pertenece, también se envía un mensaje a toda la sociedad o Estado, en el sentido que tales atentados obedecen a ciertas fuentes de inferioridad de las víctimas directas, pudiendo crear en la sociedad ciertos sentimientos iracundos y exacerbaciones de menosprecio. El mejor ejemplo de esto último es lo que sucedió en el caso de Michael Cunningham, quien, el

¹⁰³⁶ Cfr. WOLBERT; REGEHR; ROBERTS, *Victimology, op. cit.*, p. 343; En esta línea extensiva, se manifiesta la agravante francesa de racismo o de homofobia. DESPORTES, Frédéric; LE GUNEHÉC, Francis. *Droit Pénal Général*. Paris: Onzième, 2004, p. 825 y ss.

¹⁰³⁷ Cfr. KARMEN, *Crime victims, op. cit.*, p. 316.

13 de septiembre de 2001, en Seattle (EE.UU.), luego de recorrer 25 millas desde su casa, llegó a una mezquita musulmana, roció con gasolina dos vehículos estacionados afuera y trató de encender fuego, en un esfuerzo por destruir la mezquita. Al ser descubierto por los fieles, Cunningham sacó una pistola y disparó contra ellos, aunque ninguno fue herido. Finalmente, fue reducido y arrestado, pero la policía descubrió que Cunningham actuó a causa de la ira de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. En definitiva, los crímenes de odio, por lo tanto, pueden dañar el tejido de la sociedad y fragmentar las comunidades. Afectan a la cohesión y a la estabilidad social. Una vigorosa respuesta penal es, por lo tanto, importante tanto para la seguridad individual como social.

Justificaciones para los castigos más severos para los delitos de odio se centran en la idea de que estos delitos causan mayor daño individual y social. Se dice que cuando el núcleo de la identidad de una persona es atacada, la degradación y deshumanización es especialmente grave, y otros problemas emocionales y fisiológicos también son susceptibles de producir. La sociedad entonces, a su vez, puede sufrir la pérdida de poder de un grupo de personas. Por otra parte, se afirma que frente a estos delitos, las posibilidades de represalias son mayores.¹⁰³⁸ Al respecto, cómo olvidar los disturbios en Los Ángeles, California, que siguieron a la paliza de Rodney King, un conductor negro, por un grupo de oficiales de policía blancos, citado como apoyo a este argumento. Lo sucedido con el camionero de raza blanca Reginald Denny, el cual fue agredido de manera brutal por manifestantes negros durante los disturbios de Los Ángeles, en 1992, es también un ejemplo que apoya este argumento.

Como se describió anteriormente, lo que hace especiales a los crímenes de odio es que el autor envía un mensaje a la víctima (directa e indirecta), negando su derecho a pertenecer a una sociedad determinada. Esto significa que los crímenes de odio tienen consecuencias que los diferencian de otros delitos y que justifica, por ende, un enfoque jurídico diferente. Estas consecuencias, las que agregan un mayor plus de injusto objetivo, las podemos reducir a las siguientes:

a) Afectación al Derecho Humano de Igualdad

¹⁰³⁸ *Ibidem.*

Los crímenes de odio violan el ideal de la igualdad entre los miembros de la sociedad. La igualdad es un valor fundamental para alcanzar la plena dignidad humana y dar una oportunidad a todas las personas de desarrollar toda su personalidad. Esto no es nada nuevo, sino que es reiterado de manera constante en los distintos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. La primera línea de la Declaración de la ONU sobre Derechos Humanos, se refiere a "El reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos miembros de la familia humana". Es un tema que se repite no sólo en los Tratados Internacionales, sino también en los documentos básicos constitucionales de casi todos los Estados del mundo. La violación de estos valores y normas por los crímenes de odio tienen un peso e impacto práctico y simbólico.

b) Un mayor impacto sobre la víctima

Al dirigirse a la identidad de una persona, los crímenes de odio causan un daño mayor que el ordinario de los crímenes. La víctima inmediata puede experimentar un mayor daño psicológico y un aumento de la sensación de vulnerabilidad, porque aquella es incapaz de cambiar la característica que lo hizo ser víctima. Los crímenes de odio tienen un profundo y significativo impacto psicológico en las víctimas, lo que lleva a sentimientos de depresión y ansiedad.¹⁰³⁹

c) Impacto en la comunidad

La comunidad que comparte la característica de la víctima directa también puede tener miedo y sentirse intimidados.¹⁰⁴⁰

Estos efectos se pueden multiplicar en una comunidad que históricamente ha sido víctima de discriminación. Ejemplo de esto lo constituye la comunidad judía, la cual, a lo largo de los siglos, ha sido perseguida y castigada.

La aceptación social de la discriminación contra determinados grupos es un importante

¹⁰³⁹ The American Psychological Association: Position Paper. (1998). *Hate Crimes Today: An Age-Old Foe in Modern Dress*, en: <http://www.apa.org/pubinfo/hate/> [visitado el 12/07/2012]; WOLBERT, *et al*, *Victimology*, *op. cit.*, p. 358; SULLAWAY, Megan. "Psychological perspectives on Hate Crimes Law", *Psychology, Public Policy, and Law*, N° 10 (2004), pp. 250-292; KENWORTHEY, Bilz; DARLEY, John M. "What's Wrong with Harmless Theories of Punishment", *Chicago-Kent L. Review* 79 (2004), pp. 1215-1252, p. 1215.

¹⁰⁴⁰ Cfr. WOLBERT, *et al*, *Victimology*, *op. cit.*, p. 359.

factor causal de los crímenes de odio o del aumento de los mismos. Por lo tanto, los crímenes de odio, aunque pueden ser cometidos contra miembros de la población en su mayoría, lo corriente es que afecte a la población más marginada.

d) Alteración del orden público y paz social

Los crímenes de odio potencialmente podrían ser un riesgo para el orden público y la paz social.¹⁰⁴¹

Los crímenes de odio afectan a un círculo mucho más amplio de personas que la delincuencia común, y tienen el potencial de causar división social y disturbios civiles. Al crear o enfatizar las tensiones sociales existentes, estos delitos pueden tener el efecto de causar división entre el grupo de víctimas y la sociedad en general. Los crímenes de odio pueden exacerbar tensiones existentes entre grupos. En general, estos delitos suelen ir acompañados de una escalada de violencia. En situaciones donde las relaciones entre los grupos étnicos, nacionales o religiosos ya están sensibles, los crímenes de odio pueden tener un impacto explosivo o ser detonantes de un conflicto mayor.

Un ejemplo paradigmático de lo anterior lo constituye lo acontecido en la ciudad de Kondopoga, en la República de Karelia (Rusia), durante el transcurso de la noche del 29 al 30 agosto de 2006. Una pelea en un café entre rusos y chechenos fue seguida por un ataque de los bandidos locales de etnia chechena, en el que dos rusos fueron asesinados. Lo anterior trajo como consecuencia tres días de disturbios en las calles y que varias tiendas de propiedad de personas de origen checheno y de Azerbaiyán fueran destruidas. Miles salieron a las calles para exigir la expulsión de todos los no-rusos. Algunos activistas de extrema derecha de otras ciudades viajaron a la ciudad para participar en estos eventos. Familias chechenas huyeron o fueron evacuadas mientras la violencia continuaba sin disminuir.

3. El error en las cualidades de la víctima

Otra cuestión que toca hacerse cargo, es lo que dice relación con que efectivamente deban concurrir los presupuestos objetivos en la víctima, esto es, los rasgos diferenciales que el autor supone concurrentes en él y, en consecuencia, motivan su

¹⁰⁴¹ *Ibidem.*

conducta. Por ejemplo, si el autor cree erróneamente (error inverso) que la víctima pertenece a determinada raza, etnia, religión, etc., pero en verdad ese requisito no concurre, y comete un delito bajo esa falsa creencia, cabe hacerse la pregunta sobre la procedencia o no de la agravante por motivos discriminatorios.

Una parte de la doctrina, la que podríamos considerar mayoritaria, estima que igualmente concurre la circunstancia modificativa referida. LAURENZO COPELLO afirma que la fundamentación subjetiva de la agravante, en atención a los motivos, conduce a aplicarla siempre que concorra la motivación y aunque falte en la víctima los rasgos diferentes que el autor, por error, cree presentes. En cuanto a la fundamentación objetiva de la agravante, en atención al peligro adicional para el derecho a ser tratado como los demás, conduce, a juicio de la autora, a exigir la efectiva concurrencia de los rasgos diferentes.¹⁰⁴² Tanto para CEREZO MIR¹⁰⁴³ como para CUERDA ARNAU¹⁰⁴⁴ y BERISTAIN IPIÑA,¹⁰⁴⁵ la agravante es aplicable aunque la víctima no posea la cualidad creída por su autor. Una opinión un tanto bifocal manifiesta PUENTE SEGURA,¹⁰⁴⁶ el cual considera diferenciar el precepto en dos partes: la primera, referida a considerar el delito por motivos racistas (o antisemitas) y, en segundo lugar, a quien comete delito por las restantes clases de discriminación, referentes a la ideología, religión o creencias de la víctima, etc. Tratándose del primer caso, los motivos pueden apreciarse incluso si la víctima no pertenece a la raza discriminada, y en el segundo caso, necesariamente la víctima a de pertenecer al grupo discriminado.¹⁰⁴⁷

Otros, en cambio, de cuya posición participamos, opinan que el error en las cualidades de la víctima impide la apreciación de los motivos discriminatorios y, en consecuencia, no podrá aplicarse la agravante al delito de que se trate.¹⁰⁴⁸ Nos inspira el razonamiento de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, el cual indica que, conforme a la caracterización subjetivo-objetivo de la agravante, guardaría coherencia estimar su inaplicabilidad en caso de error y lo poco satisfactorio de las soluciones que se han dado en doctrina sobre

¹⁰⁴² Cfr. LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, *op. cit.*, p. 276.

¹⁰⁴³ Cfr. CEREZO MIR, *Curso, op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁴⁴ Cfr. CUERDA ARNAU, “Artículo 22.4”, *op. cit.*, p. 240.

¹⁰⁴⁵ Cfr. BERISTAIN IPIÑA, “Comentario”, *op.cit.*, p. 980 y ss.

¹⁰⁴⁶ PUENTE SEGURA, Leopoldo. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de responsabilidad criminal*. Madrid: Colex, 1997, p. 512.

¹⁰⁴⁷ Esta posición ha tenido críticas porque la interpretación del autor pugnaría con el sentido teleológico y unitario de la circunstancia. ALONSO ÁLAMO, “La circunstancia agravante”, *op. cit.*, p. 540.

¹⁰⁴⁸ De esta opinión, entre otros, se manifiesta: BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación, op. cit.*, p. 67; ALONSO ÁLAMO, “La circunstancia agravante”, *op. cit.*, p. 539; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 353; CUERDA ARNAU, “Artículo 22.4”, *op. cit.*, p. 246.

el tema.¹⁰⁴⁹ Agregamos que un planteamiento de agravación, en caso de error inverso, tiene serias dificultades para justificar un mayor desvalor de resultado en delitos materiales o de resultado, cuando no existe una mayor lesión de bienes jurídicos o extensión del mal causado, más allá del directamente afectado por el delito (colectivo o grupo de pertenencia y sociedad en general), sin perjuicio de que el juzgador del caso concreto pueda considerar el desvalor subjetivo del injusto al momento de razonar sobre la determinación de la pena.¹⁰⁵⁰

4. La comunicabilidad de la circunstancia agravante a los partícipes

Por último, en lo tocante a la comunicabilidad de la agravante a otros partícipes distintos del autor, somos de la opinión que es evidentemente personal y sólo agravará la responsabilidad en quienes concurra.¹⁰⁵¹

Al plantear anteriormente que la agravante de discriminación tiene una naturaleza subjetivo-objetivo y una eventual inconsecuencia, al tildarla ahora de carácter personal, debemos señalar que el artículo 65, que regula la materia, establece en sus dos primeros numerales: “1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”; no está pensado para clasificar las circunstancias en subjetivas y objetivas y, por ende, establecer la regla aplicable. Lo que pretende este artículo, como promueve SALINERO ALONSO,¹⁰⁵² es dar una norma clara a través de la cual no pierda vigencia el principio de culpabilidad, en relación con las circunstancias. De esta manera, nosotros, al calificar esta agravante como subjetivo-objetivo, no estamos enfrentados a

¹⁰⁴⁹ Se han esgrimido soluciones como estimar la presencia de un concurso ideal entre la tentativa del delito agravado y el correspondiente al delito consumado. LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, *op. cit.*, p. 282 y ss.; Para más información al respecto, véase DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 353.

¹⁰⁵⁰ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión, op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁵¹ Cfr. ALONSO ÁLAMO, “La circunstancia agravante”, *op. cit.*, p. 541; CALDERÓN; CHOCLÁN, *Manual, op. cit.*, p. 249; RODRÍGUEZ MOURULLO / BARREIRO, *Comentarios, op. cit.*, p. 139; CUERDA ARNAU, “Artículo 22.4”, *op. cit.*, p. 247; BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación, op. cit.*, p. 66;

¹⁰⁵² SALINERO ALONSO, Carmen. “Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas”, en: NIETO MARTÍN, Adán, *Homenaje al Dr. Marino Barberos Santos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p.1301.

la dicotomía de que la circunstancia esté en dos posiciones antagónicas y excluyentes entre sí, o dicho de otro modo, estemos frente al supuesto que la agravante quede recogida en el primer y segundo apartado del artículo 65, lo que la tornaría en una circunstancia confusa y sin regla de solución.¹⁰⁵³ A mayor abundamiento, para negar lugar a la posible existencia de una clasificación entre circunstancias subjetivas y objetivas, que hipotéticamente realizaría esta disposición legal, algunos han esgrimido que el tenor literal de la norma deja claro que no tiene este sentido. El primero se refiere a lo personal, y el segundo, claramente, no hace alusión a lo impersonal, sino que se refiere a lo ejecutivo, por lo que no serían excluyentes ambos apartados.¹⁰⁵⁴

Como hay que elegir necesariamente uno de los apartados del artículo 65 para, como dijimos, saber cuál regla aplicar a la agravante de discriminación –transmitir o no la agravante a los demás partícipes-, creemos que la solución se encuentra, en consecuencia, en el apartado primero. La solución dada por LAURENZO COPELLO, que la sitúa en el ámbito de ejecución del hecho, donde se advierten los efectos que estas conductas pueden producir en el sujeto pasivo son,¹⁰⁵⁵ a nuestro juicio, de interpretación extensiva e incorrecta, por cuanto ese numeral es categórico al señalar que es relativo a la ejecución material del hecho o los medios empleados, y no a su consecuencia o resultado en la persona de la víctima.

¹⁰⁵³ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁵⁴ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁵⁵ Cfr. LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, *op. cit.*, p. 284.; seguido también, sin mucha convicción, por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, *op. cit.*, p. 354.

Conclusiones

I. La generalidad de la literatura victimológica, en la mayoría de los casos asocia o atribuye la victimización de los inmigrantes a su especial *vulnerabilidad*. Sin embargo, cabe cuestionarse el término “vulnerable” para etiquetar a este grupo. En cuanto cualidad atributiva es un término estático y estigmatizador, que supone a estos sujetos de manera inherente o *per se* como víctimas.

La predisposición victimal de los inmigrantes vendría dada más concretamente por la existencia de *factores de riesgo* atribuibles a estos individuos y que los colocaría, siempre que concurren, en una situación victimable. De esta manera, son estos factores de riesgo los que predicen la eventual vulnerabilidad y no al revés.

Según advertimos en nuestro estudio, los factores de riesgo concurrentes a propósito de los inmigrantes son de carácter endógeno y exógeno, siendo parte de los primeros la *raza*, la que favorecería la victimización xenofóbica y racista. Este factor, de reconocida aptitud victimogénica, tiene el mérito negativo de facilitar la identificación o individualización de las víctimas frente a su victimario; otro factor de características endógenas está referido a la *edad* de los inmigrantes y a la reconocida aptitud victimal de este factor. Pudimos comprobar que la edad de los inmigrantes que residen en España, oscila entre aquellos que, en la pirámide de los sujetos de riesgo, son mayormente victimizados.

A su vez, los factores exógenos de riesgo son la *nacionalidad*, que envuelve una serie de tópicos (idioma, cultura, religión, condición económica, desarraigo, etc.) que podrían conspirar para la victimización primaria y secundaria del sujeto; también es factor exógeno la *escolaridad* que, como descubrimos en España, los inmigrantes con instrucción educacional inferior constituyen un índice elevado y su victimización es un hecho que la Victimología ha podido constatar; igualmente, la *profesión u oficio* es un factor victimógeno importante y que podría ser explicativo de la victimización de inmigrantes. Los inmigrantes recién llegados se encuentran con mayores dificultades para incorporarse al mercado laboral legal por falta de autorización de residencia y permisos de trabajo. Una considerable parte de población inmigrante extracomunitaria se ve obligada a trabajar en el mercado sumergido en condiciones laborales precarias. Tan sólo con el paso del tiempo, los inmigrantes pueden conseguir la regularización mediante una de las vías posibles que les permita mejorar sus condiciones laborales; otro elemento exógeno que podría constituir un factor de victimización de inmigrantes

es de índole *ecológico*, específicamente referido a los espacios físicos de desarrollo de las comunidades de inmigrantes en España, en particular en los lugares en que los extranjeros tienen su vivienda. Así, pudimos constatar que los inmigrantes se asientan generalmente en zonas urbanas marginales, en viviendas precarias o de tamaño y confort inferior a la media, donde habitan más personas de lo común y son, en la mayoría de los casos, pisos alquilados. A su vez, la mayor cantidad de crímenes, en términos absolutos o por densidad de población, se produce en aquellos barrios.

II. En relación a las teorías existentes y los estudios empíricos que la Victimología ha aportado, existe consenso en que los modelos de oportunidad pueden explicar, con cierto éxito, la victimización que afecta a los inmigrantes. Las otras teorías no sólo las descartamos por la inexistencia de estudios de campo al respecto, sino también por el carácter especializado en que han sido invocadas por sus autores para explicar un tipo de victimización en particular o diversa.

Conforme a nuestra propia encuesta de victimización, como a otros estudios similares expuestos, podemos concluir que la teoría del *life style* o estilo de vida de los inmigrantes ofrece, con base en criterios de oportunidades, una explicación a su victimización (abusos en el trabajo, malos tratos del marido, etc.), o bien es el elemento de cuya ausencia se justifica la escasa victimización para algunos delitos.

Por último, la teoría de la *exclusión social* también es una probable respuesta a la victimización de los inmigrantes en todos sus niveles. Este factor ha permitido explicar etiológicamente la delincuencia de los inmigrantes, pero creemos también que es un término positivo para poder explicar su victimización. En efecto, muchos inmigrantes, sobre todo los irregulares, permanecen en España en la clandestinidad, lo que los coloca como blancos fáciles o víctimas de explotación laboral o sexual, entre otros delitos que los puede afectar. Si a ello agregamos la imposibilidad de que éstos sujetos puedan reportar a las autoridades el delito, por la eventualidad de estar expuestos a una expulsión del país, los sitúa como víctimas ideales e incapaces de pedir ayuda. Sin embargo, creemos que esto no es privativo sólo de los irregulares o sin papeles, ya que las personas que gozan de permiso administrativo para permanecer lícitamente en el país, especialmente los extracomunitarios provenientes del tercer mundo, son verdaderos parias, que son excluidos del sistema social por ser considerados inferiores a los autóctonos o ser representantes de una infraclase. La exclusión social encontraría

como causas a la *alteridad, estereotipos, prejuicios, discriminación*, y al propio *estatus inmigratorio*.

III. La victimización que afecta a los inmigrantes puede recaer en una sola víctima, o sea, acotada a una sola persona, o bien puede haber una pluralidad de víctimas, es decir, no está restringida necesariamente a la persona que sufre el daño directo de la acción u omisión de su victimario, sino que puede afectar, según las circunstancias, a todo el colectivo de pertenencia de ese inmigrante.

En particular, tratándose de la victimización cuya fuente de producción es un delito, se daría respecto de alguno de los delitos que protegen los derechos de los ciudadanos extranjeros o los derechos de los inmigrantes en España, la circunstancia que la víctima no puede ser reducida solamente a la persona física afectada por el delito, sino también al grupo racial o nacional al cual pertenece ese sujeto. De esta manera, en algunos supuestos del denominado derecho penal nuclear, que protege los valores clásicos, la víctima, en la mayoría de los casos, será la persona física estrechamente relacionada con el delito. En cambio, tratándose específicamente de un delito de discriminación, es también víctima el grupo minoritario de correspondencia del directamente victimizado.

IV. La victimización de los inmigrantes es más amplia que la netamente primaria, también puede tener su origen en la producida por los agentes o instituciones del Estado -que no es necesariamente constitutiva de delito- y reconoce como causa inmediata una conducta o trato discriminatorio o de abuso de poder, que podría estar o no dentro de la legalidad vigente. Más concretamente, nos referimos a la victimización secundaria, procurada por la policía y tribunales de justicia, y la victimización que puede recaer sobre el inmigrante cuando éste es sujeto activo de delito, como sucede por un posible trato discriminatorio al momento de ser condenados o resolver la prisión provisional a su respecto; la victimización que puede padecer por su especial situación penitenciaria; y la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español, como última situación que puede producir sufrimiento, en ciertos y determinados casos.

V. En cuanto a la victimización primaria de inmigrantes, las escasas investigaciones existentes han arrojado como resultado una mayor victimización de los inmigrantes respecto a la población autóctona. Los estudios referidos a España indicaron que el

grupo más victimizado fue el colectivo norte-africano, seguido del sudamericano y, finalmente, los rumanos.

Con respecto a nuestro estudio empírico, consistente en una encuesta de victimización a ciudadanos colombianos asentados en Cataluña, puso de manifiesto una elevada tasa de victimización para nuestra unidad de medición. A pesar de la dificultad de comparar encuestas no homogéneas, se constataron diferencias respecto a la población según los datos de la Encuesta de Seguridad Pública de Cataluña.

La encuesta puso de relieve una elevada victimización en todos los ámbitos examinados: delitos patrimoniales, relacionados con los vehículos y de carácter personal, y en muchos de ellos los resultados estarían por encima de la media catalana y española. También es destacable que para muchas personas inmigrantes, especialmente mujeres, el lugar de trabajo es una fuente de riesgo de victimización de carácter personal, y por otro lado, que la motivación racista o discriminatoria sería un factor a tener en consideración en el riesgo diferencial que padece la población inmigrante, respecto a agresiones, amenazas y delitos violentos y de carácter sexual.

También, como propuesta, es del todo importante poder detectar la victimización primaria que afecta a los inmigrantes. La encuesta, como método de estudio, es una herramienta idónea para alcanzar estos fines. Sin embargo, las encuestas en España, y más concretamente en Cataluña, están lejos de visibilizar esta situación, en tanto por una parte el “origen nacional” o “nacionalidad” no es una tipología de estudio, y por otra parte la metodología de aplicación de las encuestas (telefónicas) no llega a los inmigrantes como muestra representativa, al carecer ellos, de telefonía residencial.

Por lo anterior, se hace necesario que las encuestas consideren el origen nacional del encuestado y que su aplicación sea mediante una entrevista personal (*face to face*) al encuestado.

VI. En lo que concierne a la victimización secundaria de inmigrantes, y particularmente en la relación de éstos con el sistema de justicia penal, destacamos la problemática relativa a las policías y a los tribunales de justicia.

En lo que se refiere específicamente a la relación con la policía, pudimos advertir, entre otras cosas, que las víctimas inmigrantes suelen tener miedo de llamar a la policía por diversas razones y de reportar los crímenes que padecen.

A su vez, en la relación de la población inmigrante con los tribunales de justicia, se constató que la victimización secundaria se presenta para la víctima que incursiona en el aparataje de los tribunales, específicamente en: problemas económicos (costos de

transporte a los tribunales); problemas de tipo familiar (cuidado de los hijos por las largas ausencias); problemas laborales (descuentos por tiempo no trabajado); inconvenientes de tipo material (largas y tediosas esperas en los tribunales); extrañeza de la víctima con el entorno y los procedimientos en el juicio (el formalismo de los juicios); trato recibido en el juicio y falta de atención e información.

La victimización secundaria de los inmigrantes, producida más específicamente por su relación con la policía y los tribunales de justicia, requiere estrategias nuevas para su prevención y minimización. Medidas como la incorporación de extranjeros a la policía, la capacitación del personal de campo en actividades culturales de los súbditos de otros países recepcionadas por España, la sensibilidad y la capacitación en lengua extranjera a los oficiales de policía y miembros de la judicatura. Además, es menester realizar acciones de prevención secundaria, focalizadas en ciertos grupos, que tengan por objeto la enseñanza a los inmigrantes del sistema de administración de justicia español y en especial el funcionamiento de la policía.

VII. Tanto para la victimización primaria, como la secundaria, es necesario no sólo la existencia de programas de prevención, sino una real política de integración de estos colectivos, entendiéndolo que su exclusión, es y puede ser la principal característica que da origen a su victimización.

En efecto, como hemos dado cuenta en este trabajo, los problemas de integración de los inmigrantes en los países de recepción es una situación que la literatura transversalmente ha reconocido y que es generadora de graves problemas de diversa índole. En lo que nos interesa, es un factor poderoso que contribuye a su victimización.

Una posible solución a este flagelo, no pasa por medidas de corto plazo, ni por modificaciones al ordenamiento jurídico vigente, sino todo lo contrario, se requiere una política a largo plazo que considere, sobre todo, a las nuevas generaciones y se base en nuevos modelos educativos que favorezcan que los extranjeros inmigrantes pasen política y culturalmente a formar parte de toda la sociedad de recepción.

VIII. Nuestra encuesta nos entregó importante información respecto a la denuncia de los delitos a las autoridades; la investigación arrojó como conclusión que los inmigrantes colombianos no denuncian todos los delitos de los cuales son víctimas. De esta manera, las estadísticas oficiales no reflejarían la victimización que los afecta. Estimamos que la baja tasa de denuncia no se fundaría en la desconfianza de las

instituciones, al menos de los ciudadanos colombianos. Existe una variedad de motivos que desalienta la denuncia. La baja tasa de denuncia es algo que se ha encontrado de manera común entre la población inmigrante, debido a su percepción de la delincuencia y de las autoridades policiales. Las percepciones y las experiencias con las autoridades policiales son fundamentales, ya que determinan si la gente estará dispuesta a reportar el crimen o no. También se ha establecido que la raza, la etnia, la edad, el género y la clase social, influyen poderosamente en la percepción de la policía.

Por otra parte, los estudios arrojaron a propósito de la victimización de los inmigrantes indocumentados, que estas personas experimentan una alta tasa de victimización, siendo poco probable que denuncien los delitos que los afecten o que busquen la ayuda de la justicia penal. Las causas de esta extraordinaria victimización se encontrarían en el riesgo de deportación percibido. La renuencia a involucrar a la policía puede aumentar su idoneidad como blancos y, en última instancia, sirven para elevar aún más su probabilidad de victimización.

IX. Los principales obstáculos para la plena participación de los inmigrantes en el sistema de justicia penal que se detectaron en numerosos estudios fueron: el idioma, las diferencias culturales y la ignorancia respecto del sistema de justicia.

Como se indicó, uno de los principales inconvenientes que se han encontrado en la literatura comparada, lo constituye la barrera del idioma. Cuando los funcionarios policiales toman las declaraciones detalladas de las víctimas, las que poseen limitados conocimientos del idioma, y sin poder contar con la ayuda de un intérprete calificado, trae como lógica consecuencia que se va a socavar el éxito de la investigación y del proceso penal basado en esas declaraciones.

X. A propósito de algunos estudios, los datos que llamaron la atención fueron los referidos al porcentaje de condenas en los supuestos en los que el inmigrante era denunciante o víctima, las que fueron sensiblemente inferiores al promedio general de condenas; o también los casos en que los inmigrantes, teniendo el mismo rol –víctima-, la repuesta punitiva contra los victimarios fue definitivamente más benévola. A lo menos, estas situaciones nos hacen reflexionar y poder sostener que existe alguna incidencia, en el procedimiento penal, que el acusado sea español o inmigrante.

XI. En relación a nuestro estudio de campo, otra conclusión es que existe, en términos generales, una muy buena valoración de la policía y del sistema de justicia penal. Sin embargo, hay que destacar que existe mucha ignorancia sobre la función de los tribunales de justicia, y un gran desconocimiento de las Oficinas de Atención a las Víctimas de Delito, lo que puede traer como consecuencia lógica, que existe un desconocimiento del estatuto o derechos de las víctimas, por parte de los inmigrantes. Tampoco podemos dejar de lado, en este punto, la mala percepción que del sistema tienen ciertos colectivos extranjeros, como los marroquíes.

XII. En el estudio del inmigrante como sujeto activo de delito, la población extranjera sujeta a prisión preventiva triplica a la población autóctona. Esto no es un fenómeno azaroso, sino que podría responder a una discriminación de los juzgadores, que por causa o motivo atribuido al eventual peligro de fuga del extranjero, por su falta de arraigo en España, deciden que esta medida cautelar es la mejor herramienta para resguardar el éxito de la acción penal.

También advertimos que los extranjeros son detenidos con mayor probabilidad que los autóctonos (un tercio del total de detenciones), lo cual denota la existencia de discriminación en los agentes policiales en las detenciones de extranjeros.

En lo que se refiere a la severidad del castigo, los extranjeros y, específicamente, los de origen africano, tienen probablemente un castigo más severo que los españoles. Esta severidad consistente en que los súbditos africanos tienen mayores índices de cumplimiento de una pena privativa de libertad que los autóctonos, lo cual evidencia una posible discriminación en la discrecionalidad del juez, a la hora de la individualización de la pena.

XIII. Por su parte, concluimos que la expulsión judicial no es ni puede ser una pena o una medida de seguridad, en cuanto no cumple ni puede cumplir los fines de las mismas, toda vez que, en términos globales, no es más que una renuncia al *ius puniendi* para fines que le son ajenos, como es la política de extranjería.

En términos específicos, consideramos que la expulsión es de naturaleza ambigua, pudiendo ser una suspensión condicional de la pena o una retribución en su sentido clásico. Que sea la una o la otra, no va a depender de las características del delito o de la gravedad de la pena sustituida, sino que, en forma exclusiva, de las circunstancias personales del extranjero penado. Así, para un procedente de un país pobre que viene a

España, huyendo de la miseria de su tierra y esperanzado en una vida mejor, la expulsión tendrá un componente aflictivo. En cambio, para un extranjero de un país con calidad de vida mejorada, que quiere probar suerte en el negocio de las drogas, no será más que una suspensión que lo beneficiará.

Por otro lado, al renunciarse a la pena, de cierta manera también se renuncia a las penas accesorias y a las penas que no son privativas de libertad, pero que acompañan a estas últimas. Estas renunciaciones, generalmente, obedecen a la imposibilidad de coaccionar el cumplimiento de estas penas o de fiscalizar su cumplimiento.

La expulsión, en su actual regulación en el Código Penal, no es sólo una institución victimizadora para el penado, en cuanto lo priva del tratamiento resocializador y de reeducación, sino que es también victimizante para la víctima del delito, dado que se renuncia a la posibilidad de que sea reparada de todos los efectos perniciosos del delito. La víctima ya no sólo es ajena al proceso penal, sino también a sus consecuencias. Indirectamente, también se incita a la víctima a renunciar a la posibilidad de denunciar el delito por razones de abandono, pues al tener conocimiento que sus pretensiones de reparación —civil y penal— no serán satisfechas, se generará un efecto de contramotivación que la disuadirá de denunciar los delitos que la afecten.

Además es una institución que perjudica o daña a la sociedad española en su conjunto. En primer término, se afecta la jerarquización de los valores que la sociedad encarga proteger; en segundo término, la expulsión genera una desigualdad de trato entre los nacionales españoles o los extranjeros con residencia legal y los extranjeros irregulares en España. A los primeros, se les obliga a cumplir las penas privativas de libertad impuestas por sentencia, y a algunos de los últimos, se les otorga la posibilidad de retornar a sus países, sin más sanción que la prohibición transitoria de ingresar nuevamente a España; en tercer lugar, existe una falta de solidaridad internacional, que responde a intereses que no se encuentran claramente establecidos. Se desplaza de España al país de origen, el problema que presenta la persona con trastornos de comportamiento manifestado en una peligrosidad delictiva. El inconveniente se agudiza más cuando no sólo se traspa el problema al país de origen del expulsado, sino, peor aún, a ese Estado no se le informa sobre la eventual peligrosidad de esa persona y, con ello, evitar importantes y probables efectos futuros adversos a consecuencia de la eventual conducta desviada del expulsado.

A su vez, en nuestro estudio empírico de la expulsión pudimos concluir, en general, que la judicatura frente al supuesto de extranjeros no residentes legalmente en España que

cometen delitos, no reacciona de manera única, exclusiva y automática, mediante la expulsión como sustituto penal. Esta premisa se comprobó tanto en términos cuantitativos, como en el estudio pormenorizado de cada una de las sentencias emanadas de las diversas Audiencias Provinciales analizadas.

Somos del parecer que la expulsión en el ámbito penal es una medida que debe derogarse por no cumplir los fines de la pena y debe plantearse desvinculada de los objetivos propios de la política migratoria.

Una solución que daría cumplimiento a los fines político criminales originalmente planteados con esta institución, encuentra sus bases en el fomento y suscripción de convenios internacionales tendientes al cumplimiento de condena en el país de origen del penado. Esto facilitaría por una parte los fines de prevención especial al permitir una adecuada reinserción social y por otro lado cumplir con los fines preventivos generales de la pena.

XIV. También a propósito del estudio del inmigrante como sujeto activo de delito, pero una vez que éstos ya están condenados, pudimos advertir una serie de situaciones que, de cierta manera, denotan una discriminación institucional del sistema penal.

En lo relativo a la clasificación en el tercer grado penitenciario y al acceso a la libertad condicional del extranjero, existe una clara discriminación y por consiguiente victimización, entre la situación de españoles y foráneos. Las presuntas causas de esta diferenciación radican en la situación personal del extranjero, tanto en la imposibilidad de acceder a un trabajo en el medio libre, como poder acceder a un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social, específicamente por falta de arraigo. No obstante, creemos que la principal razón de esta discriminación tiene un origen legal sistémico, en que se mide con la misma vara dos realidades distintas: una, la de los españoles, con una lógica residencia y arraigo en el país, y la otra, la de los foráneos, que carecen de este requisito.

No está de más decir que de no ser clasificados en el tercer grado o de no acceder a la libertad condicional, los extranjeros sin residencia legal en España deben cumplir la pena privativa de libertad en régimen cerrado, lo que implica, como natural consecuencia, que existe una discriminación al exigírseles el permanecer mayores tiempos de privación de libertad.

XV. Tanto para la privación preventiva de libertad, como el acceso al tercer grado penitenciario y la libertad condicional de extranjeros, somos de la opinión que requieren criterios diferenciados para su concesión. Como dijimos, no se puede medir con la misma vara a autóctonos y extranjeros, máxime cuando el arraigo es connatural a los primeros pero no así para los segundos. Este factor se podría alcanzar mediante programas de ayuda a presos extranjeros, que les proporcione no sólo educación, formación y alojamiento, de cara a alcanzar los beneficios penitenciarios, sino también mediante mecanismos idóneos que procuren evitar la fuga tratándose de la prisión provisional (Ej. monitoreo electrónico).

XVI. Frente a la victimización de inmigrantes, la respuesta del ordenamiento jurídico es distinta a nivel europeo que español.

En el marco europeo de naciones, luego de existir un concepto europeo de víctima, donde sólo los ciudadanos miembros de algún país de la UE podían gozar y disfrutar de los derechos que el estatus de víctima les otorga, la reciente normativa que establece el nuevo estatuto victimal propugna un concepto único de víctima, en el que no se atiende al origen nacional, raza o situación administrativa de residencia para ser considerada víctima y pueda ser acreedora de todos los derechos que esa normativa establece.

En síntesis, se consagra, entre otros, el principio de no discriminación y el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Para la situación española, se constató una serie de derechos contemplados para los inmigrantes y lo cuales pueden gozar en la misma forma que los autóctonos. Sin embargo, por su propio estatus personal, algunos de aquellos derechos como el de tutela judicial efectiva, información e indemnización son de difícil concreción. En relación a este último derecho, existen cuerpos legales que excluyen a extranjeros del régimen de indemnizaciones si es que el país del cual proceden no tiene reciprocidad en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar la ley sobre reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo que establece un marco igualitario de derechos para españoles y extranjeros, y respecto de éstos últimos contempla inclusive la concesión de la nacionalidad española cuando son víctimas del terrorismo.

XVII. Profundizamos nuestro estudio en la agravante del artículo 22.4 del Código Penal, sobre delitos cometidos por motivos discriminatorios. Con respecto a esta,

podemos señalar primer lugar que la agravante la situamos en el plano del injusto, basada en un doble plus de desvalor objetivo y subjetivo. El desvalor objetivo está radicado en una mayor peligrosidad del hecho y un ataque más extenso, en el que existe un desvalor adicional del resultado, que añade al injusto propio del delito realizado la negación del principio de igualdad, y donde el efecto del ilícito produce efectos no sólo en el sujeto pasivo del delito, sino también en el colectivo al que pertenece y al resto de la comunidad. El plus de antijuridicidad se manifiesta también en la dimensión subjetiva del hecho, dado que el mensaje discriminatorio está directamente condicionado a que el autor actúe por un motivo discriminatorio.

XVIII. En otro orden de ideas, también podemos señalar que la circunstancia agravante del artículo 22.4 del CP la debemos entender como la concreción positiva de los denominados delitos de odio, también conocidos en el mundo anglosajón como *hate crimes*, donde la estructura de la primera es uno de los dos elementos para la construcción de estos delitos.

Es este elemento de discriminación lo que diferencia a los crímenes de odio de los delitos comunes. Esto significa que el perpetrador, intencionalmente escogió su blanco para cometer el delito, y ese sujeto amenazado o atacado comparte alguna de las características que son protegidas por el ordenamiento jurídico (raza, religión, etnia, nacionalidad, etc.).

Para superar problemas interpretativos y posibles miradas a un Derecho penal de autor, asignamos al término “motivo”, que utiliza la norma, un contenido intelectual consistente en las consideraciones racionales que llevan a un sujeto a actuar de una determinada manera. Esto permitiría distinguir el castigo por albergar ideas o sentimientos, por ejemplo, racistas u homófobos, y el castigo por cometer un delito por razones o motivos basados en alguna de las causas de discriminación descritas en los preceptos penales. En definitiva, el motivo viene a constituir una acción exteriorizada, penalmente relevante, y no un mero sentimiento o ideas que forman parte del fuero interno del sujeto, al que el Derecho, y sobre todo el punitivo, debe reconocer y respetar.

XIX. La justificación de una respuesta penal agravada para los castigos más severos para los delitos de odio, se centra en la idea de que estos delitos causan mayor daño individual y social. Cuando el núcleo de la identidad de una persona es atacada, la

degradación y deshumanización es especialmente grave, con un posible impacto emocional y fisiológico. La sociedad, entonces, a su vez, puede sufrir la pérdida de poder de un grupo de personas. Además, frente a estos delitos las posibilidades de represalia son mayores, con riesgos para la convivencia democrática.

Como se describió anteriormente, lo que hace especiales a los crímenes de odio es que el autor envía un mensaje a la víctima (directa e indirecta), negando su derecho a pertenecer a una sociedad determinada. Esto significa que los crímenes de odio tienen consecuencias que los diferencian de otros delitos y que justifican, por ende, su tratamiento penal vigente.

En ese sentido, la agravante del artículo 22.4 del CP debe ser interpretada como un elemento que conforma los delitos de odio. Es decir, el denominado delito base más la existencia de un motivo discriminatorio constituye un delito de odio y ese resultado justificaría la mayor severidad de la sanción penal.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, Miguel. “Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios”, *Revista Penal*, N° 25, Enero (2010), pp. 3-11.

AEBI, Marcelo. *Temas de Criminología*. Madrid: Dykinson, 2008.

AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), 01 EU-MIDIS, “La población romaní”, Encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación, *serie Data in Focus* (2009), en: http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/EU-MIDIS_ROMA_ES.pdf [visitado el 10/11/2010].

_____, 02 EU-MIDIS, “Los musulmanes”, Encuesta de la Unión europea sobre las minorías y la discriminación, *serie Data in Focus* (2009), en: http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/EU-MIDIS_MUSLIMS_ES.pdf [visitado el 10/11/2010].

AGUILAR, Giselle; AMMAR, Nawal; ORLOFF, Leslye. “Battered Immigrants and U.S. Citizen Spouses”, April (2006), pp. 1-10, en: <http://www.mcadsv.org/webinars/IR-2007-April/VI/BatteredImmigrantsUSCitizenSpouses.pdf> [visitado el 05/12/2011].

AHN, Namkee; VÁSQUEZ, Pablo. “¿Por qué preocupa la inmigración?: Un análisis de los datos de la encuesta del CIS”, Documento de trabajo 2007-11, en: <http://www.fedea.es/pub/papers/2007/dt2007-11.pdf> [visitado el 14/10/11].

AIERBE, Peio. “Inmigrantes delincuentes: una creación mediática”, *Revista Mugak*, N° 19 (2002), en: <http://www.mugak.eu/revista-mugak/no-19/inmigrantes-delincuentes-una-creacion-mediatica> [visitado el 01/11/2011].

ALBERTIN, Pilar. “Psicología de la victimización criminal”, en: SORIA, Miguel; SAÍZ, Dolores. (Coord.), *Psicología Criminal*. España: Pearson Educación, 2006.

ALBONETTI, Celesta. “An Integration of Theories to Explain Judicial Discretion”, *Social Problems*, Vol. 38, N° 2. Mayo (1991), pp. 247-266.

ALBRECHT, Hans-Jorg. “Criminalización y victimización de inmigrantes en Alemania”, en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ, José A. (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, N° 19 (2007), pp. 3-20.

_____. “La circunstancia agravante de discriminación”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Eds.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. “Circunstancias del delito e inseguridad jurídica”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995-VII, pp. 41-68.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio. “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”, *Manuales de Formación Continuada*, Nº 5 (1999), pp. 301-358.

ALVIRA MARTIN, Francisco; RUBIO RODRÍGUEZ, María Ángeles. “Victimización e inseguridad: La perspectiva de las encuestas de victimización en España”, *Reis*, 18 (1982).

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Sección Española.”Mujeres invisibles, abusos impunes. Mujeres migrantes indocumentadas en España ante la violencia de género en el ámbito familiar”, Julio 2003, en: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI?CMD=VERDOC&BASE=SIAI&SEC=IMP&SORT=&DOCR=2361&SEPARADOR=&> [visitado el 18/09/11].

ANSLEY, Fran. “Latinos Unidos Pilot Study: Immigrants and the Criminal Justice System in East Tennessee Preliminary Findings”, pp. 1-5, en: http://www.law.utk.edu/library/teachinglearning/permanent/LU/LUimg/Ex_sum.pdf [visitado el 22/06/2012].

ANTÓN MORALES, José Antonio. *Criminalidad versus criminalización de la inmigración en España. La eficacia policial en el control de fronteras. Ley de extranjería y Derechos Humanos*. España: Editorial Académica española, 2011.

ANUARIO ESTADÍSTICO DEL AÑO 2008, en: <http://www.mtas.es/> [visitado el 15/01/2010].

APARICIO WILHELMI, Marco. “Desde los márgenes. Diversidad cultural, democracia e inclusión social”, en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010.

ARAMBURU, Mikel. *Bajo el signo del gueto. Imágenes del "inmigrante" en Ciutat Vella*. Tesis de doctorado. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2000.

ARANGO VILA-BELDA, Joaquín. “La inmigración en España a comienzos del siglo XXI”, en: LEAL MALDONADO, J. (Ed.), *Informe sobre la situación demográfica en España*. Madrid: Fundación Fernando Abril Martorell, 2004.

ARÍAS, Inocencio. *Racismo y xenofobia: búsqueda de las raíces*. Madrid: Fundación Rich, 1993.

ARIAS EIBE, Manuel. *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 2007.

ARÍAS SENSO, Miguel. "Expulsión de extranjeros condenados. Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004", *La Ley*, Nº 1 (2005), pp. 1497-1509.

ARROYO LAS HERAS, Alfonso. "Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante", en: MUÑOZ CUESTA, Javier (Coord.), *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*. Navarra: Aranzadi, 1997.

ARROYO ZAPATERO, Luis; *et al.* *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel, 2007.

ASÚA BATARRITA, Adela. "La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de la inmigración", en: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y Derecho penal: Bases para un debate*. Valencia: Tirant, 2002.

BAUCELLS, Joan. "El derecho penal ante el fenómeno inmigratorio", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Nº 13 (2005), pp. 45-62.

BAUMANN, Eleen. "Research rhetoric and the social construction of elder abuse", en: BEST, J. (Ed.), *Images of issues*. New York: Adline de gruyter, 1989.

BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal del trabajo*. 2º Ed. Valladolid: Trotta, 1997.

BAZZACO, Edoardo. "Minorías e inmigración en España en los discursos de los medios de comunicación y la política: Construcción del peligro y falsificación de la realidad", en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010.

BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y de las Penas*, 15º Ed. México: Ed. Porrúa, 2005.

BECKER, Gary. "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 76 nº 2 (1968), pp. 169-217.

BENTHAM, Jeremy. *Compendio de los Tratados de Legislación Civil y Penal*. Madrid: Librería de la Viuda de Callejas e Hijos, 1839.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

BERISTAIN, Antonio. "Comentario al art. 22.4", en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Edersa, 1999.

_____. *Victimología. Nueve palabras clave*. Valencia: Ed. Tirant, 2000.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *La discriminación en derecho penal*. Granada: Comares, 1998.

BERRIL, Kevin; HEREK, Gregory. "Primary and secondary victimization in anti-gay hate crimes: official response and public policy", en: HEREK, G.M.; BERRILL, K.T. (Eds.), *Hate crimes: confronting violence against lesbians and gay men*. US.: Newbury Park, 1992.

BIAFARA, Frank; WARHEIT, George. "Self-Reported Violent Victimization Among Young Adults in Miami, Florida: Immigration, Race/Ethnic and Gender Contrasts", *International Review of Victimology*, Vol. 14 (2007), pp. 29-55.

BIRKBECK, Christopher; GABALDÓN, Luis Gerardo; LA FREE, Gary. "The Decision to Call the Police: A Comparative Study of the United States and Venezuela", *International Criminal Justice Review*, 1 (1993), pp. 25-43.

BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho Penal español, T. I, Vol. II*. Barcelona: Bosch, 2005.

BLUMSTEIN, Alfred; NAGIN, Daniel. "The Deterrent Effect of Legal Sanctions on Draft Evasion", *Stanford Law Review*, vol. 28 (1977), pp. 241-276.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*. Madrid: Civitas, 1995.

BONTE, Pierre; IZARD, Michael. *Diccionario de Etnología y Antropología*. Madrid: Akal Ediciones, 1996.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*. Granada: Comares, 1999.

_____. *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant, 2003.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política Criminal de la Exclusión. El Sistema Penal en Tiempos de Declive del Estado Social y de Crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007.

_____. "Victimización de migrantes", en: TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.), *Víctimas olvidadas*. Valencia: Tirant, 2010.

_____. "La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: Fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español", en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010.

_____. *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*. Granada: Comares, 2011.

BRENNAN, Pauline. "Race/Ethnicity and Sentencing Outcomes Among Drug Offenders in North Carolina", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 1 (2008), pp. 371-398.

BUCHER, Jacob; MANASSE, Michelle; TARASAWA, Beth. "Undocumented victims: An examination of crimes against undocumented male migrant worker", *Southwest Journal of Criminal Justice*, Vol. 7 (2010), pp. 159-179.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Ed. 2*. Barcelona: Ariel, 1991.

_____. *Obras completas. Derecho Penal. Parte General, T. I, Ed. 2*. Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago, 2007.

_____. *Obras completas. Derecho Penal. Parte Especial, T. III, Ed. 2º*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; LARRAURI, Elena. *Victimología Presente y futuro*. Colombia: Temis, 1993.

CALAVITA, Kitty. "Un "ejército de reserva de delincuentes: La criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España", *Revista Española de Investigación Criminológica*, (2004), pp. 1-15.

CALDERÓN, Ángel; CHOCLÁN, José Antonio. *Derecho penal. Parte Especial, T. II*. Barcelona: Bosch, 2001.

_____. *Manual de Derecho Penal. Parte General, T. I*. España: Deusto Jurídico, 2005.

CALVERLEY, Adam; *et al.* "Black and Asian offenders on probation", *Home Office Research Study 277* (2004), pp. 24-37.

CALVO, Manuel; GASCON, Elena; GRACIA, Jorge. *Inmigración y justicia. La incidencia de la inmigración en el ámbito de la administración de justicia*. Zaragoza: Laboratorio de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 2002, en: http://www.unizar.es/sociologia_juridica [visitado el 15/03/2011].

CAMPBELL, Rebecca. "What Really Happened? A Validation Study of Rape Survivors' Hel-Seeking Experiences With The Legal and Medical Systems", *Violence And Victims*, 1 (2005), pp. 55-68.

CAMPBELL, Rebecca; RAJA, Sheela. "The sexual assault and secondary victimization of female veterans: Helpseeking experiences in military and civilian social systems", *Psychology of Women Quarterly*, 29 (2005), pp. 97-106.

CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. "El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político criminal", en: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel (Coord.), *Derecho Penal y Política Transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005.

CAPDEVILA, Manel; FERRER PUIG, Marta. “Extranjeros en centros penitenciarios catalanes y su trayectoria de vida”, *Instituto andaluz interuniversitario de Criminología*, octubre, n.º 138, artículo 6 (2012), pp. 1-9

CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, Juan Luis. “Comentario art. 314”, en: VIVES ANTÓN, Tomás (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, T. II*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “Delitos contra la libertad”, en: VIVES ANTÓN, Tomás; *et al*, *Derecho Penal. Parte Especial, 3º Ed.* Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

CARITAS DIOCESANO DE SALAMANCA, Centro Penitenciario de Topas (Salamanca), en: http://www.bizkeliza.org/fileadmin/bizkeliza/web/doc_pen/caritasSA/Situacion_juridica_social_y_penitenciaria_extranjeros.pdf [visitado el 14/04/ 2012].

CARNEVALI, Raúl “La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones a su regulación en Chile”, p. 21. Manuscrito inédito facilitado por su autor y que será publicado próximamente en el libro homenaje al profesor Enrique Cury

CEA D'ANCONA. M. Ángeles; VALLÉS, Miguel. *Evolución del racismo y la xenofobia en España. Informe 2009*. Madrid: Ministerio del Trabajo e Inmigración, 2009.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español, Parte General, T. III, 6º Ed.* Madrid: Tecnos, 2001.

CEVERINO DOMÍNGUEZ, Antonio. “Conceptos Fundamentales de Victimología”, p. 2. Versión online en: www.institutodevictimologia.com/Formacion19a.pdf [visitado el 28/05/11].

CHESNEY-LIND, Meda; LIND, Ian. "Visitors as victims: Crimes against tourists in Hawaii", *Annals of Tourism Research*, 13(2), (1986), pp. 167-191.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. “El reconocimiento progresivo de derechos a los extranjeros en situación irregular en el ámbito de las garantías procesales”, en: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (Coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*. España: Laborum, 2009.

_____. “Víctimas extranjeras de violencia de género: Derechos y medidas de protección”, en: GARCÍA CASTAÑO, Francisco; KRESSOVA, Nina (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada: Instituto de Migraciones, 2011.

CHRISTIE, Nils. “The ideal victim”, en: FATTAH, Ezzat (Ed.), *From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System*. Londres: Macmillan, 1986.

CHU, Doris; HUEY-LONG, John. "Chinese immigrants' perceptions of the police in Toronto, Canada", *Policing An International Journal of Police Strategies & Management*, Vol. 31, No. 4 (2008), pp. 610-630.

CID, José; TÉBAR, Beatriz. "Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo", *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 3, Número 8 (2010), pp. 1-23.

CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coords.). *Jueces penales y penas en España. (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General, 5º Ed.* Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

COHEN, Lawrence; FELSON, Marcus. "Social change and crime rate trends: A routine activity approach", *American Sociological Review*, Vol. 44, Nº 4 (1979), pp. 588-608.

COLE, Alyson. "Victims no more", *Feminist Review*, Nº 64 (2000), pp. 135-138.

COMISIÓN EUROPEA (2003). Informe conjunto sobre la inclusión social, en el que se resumen los resultados del examen de los planes nacionales de acción a favor de la inclusión social (2003-2005). Bruselas: Comisión Europea. En: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/situation_in_europe/c10616_es.htm [visitado el 15/10/2012].

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.). *Código Penal Comentado*. Barcelona: Bosch, 2004.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*, Trad. SUAREZ, Eduardo. México: Ed. Fce, 2002.

CORCOY, Mirentxu. *Manual práctico de Derecho penal parte especial, 2ed.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

COVINGTON, Jeanette; TAYLOR, Ralph B. "Fear of Crime in Urban Residential Neighborhoods: Implications of Between and Within Neighborhood Sources for Current Models", *The Sociological Quarterly*, 2 (1991), pp. 231-249.

CUADRADO ZULOAGA, Daniel. "La expulsión de extranjeros del territorio nacional", *Actualidad Administrativa*, Nº 14 (2008), pp. 1671-1681

CUARTERO RUBIO, María Victoria. "Inmigración ilegal y justicia gratuita", *Derecho Privado y Constitución*, Nº 18 Enero-Diciembre (2004), pp. 143-169.

CUERDA ARNAU, María Luisa. "Artículo 22.4", en: VIVES ANTÓN, Tomás (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol I*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

CUGAT MAURI, Miriam. “La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho Penal”, *Revista de derecho y proceso penal*, Nº 6 (2001), pp. 23-37.

_____. “La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art. 89 CP)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentario*. Madrid: Aranzadi, 2010.

_____. “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra. Aranzadi, 2010.

DAL LAGO, Alessandro. “Esistono davvero i conflitti tra culture?”, en: GALLI, C. (Ed.), *Multiculturalismo*. Bologna: Il Mulino, 2006.

_____. “Personas y no-personas”, en: SILVERA GORSKI, Héctor (Ed.), *Identidades comunitarias y Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

DAVIS, Robert C.; EREZ, Edna. “Immigrant population as victims: Toward a multicultural criminal justice system”, *Research in brief. National Institute of Justice*, Mayo (1998), pp. 1-8.

DAVIS, Robert C.; EREZ, Edna; AVITABILE, Nancy. “Access to justice for immigrants victimized by crime: The perspectives of police and prosecutors”, *Criminal Justice Policy Review*, 3 (2001), pp. 183-196.

DAVIS, Robert C.; HENDERSON, Nicole. “Willingness to Report Crimes: The Role of Ethnic Group Membership and Community Efficacy”, *Crime and Delinquency*, 4 (2003), pp. 564-580.

DAVIS, Robert C.; HENDRICKS, Nicole. “Immigrants and Law Enforcement: A Comparison of Native-Born and Foreign-Born Americans' Opinions of the Police”, *International Review of Victimology*, Vol. 14 (2007), pp. 81-94.

DECKER, Scott. “Citizen Attitude Toward Police: A Review of Part Findings and Suggestions for Future Policy”, *Journal of Police Science and Administration*, 1 (1981), pp. 80-87.

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA EXTRANJERÍA Y LA INMIGRACIÓN, en: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Anuarios/Archivos/Anuario2001_ANEXT01.pdf [Visitado el 12/01/2012].

DELGADO, Manuel. “Víctimas alienígenas. El inmigrante como personaje conceptual”, en: TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.), *Víctimas olvidadas*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Revista Xurídica Galega*, Nº 39 (2003), pp. 79-105.

DEL ROSAL, Bernardo. “Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los Derechos fundamentales y libertades públicas”, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho Penal español. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 2005.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la reforma 11/2003, de 29 de septiembre”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 3 (2004), pp. 1917-1927.

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. *Tráfico de persona e inmigración ilegal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

DE LUCAS, Javier. “Nuevas Estrategias de Estigmatización. El derecho frente a los inmigrantes”, en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo”, en: SILVEIRA G., Héctor (Ed.), *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

DESSPORTES, Frédéric; LE GUNHEC, Francis. *Droit Pénal Général*. Paris: Onzième, 2004.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Dir.). *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*. Madrid: La Ley, 2007.

DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. “Asociación ilícita”, en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*. Granada: Comares, 2002.

DÍEZ ADÁN, Eva María; HERNÁNDEZ CALLES, Laura; MONTALVO FRÍAS, Nuria. “Estudio Criminológico sobre las víctimas españolas en el 2007”, faltan datos en http://www.victimas.org/html/Nuria%20Montalvo%20Frias_2.pdf [visitado el 10/07/2010].

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA ESPAÑA, Elisa (Dirs.). *Encuesta a víctimas en España 2009*. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; PÉREZ, Fátima; BENÍTEZ, María José; CEREZO, Ana Isabel; GARCIA ESPAÑA, Elisa. “Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuestas de victimización”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2, Número 8 (2010), pp. 1-27.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De las amenazas”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, T.I*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

_____. “La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 93-140.

_____. *Derecho Penal Español. Parte General. En esquemas*.
Valencia: Tirant, 2007.

DI TULLIO, Benigno. *Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense*.
Madrid: Ed. Aguilar, 1966.

DOERNER, William; LAB, Steven. *Victimology, 5º Ed.* USA: Matthew Bender &
Company, 2008.

DOPICO GÓMEZ-ALLES, Jacobo. “Delitos cometidos por motivos discriminatorios:
una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, *Anuario de Derecho
Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVII (2004), pp. 143-176.

DRAPKIN. "El Derecho de las víctimas". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias
Penales*, Madrid (1964).

DURÁN SECO, Isabel. “El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión (a
propósito de la STS 8-7-2004)”, *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 15 (2005),
pp. 307-353.

DUTTON, Mary; ORLOFF, Leslye; AGUILAR, Giselle. “Characteristics of Help-
Seeking Behaviors, Resources, and Service Needs of Battered Immigrant Latinas: Legal
and Policy Implications”, *Georgetown Journal*, Vol. VII, Nº 2 (2000), pp. 245-305.

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; GUERRICAECHEVARRÍA, Cristina.
“Especial consideración de algunos ámbitos de victimación”, en BACA
BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT
SUMALLA, Josep María. *Manual de Victimología*, Valencia: Tirant lo blanch, 2006

EHRlich, Isaac. “Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical
Investigation”, *Journal of Political Economy*, vol. 81 (1973), pp. 521-565.

EL PERÍODICO, “Radiografía de la delincuencia en la capital catalana”, 15 de marzo
de 2011, en [http://www.elperiodico.com/es/noticias/barcelona/dos-cada-tres-arrestos-
bcn-son-ciudadanos-extranjeros/941256.shtml](http://www.elperiodico.com/es/noticias/barcelona/dos-cada-tres-arrestos-bcn-son-ciudadanos-extranjeros/941256.shtml) [visitado el 15/03/2010].

ENCUESTA DE SEGURIDAD PÚBLICA DE CATALUÑA DE 2010, en:
www.20.gencat.cat/portal/site/interior [visitado el 22/04/2012].

ESPELT, Esteve. *¿Somos racistas? Valores solidarios y racismo latente*. Barcelona:
Icaria, 2009.

FATTAH, Abdel. “Quelques problemes poses a la justicie penale par la victimologie”,
Anales Internacionales de Criminología, Paris, (1966), pp. 350-368.

_____. “Towards a Criminological clasification of victims”,
Criminology and Police Science, Vol. 58, No. 4 December (1967), pp. 524-531.

FLORES MENDOZA, Fátima. “La expulsión del extranjero en el Código Penal español”, en: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y Derecho penal: Bases para un debate*. Valencia: Tirant, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*, Trad[s]. VARELA, Julia, ÁLVAREZ-URÍA, Fernando. Madrid: La Piqueta, 1978.

GALLEGO GARCÍA. “Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana”, en: VELÁSQUEZ V. (Coord.), *Derecho penal y dignidad humana*. Bogotá: Temis, 2005.

GARCÍA ALBERO, Ramón, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa. *Inmigración y delincuencia en España: Análisis criminológico*. Valencia: Tirant, 2001.

_____. “Victimización de inmigrantes”, en: ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel (Dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (Coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant, 2007.

GARCIA ESPAÑA, Elisa; DURÁN DURÁN, Auxiliadora; CEREZO DOMÍNGUEZ, Anabel. “La victimización de mujeres marroquíes en Málaga”, *Cuadernos de política criminal*, N° 65 (1998), pp. 467-494.

GARCIA ESPAÑA, Elisa; RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis. “Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal), *Actualidad Penal*, N° 29 (2002), pp. 723-751.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona: Bosch, 1977.

_____. “Asociaciones ilícitas. Discriminación racial”, en: COBO DEL ROSAL, Manuel; BAJO FERNANDEZ, Miguel, *Comentarios a la legislación penal, Tomo V-2. La reforma del Código Penal de 1983*. Madrid: Edersa, 1985.

_____. “La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal”, en: NÚÑEZ, Ricardo (Dir.). *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en la Ciencias Penales*, Buenos Aires: De Palma, 1990

_____. *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant, 2009

GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José. *Curso de Victimología y asistencia a las víctimas en el proceso penal*. Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006.

GAROFALO, James. *Lifestyle and victimization: An update, en: From crime Policy to victim policy*. New York: Ed. Fattah, 1986.

GARRIDO, Vicente. *Pedagogía de la delincuencia juvenil*. Barcelona: Ed. Ceac, 1990.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de Criminología, 3ª Ed.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 838.

GASCÓN SORRIBAS, Elena; GRACIA IBÁÑEZ, Jorge. “La problemática específica de las mujeres inmigrantes en procesos de violencia familiar de género”, *Laboratorio de Sociología Jurídica, Universidad de Zaragoza*, pp. 1-12.

GIMÉNEZ-SALINAS, Esther. “Extranjeros en prisión”, *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, Nº 7 Ex. (1994), pp. 133-146.

GONDRA, Bernat. “La encuesta de seguridad pública de Cataluña”, en: *10 años de Encuesta de seguridad pública de Cataluña: experiencias europeas: balance y retos de futuro*. Barcelona: Secretaría de Seguridad, Generalitat de Catalunya, 2010.

GONZÁLEZ CAMPO, Eleuterio. “La expulsión de extranjeros como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introducida por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre”, *Estudios Jurídicos*, Nº 4 (2003), pp. 493-520.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Teoría General de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal*. Valencia: Universidad de Valencia, 1988.

GOURÉVITCH, Jean-Paul. *Les migrations en Europe*. Francia: Acropole, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis; ALASTUEY DOBON, María Carmen, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 3º Ed.* Valencia: Tirant, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del delito. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, 2º Ed.* Valencia: Tirant, 2000.

GRATTET, Ryken. “Examining the boundaries of hate crime law: disabilities and the 'dilemma of difference’”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 91 Nº 3, Marzo (2001), pp. 653-698.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. “Una propuesta alternativa al sistema de penas y a su ejecución, y a las medidas cautelares personales”, en: <http://www.gepc.es/docs/gepc8.pdf> [visitado el 15/03/2012].

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier. “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N° 13 (2005).

GULOTTA, Guglielmo. *La vittima*. Italia: Giuffrè, 1976.

GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa; PÉREZ, Carlos. “Revisión teórica del concepto de victimización secundaria”, *Liberabit, Revista de psicología*, Vol. 15, N° 1 (2009), pp. 49-58.

GUTIÉRREZ GIL, Andrés Javier. “La dimensión constitucional del ofrecimiento de acciones”, *Revista del Ministerio Fiscal*, 5 (1998), pp. 9-49.

HAGAN, John; PALLONI, Alberto. “Immigration and crime in the United States”, en: SMITH, J.P.; EDMONSTRON, B. (Eds.), *The immigration debate: Studies on the economic, demographic, and fiscal effects of immigration*. Washington D.C.: National Academy Press, 1998.

HARCOURT, Bernard. “El camino hacia el profiling racial está pavimentado con migrantes”, en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010.

HARTNEY, Christopher; VUONG, Lihn. “Created Equal, Racial and Ethnic Disparities in the US Criminal Justice System”, *National Council on Crime and Delinquency*, 3 (2009), pp. 1-44.

HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona: Ed. Bosch, 1984.

HATE CRIMES IN THE OSCE Region- Incidents and Responses”, Reporte Anual 2009, Varsovia, Noviembre 2010, en: <http://www.osce.org/odhr/73636?download=true> [visitado el 10/02/2011].

HERRERO ALONSO, Carmen; GARRIDO MARTÍN, Eugenio. “La víctima: El gran olvido social”, *Revista Psicología Social y Antropología*, Universidad de Salamanca, en: http://www.webs.ulpgc.es/revipsicoso/WEB/Numero_1/texto_2_herrero.pdf [visitado el 22/03/2012].

HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*. Madrid: Edersa, 1996.

_____. “Victimación. Aspectos generales”, en: BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.), *Manual de Victimología*. Valencia: Ed. Tirant, 2006.

_____. “Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima”, en: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (Ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Granada: Comares, 2009.

HINDELANG, Michael; GOTTFREDSON, Michael; GAROFALO, James. *Victims of personal crime: an empirical foundation for a Theory of personal victimization*. Cambridge: Ballinger, 1978.

HODGKINSON, Sarah; TILLEY, Nick. "Travel to crime: Homing in the victim", *International Review of Victimology*, vol. 14 (2007), pp. 281-298.

HOOD, Roger. *Race and sentencing. A study in the crown court*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

INE - Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007, p. 30, en: http://www.ine.es/daco/daco42/inmigrantes/informe/eni07_informe.pdf [visitado el 10/07/2012].

INSTITUTO DE LA MUJER, Estadísticas, en: www.inmujer.gob.es [Visitado el 13/01/2012].

IZQUIERDO ESCUDERO, Francisco Javier. "Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997 de 17 de abril", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 5 (1997), pp. 1861-1865.

JACOBS, James; HENRY, Jessica. "The social construction of a hate crime epidemic", en: BING, Robert L.; DEL CARMEN, Alex, *Race and Crime*. Bellevue: Coursewise Publishing, 2000.

JACOBSON, Jessica; HOUGH, Mike. *Mitigation: The Role of Personal Factors in Sentencing*. London: Prison Reform Trust, en: <http://www.prisonreformtrust.org.uk> [visitado el 15/05/2012].

JIMÉNEZ-BAUTISTA, Francisco. "Alteridad y religión excluyente hacia los inmigrantes: El caso de Granada (España)", *Ra Ximbai* (México), septiembre-diciembre Vol. 4 N° 3 (2008), pp. 713-736.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La llamada Victimología, Estudios de derechos penal y Criminológico*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1961.

_____. *Tratado de Derecho Penal, 5º Ed, t.1*. Buenos Aires: Ed. Losada, año, 1963

JOHNSON, Holly. "Crime victimisation in Australia: Key results of the 2004 International Crime Victimization Survey", *Research and Public Policy*, Series No. 64 (2005), Canberra: Australian Institute of Criminology, en: <http://www.aic.gov.au/documents/9/D/F/%7b9DFFC106-12D6-4576-9D51045C9BD39BEC%7drpp64.pdf> [visitado el 05/08/2011].

JUNGER, Marianne. "Racial Discrimination in Criminal Justice in the Netherlands", *Sociology and Social Research*, Volume 72, Issue 4 (1988), pp. 211-216.

KARMEN, Andrew. *Crime Victims: An introduction to victimology*, 7º Ed. USA: Wadsworth Publishing, 2010.

KAZDIN, Alan; *et al.* “Contributions of risk factor research to developmental psychopathology”, *Clinical Psychology Review*, 17 (1997), pp. 375-406.

KENWORTHY, Bilz; DARLEY, John M. “What’s Wrong with Harmless Theories of Punishment”, *Chicago-Kent L. Review* 79 (2004), pp. 1215-1252.

KERNER, Glen; KUO, Connie. “Victimization of Immigrants”, *Crime Victim Institute*, Criminal Justice Center, Sam Houston State University, 2008, en: <http://www.crimevictimsinstitute.org/documents/ImmigrantVictimizationfinalcorrected.pdf> [visitado el 24/12/2010].

LAFONT NICUESA, Luis. “La expulsión de extranjeros”, *Cuadernos penales José María Lidon*. Bilbao: U. De Duesto, 2004.

LAFONT NICUESA, Luis. “Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº 10 (2005), pp. 39-66.

LAHOSA, Josep M. “La encuesta de victimización y opinión sobre la seguridad en Barcelona: Una opción estratégica de política pública de seguridad”, en: *10 años de Encuesta de seguridad pública de Cataluña: experiencias europeas: balance y retos de futuro*. Barcelona: Secretaría de Seguridad, Generalitat de Catalunya, 2010.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirenda. *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*. Granada: Comares, 2001.

LANDROVE, Gerardo. *La moderna Victimología*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Comentario al art. 89”, en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. “Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004, pp. 19-52.

LAURENZO COPELLO, Patricia. “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, pp. 219-288.

_____. “Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 1 (1996), pp. 217-282.

_____. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, Nº 34 (1999), pp. 16-23.

_____. “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 12 (2003), pp. 63-94.

_____. “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: Un nuevo paso a la política de exclusión”, *Revista Jueces para la Democracia*, N° 50 (2004), pp. 30-35.

_____. “El modelo de protección penal de los inmigrantes de víctimas a excluidos”, en: CANCIO MELIA, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (Coords.), *Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. España: Aranzadi, 2008.

LÉGANEZ GÓMEZ, Santiago. *La evolución de la clasificación penitenciaria*. Madrid: Ministerio del Interior, 2005.

LE GUNEHEC, Francis. *Droit Pénal Général*. Paris: Onzième, 2004

LEIBER, Michael J. “Toward clarification of the concept of “minority” status and decision making in juvenile court proceedings”, *Journal of Crime and Justice*, Vol. XVIII, N° 1 (1995), pp. 79-108.

LEIBER, Michael J.; FOX, Kristan C. “Race and the Impact of Detention on Juvenile Justice Decision Making”, *Crime & Delinquency*, 1 (2005), pp. 470-497.

LUMB, Richard. “Policing culturally diverse groups: Continuing professional development programs for police”, *Police Studies*, 18 (19) (1995), pp. 23-45.

LUQUE REINA, Eulalia. “Las encuestas de victimización”, en: BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.), *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

MACDONALD, William F.; EREZ, Edna. "Immigrants As Victims: A Framework", *International Review of Victimology*, 14 (2007), pp. 1-10.

MACHADO RUÍZ, María Dolores. *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

_____. “El derecho a no ser discriminado y el error sobre la orientación sexual de la víctima (Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona de 13 de marzo de 2000)”, *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 5 (2002), pp. 413-422.

MANERI, Marcello. “Los medios de comunicaciones y la guerra contra las migraciones”, en: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010.

MANZANOS, César. “Factores sociales y decisiones judiciales”, *Sociológica*, N° 5 (2004), pp. 127-159.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito, 4º Ed.* Madrid: Civitas, 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en: VIVES ANTÓN, Tomás; et all, *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo blanch, 2010.

MATTHEWS, Robert. *Pagando tiempo*. Barcelona: Bellaterra, 2003.

MAWBY, Rob. “Age vulnerability and the impact of crime”, en *Victims of crime*. E.E.U.U.: Open University Press, 1988.

MAZA MARTÍN, José Manuel. “El tratamiento del delincuente extranjero en el Derecho penal español”, en: BALADO RUÍZ-GALLEGOS, Manuel (Coord.), *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*. España: Bosh, 2008.

McEWEN, Thomas. *National Assessment Program: 1994 survey result*. Washington D.C.: National Institute of Justice, 1995.

MELÓN MUÑOZ, Alfonso. “La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería”, *Manuales de formación continuada*, N° 39 (2006), pp. 75-118.

MENDELSON, Benjamin. “La victimologie”, *Revue Francaise de Psychanalyse*, Vol. 22 N° 1 (1958), pp. 95-119.

MENJIVAR, Cecilia; BEJARANO, Cynthia. “‘Latino Immigrants’ Perceptions of Crime and Police Authorities in the United States: A Case Study from the Phoenix Metropolitan Area”, *Ethnic and Racial Studies*, 1 (2004), pp. 120-148.

MILLER, Linda. “The exploitation of acculturating immigrants populations”, *International Review of Victimology*, Vol. 14 (2007), pp. 11-28.

MILLIE, Andrew; TOMBS, Jacqueline; HOUGH, Mike. “Borderline sentencing: A comparison of sentencers decision making in England and Wales, and Scotland”, *Criminology & Criminal Justice*, Vol. 7 N° 3 (2007), pp. 243-267.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, en: <http://www.iet.tourspain.es/informes/documentacion/egatur/Egatur2008.pdf> [visitado el 23/01/2010].

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General, 8º Ed.* Argentina: Reppertor, 2008.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, y su Reglamento de desarrollo*, Indret 1/00, en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/18124/1/162367spa.pdf> [visitado el 01/11/2010].

MIRÓ LLINARES, Fernando. “Política comunitaria de inmigración y Política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante”, *RECPC*, 10-05 (2008), pp. 1-31, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-05.pdf> [visitado el 10/12/2009].

MONCLÚS MASÓ, Marta. “Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial”, en: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005.

_____. *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2008.

MORENO FUENTES, Francisco Javier; BRUQUETAS, María. *Inmigración y Estado de bienestar en España*. Barcelona: Obra social La Caixa, 2011.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Delitos contra los derechos de los trabajadores y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte Especial, 2º Ed.* Madrid: Dykinson, 2005.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo; PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa María; AGUILAR CÁRCELES, Marta María. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson, 2011.

MRAZEK, Patricia J.; HAGGERTY, Robert J. *Reducing Risks for Mental Disorders: Frontiers for Preventative Intervention Research*. Washington DC: National Academy Press, 1994.

MUCCHIELLI, Laurent; NEVANEN, Sophie. “Delinquenza, vittimizzazione e criminalizzazione degli stranieri in Francia”, en: PALIDDA, S. (Ed.), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*. Milan: Agenzia X, 2009.

MUCCHIELLI, Laurent; NEVANEN, Sophie. “Delincuencia, victimización, criminalización y tratamiento penal de los extranjeros en Francia”, en: PALIDDA, S.; BRANDARIZ, A. (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General, 2ª Ed.* Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

_____. *Derecho Penal. Parte General, 7º Ed.* Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

_____. *Derecho Penal. Parte General, Ed. 8.* Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial, Ed. 18º.* Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

MUÑOZ LORENTE, José. “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº Extra 2 (2004), pp. 401-482.

MURRIA, Marta. “Les enquestes de seguretat a Catalunya”, en: AA.VV.: *10 anys d'Enquesta de Seguretat Pública a Catalunya. Experiències europees. Balanç i reptes de futur*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2010.

NACIONES UNIDAS. “Manual de Justicia para Víctimas, Oficina de las Naciones Unidas para el Control de Drogas y Prevención del Delito, Centro para la Prevención del Delito Internacional”, en: www.unojust.org [visitado el 02/01/2012].

NAVARRO CARDOSO, Fernando. “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en: RODRÍGUEZ MESA, María José; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (Coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

_____. “Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de derecho penal "simbólico" y derecho penal del "enemigo"”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 17 (2006), pp. 153-182.

NEUMAN, Elías. *Victimología - El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. México: Ed. Cárdenas, 1992.

NICOL, Danny. “Lessons from Luxembourg: Federalization and the Court of Human Rights”, *European Law Review*, Vol. 26 (2001), pp. 1-26.

ONU. “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios fundamentales de Justicia para las Víctimas del delito y del abuso de poder”, en: <http://www.uncjin.org/> [visitado el 24/12/2010].

ORBEGOZO ORONOZ, Izaskun. “La mujer inmigrante desde la Victimología”, *Revista Eguzkilo*, Nº 23, Diciembre (2009), pp. 45-57.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE TURISMO, en: www.omt.org [visitado el 23/01/2010].

ORLOFF, Leslye; STORY, Rebecca; ANGEL, Carole. “The Criminal Justice System And Immigrant Victims”, pp. 1-30, p. 14, en: <http://www.legalmomentum.org/> [visitado el 05/12/2011].

ORTUBAY FUENTES, Miren. *Tutela penal de las condiciones del trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2000.

_____. “El impreciso concepto de tráfico ilícito de personas o la mentalidad de fortaleza sitiada”, en: ECHANO BASALDÚA, Juan, *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*. España: Universidad de Deusto, 2002.

PAASCH, Fritz. “Problèmes fondamentaux et situation de la Victimologie”, *Reveu internationale de Droit pénal*, (1967), pp. 123-141.

PALOMAR OLMEDO, Alberto. *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Pamplona: Aranzadi, 2007.

PAPADOPOULOS, Georgios. "The relationship between Immigration status and victimization. Evidence from British Crime Survey", *Department of Economics*, University of Essex, 1 (2011), pp. 1-25.

PARKS, Gregory; JONES, Shayne, "Nigger': a critical race realist analysis of the N-word within hate crimes law", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98 N° 4, Junio (2008), pp. 1305-1352.

PAZ RUBIO, José María. "Expulsión de extranjeros", *Cuadernos de derecho judicial*, N°. 4 (2003), pp. 79-232.

PELETEIRO, Isabel; GABARDO, José. "Los hogares exclusivamente móviles en la investigación telefónica de audiencia", *Metodología de Encuestas*, vol. 8 (2006), pp. 1-32.

PÉREZ ALONSO, Esteban. "Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas", en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis reformado por LO 11/2003)", en RODRÍGUEZ MESA, M. José; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis (Coords.). *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

PÉREZ FERRER, Fátima. *Análisis dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Madrid: Dykinson, 2006.

PÉREZ MACHIO, Ana. "El levantamiento de la medida de expulsión del artículo 89 del Código penal a la luz del supuesto de colaboración contra redes organizadas del artículo 59 de la Ley de Extranjería", *Revista del Poder Judicial*, N° 81, 1er Trimestre (2006), pp. 91-137.

PERRAULT, Samuel. "Les minorités visibles et la victimisation", *série de profils du Centre Canadien de la Statistique Juridique* (2004), pp. 1-20.

POGREBIN, Mark; POOLE, Eric. "Culture Conflict and Crime in the Korean American Community", *Criminal Justice Policy Review*, 1 (1990), pp. 69-78.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*. Madrid: Tecnos, 2004.

PORTERFIELD, Austin L. *Youth in trouble*. Fort Worth: Leo Potishman Foundation, 1946.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y posmodernistas", en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (Coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

_____. “Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima (art. 22.4 CP)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra: Aranzadi, 2010.

PRATS CANUT, José Miguel. “Comentario”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal, Ed.4º*. Navarra: Aranzadi, 2005.

PUENTE SEGURA, Leopoldo. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de responsabilidad criminal*. Madrid: Colex, 1997.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español. Parte Especial. 4º Ed.* Barcelona: Atelier, 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Curso de Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Cedecs, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del Derecho Penal, 2º Ed.* Navarra: Aranzadi, 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Comentarios al Código Penal, T. I, 5º Ed.* Navarra: Aranzadi, 2008.

REINER, Robert. “Race, crime and Justice: Models of interpretation”, en: GELSTHORPE, L. (Ed.), *Minority Ethnic Groups in the Criminal Justice System*. Cambridge: Cambridge Institute of Criminology, 1993.

REQUENA HIDALGO, Jesús. “La peor casa en el peo barrio. Barrios de inmigración y marginalidad en la periferia urbana de Barcelona. El caso de Badalona”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. VII, núm. 146 (2003), en: [http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146\(058\).htm](http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146(058).htm) [visitado el 15/03/2012].

RIBAS MATEOS, Natalia. *El debate sobre la globalización*. Barcelona: Bellaterra, 2002.

RÍOS CORBACHO, José Manuel. “Regulación jurídica de la extranjería: situación actual”, en: RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (Coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*. Albacete: Bomarzo, 2006.

RIUS SANT, Xavier. *El libro de la inmigración en España*. España: Almuzara, 2007.

ROBERT, Philippe; ZAUBERMAN, Renée; MICELI, Lisa; NÉVANEN, Sophie; DIDIER, Emmanuel “The Victim's Decision to Report Offences to the Police in France: Stating Losses or Expressing Attitudes”, *International Review of Victimology*, 1 (2010), pp. 179-207.

RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, *Revista Jueces para la Democracia*, N° 33 (1998), pp. 59-70.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte General, Ed.18*. Madrid: Dykinson, 1995.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología, 12º Ed.* México: Editorial Porrúa, 2010.

RODRÍGUEZ MESA, María José. *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

_____. “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

_____. “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”, en: RODRÍGUEZ MESA, María José; RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis (Coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Ley de extranjería y Derecho penal”, *La Ley*, 2001-2, pp. 1736-1743.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; BARREIRO, Agustín. *Comentarios al Código penal*. Madrid: Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ PIÑEIRO, Miguel; FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “Sistema de asistencia, protección y reparación de las víctimas”, en: BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBERÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coords.), *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coord.). *Código Penal. Concordado con jurisprudencia Sistematizada y Leyes Penales Especiales y Complementarias, 2º Ed.* Madrid: La Ley, 2007.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. “Discriminación punible (art. 165 del Código Penal)”, en: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios a la legislación penal, V.2*. Madrid: Edersa, 1985.

RODRIGUEZ YAGÜE, Ana Cristina. *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)*. España: Bomarzo, 2007.

_____. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español”, *Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Dos mil-tres mil, nº 11, 2007, pp. 1-24.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Trad. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESAL, Javier, *Tomo I*. España: Civitas, 2007.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis. “Pena de prisión y extranjeros. Principio de igualdad y de resocialización”, en: RODRÍGUEZ MESA, M.J.; RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (Coords.), *Inmigración y sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

RUIZ, Paulina CEA, Macarena; RUIZ, Paulina; RODRÍGUEZ S., Carlos; MATUS, Jean Pierre. “Determinantes de la criminalidad: Análisis de Resultados”, *Polit. crim.* nº 3 (2007), pp. 1-80.

SAGARRA I TRIAS, Eduard. *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Barcelona: Bosh, 1991.

SALINERO ALONSO, Carmen. “Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas”, en: NIETO MARTÍN, Adán, *Homenaje al Dr. Marino Barberos Santos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

SALINERO, Sebastián. “Incidencia de la Probabilidad de Condena en los Delitos de Robo. Análisis Descriptivo y Comparado”, *Polít. crim.*, vol. 4, Nº 8 (2009), pp. 430-474 (1-45).

SALISBURY, Heather; UPSON, Anna. *Ethnicity, victimisation and worry about crime: findings from the 2001/02 and 2002/03*. London: British Crime Surveys, Home Office, 2004, en: <http://library.npia.police.uk/docs/hofindings/r237.pdf> [visitado el 16/05/2011].

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. Ángeles. “La articulación del derecho de extranjería”, en: SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. Ángeles (Coord.), *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*. Murcia: DM, 2005.

SCHAFFER, Stephen. *Victimology: The victims and his Criminal*. Virginia: Reston Publishing Company Inc., 1977.

SANGRADOR, José Luis. “La Victimología y el sistema jurídico penal”, en: JIMÉNEZ BURILLO, Florencio; CLEMENTE, Miguel, *Psicología social y sistema penal*. Madrid: Alianza, 1986.

SANZ HERMIDA, Ágata. *Víctimas de delitos: Derechos, protección y asistencia*. Madrid: Iustel, 2009.

SANZ MORÁN, Ángel. *Los elementos subjetivos de justificación*. Barcelona: Bosch, 1993.

_____. “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho Penal*, N° 11 (2004), pp. 11-40.

SCHNEIDER, Anne; BURCART, Janie; WILSON, L.A. “The role of attitudes in the decision to report crimes to the police”, en: McDONALD, Williams (Ed.), *Criminal justice and the victim*. USA: Beverly Hills, 1976.

SCHNEIDER, Hans Joachim. *Kriminologie*. Berlín-New York: Walter de Gruyter, 1987.

_____. *Kriminologie der Gewalt*. Stuttgart-Leipzig: S. Hirzel Verlag, 1994.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Informe General 2010, en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2010_acc.pdf [visitado el 20/11/2011].

SELLIN, Thorsten; WOLFGANG, Marvin. *The Measurement of Delinquency*. USA: Nueva York, John Wiley and Sons, 1964.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 2005.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la Criminología*. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. “Posibilidades y límites de las clasificaciones tipológicas en Criminología”, en: FIGUEREIDO DIAS; SERRANO GÓMEZ; POLITOFF LIFSCHITZ; ZAFFARONI (Dir.), *El penalista liberal, Homenaje a Manuel Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2004.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y derecho Penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

SHAPLAND, Johanna; WILLMORE, Jon; DUF, Peter. *Victims in the criminal justice system*. Gran Bretaña: Grover, 1985.

SHORT, J.F. Jr.; NYE, F.I. “Reported behavior as a criterion of deviant behavior”, *Social Problems*, 5 (1957), pp. 207-213.

SILVERMAN, Robert. *Victims Typologies: Overview, critique, and reformulation*. *Victimology*. USA: Lexington Books, 1976.

SMITH, David. "Ethnic origins, crime and criminal justice in England and Wales", en: TONRY, Michael (Ed.), *Ethnicity, Crime and immigration. Comparative and cross-national Perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

SOBRAL, Jorge; BERNAL, Mar. "Lo extrajurídico en las decisiones judiciales: el asunto de la disparidad", en: SOBRAL, Jorge; ARCE, Ramón; PRIETO, Ángel (Eds.), *Manual del psicología jurídica*. Barcelona: Paidós, 1994.

SOLANA, José Luis. "Movimientos migratorios, trabajadoras inmigrantes y empleo en la prostitución", *Documentación Social*, en: <http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/907/03%20MOVIMIENTOS%20MIGRATORIOS,%20TRABAJADORAS%20INMIGRANTES%20Y%20EMPLEO%20EN%20LA%20PROSTITUCION.pdf> [visitado el 13/01/2012].

SORIA VERDE, Miguel Ángel; MAESO, Julio; RAMOS, Emili. "Delincuencia y victimización", en: SORIA VERDE, M.A. (Ed.), *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*. Barcelona: PPU, 1993.

SOS RACISMO. Informe anual sobre el racismo en el Estado español 2006, 2008, 2009 y 2010, en: www.sosracismo.org [visitado el 30/05/2012].

SOUTHGATE, Peter; EKBLUM, Paul. *Contacts between Police and Public: Findings from the Chinese British Crime Survey*. London: Home Office, 1984.

SOUTHGATE, Peter; CRISP, Debbie. *Public Satisfaction with Police Services*. London: Home Office, 1992.

SOUTO GARCÍA, Eva María. "Algunas notas sobre la función del derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión", en: FARALDO, Patricia; PUENTE, Luz María; SOUTO, Eva María (Coord.), *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant, 2007.

SPOHN, Cassia; BRENNAN, Pauline. "The Joint Effects of Offender Race/Ethnicity and Gender on Substantial Assistance Departures in Federal Courts", *Race and Justice*, 1 (2011), pp. 49-78.

STANCIU, Vasile. *Les Droits de la victime*. Francia: Press Universitaires de France, 1985,

STANGELAND, Per. "Encuestas de Victimización", en: DÍEZ RIPÓLLES, José Luis; CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel (Eds.), *Los Problemas de la Investigación Empírica en Criminología: La situación española*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

STROMER, Mark. "Combating Hate Crimes Against Sikhs: A Multi-Tentacled Approach", *The Journal of Gender, Race & Justice*, N° 9-3, Mayo (2006), pp. 739-766.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, T. II, 3º Ed.* Navarra: Civitas, 2005.

SULLAWAY, Megan. “Psychological perspectives on Hate Crimes Law”, *Psychology, Public Policy, and Law*, Nº 10 (2004), pp. 250-292.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. “¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?”, en: TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.), *Estudios de victimología. Actas del I Congreso español de Victimología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

TAMARIT SUMALLA, Josep María; *et al.* *Curso de Derecho penitenciario, 2ª Ed.* Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

TAMARIT SAUMALLA, Josep María. “Comentario”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal, Ed.4º*. Navarra: Aranzadi, 2005.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. “La Victimología: Cuestiones conceptuales y metodológicas”, en: BACA BALDOMERO, E.; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.; TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.), *Manual de Victimología*. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 2006.

TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.) *Victimas olvidadas*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. “Comentario al art. 89”, en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, Ed. 6ª*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

TAMARIT SUMALLA, Josep María; LUQUE, Eulalia; GUARDIOLA, María Jesús; SALINERO, Sebastián. “La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-11 (2011), pp. 1-22.

TAMARIT, Josep María; VILLACAMPA, Carolina; FILELLA, Gemma. “Secondary Victimization and Victim Assistance”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 18 (2010), pp. 281-298.

TARDON OLMOS, María. “El Estatuto jurídico de la víctima”, *Faes*, Julio-Septiembre (2008), pp. 11-24.

TÉBAR VILCHES, Beatriz. *El modelo de la libertad condicional español*, Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2004.

_____. “La aplicación de la libertad condicional en España”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 18 (2006), pp. 283-315.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la empresa*. Valladolid: Trotta, 1995.

_____. “Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera”, en: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Base para un debate*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

_____. “Sistema Penal e Inmigración”, en: PÉREZ ALVAREZ, Fernando (Ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

_____. “Las políticas penales europeas de inmigración”, en: RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (Dir.), *Respuestas Internacionales a los retos de la seguridad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009.

THE AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION: Position Paper. (1998). *Hate Crimes Today: An Age-Old Foe in Modern Dress*, en: <http://www.apa.org/pubinfo/hate/> [visitado el 12/07/2012].

TORIO LÓPEZ, Ángel. “Motivo y ocasión en el robo con homicidio”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, pp. 605-624.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. “La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario de la STS de 8 de julio de 2004, a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003”, *Revista del poder judicial*, Nº 76 (2004), pp. 231-245.

_____. *La expulsión de extranjeros en Derecho penal*. Madrid: La Ley, 2012.

UBEDA DE LOS COBOS, Julio José. “La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivos de la pena de prisión en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, Nº 6577 (2006), pp. 1-5.

VAN DIJK, Jan; *et al.* “The Burden of Crime in the EU, Research Report. A comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey”, EU ICS (2005), en: <http://www.europeansafetyobservatory.eu/downloads/EUICS%20%20The%20Burden%20of%20Crime%20in%20the%20EU.pdf> [visitado el 22/12/2010].

VAN OUIRIVE, Lode; PHILIPPE, Robert. “Una visión de conjunto”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Nº 5 (1999), pp. 15-26.

VARONA, Gema. “Extranjería y prisión”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Nº 8 (1994), pp. 63-88.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Evolución legislativa en relación con la reducción de la victimización secundaria: especial consideración a la prueba testifical con menores de edad”, en: TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de Victimología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

_____. “La víctima en el sistema de justicia penal II”, en: BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBERÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT

SUMALLA, Josep María (Coords.), *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

_____. “Comentario Artículo 177 bis”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 2011.

_____. "La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?", *RECPC*, 13-14 (2011), pp. 1-52.

_____. “Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal”, *Indret* 1/2012, pp. 1-35.

VIVES ANTÓN, Tomás; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Delitos contra la Constitución”, en: VIVES ANTÓN, Tomás; *et al*, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3^o Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

VON HENTIG, Hans. *El delito, vol. II*, Trad. CEREZO MIR, José. España: Editorial Espasa-Calpe, 1972.

_____. *The Criminal and his victims*. USA: Schocken Books, 1979.

WACQUANT, Loic. *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*. Buenos Aires: Manantial, 2001.

WADDINGTON, Peter; STENSON, Kevin; DON, David. "Race, and police stop and search", *British Journal of Criminology*, Vol. 44 (2004), pp. 889-914.

WADDINGTON, Peter; BRADDOCK, Quentin. "Guardians or bullies? Perceptions of the police amongst Black, White and Asian boys", *Policing and Society*, Vol. 2 (1991), pp. 31-45.

WAGMAN, Daniel. “Población extranjera y minorías étnicas”, en: MANZANOS, César (Coord.), *Servicios sociales y cárcel. Alternativas a la actual cultura punitiva*. Vitoria-Gasteiz: Salhaketa, 2005.

_____. “Estadística, delito e inmigrantes”, *Bibliotecas Ciudades para un futuro más sostenible*, N° 21, septiembre (2002), en: <http://habitat.aq.upm.es/boletin/n21/adwag.html/> [visitado el 01/03/2012].

WALKER, Monica. “The court disposal of young males, by races, in London in 1983”, *British Journal of Criminology*, Vol. 28, N° 4 (1988), pp. 441- 460.

WEBSTER, Colin. "Policing British Asian communities", en: BURKE, R.H. (Ed.), *Dilemmas and Debates in Contemporary Policing*. Portland: Willan Publishing, 2004.

WEIDNER, Robert; FRASE, Richard; SCHULTZ, Jennifer. "The Impact of Contextual Factors on the Decision to Imprison in Large Urban Jurisdictions: A Multilevel Analysis", *Crime Delinquency*, N° 51 (2005), pp. 400-424.

WEITZER, Ronald; TUCH, Steven. "Race and perception of police misconduct", *Social Problem*, Vol. 51 (2004), pp. 305-325.

WEENINK, Don. "Explaining Ethnic Inequality in the Juvenile Justice System An Analysis of the Outcomes of Dutch Prosecutorial", *British Journal of Criminology*, 1 (2009), pp. 220-242.

WIEVIORKA, Michel. *El racismo: una introducción*. España: Gedisa, 2009.

WILHABER, Luzius. "Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights – A Second-Class Guarantee?", *Riga Graduate School of Law*, 2001, en: <http://www.rgsl.edu.lv/images/stories/publications/RWP1Wildhaber.pdf> [visitado el 13/02/2012].

WOLBERT BURGESS, Ann; REGEHR, Cheryl; ROBERTS, Albert. *Victimology. Theories and aplicaciones*. USA: Jones and Barlett Publishers, 2010.

WOLPIN, Kenneth. "An Economic Analysis of Crime and Punishment in England and Wales 1894-1967", *Journal of Political Economy*, vol. 86 (1978), pp. 815-840.

WORTLEY, Scot. "Justice for all? Race and perceptions of bias in the Ontario criminal justice system: a Toronto survey", *Canadian Journal of Criminology*, Vol. 38 (1996), pp. 439-467.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General, t. III*. Buenos Aires: Ediar, 1981.

_____. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio; SLOKAR, Alejandra. *Derecho Penal. Parte General, 2º ed.* Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

ANEXO

ENCUESTA Nº ()

Fecha __/10/2010

ENCUESTA DE VICTIMIZACIÓN DE INMIGRANTES

A. SALUDO: Buenos días. Soy un encuestador del Grupo de Investigación Sistema de Justicia Penal de la Universidad de Lleida, institución que está llevando cabo, con el patrocinio del Consulado de Colombia en Barcelona, un estudio de la delincuencia que afecta a colombianos en Catalunya. Este estudio versa sobre la inseguridad y sobre los problemas del delito, cuya finalidad es conocer su opinión de algunos aspectos de interés general.

Esta encuesta es primera vez que se hace en Catalunya. Ud. Tiene libertad para aceptar o no esta encuesta. ¿Puedo hacerle algunas preguntas? La encuesta no le llevará mucho tiempo. Sus respuestas, por supuesto, serán tratadas confidencialmente y serán anónimas. Además, no le preguntaré su nombre, dirección u otro antecedente sobre su identificación, salvo su edad y si es o no casado(a). Incluso, si desea, al tener los resultados de la encuesta se los puedo enviar por correo.

B. ENCUESTADOR: SI EL ENCUESTADO TIENE DUDAS O SOSPECHAS

Si usted quiere verificar si este estudio se hace para Grupo de Investigación Sistema de Justicia Penal de la Universidad de Lleida o si quisiera más información, puedo darle el número de teléfono de una persona de mi oficina.

C. ENCUESTADOR.: SI EL ENCUESTADO PIDE EL NÚMERO DE TELÉFONO

El teléfono de esta persona es **973703208 - 932537550**

ENTREVISTA NEGADA: RAZONES POR LAS QUE NO SE LLEVÓ A CABO

- (1) se negó a conceder la entrevista por falta de tiempo ()
- (2) se negó debido a malas experiencias anteriores ()
- (3) se negó porque no participa en encuestas en general ()
- (4) se negó debido al tema ()
- (5) otras razones (ESPECIFICAR) _____

SEXO

(1) Masculino ()

(2) Femenino ()

1.- Edad del encuestado _____

2.- En que Ciudad vive _____

3.- Cuál es su estado civil?

a) soltero ()

b) casado ()

c) viendo con alguien en pareja ()

d) divorciado/separado ()

e) viudo ()

3B.- Tiene teléfono residencial SI () NO () (NO ME REFIERO A MOBIL)

4.- Cuánto tiempo hace que vive en España?

a) Hace algunos días ()

b) Hace algunos meses ()

c) Hace un año o más ()

5.- Reside legalmente en España? (NO A RUMANOS)

a) Sí ()

b) No ()

c) Estoy haciendo los trámites ()

d) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

6.- Cómo describiría su situación laboral actual?

a) Trabajando ()

b) Buscando empleo (desempleado) ()

c) Se ocupa de las tareas del hogar ()

d) Jubilado, pensionista, discapacitado. ()

e) Va a la escuela o universidad. ()

f) Trabaja independientemente. ()

7.- Qué opina sobre el nivel de ingresos en su hogar? Está:

a) Satisfecho ()

b) Bastante satisfecho ()

c) Insatisfecho ()

d) Muy insatisfecho ()

8.- En qué tipo de vivienda reside?

a) Piso ()

b) Adosado/pareado. ()

c) Chalet /Casa unifamiliar ()

d) Institución (colegio, residencia) ()

e) Otro. ()

9.- Cuántas personas conviven con usted?

a) Vive solo(a) ()

b) 1 persona ()

c) 2 personas ()

d) 3 personas ()

e) 4 personas ()

f) más de 5 personas ()

Propiedad y robo de vehículos

10.- ¿En los últimos cinco años, en España, alguien de su hogar tuvo o tiene un automóvil, camioneta o camión para uso privado?

a) Sí <IR A PREGUNTA 11> ()

b) No <IR A PREGUNTA 39> ()

11.- SI LA RESPUESTA ES AFIRMATIVA. ¿Cuántos vehículos tuvo la mayor parte del tiempo? (ENCUESTADOR.: CUENTE LA CANTIDAD DE VEHÍCULOS DE LOS QUE FUE PROPIETARIO AL MISMO TIEMPO)

a) Uno (1)

b) Dos (2)

c) Tres (3)

d) Cuatro (4)

e) Cinco o más (5)

12.- En los últimos cinco años, ¿a Ud. o a algún otro miembro de su hogar le fue robado su automóvil/ camioneta/ camión? Por favor, tómese su tiempo para pensarlo.

a) Sí <IR A PREGUNTA 13> ()

b) No <IR A PREGUNTA 23> ()

c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 23> ()

13.- ¿Cuándo ocurrió? ¿Ocurrió (ENCUESTADOR.: LEER EN VOZ ALTA) (DE SER EL CASO, INCLUIR RESPUESTAS DE VARIOS MIEMBROS DE LA FAMILIA POR EJ. HERMANOS, TIOS, HIJOS, ETC.)

a) Este año (2010) ()

b) el año pasado (2009) ()

c) antes del 2009 ()

d) No sabe/no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

14.- Si ocurrió en 2010 ¿cuántas veces ocurrió el año 2010?

- a) Una vez ()
- b) Dos veces ()
- c) Tres veces ()
- d) Cuatro veces ()
- e) Cinco veces o más ()
- f) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

15.- ¿Este robo ocurrió en su casa, en su barrio, en su trabajo, en otro barrio de la ciudad, en otra ciudad española o en el extranjero?

- a) En su casa ()
- b) En su barrio ()
- c) En su trabajo ()
- d) En otro barrio de la Ciudad ()
- e) En otra ciudad española ()
- f) En el extranjero ()
- g) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

16.- Ha recuperado el coche?

- a) Sí ()
- b) No ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

17.-Usted o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 18> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 21> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 22> ()

18.- En el caso de haber denunciado el robo a la policía, podría decirme: ¿Por qué denunció el hecho? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA)

- a) Para recuperar los objetos robados. ()
- b) Porque tenía seguro de las cosas que me robaron ()
- c) Porque los delitos deben denunciarse / fue un delito serio ()
- d) Porque quería que detuvieran al ladrón por lo que hizo ()
- e) Para que no vuelva a ocurrir ()
- f) Para recibir ayuda ()
- g) Para recibir una indemnización en dinero por parte de los autores ()
- h) Otras ()

19.-En general, ha quedado Ud. satisfecho con la forma en que la policía se ha ocupado de la denuncia?

- a) sí (satisfecho) <IR A PREGUNTA 22> ()
- b) no (insatisfecho) <IR A PREGUNTA 20> ()
- c) no sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 22> ()

20.- Si quedó insatisfecho ¿Por qué razón se siente insatisfecho? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA) <IR A PREGUNTA 22>

- a) no hicieron lo suficiente ()
- b) no se interesaron ()
- c) no encontraron o no detuvieron al ladrón ()
- d) no recuperaron lo robado ()
- e) no me mantuvieron informado ()
- f) no me trataron correctamente (o fueron maleducados) ()
- g) tardaron en llegar ()
- c) no sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

21.- En el caso que no hubiese denunciado el hecho: ¿Por qué nadie denunció el robo? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA)

- a) cosa de poca importancia / no hubo pérdida económica ()

- b) lo resolví a mi manera / conocía al autor ()
- c) no era adecuado para la policía / no hacía falta la policía ()
- d) no podía denunciar porque no me encuentro con permiso para estar en España()
- e) lo resolvió mi familia ()
- f) no tenía seguro ()
- g) la policía no podría haber hecho nada / falta de pruebas ()
- h) la policía no hubiera hecho nada ()
- i) desagrado o miedo a la policía / no quería tener nada que ver con la policía ()
- j) no me atreví por miedo a represalias ()
- k) no sabe. ()

22.- En líneas generales, qué importancia tuvo este hecho para Ud. o para las personas que viven en su casa?

- a) Fue muy serio ()
- b) Medianamente serio ()
- c) No muy serio ()

23.-En los últimos cinco años, ¿a Ud. o a alguien de su casa le han robado el radio o alguna otra cosa que estaba en el coche, o alguna parte del coche, como por ejemplo, un espejo retrovisor, una rueda o los tapacubos?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 24> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 33> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 33> ()

24.- ¿Cuándo ocurrió? ¿Ocurrió (ENCUESTADOR.: LEER EN VOZ ALTA) (DE SER EL CASO, INCLUIR RESPUESTAS DE VARIOS MIEMBROS DE LA FAMILIA POR EJ. HERMANOS, TIOS, HIJOS, ETC.)

- a) Este año (2010) ()

- b) el año pasado (2009) ()
- c) antes del 2009 ()
- d) No sabe/no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

25.- Si ocurrió en 2010 ¿cuántas veces ocurrió el año 2010?

- a) Una vez ()
- b) Dos veces ()
- c) Tres veces ()
- d) Cuatro veces ()
- e) Cinco veces o más ()
- f) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

26.- ¿Este robo ocurrió en su casa, en su barrio, en su trabajo, en otro barrio de la ciudad, en otra ciudad española o en el extranjero?

- a) En su casa ()
- b) En su barrio ()
- c) En su trabajo ()
- d) En otro barrio de la Ciudad ()
- e) En otra ciudad española ()
- f) En el extranjero ()
- g) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

27.- Usted o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 28> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 31> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 32> ()

28.- En el caso de haber denunciado el robo a la policía, podría decirme: ¿Por qué denunció el hecho? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA)

- a) Para recuperar los objetos robados. ()

- b) Porque tenía seguro de las cosas que me robaron ()
- c) Porque los delitos deben denunciarse / fue un delito serio ()
- d) Porque quería que detuvieran al ladrón por lo que hizo ()
- e) Para que no vuelva a ocurrir ()
- f) Para recibir ayuda ()
- g) Para recibir una indemnización en dinero por parte de los autores ()
- h) Otras ()

29.-En general, ha quedado Ud. satisfecho con la forma en que la policía se ha ocupado de la denuncia?

- a) sí (satisfecho) <IR A PREGUNTA 32> ()
- b) no (insatisfecho) <IR A PREGUNTA 30> ()
- c) no sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 32> ()

30.- Si quedó insatisfecho ¿Por qué razón se siente insatisfecho? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA) <IR A PREGUNTA 32>

- a) no hicieron lo suficiente ()
- b) no se interesaron ()
- c) no encontraron o no detuvieron al ladrón ()
- d) no recuperaron lo robado ()
- e) no me mantuvieron informado ()
- f) no me trataron correctamente (o fueron maleducados) ()
- g) tardaron en llegar ()
- c) no sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

31.- En el caso que no hubiese denunciado el hecho: ¿Por qué nadie denunció el robo? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA)

- a) cosa de poca importancia / no hubo pérdida económica ()
- b) lo resolví a mi manera / conocía al autor ()
- c) no era adecuado para la policía / no hacía falta la policía ()

- d) no podía denunciar porque no me encuentro con permiso para estar en España ()
- e) lo resolvió mi familia ()
- f) no tenía seguro ()
- g) la policía no podría haber hecho nada / falta de pruebas ()
- h) la policía no hubiera hecho nada ()
- i) desagrado o miedo a la policía / no quería tener nada que ver con la policía ()
- j) no me atreví por miedo a represalias ()
- k) no sabe. ()

32.- En líneas generales, qué importancia tuvo este hecho para Ud. o para las personas que viven en su casa?

- a) Fue muy serio ()
- b) Medianamente serio ()
- c) No muy serio ()

33.- Al margen de los robos, en los últimos cinco años ¿a Ud. o a alguien de su casa le han dañado intencionalmente alguna parte del coche? (NO SE REGISTRAN LOS ACCIDENTES DE TRAFICO, SOLO DAÑOS INTENCIONADOS)

- a) Sí <IR A PREGUNTA 34> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 39> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 39> ()

34.- ¿Cuándo ocurrió? ¿Ocurrió (ENCUESTADOR.: LEER EN VOZ ALTA) (DE SER EL CASO, INCLUIR RESPUESTAS DE VARIOS MIEMBROS DE LA FAMILIA POR EJ. HERMANOS, TIOS, HIJOS, ETC.)

- a) Este año (2010) ()
- b) el año pasado (2009) ()
- c) antes del 2009 ()
- d) No sabe/no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

35.- Si ocurrió en 2010 ¿cuántas veces ocurrió el año 2010?

- a) Una vez ()

- b) Dos veces ()
- c) Tres veces ()
- d) Cuatro veces ()
- e) Cinco veces o más ()
- f) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

36.- ¿Este hecho ocurrió en su casa, en su barrio, en su trabajo, en otro barrio de la ciudad, en otra ciudad española o en el extranjero?

- a) En su casa ()
- b) En su barrio ()
- c) En su trabajo ()
- d) En otro barrio de la Ciudad ()
- e) En otra ciudad española ()
- f) En el extranjero ()
- g) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

37.- Usted o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

- a) Sí ()
- b) No ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

38.- En líneas generales, qué importancia tuvo este hecho para Ud. o para las personas que viven en su casa?

- a) Fue muy serio ()
- b) Medianamente serio ()
- c) No muy serio ()

39.- ¿En los últimos cinco años, alguien de su hogar tuvo o tiene una moto o ciclomotor?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 40> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 47> ()

40.- SI LA RESPUESTA ES AFIRMATIVA. ¿Cuántos motos tuvo la mayor parte del tiempo? (ENCUESTADOR.: CUENTE LA CANTIDAD DE VEHÍCULOS DE LOS QUE FUE PROPIETARIO AL MISMO TIEMPO)

- a) Uno (1)
- b) Dos (2)
- c) Tres (3)
- d) Cuatro (4)
- e) Cinco o más (5)

41.- En los últimos cinco años, ¿a Ud. o a algún otro miembro de su hogar le fue robada la moto? Por favor, tómese su tiempo para pensarlo.

- a) Sí <IR A PREGUNTA 42> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 47> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 47> ()

42.- ¿Cuándo ocurrió? ¿Ocurrió (ENCUESTADOR.: LEER EN VOZ ALTA) (DE SER EL CASO, INCLUIR RESPUESTAS DE VARIOS MIEMBROS DE LA FAMILIA POR EJ. HERMANOS, TIOS, HIJOS, ETC.)

- a) Este año (2010) ()
- b) el año pasado (2009) ()
- c) antes del 2009 ()
- d) No sabe/no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

43.- Si ocurrió en 2010 ¿cuántas veces ocurrió el año 2010?

- a) Una vez ()
- b) Dos veces ()
- c) Tres veces ()
- d) Cuatro veces ()
- e) Cinco veces o más ()
- f) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

44.- ¿Este hecho ocurrió en su casa, en su barrio, en su trabajo, en otro barrio de la ciudad, en otra ciudad española o en el extranjero?

- a) En su casa ()
- b) En su barrio ()
- c) En su trabajo ()
- d) En otro barrio de la Ciudad ()
- e) En otra ciudad española ()
- f) En el extranjero ()
- g) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

45.- Usted o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

- a) Sí ()
- b) No ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

46.- En líneas generales, qué importancia tuvo este hecho para Ud. o para las personas que viven en su casa?

- a) Fue muy serio ()
- b) Medianamente serio ()
- c) No muy serio ()

47.-¿En los últimos cinco años, alguien de su hogar tuvo o tiene una bicicleta?(INCLUIR BICICLETA DE NIÑOS DE LA CASA)

- a) Sí <IR A PREGUNTA 48> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 55> ()

48.- SI LA RESPUESTA ES AFIRMATIVA. ¿Cuántas bicicletas tuvo la mayor parte del tiempo? (ENCUESTADOR.: CUENTE LA CANTIDAD DE VEHÍCULOS DE LOS QUE FUE PROPIETARIO AL MISMO TIEMPO)

- a) Uno (1)
- b) Dos (2)

- c) Tres (3)
- d) Cuatro (4)
- e) Cinco o más (5)

49.- En los últimos cinco años, ¿a Ud. o a algún otro miembro de su hogar le fue robada la bicicleta? Por favor, tómese su tiempo para pensarlo.

- a) Sí <IR A PREGUNTA 50> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 55> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 55> ()

50.- ¿Cuándo ocurrió? ¿Ocurrió (ENCUESTADOR.: LEER EN VOZ ALTA) (DE SER EL CASO, INCLUIR RESPUESTAS DE VARIOS MIEMBROS DE LA FAMILIA POR EJ. HERMANOS, TIOS, HIJOS, ETC.)

- a) Este año (2010) ()
- b) el año pasado (2009) ()
- c) antes del 2009 ()
- d) No sabe/no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

51.- Si ocurrió en 2010 ¿cuántas veces ocurrió el año 2010?

- a) Una vez ()
- b) Dos veces ()
- c) Tres veces ()
- d) Cuatro veces ()
- e) Cinco veces o más ()
- f) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

52.- ¿Este hecho ocurrió en su casa, en su barrio, en su trabajo, en otro barrio de la ciudad, en otra ciudad española o en el extranjero?

- a) En su casa ()
- b) En su barrio ()
- c) En su trabajo ()

- d) En otro barrio de la Ciudad ()
- e) En otra ciudad española ()
- f) En el extranjero ()
- g) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

53.- Usted o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

- a) Sí ()
- b) No ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

54.- En líneas generales, qué importancia tuvo este hecho para Ud. o para las personas que viven en su casa?

- a) Fue muy serio ()
- b) Medianamente serio ()
- c) No muy serio ()

Robo en vivienda (PREGUNTAS INDIVIDUALES NO FAMILIARES)

55.- En los últimos cinco años, en España, alguien ha logrado entrar a robar en su casa. No se refiere a garaje o trasteros, o a una segunda vivienda (en el campo o en la playa) sino a su vivienda habitual?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 56> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 64> ()

56.- ¿Cuándo ocurrió? ¿Ocurrió (ENCUESTADOR.: LEER EN VOZ ALTA; SI OCURRIÓ MÁS DE UNA VEZ, PREGUNTAR SOBRE LA ÚLTIMA VEZ QUE LE OCURRIÓ)

- a) Este año (2010) ()
- b) el año pasado (2009) ()
- c) antes del 2009 ()

d) No sabe/no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

57.- Si ocurrió en 2010 ¿cuántas veces ocurrió el año 2010?

a) Una vez ()

b) Dos veces ()

c) Tres veces ()

d) Cuatro veces ()

e) Cinco veces o más ()

f) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

58.- Usted o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

a) Sí <IR A PREGUNTA 59> ()

b) No <IR A PREGUNTA 62> ()

c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 63> ()

**59.- En el caso de haber denunciado el robo a la policía, podría decirme: ¿Por qué denunció el hecho?
(PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA)**

a) Para recuperar los objetos robados. ()

b) Porque tenía seguro de las cosas que me robaron ()

c) Porque los delitos deben denunciarse / fue un delito serio ()

d) Porque quería que detuvieran al ladrón por lo que hizo ()

e) Para que no vuelva a ocurrir ()

f) Para recibir ayuda ()

g) Para recibir una indemnización en dinero por parte de los autores ()

h) Otras ()

60.-En general, ha quedado Ud. satisfecho con la forma en que la policía se ha ocupado de la denuncia?

a) sí (satisfecho) <IR A PREGUNTA 63> ()

b) no (insatisfecho) <IR A PREGUNTA 61> ()

c) no sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 63> ()

61.- Si quedó insatisfecho ¿Por qué razón se siente insatisfecho? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA) <IR A PREGUNTA 63>

a) no hicieron lo suficiente ()

b) no se interesaron ()

c) no encontraron o no detuvieron al ladrón ()

d) no recuperaron lo robado ()

e) no me mantuvieron informado ()

f) no me trataron correctamente (o fueron maleducados) ()

g) tardaron en llegar ()

h) otras razones (ESPECIFICAR) ()

i) no sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

62.- En el caso que no hubiese denunciado el hecho: ¿Por qué nadie denunció el robo? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA)

a) cosa de poca importancia / no hubo pérdida económica ()

b) lo resolví a mi manera / conocía al autor ()

c) no era adecuado para la policía / no hacía falta la policía ()

d) no podía denunciar porque no me encuentro con permiso para estar en España ()

e) lo resolvió mi familia ()

f) no tenía seguro ()

g) la policía no podría haber hecho nada / falta de pruebas ()

h) la policía no hubiera hecho nada ()

i) desagrado o miedo a la policía / no quería tener nada que ver con la policía ()

j) no me atreví por miedo a represalias ()

k) no sabe. ()

63.- En líneas generales, qué importancia tuvo este hecho para Ud. o para las personas que viven en su casa?

- a) Fue muy serio ()
- b) Medianamente serio ()
- c) No muy serio ()

64.- Además de esto, ¿En los últimos cinco años, le consta que alguien haya intentado entrar en su casa sin haberlo conseguido, por ejemplo, ha observado daños en la cerradura, puertas o ventanas o raspaduras alrededor de la cerradura?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 65> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 69> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 69> ()

65.- ¿Cuándo ocurrió? ¿Ocurrió (ENCUESTADOR.: LEER EN VOZ ALTA; SI OCURRIO MÁS DE UNA VEZ, PREGUNTAR SOBRE LA ÚLTIMA VEZ QUE LE OCURRIO)

- a) Este año (2010) ()
- b) el año pasado (2009) ()
- c) antes del 2009 ()
- d) No sabe/no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

66.- Si ocurrió en 2010 ¿cuántas veces ocurrió el año 2010?

- a) Una vez ()
- b) Dos veces ()
- c) Tres veces ()
- d) Cuatro veces ()
- e) Cinco veces o más ()
- f) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

67.- Usted o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

- a) Sí ()
- b) No ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

68.- En líneas generales, qué importancia tuvo este hecho para Ud. o para las personas que viven en su casa? Fue:

- a) Muy serio ()
- b) Medianamente serio ()
- c) No muy serio ()

Robo con Violencia contra las personas (PREGUNTAS INDIVIDUALES NO FAMILIARES)

69.- En los últimos cinco años, en España, alguien le ha robado o ha intentado robarle algo usando la fuerza o amenazándole? (INCLUIR EL TIRON, PERO NO LOS CASOS DE CARTERISMO QUE DEBEN REGISTRARSE EN LA PREGUNTA 87)

- a) Sí <IR A PREGUNTA 70> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 87> ()
- c) No sabe (NOLEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 87> ()

70.- En el caso de haber sido víctima de robo con violencia, ¿Recuerda cuándo ocurrió?

- a) Este año (año 2010) ()
- b) El año pasado (año 2009) ()
- c) Antes del 2009 ()
- d) No sabe / no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

71.- En el caso de haber sido víctima de robo con violencia, ¿Cuántas veces ocurrió en el último año?

- a) Sólo una vez ()
- b) Dos veces ()
- c) Tres veces ()
- d) Cuatro veces o más ()
- e) No recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

72.- En el caso de haber sido víctima de robo, donde ocurrió la última vez?

- a) En su casa ()

- b) En su barrio ()
- c) En su trabajo ()
- d) En otro barrio de la ciudad ()
- e) En otra ciudad española ()
- f) No sabe o recuerda. (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

73.- En el caso de haber sido víctima de robo, recuerda cuántos ladrones eran?

- a) Uno ()
- b) Dos ()
- c) Tres o más ()
- d) No sabe o recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

74.- Conocía al ladrón (o algunos de los ladrones) de nombre o vista?

- a) No conocía al ladrón ()
- b) Lo conocía sólo de vista ()
- c) Lo conocía de nombre ()
- d) No vio al autor ()

75.- Por el acento o por la apariencia del ladrón. ¿Piensa que era español o extranjero?

- a) Español ()
- b) Extranjero ()
- c) Españoles y extranjeros ()
- d) No vio al autor ()
- e) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

76.- Que probabilidad cree Ud. que el delito que sufrió fue por motivos racistas?

- a) Muy probable ()
- b) Probable ()
- c) No muy probable ()

d) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

77.- El ladrón (o algunos de los ladrones) tenía un arma o algo que usaba como arma?

a) Sí <IR A PREGUNTA 78> ()

b) No < IR A PREGUNTA 80> ()

c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 80> ()

78.- Si tenía arma ¿Qué tipo de arma era?

a) arma blanca (cuchillo, navaja.....) ()

b) arma de fuego ()

c) otra arma (un palo por ejemplo....) ()

d) algo utilizado como arma ()

e) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

79.- Se ha utilizado efectivamente el arma?

a) Sí ()

b) No ()

c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

80.- El ladrón le robó algo?

a) Sí ()

b) No ()

81.- Ud. o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

a) Sí <IR A PREGUNTA 82 > ()

b) No <IR A PREGUNTA 85> ()

c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 86> ()

**82.- En el caso de haber denunciado el robo a la policía, podría decirme: ¿Por qué denunció el hecho?
(PUEDE SELECCIONAR MAS DE UNA ALTERNATIVA)**

- a) Para recuperar los objetos robados. ()
- b) Porque tenía seguro de las cosas que me robaron ()
- c) Porque los delitos deben denunciarse / fue un delito serio ()
- d) Porque quería que detuvieran al ladrón por lo que hizo ()
- e) Para que no vuelva a ocurrir ()
- f) Para recibir ayuda ()
- g) Para recibir una indemnización en dinero por parte de los autores ()
- h) Otras ()

83.- En general, ha quedado Ud. satisfecho con la forma en que la policía se ha ocupado de la denuncia?

- a) Sí (satisfecho) <IR A PREGUNTA 86> ()
- b) No (insatisfecho) <IR A PREGUNTA 84> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 86> ()

84.- Si quedó insatisfecho ¿Por qué razón se siente insatisfecho? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA) <IR A PREGUNTA 86>

- a) no hicieron lo suficiente ()
- b) no se interesaron ()
- c) no encontraron o no detuvieron al ladrón ()
- d) no recuperaron lo robado ()
- e) no me mantuvieron informado ()
- f) no me trataron correctamente (o fueron maleducados) ()
- g) tardaron en llegar ()
- h) otras razones (ESPECIFICAR) ()
- i) no sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

85.- En el caso que no hubiese denunciado el hecho: ¿Por qué no se denunció el robo?

- a) Cosa robada de poca importancia / no hubo pérdida económica ()

- b) Lo resolví a mi manera / conocía al autor ()
- c) No era adecuado para la policía / no hacía falta la policía ()
- d) No podía denunciar porque no me encuentro con permiso para estar en España ()
- e) Lo resolvió mi familia ()
- f) No tenía seguro ()
- g) La policía no podría haber hecho nada por falta de pruebas ()
- h) Desagrado o miedo a la policía / no quería tener nada que ver con la policía ()
- i) No me atreví por miedo a represalias ()
- j) No sabe. (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

86.- En líneas generales, Qué importancia tuvo este hecho para Ud. o para las personas que viven en su casa?

- a) Fue muy serio ()
- b) Medianamente serio ()
- c) No muy serio ()

Huertos Personales (PREGUNTAS INDIVIDUALES NO FAMILIARES)

87.- Además de los robos que implica el uso de la fuerza o de la amenaza, hay muchos otros tipos de robos de objetos personales, por ejemplo el robo de una cartera, reloj, joyas, ropa.... ya sea en el trabajo, en el colegio, en un bar, en el transporte público, en la playa o en la calle. ¿Ud. personalmente ha sido víctima de alguno de estos robos?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 88> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 94> ()
- c) No sabe (NOLEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 94> ()

88.- En el caso de haber sido víctima de robo de bienes personales, ¿Recuerda cuándo ocurrió?

- a) Este año (año 2010) ()
- b) El año pasado (año 2009) ()
- c) Antes del 2009 ()

d) No sabe / no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

89.- En el caso de haber sido víctima de robo de bienes personales, ¿Cuántas veces ocurrió en el último año?

a) Sólo una vez ()

b) Dos veces ()

c) Tres veces ()

d) Cuatro veces o más ()

e) No recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

90.- En el caso de haber sido víctima de robo de bienes personales, donde ocurrió la última vez?

a) En su casa ()

b) En su barrio ()

c) En su trabajo ()

d) En otro barrio de la ciudad ()

e) En otra ciudad española ()

f) No sabe o recuerda. (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

91.- Ha sido un caso de carterismo, es decir, llevaba Ud. consigo lo que han robado?

a) Sí ()

b) No ()

92.- Ud. o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

a) Sí ()

b) No ()

c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

93.- En líneas generales, Qué importancia tuvo este hecho para Ud. o para las personas que viven en su casa?

a) Fue muy serio ()

- b) Medianamente serio ()
- c) No muy serio ()

Agresiones sexuales (SOLO MUJERES) (PREGUNTAS INDIVIDUALES NO FAMILIARES)

94.- Cada día más mujeres reconocen públicamente que han sido acosadas o agredidas sexualmente tanto por desconocidos como por sus maridos, compañeros, amigos.... Esta valentía ha supuesto que la sociedad se sensibilice y denuncie estos hechos para combatirlos. Antes de responder esta pregunta le recuerdo que todos los datos que nos facilite son totalmente confidenciales y ni nosotros o nadie tiene como saber su identidad. Le preguntamos: A UD. le ha ocurrido en los últimos cinco años, en España, que alguien intente tocarla o agredirla con fines sexuales. Esto puede pasar en su casa o en otro sitio, por ejemplo en un bar, en la calle, en el colegio, en el transporte público, en un cine, en la playa o en el trabajo.

- a) Sí <IR A PREGUNTA 95> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 110> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 110> ()

95.- En el caso de haber sido víctima de una ofensa sexual, ¿Recuerda cuándo ocurrió?

- a) Este año (año 2010) ()
- b) El año pasado (año 2009) ()
- c) Antes del 2009 ()
- d) No sabe / no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

96.- En el caso de haber sido víctima de una agresión sexual, ¿Cuántas veces ocurrió en el último año?

- a) Sólo una vez ()
- b) Dos veces ()
- c) Tres veces ()
- d) Cuatro veces o más ()
- e) No recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

97.- En el caso de haber sido víctima de ofensa sexual, donde ocurrió la última vez?

- a) En su casa ()
- b) En su trabajo ()
- c) En su barrio ()
- d) En otro barrio de la ciudad ()
- e) En otra ciudad española ()
- f) No sabe o recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

98.- Recuerda cuántas personas la agredieron?

- a) Una persona ()
- b) Dos personas ()
- c) Tres o más personas ()
- d) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

99.- En relación al último hecho, conocía al agresor o agresores de nombre o vista?

- a) No vi. al agresor ()
- b) No conocía al agresor ()
- c) Lo conocía solo de vista ()
- d) Conocía su nombre ()

100.- Por el acento o por la apariencia del agresor (o de los agresores) piensa que era español o extranjero?

- a) Español ()
- b) Extranjero ()
- c) Españoles y extranjeros ()
- d) No vio el autor ()
- e) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

101.- Que probabilidad cree Ud. que el delito que sufrió fue por motivos racistas?

- a) Muy probable ()
- b) Probable ()

- c) No muy probable ()
- d) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

102.- Alguno de los agresores tenía un arma o algo que usaba como arma?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 103> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 105> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 105> ()

103.- Qué tipo de arma era?

- a) arma blanca (cuchillo, navaja.....) ()
- b) arma de fuego ()
- c) otra arma (un palo por ejemplo....) ()
- d) algo utilizado como arma ()
- e) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

104.- Más allá de la amenaza, ¿el arma fue utilizada?

- a) Sí ()
- b) No ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

105.- Como definiría el hecho, diría que ha sido?

- a) Una violación ()
- b) Un intento de violación ()
- c) Una agresión sexual ()
- d) Un comportamiento ofensivo ()
- e) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

106.- (La última vez) Ud. o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 107> ()

- b) No <IR A PREGUNTA 109> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 110> ()

107.- En general, ha quedado Ud. satisfecho con la forma en que la policía se ha ocupado de la denuncia?

- a) Sí (satisfecho) <IR APREGUNTA 110> ()
- b) No (insatisfecho) <IR APREGUNTA 108> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR APREGUNTA 110> ()

108.- Si quedó insatisfecho ¿Por qué razón se siente insatisfecho? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UN ALTERNATIVA) <IR A PREGUNTA 110>

- a) no hicieron lo suficiente ()
- b) no se interesaron ()
- c) no encontraron o no detuvieron al delincuente ()
- d) no recuperaron lo robado ()
- e) no me mantuvieron informado ()
- f) no me trataron correctamente (o fueron maleducados) ()
- g) tardaron en llegar ()
- h) otras razones (ESPECIFICAR) _____ ()
- i) no sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

109.- En el caso que no hubiese denunciado el hecho: ¿Por qué no denunció la ofensa sexual?

- a) Cosa de poca importancia / no hubo pérdida económica ()
- b) Lo resolví a mi manera / conocía al autor ()
- c) No era adecuado para la policía / no hacía falta la policía ()
- d) No podía denunciar porque no me encuentro con permiso para estar en España ()
- e) Lo resolvió mi familia ()
- f) No tenía seguro ()
- g) La policía no podría haber hecho nada / falta de pruebas ()
- h) La policía no hubiera hecho nada ()

- i) Desagrado o miedo a la policía / no quería tener nada que ver con la policía ()
- j) No me atreví por miedo a represalias ()
- k) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

Lesiones y Amenazas: (PREGUNTAS INDIVIDUALES NO FAMILIARES)

110.- En los últimos cinco años, ha sido Ud. personalmente agredido o amenazado (de modo tal que se sintiera verdaderamente atemorizado) ya sea en su casa o en otro sitio. Tenga presente, que un hecho de este tipo también lo pudo realizar su pareja, un miembro de su familia o un amigo íntimo.

- a) Sí <IR A PREGUNTA 111> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 129> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 129> ()

111.- En el caso de haber sido víctima de lesiones o amenaza, ¿Recuerda cuándo ocurrió la última vez?

- a) Este año (año 2010) ()
- b) El año pasado (año 2009) ()
- c) Antes del 2009 ()
- d) No sabe / no recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

112.- En el caso de haber sido víctima de una lesión o amenaza, ¿Cuántas veces ocurrió en el último año?

- a) Sólo una vez ()
- b) Dos veces ()
- c) Tres veces ()
- d) Cuatro veces o más ()
- e) No recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

113.- En el caso de haber sido víctima de lesión, donde ocurrió la última vez?

- a) En su casa ()
- b) En su trabajo ()

- c) En su barrio ()
- d) En otro barrio de la ciudad ()
- e) En otra ciudad española ()
- f) No sabe o recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

114.- Recuerda cuántas personas la agredieron?

- a) Una persona ()
- b) Dos personas ()
- c) Tres o más personas ()
- d) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

115.- Conocía al agresor o agresores de nombre o vista?

- a) No vi al agresor ()
- b) No conocía al agresor ()
- c) Lo conocía de vista ()
- d) Lo conocía de nombre ()

116.- Por el acento o por la apariencia del agresor (o de los agresores) piensa que era español o extranjero?

- a) Español ()
- b) Extranjero ()
- c) Españoles y extranjeros ()
- d) No vio el autor ()
- e) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

117.- Que probabilidad cree Ud. que el delito que sufrió fue por motivos racistas?

- a) Muy probable ()
- b) Probable ()
- c) No muy probable ()
- d) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

118.- La última vez ¿lo amenazaron o se utilizó la fuerza?

- a) sólo me amenazaron ()
- b) se utilizó la fuerza ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

119.- Alguno de los agresores tenía un arma o algo que usaba como arma?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 120> ()
- b) No <IR A PREGUNTA 122> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 122> ()

120.- Qué tipo de arma era?

- a) arma blanca (cuchillo, navaja.....) ()
- b) arma de fuego ()
- c) otra arma (un palo por ejemplo....) ()
- d) algo utilizado como arma ()
- e) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

121.- Más allá de la amenaza, ¿el arma fue utilizada?

- a) Sí ()
- b) No ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

122.- Resultó Ud. herido como consecuencia del hecho?

- a) Sí ()
- b) No ()

123.- Ud. o alguna otra persona ha denunciado el hecho a la policía?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 124> ()

- b) No <IR A PREGUNTA 127> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 128> ()

124.- En el caso de haber denunciado el hecho a la policía, podría decirme: ¿Por qué denuncié el hecho? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UNA ALTERNATIVA)

- a) Para recuperar los objetos robados. ()
- b) Porque tenía seguro de las cosas que me robaron ()
- c) Porque los delitos deben denunciarse / fue un delito serio ()
- d) Porque quería que detuvieran al ladrón por lo que hizo ()
- e) Para que no vuelva a ocurrir ()
- f) Para recibir ayuda ()
- g) Para recibir una indemnización en dinero por parte de los autores ()
- h) Otras ()

125.- En general, ha quedado Ud. satisfecho con la forma en que la policía se ha ocupado de la denuncia?

- a) Sí (satisfecho) <IR A PREGUNTA 128> ()
- b) No (insatisfecho) <IR A PREGUNTA 126> ()
- c) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 128> ()

126.- Si quedó insatisfecho ¿Por qué razón se siente insatisfecho? (PUEDE SELECCIONAR MAS DE UNA ALTERNATIVA) <IR A PREGUNTA 128>

- a) no hicieron lo suficiente ()
- b) no se interesaron ()
- c) no encontraron o no detuvieron al delincuente ()
- d) no recuperaron lo robado ()
- e) no me mantuvieron informado ()
- f) no me trataron correctamente (o fueron maleducados) ()
- g) tardaron en llegar ()
- h) otras razones (ESPECIFICAR) _____ ()

i) no sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

127.- En el caso que no hubiese denunciado el hecho: ¿Por qué no se denunció el robo?

- a) Cosa robada de poca importancia / no hubo pérdida económica ()
- b) Lo resolví a mi manera / conocía al autor ()
- c) No era adecuado para la policía / no hacía falta la policía ()
- d) No podía denunciar porque no me encuentro con permiso para estar en España ()
- e) Lo resolvió mi familia ()
- f) No tenía seguro ()
- g) La policía no podría haber hecho nada por falta de pruebas ()
- h) Desagrado o miedo a la policía / no quería tener nada que ver con la policía ()
- i) No me atreví por miedo a represalias ()
- j) No sabe. (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

128.- En líneas generales, Que importancia tuvo este hecho para Ud. o para las personas que viven en su casa?

- a) Fue muy serio ()
- b) Medianamente serio ()
- c) No muy serio ()

Actitud hacia el Delito

129.- Ahora quisiera hacerle algunas preguntas sobre su barrio y su opinión sobre el delito en el mismo. En algunos barrios, las personas hacen cosas juntas y tratan de ayudarse unas a otras, mientras que en otras las personas se las arreglan solas. ¿En que tipo de barrio vive Ud., las personas se ayudan o en general se las arreglan solas?

- a) en general se ayudan ()
- b) en general se arreglan solas ()
- c) una mezcla de ambas ()
- d) No sabe. (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

130.- Como diría que se siente caminando solo en su barrio de noche?

- a) Muy seguro ()
- b) Bastante seguro ()
- c) Un poco inseguro ()
- d) Muy inseguro ()
- e) No se atreve a caminar ()

131.- Y cómo diría que se siente cuando está solo, de noche, en su casa?

- a) Muy seguro ()
- b) Bastante seguro ()
- c) Un poco inseguro ()
- d) Muy inseguro ()

132.- Qué probabilidad cree Ud. que alguien en los próximos doce meses intente entrar en su casa por la fuerza?

- a) muy probable ()
- b) probable ()
- c) no muy probable ()
- d) No sabe. (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

Actitud hacia la Policía

133.- En términos generales, ¿Como cree Ud. que actúa la policía en su zona cuando se trata de controlar el delito?

- a) Muy bien ()
- b) Bastante bien ()
- c) Bastante mal ()
- d) Muy mal ()
- e) No sabe (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

134.-Ha tenido algún contacto (presencial, telefónico o denuncia) con la policía durante el año 2010 en si ciudad?

a) Sí <IR A PREGUNTA 136> ()

b) No <IR A PREGUNTA 135> ()

c) No sabe o No recuerda (NO LEER EN VOZ ALTA) <IR A PREGUNTA 135> ()

135.- De los tres servicios policiales siguientes, cual considera el cuerpo de policía principal en el municipio donde usted vive?(PRINCIPAL SIGNIFICA IMPORTANTE O PROTAGONISTA EN LA CIUDAD)

a) Mossos d'Esquadra ()

b) Cuerpo nacional de policía ()

c) Guardia Civil ()

<IR A PREGUNTA 138>

136.- Con que cuerpo de policía tuvo el último contacto?

a) Mossos d'Esquadra ()

b) Cuerpo nacional de policía ()

c) Guardia Civil ()

d) No recuerda ()

137.- Por qué motivo se produjo el último contacto con la policía?

a) Delincuencia. Denunciar o avisar de hechos delictivos. ()

b) Ayuda de tráfico. Accidente, avería, etc. ()

c) Control de tráfico. Recibir alguna denuncia, pasar algún control, etc. ()

d) Quejas o denuncias por infracciones a ordenanzas municipales. ()

Avisar de ruidos molestos, quejas contra vecinos, obras, limpieza, animales, etc.

e) Documentación. ()

f) Recibir información general sobre trámites, actos, etc. ()

g) Otros ()

138.- Puntúe de 0 a 10 los siguientes aspectos de los cuerpos de policía.

		Mossos d'Esquadra	Cuerpo Nacional de Policía	Guardia Civil
138.1	Formación y preparación			
138.2	Trato recibido			
138.3	Eficacia de sus funciones			
138.4	Valoración global			

Evaluación de Instituciones

139.- Que confianza le merece la Policía en España?

- a) Mucha confianza ()
- b) Bastante confianza ()
- c) Poca Confianza ()
- d) Ninguna Confianza ()
- e) No sabe / No conoce (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

140.- Que confianza le merecen los Juzgados y Tribunales?

- a) Mucha confianza ()
- b) Bastante confianza ()
- c) Poca Confianza ()
- d) Ninguna Confianza ()
- e) No sabe / No conoce (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

141.- Como considera que es la labor del sistema penitenciario?

- a) Muy buena ()

- b) Buena ()
- c) Normal ()
- d) Mala ()
- e) No sabe / No conoce (NO LEER EN VOZ ALTA) ()

142.- Conoce la Oficina de Atención de Víctimas de Delitos?

- a) Sí <IR A PREGUNTA 143> ()
- b) No <FIN ENCUESTA> ()

143.- Como considera la labor de las Oficina de Atención de Víctimas de Delitos?

- a) Muy buena ()
- b) Buena ()
- c) Normal ()
- d) Mala ()
- e) No sabe / No conoce (NO LEER EN VOZ ALTA) ()