

MATERIALES DE ESTUDIO

LECCIÓN I. INTRODUCCIÓN

1. ¿Qué es la política criminal y cuál es su relación con el control social?

A finales del siglo XIX, la escuela sociológica alemana -dentro de las teorías penales eclécticas-, representada por von Liszt, se refirió a una ciencia total del Derecho penal, donde el Derecho penal, la Criminología y la Política criminal cobran sentido. La política criminal debería elaborar criterios políticos, como sistema de principios, derivados de las investigaciones empíricas. Sobre esos criterios se podría proceder a una crítica y reforma. En este sentido, en la actualidad entenderíamos la política criminal como el conjunto de criterios, valores o decisiones que han de inspirar al legislador, extraídos de la Criminología (que estudia los hechos) y la Dogmática penal (que estudia la norma), a fin de construir un sistema penal más justo o adecuado a las necesidades de la sociedad. Feuerbach se refería a dicha política como la “sabiduría legislativa del Estado” para decidir cuándo una conducta es delictiva y qué respuesta le corresponde.

El Derecho penal es un medio de control social de carácter jurídico altamente formalizado. Desde su origen moderno, las sociedades han ido experimentando procesos de mayor complejidad y heterogeneidad, debilitándose, en cierta forma, algunos controles sociales informales, los cuales también pueden ser opresivos -particularmente para ciertas minorías-. En el Antiguo Régimen la política criminal estaba basada en gran parte en el escarmiento, con una confusión entre delito y pecado. En el Estado liberal predomina la idea de retribución, pero limitada. En un Estado social se pretende que el Estado sea eficiente reduciendo la delincuencia y preocupándose, no sólo de la prevención general (en su sentido positivo y negativo), sino también de la prevención especial (particularmente en sentido positivo).

El Derecho penal, al menos en sistemas democráticos, es un instrumento de control social complementario, no crea un nuevo sistema de valores ni constituye un sistema distinto de motivación del comportamiento humano.

La política criminal sería el conjunto de respuestas de los diferentes poderes públicos para identificar, prevenir y reaccionar ante los procesos de delincuencia y victimización. Como toda política, aún informada por la evidencia científica disponible, el margen de

decisión dependerá de la primacía de ciertos valores que, en nuestras sociedades actuales, deben corresponderse con los derechos humanos.

Según el art. 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

Toda política criminal busca un orden social que no siempre se corresponde con ese ideal. Incluso, dentro de una misma sociedad democrática que, en principio, limita el *ius puniendi* según una concepción garantista de los fines y funciones del Derecho penal, podemos encontrar –al menos en la práctica- diversas políticas criminales o de control social dependiendo de la tipología delictiva, de los sujetos afectados, del agente que la aplica o del instrumento utilizado, entre otros factores.

En un sentido amplio, la política de control social formal la conformarían las políticas criminales en sentido estricto, las políticas victimales –explícitas e implícitas-, las políticas policiales, judiciales y penitenciarias. Todas ellas, en una concepción de prevención social extensa, se relacionan con las políticas educativas, sanitarias, sociales, económicas, etc., es decir, con los marcos que delimitan los controles sociales informales, mucho más efectivos a la hora de minimizar las conductas delictivas, como ya han demostrado numerosas investigaciones criminológicas internas y comparadas.

2. Formas y estilos de control social que condicionan la extensión y las propias opciones de política criminal

Donald Black para quien el control social significa la definición y respuesta a la desviación, es decir, el tratamiento de los conflictos a través de fenómenos tan diversos como la litigación, la violencia, la mediación, los rumores, el ostracismo, la sicoterapia, la brujería, el sabotaje y el suicidio (1993, xiii; 6-8). En su entendimiento estricto del control social, este autor distingue entre formas y estilos, de acuerdo con el cuadro siguiente¹:

¹ Extracto de Varona (1998).

Formas (por número y calidad de los intervinientes)	Estilos (por estructuras relacionales y percepciones de la gravedad)
Unilaterales (autoayuda, murmuración, críticas, evitación y tolerancia); bilaterales (negociación)	-penal -terapéutico -compensatorio -conciliatorio
Trilaterales (por diferencias en la actividad, imparcialidad y autoridad del tercero)	
marginales (negociadores y curanderos)	
parciales (informantes, consejeros, abogados, aliados, subrogados)	
imparciales (pacificadores, mediadores, árbitros, jueces)	

Divide las **formas** en dos grandes categorías –aunque se produce una gran permeabilidad entre ambas–: aquellas que sólo involucran a sus participantes o protagonistas, incluyendo a los que les apoyan, y aquellas en las que interviene además una tercera parte, que actúa como agente para llegar a un acuerdo. En la primera forma, el control social puede ser unilateral -autoayuda, murmuración, críticas, evitación o tolerancia-, o bilateral -negociación sin intervención de un tercero-. La segunda forma de control -por propia definición, al intervenir un árbitro, mediador o juez- es trilateral. A este respecto, y en relación con el cambio social, el aumento del individualismo y de la igualdad resultan ambiguos: al disminuir los lazos informales, se demanda la intervención oficial de terceras partes para resolver conflictos que, anteriormente, al desarrollarse entre conocidos no estaban regulados legalmente o no se acudía a instancias oficiales. Pero, al mismo tiempo, el anonimato fomenta la tolerancia o la huida del tratamiento del conflicto (Horwitz 1990, 248-9).

Black se para a analizar una forma de control social **unilateral** que él denomina autoayuda y define como “la expresión de un agravio mediante una agresión unilateral” (1993, 43, nota 2). Se refiere a actos, intencionados o impulsivos, que expresan desaprobación, en el sentido de “tomarse la justicia por su propia mano”, y que pueden tener el fin de lograr la compensación o restitución, pero que como actos de violencia, o realización por la fuerza de lo que se considera como el propio derecho, pueden estar penalizados. Como ejemplo histórico cabe pensar en determinados actos de violencia que forman parte de la justicia indígena en la época colonial (y aún en la actualidad). Otros ejemplos de nuestras sociedades serían la acción de los llamados “vigilantes” callejeros, las mujeres que agreden o matan a sus compañeros maltratadores o las venganzas entre mafias y subculturas (bandas y grupos étnicos). Adicionalmente, dado el elevado número de delitos entre personas que se conocen, podría sostenerse que, en muchos de estos casos, se trata de algún modo de lo que el agresor percibe como un ajuste de cuentas. Incluso, aunque no se conozcan, los infractores pueden considerar a sus víctimas “culpables”. Además, en delitos contra la propiedad, podría operar cierta “compensación unilateral” (Black, 1993, 51). Estos ejemplos cuestionarían la función de prevención del Derecho penal y el monopolio del control formal violento por el Estado. Black concluye que los “delitos de autoayuda” (concebidos como venganza o rebelión) tienen su caldo de cultivo entre personas de una posición social baja, que cuentan con escasa protección jurídica, y entre personas con una relación familiar en la que el Estado suele inhibirse por considerarlo un asunto privado. Es lo que Black llama situaciones sin Estado, “stateless locations”, donde se verificaría la teoría de Hobbes (1993, 40). En términos de mercado, la escasez de “oferta de derecho” favorece esta autoayuda.

Respecto de las formas **trilaterales**, Black, junto con M. P. Baumgartner, formula una *teoría del tercero*, con resultados provisionales, que intenta explicar cuándo y cómo éste, independientemente de su imparcialidad, interviene en los conflictos de otras personas, a la luz de la Antropología, la Sociología y la Historia (1993, 95-6), pudiendo aplicarse a distintos agentes de control formal e informal. En su opinión, este cuerpo teórico ofrece infinitas oportunidades para la ingeniería jurídica y supone un reto para las concepciones tradicionales de la justicia. En lo que nos interesa, dicha teoría permite una clasificación de once categorías de terceros, según su grado de intervención, imparcialidad y autoridad. Habría dos posiciones marginales y dos grandes grupos. La dificultad de su clasificación hace que los negociadores y curanderos (“healers”) sean considerados como roles marginales. Los negociadores tienen una participación híbrida en cuanto a su

imparcialidad, ya que representan a una de las partes, pero, en todo caso, trabajan para que las dos lleguen a un acuerdo, como sucede con los abogados de compañías de seguros y también en el proceso penal estadounidense respecto de la figura del *plea bargaining*. Asimismo, pueden encontrarse ejemplos históricos europeos si se piensa en los portavoces de distintos grupos y en los “segundos” o asistentes de cada duelista. Por su parte, los curanderos se acercan al conflicto de una manera distinta, ya sea como magos, exorcistas o terapeutas. No se preocupan por la justicia, sino por la salud, el bienestar o la normalidad de la persona, que consideran necesitada de su ayuda o tratamiento, y lo hacen con cierta autoridad (1993, 118-20; 124).

Black relaciona la autoridad con variaciones en el formalismo (producción y aplicación de normas escritas), la decisión de quién tiene la razón y quién no, la coerción y la punición. Estos elementos están en función directa con la distancia relacional y jerárquica (1993, 145-9). Por distancia relacional entiende el grado cuantificable en que las personas participan en la vida de otra. Así, según este autor, existe una relación curvilínea entre distancia relacional y derecho. El derecho disminuye cuanto más pequeño y más grande sea el espacio relacional (1995, 4, nota 15).

En cuanto a los dos grandes grupos de formas de intervención de un tercero, el primero está integrado por intervenciones que, en principio, no son imparciales, como ocurre con los informantes, consejeros, abogados, aliados y subrogados. El segundo recoge actuaciones de terceros, en principio imparciales, tendentes a hacer llegar a un acuerdo a las partes en conflicto. Éstas sí serían, propiamente, formas trilaterales de control social y comprenderían la actuación de los pacificadores, mediadores, árbitros y jueces. Los pacificadores no se fijan ni en la causa, ni en el contenido de la disputa, sino en hacer que se olvide el conflicto y alcanzar la paz. La pacificación puede realizarse de forma amistosa o represiva, amenazando con un castigo a ambas partes si no cesa el conflicto. Los mediadores fomentan el llegar a un acuerdo, sin imponerlo a las partes. Según palabras de Hart y Sacks sería como una “negociación supervisada”. En opinión de Black, los antropólogos han calificado como mediaciones, intervenciones de terceros que se acercan más al arbitraje, como en el caso de los monkalun en Filipinas, y han infravalorado las actividades de mediadores pasivos, que sólo intervienen con su presencia, lo cual ocurre también hoy en día entre amigos. Los árbitros proponen una resolución al conflicto, pero no tienen capacidad para ejecutarla. En todo caso, la legislación actual puede hacer que los arbitrajes sean jurídicamente vinculantes. Esto es la regla general cuando hablamos de jueces que pueden imponer sanciones si no se

obedece su resolución y que, en una concepción amplia, comprende casos de sociedades sin Estado, familias y organizaciones, que, por ejemplo, pueden sancionar con la expulsión (Black 1993, 110-2; 114-5).

Ahondando en la distinción entre formas bilaterales y trilaterales, para Horwitz, la mediación es más cercana a las primeras, dado el carácter del mediador de mero facilitador hacia la negociación de ambas partes por sí mismas (1990, 134, nota 4). Aquí entiendo la mediación como forma trilateral, ya que el papel del mediador resulta fundamental. La mediación funcionará si ambas perciben la equidistancia o imparcialidad del mediador y están relacionadas con él de alguna forma, como ya puso de relieve Felstiner (1974). Esta relación puede ser de jerarquía o autoridad, como ocurría con el clero en Europa occidental. En comparación, según Horwitz, verdaderas formas trilaterales de autoridad -como la adjudicación o el arbitraje- surgen cuando se incrementa la distancia relacional: "La intromisión de terceras partes formales en las disputas es un signo de que la intimidad ha desaparecido". Además se utilizan cada vez más por personas pertenecientes a grupos desfavorecidos o que sufren discriminaciones (mujeres, inmigrantes, discapacitados, niños, etc.), pero que poseen un cierto grado de organización o posibilidad de ayuda, considerando que el tratamiento informal de estos conflictos opera generalmente en desventaja suya (1990, 135; 162-3).

Se puede hablar también, según Black (1993, 18-9), de macromodelos de control, distinguiendo sociedades de mediación, de arbitraje o de adjudicación, según el grado de complejidad social y diferenciación de *status*.

Respecto de los **estilos**, siguiendo el orden indicado por Black y desarrollado por Horwitz, se distinguen los cuatro siguientes: penal, terapéutico, compensatorio y conciliatorio, los cuales dependen de las estructuras relacionales -en cuanto a distancias de intimidad y poder- y de las percepciones de la gravedad del daño. Todos estos estilos se encuentran en la vida contemporánea en distintas situaciones, aunque su intensidad está siendo alterada. En lo relativo a la eficacia de los controles sociales, Horwitz sostiene que cuanto más consensuales, más eficaces, ya que los coercitivos difícilmente pueden crear conformidad a largo plazo (1990, 23-100; 248; 211). Cada estilo tiene su propio lenguaje y lógica, y su utilización varía en cada contexto cultural, puesto que un mismo caso puede tratarse con estilos diversos (Black 1993, 47-8).

El estilo **penal** utiliza un lenguaje de prohibiciones, infracciones, culpa y retribución. Se centra en el comportamiento del sujeto, castigándolo cuando viola las prohibiciones

(Black 1993, 47). Principalmente se utiliza en sociedades individualistas donde ocurren muchas victimizaciones entre gente extraña y muy diferente entre sí, que tampoco están relacionadas con posibles terceras partes que intervengan en el conflicto. La distancia entre víctimas, delincuentes y agentes de control social retroalimenta el estilo penal, por lo que Horwitz predice su crecimiento. A él también contribuirá la mayor independencia de determinadas minorías, como mujeres y jóvenes, que ahora se relacionan demandando y siendo objeto de castigo. Sin embargo, este crecimiento no se producirá para todo tipo de conductas. Comportamientos relacionados con la moralidad de las relaciones sexuales entre adultos, por ejemplo, ya no serán objeto de control social penal. En todo caso, Horwitz concluye que los estilos penales continuarán expandiéndose en el mundo moderno pero difícilmente proporcionarán respuestas efectivas a las raíces de los problemas (1990, 245).

El estilo **terapéutico** se centra en personas que sufren anomalías y buscan ayuda (Black 1993, 48). Se da en contextos de individualismo creciente, donde se verifica la teoría general de Black de que, a menor distancia social, menor intervención de terceros. Por tanto, en los conflictos con uno mismo, en la actualidad, en caso de que alguien intervenga, será frecuentemente un terapeuta. El número de psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, asesores en educación, mediadores sociales, etc. se ha incrementado, junto con el número de sus pacientes y los problemas que se consideran apropiados para ser tratados por aquéllos. La movilidad disminuye los lazos de la familia y el aislamiento hace que uno se centre en su propia existencia y llegue a buscar ayuda terapéutica. Sin embargo, este tipo de asistencia no lo es tanto, en cuanto no se acepte voluntariamente y haya grandes distancias entre el terapeuta y el paciente. Además, esta asistencia puede provocar un mayor aislamiento o resultar muy limitada (Horwitz 1990). De acuerdo con el estudio de Cohen y Taylor (1993, 21), el poder terapéutico no es represivo, en el sentido de la sociedad contra el individuo, sino que se dirige a crear formas de subjetividad que encajan en un discurso particular de control y ciudadanía. Se da una construcción de lo personal por lo político.

El estilo **compensatorio** se basa principalmente en las consecuencias de la conducta. Habla de obligaciones, daños, deudas y restitución. Se trata de reparar el daño ocasionado a la víctima (Black 1993, 48). La reparación suele consistir generalmente en la entrega de un bien considerado valioso, pero también pueden darse prestaciones de servicios. Sucede principalmente en contextos de responsabilidad de grupos o personas jurídicas, donde la vida se centra en la pertenencia a una serie de colectivos u

organizaciones, entre las que se crean obligaciones, y donde la responsabilidad individual se diluye. Así ocurre, según Horwitz, tanto en las sociedades tribales de clanes como en las sociedades modernas, aunque en las primeras se enfatiza la reparación de las relaciones rotas, como expresión de los valores de pertenencia al grupo, conformidad y armonía. En contraste, en las sociedades modernas, más individualistas, la compensación gira en torno al reconocimiento de un derecho de resarcimiento económico de los daños, ya que no existe una relación previa víctima-infractor que deba ser reparada. Por tanto, externamente, las formas de compensar pueden ser similares en las sociedades holísticas e individualistas, pero no lo son en su fundamento y el intento de las segundas de aproximarse al fundamento de las primeras conduce al fracaso. Horwitz estima que los sistemas de las sociedades modernas de hacer pagos o prestar servicios a sus víctimas suelen tener corta duración y son ineficaces, ya que carecen de la base de responsabilidad colectiva (1990, 63, nota 5). En este sentido, Garland y Simon se han referido a la tendencia de las políticas penales recientes de traer a colación estilos penales del pasado, "...produciendo una especie de efecto pastiche, en el que las prácticas más antiguas se reviven no porque sean funcionales, sino porque evocan el sentido de una época pasada" (Garland 1995, 206, nota 8). Simon habla de "nostalgia" (1993, 248). En cualquier caso, este estilo tiene la ventaja de evitar, al mismo tiempo, la venganza y la estigmatización respecto del agresor y otorgar una reparación a las víctimas. Estas ventajas disminuyen en las sociedades actuales que monetarizan la respuesta y, especialmente entre organizaciones o personas jurídicas, que asumen los riesgos y reparaciones como parte de los costes, sin distinguir claramente entre responsabilidad objetiva e intención, por lo que este estilo no puede proporcionar una base moral.

De acuerdo con Black, el punto de partida clásico en lo que él denomina teoría de la compensación es la obra de Durkheim *La división del trabajo* (1893). El paso de una solidaridad mecánica a otra orgánica o de interdependencia conllevará también la evolución de las sanciones penales a las reparatorias. En todo caso como variables de la compensación, Black tiene en cuenta la estructura social y del caso concreto. Respecto de la primera, puede ocurrir que sea socialmente vergonzoso aceptar una reparación y que se prefiera otra forma de compensar (quizá a través de la venganza o la evitación, como en el caso de grupos gitanos en Finlandia -véase en la Parte Cuarta el estudio de Grönfors-). Además, la compensación suele ser más frecuente entre grupos que entre individuos (piénsese en casos de consumidores). De alguna manera, históricamente, se puede apreciar una evolución de un tipo de responsabilidad colectiva (en el seno de la

familia, clan, etc.) a otro (en el seno de las organizaciones modernas). Respecto de la estructura del caso concreto, como variable de la compensación, ésta es más frecuente en distancias relacionales intermedias (incluyendo la situación de poder) (1993, 52-5; 61).

El estilo o control **conciliatorio** se apoya en las relaciones y busca restaurar la armonía entre las personas en conflicto (Black 1993, 48). Disminuye en las sociedades actuales que promueven la individualización, ya que este estilo es propio de comunidades pequeñas, homogéneas y estrechamente unidas, las cuales, en opinión de Horwitz (1990, 246), básicamente han desaparecido. Aquí sería aplicable el concepto de distancia social, incluso con más motivo, ya que la conciliación requiere relaciones más estrechas en forma de familia, amistad... Sin embargo, para este autor, paradójicamente las actividades de un gran número de abogados, en la dirección de promover negociaciones y el hecho constatado de que, en los conflictos entre organizaciones y entre organizaciones e individuos, se promueve la conciliación, hace que pueda darse cierto espacio para este estilo de control en las sociedades contemporáneas.

3. ¿Qué agentes crean e influyen en los diferentes estilos de política criminal? ¿Qué papel juegan los criminólogos? Culturas profesionales: el reto de la colaboración

A la hora de determinar esos estilos, según veremos en las siguientes lecciones, **diferentes agentes sociales cobran una importancia diversa** en una sociedad dada: los medios de comunicación, los grupos de víctimas o de defensa de intereses de algunos sectores de la sociedad (asociaciones ecologistas, feministas, LGTB, anti-racistas, contra la corrupción, animalistas, antiabortistas, etc.), los partidos políticos, la opinión pública en general, los profesionales de la administración de la justicia penal en sentido amplio (sindicatos policiales, asociaciones de jueces, fiscales, secretarios judiciales, funcionarios de prisiones, representantes de personal de los servicios sociales, etc.), y/o los expertos teóricos e investigadores (en Derecho penal, Criminología, Ciencia Política, Sociología, etc.). Además, en un mundo globalizado, todo ello debe pensarse en clave local, regional, estatal, europea² y mundial.

Sin perjuicio de su diferente función, poder y/o autoridad, como subrayaremos a continuación, no puede verse a cada uno de estos agentes como eslabones

² Sobre las posibilidades de una política criminal europea, vid. Muñoz de Morales (2010).

independientes en la cadena de la política criminal, al menos si ésta desea ser eficiente en términos de derechos humanos.

La Criminología debe proporcionar información, desde la realidad observable, a cuatro preguntas fundamentales: ¿qué se incrimina?, ¿quién y cómo transgrede?, ¿contra quién? y ¿a quién y cómo se castiga?³. En definitiva, las principales áreas de estudio criminológico son la delincuencia, los infractores, las víctimas y el control social.

1. Sobre la primera pregunta, **qué se incrimina**, es preciso partir de la heterogeneidad delictiva. Los criminólogos han discutido si las normas penales obedecen a una coyuntura moral y/o política determinada. Sobre la función de la incriminación se pueden adoptar perspectivas jurídico-penales (protección de bienes jurídicos fundamentales dentro del principio de mínima intervención y *ultima ratio*) y/o socio-jurídicas (funciones de visibilidad –en su caso, simbólica-, de control social, ideológicas, etc.). El criminólogo puede estudiar la evolución de las normas penales, la introducción y modificación, por ejemplo, de los delitos de conducción temeraria, bajo influencia del alcohol, de tráfico de drogas, de corrupción, contra el medio ambiente, contra la seguridad de los trabajadores, de terrorismo, de tráfico de personas, de genocidio...

2. En el origen de la Criminología, y prácticamente hasta la segunda mitad del siglo XX, el estudio científico del crimen pivotó casi exclusivamente sobre la segunda pregunta, **sobre el autor y su acto**. Este enfoque trajo como consecuencia tres aspectos que limitaron la Criminología como ciencia (Robert 1999, 329), a saber:

- la consideración del delito como una categoría de comportamiento particular.
- una cierta cosificación del delincuente.
- el olvido del papel de las víctimas, de los profesionales de las instituciones penales, de los políticos, de la sociedad (opinión pública)...

Con el desarrollo de las diferentes teorías de corte sociológico y, especialmente, con el llamado enfoque del etiquetaje (*labelling approach*), el interés criminológico se fue desplazando del delito y del delincuente hacia el control social. Actualmente, resulta indispensable integrar los paradigmas etiológicos y del control dentro de su evolución teórica. Así pueden explicarse cambios en el planteamiento de las preguntas

³ Se trata de una adaptación de los presupuestos sociológicos para la investigación criminológica de Philip Robert (1999).

criminológicas: de por qué se delinque a cómo se delinque y, también, de por qué se delinque a por qué no se delinque, es decir, la Criminología debe ofrecer un marco teórico sobre la resistencia o renuncia a delinquir.

3. Sobre **contra quién se delinque**, al margen de consideraciones jurídico-penales sobre el interés público, a esta pregunta dará respuesta la Victimología en la segunda mitad del siglo XX, primero como Victimología etiológica y después como Victimología moderna y crítica.

4. Hemos visto cómo la segunda pregunta se entiende, hoy en día, íntimamente relacionada con la cuarta, **a quién y cómo se castiga**. Sabemos que la mayor parte de las personas que delinquen no entran dentro del circuito penal. Muchas no son descubiertas, muchas no son detenidas, muchas no son procesadas, muchas no son condenadas, muchas no ingresan en prisión... Sabemos que el control jurídico penal es selectivo y, en determinados casos, discriminatorio con las personas de escasos recursos, de determinado sexo, edad, etnia... Sabemos que a algunas personas se les aplica alternativas a la prisión y a otras no, sabemos que muchas personas salen de la prisión igual o peor de lo que entraron, sabemos que, dependiendo del delito, la reincidencia sobrepasa el cincuenta por cien. Podremos comprobarlo al referirnos más adelante a las estadísticas penales e investigaciones criminológicas.

En definitiva, como afirma Robert (1999), la efectividad del derecho penal es resultante de un juego complejo de personas (infractores, víctimas, agentes de control...), desiguales, en torno a un recurso institucional, la justicia penal.

La relevancia y la responsabilidad de los criminólogos no puede entenderse si no se tiene en cuenta la relación de su trabajo con el *ius puniendi*, un poder estatal fundamental. Consciente de sus prejuicios, con la capacidad para controlarlos a la hora de estudiar un tema, elegir un método y redactar sus conclusiones y propuestas, el criminólogo científico ha de ser objetivo. No puede limitarse a revestir con el adjetivo “científico” unas conclusiones predeterminadas por sus superiores o patrocinadores, si estas no se ajustan a la realidad analizada con rigor. Esto no impide la existencia de compromisos del criminólogo con una mejor organización social, más respetuosa con los derechos humanos, entendidos de forma indivisible e interdependiente.

El profesor Fattah (1997) distingue los distintos papeles del criminólogo según el tipo de Criminología: desde un reformador de las instituciones y leyes, pasando por su interés en

el tratamiento clínico y la rehabilitación, en la crítica y el cambio social, hasta un agente de prevención, mediación y/o reconciliación.

Cabe preguntarse por su relevancia práctica, es decir, si los criminólogos pueden influir en los procesos de la delincuencia y el control jurídico-penal. Para Robert (1999), agentes como los policías tienen menos influencia en cuanto la sociedad no les contempla como expertos teóricos. Dependerá, entre otros factores, del grado de institucionalización de la disciplina en cada sociedad. Sobre cómo será esa influencia, Fattah distingue la adscripción del criminólogo a distintas teorías que iremos analizando en la siguiente lección.

Para evitar confusiones y falsas expectativas, el criminólogo debe ser consciente de sus limitaciones. Las limitaciones son inherentes a su acción, al contexto en que trabaja y a las características de la Criminología como saber empírico provisional, que no es infalible ni contrario a la teoría. Además, como sostiene Braithwaite, en la Criminología pueden encontrarse tanto teorías normativas como explicativas, ambas basadas en datos contrastados.

4. Principios teóricos de una política criminal respetuosa con los derechos humanos

El Derecho penal debe considerar cuáles son las conductas más reprochables, que merecen ser tipificadas penalmente (he aquí la primera decisión de la política criminal)⁴, para después valorar cómo se incriminan, cómo se valora la proporción entre gravedad y pena, qué sanción acarrearán, cómo será su ejecución, una vez dictada sentencia, y cómo se pueden prevenir conductas similares y reparar a las víctimas.

Respecto de esa primera decisión, el Derecho penal tiene carácter fragmentario, de última *ratio* o subsidiario, es decir, el Derecho penal no protege todos los bienes jurídicos, sino los más fundamentales y cuando son atacados de forma grave. El principio de fragmentariedad o selección de lo más grave se complementa con el principio de última *ratio*, reivindicado principalmente tras la II Guerra Mundial, es decir, el legislador sólo debe utilizar el instrumento penal cuando considere que otros medios sociales o jurídicos de control son insuficientes para prevenir conductas calificadas como delictivas. Aparece entonces el criterio de la necesidad de pena en tanto en cuanto los otros

⁴ Protegiendo los bienes jurídicos fundamentales para el desarrollo de los individuos en sociedad. El Derecho penal se limita a establecer la responsabilidad penal, no la maldad o bondad de la persona, asegurando la convivencia pacífica, al margen de la moralidad de los diferentes grupos sociales.

recursos sean insuficientes. Por tanto, el carácter fragmentario junto con el principio de última *ratio* se viene a denominar **principio de intervención mínima**. Este principio, junto con los de legalidad, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización conforman los límites del *ius puniendi* o derecho a castigar de un Estado social y democrático de Derecho.

Contradiendo dicho principio, y otros de los enumerados anteriormente, una política criminal puede tender en algunos Estados actuales –e independientemente del partido gobernante- hacia el expansionismo (punitivista) mediante el uso del llamado Derecho penal simbólico y promocional y/o del rigorismo penal. Esta es una tendencia que se advierte por diversos expertos en nuestro país.

En cuanto a la decisión político criminal sobre cómo responder, el criminólogo australiano John Braithwaite propone un modelo piramidal donde el grueso de la pirámide correspondería a modelos conciliatorios o restaurativos (reparadores) y sólo en la cúspide, para los comportamientos más graves, se utilizaría el punitivo, sin renunciar nunca al restaurativo, aunque sea residual. Estas consideraciones operarían tanto a nivel legislativo como judicial, en caso de existir margen de discrecionalidad reglada para el juez a la hora de optar por una u otra sanción.

Respecto del **proceso de elaboración**, cualquier norma penal, por afectar derechos fundamentales, exige su aprobación como ley orgánica⁵, requiriéndose unas mayorías que puedan asegurar un consenso político entre las diversas formaciones, aunque en ocasiones no sucede así cuando el partido en el gobierno tiene la mayoría parlamentaria.

Finalmente, enumeraremos a continuación los principios de las Naciones Unidas sobre buenas prácticas en materia de prevención⁶ que, en nuestra opinión, deberían informar toda política criminal:

⁵ Sin perjuicio de su desarrollo reglamentario. Una fuente importante para el análisis de la política criminal son los Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados y del Senado, disponibles actualmente en acceso abierto en sus respectivas páginas web. Asimismo las Exposiciones de Motivos de las normas aprobadas permiten estudiar los objetivos teóricos y su adecuación práctica.

⁶ Cfr. los Principios para la Prevención de la Delincuencia, aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, mediante su Resolución 2002/13; y la Resolución sobre la prevención de la violencia cotidiana en Europa, aprobada en noviembre de 2004, en la Conferencia *ad hoc* de los ministros de justicia e interior del Consejo de Europa.

En estos estándares se pone de relieve el necesario respeto de los derechos humanos, entendidos de forma interdependiente e indivisible. Las políticas preventivas realmente efectivas a largo plazo sólo pueden serlo si respetan la dignidad humana.

Para todos los ámbitos interrelacionados de prevención (social, local, situacional, individual, etc.), las Naciones Unidas señalan ocho **principios de actuación**:

1. Iniciativa y responsabilidad pública. Los gobiernos deben desarrollar estrategias preventivas, efectivas y respetuosas con los derechos humanos, entendidos de forma interdependiente. Asimismo, deben crear y mantener contextos institucionales para su aplicación y evaluación.

2. Desarrollo socioeconómico e inclusión social. Todas las políticas públicas deben integrar consideraciones preventivas, concretamente, los programas públicos sociales y económicos (empleo, vivienda, educación, salud, planificación urbanística).

3. Cooperación y participación. Dados los amplios factores criminógenos y las capacidades y responsabilidades requeridas, deben establecerse políticas preventivas coordinadas y participativas, a diversas escalas⁷, entre las diferentes autoridades públicas, empresas privadas y la sociedad civil. Los miembros de la sociedad civil, a escala local, juegan un papel relevante en la identificación de prioridades, en la aplicación, en la evaluación y en las posibilidades de sostenibilidad.

4. Sostenibilidad y control. La prevención requiere recursos adecuados para su creación y mantenimiento. Los programas deben ser evaluados objetivamente en todos sus aspectos (financieros, normativos, de desarrollo y logro de objetivos).

5. Conocimiento fundado. Las estrategias preventivas deben basarse en conocimientos fundados, de carácter multidisciplinario, incluyendo los programas evaluados positivamente, sin perjuicio de su adecuada adaptación o transferencia a cada país.

6. Derechos humanos. El principio de legalidad y los derechos humanos reconocidos internacionalmente deben ser respetados en todos los aspectos preventivos. En la prevención del delito debe promoverse la cultura del estado de derecho.

7. Interdependencia. Cuando sea apropiado, en los diagnósticos y estrategias estatales sobre la prevención de la delincuencia deben considerarse los vínculos entre los problemas delincuenciales locales y la criminalidad organizada internacional. Debe

⁷ En la esfera internacional debe considerarse el Centro para la Prevención Internacional de la Delincuencia, dentro de las Naciones Unidas.

evitarse que los beneficios obtenidos por ésta se introduzcan en los mercados legales, que se capten a jóvenes de barrios marginales, se victimicen personas vulnerables, etc.

8. Diferenciación. Cuando sea apropiado, los programas de prevención incluirán aspectos de consideración a las diferentes necesidades en razón de la etnia, el género, la orientación sexual, la edad, la situación socio-económica... y, en general, las diferentes necesidades de miembros vulnerables de la sociedad.

Basándose en programas preventivos de diferentes países –fundamentalmente occidentales-, evaluados positivamente, establece una serie de estándares relativos a la **organización y métodos de toda política preventiva**. Sobre la organización, debe trabajarse en la estructura gubernamental, la formación, el partenariado y la sostenibilidad. Los gobiernos deben integrar la prevención como una parte permanente de sus estructuras y programas para controlar la delincuencia, asegurándose de que existen unas responsabilidades y objetivos claros. Para ello, entre otros aspectos, debe considerarse la creación de centros especializados con recursos adecuados; el diseño de un plan con prioridades y objetivos precisos; y la coordinación entre los diferentes departamentos gubernamentales, con organizaciones no gubernamentales, empresas, sectores privados y profesionales y la sociedad civil a escala local, buscando su participación activa.

Sobre la formación, los gobiernos deben favorecer el desarrollo de las habilidades en la prevención del delito proporcionando formación al personal público; fomentando los cursos básicos y avanzados –en colaboración con personas que tengan práctica- por parte de las universidades y otras instituciones educativas; colaborando con sectores educativos y profesionales para desarrollar certificados de calidad y capacitación profesional; y fomentando la participación de la sociedad civil en la identificación y atención de las necesidades.

Respecto del partenariado, el gobierno debe fomentar el conocimiento de este concepto en el que cada parte involucrada debe tener claro su papel; y promover y facilitar la coordinación participativa en diferentes niveles. Sobre la sostenibilidad, el gobierno y otras entidades financiadoras deben conseguir la sostenibilidad de programas que han demostrado su efectividad mediante la revisión de la distribución de recursos entre la prevención y la justicia penal; el establecimiento de controles; y la promoción de la participación social en la sostenibilidad.

Los métodos preventivos deben caracterizarse por su cientificidad en cuanto a la obtención de conocimientos, la planificación y la evaluación. Sobre el principio de prevención informada o basada en conocimientos fiables, los gobiernos y la sociedad civil deben proporcionar la información necesaria para que las comunidades puedan definir sus prioridades; apoyar la investigación científica aplicada; promover la síntesis de conocimientos y la identificación de sus lagunas; compartir los datos entre los investigadores, las autoridades y cualquier otra persona con interés en el problema; adaptar programas efectivos y desarrollar iniciativas que anticipen nuevas necesidades; establecer sistemas de información que ayuden a gestionar la prevención de forma más efectiva y menos costosa, incluyendo encuestas de victimización y autoinformes; y promover la aplicación del conocimiento para reducir la revictimización, las carreras criminales y las áreas de altos índices delictivos.

Dentro de la planificación, deben: analizarse sistemáticamente los problemas, incluyendo las distintas escalas pero enfatizando la local, identificando los factores de riesgo y sus consecuencias; diseñarse un plan adecuado a cada contexto, eficiente, eficaz y sostenible, incluyendo sus medidas de aplicación; movilizarse las agencias e instituciones afectadas; y efectuarse un control y evaluación. Esta evaluación debe desarrollarse a corto, medio y largo plazo para verificar rigurosamente qué funciona, para quién, cómo, dónde y por qué, así como cuáles son las consecuencias, intencionadas o no, del programa. Se incluirá el análisis de los costes y beneficios, no sólo económicos, por ejemplo, cómo se reduce la delincuencia y la victimización, en cantidad e intensidad, así como la inseguridad ciudadana.

5. ¿Cuáles han sido las consecuencias de determinadas políticas criminales? ¿Cómo han sido evaluadas las políticas y cuál es la tendencia actual?⁸

Tradicionalmente las políticas criminales no han sido evaluadas de forma científica (e independiente) en España hasta el caso de que la reforma del Código penal aprobada en 2015 tampoco ha contado con estudios previos criminológicos sobre la eficiencia de las respuestas recogidas en él.

La evaluación es una práctica, basada en el método científico, que mediante un proceso sistémico de observación, medida, análisis e interpretación proporciona información útil socialmente para conocer el diseño, aplicación e impacto de una intervención o un

⁸ Extracto de Igartua, Olalde, Pedrola y Varona (2015).

servicio⁹. La evaluación permitiría, por tanto, fomentar la transparencia y la responsabilidad social, así como la mejora de los procedimientos dentro de una cultura democrática que no teme tanto la crítica constructiva, sino la opacidad que dificulta conocer la realidad.

Cualquier estudio de evaluación de políticas criminales no puede restringirse a un mero análisis cuantitativo de costo-beneficio de carácter actuarial o de gestión presupuestaria, sino que supondría una cartografía más amplia del significado de coste en los programas o acciones evaluados. Ese modo de cartografiar permite incluir voces y actores que no siempre son escuchados, contextualizando su visibilidad. Todo ello, dentro de un enfoque interdisciplinar y una metodología mixta cuantitativa-cualitativa, para estudiar si las necesidades complejas y cambiantes de las personas a quienes se destina el servicio evaluado se encuentran bien recogidas entre sus propios objetivos. En segundo lugar, resulta importante comprobar si se cumplen dichos objetivos y cuáles son los efectos reales en la práctica.

El diseño de los estudios costo-beneficio fue introducido por los economistas como un método para evaluar si las decisiones que se toman en determinadas políticas o campos incrementan el bienestar social (Moohr 2005, 785). Tras identificar los costes como consecuencias negativas y los beneficios como consecuencias positivas, se les asigna un valor económico y se compara su diferencia para determinar si esa acción que se evalúa resulta adecuada, inefectiva o contraproducente.

Desde la década de los ochenta diversas agencias federales de los Estados Unidos requirieron el desarrollo de análisis sobre los beneficios y los costes de diversas políticas públicas (Cohen, s.f.). En el marco de la Criminología el interés por estimar los costes de la delincuencia y la justicia penal comenzó más tarde, también en el ámbito estadounidense e inglés -desde la óptica del análisis económico del delito-, bajo el objetivo de medir su impacto económico en comparación con otros problemas sociales (Gray 1979; Shapiro 1999; Chalfin 2013). Si bien, en un primer momento, los estudios se centraron en el impacto económico de los delitos convencionales, y después de cuello blanco (Levi et al. 2013), más tarde se comenzaron a realizar investigaciones sobre las

⁹ Véase la página web de la Agencia española de evaluación y calidad en <http://www.aeval.es/es/index.html>.

consecuencias económicas de las políticas y programas destinados a las diversas tipologías delictivas (Montero y Torres 1998)¹⁰.

El análisis coste-beneficio (ACB) se define como una herramienta económica para comparar los costes y beneficios de una inversión a medio-largo plazo (Farrow y Zerbe 2013; Downey y Roman 2014)¹¹. En la actualidad resulta muy importante en el ámbito anglosajón donde el ahorro en determinados costes de la justicia penal (como puede ser el encarcelamiento) se está reinvertiendo en programas evaluados positivamente en términos de prevención de la delincuencia y fomento de la reinserción social (Fox, Albertson y Wong 2013).

En política criminal nos interesa, de forma particular, la estimación de los costes en relación con la eficacia de las distintas respuestas a la delincuencia y la victimización. En todo caso, la cuestión central reside en identificar y determinar cómo se miden esos costes, cuestión que plantea numerosos problemas teóricos y metodológicos aún sin resolver (Cohen 2000; Cohen 2005; Cohen y Bowles 2010). Ello es así porque la estimación de los costes tiene una relación estrecha con los objetivos o fines, teóricos y prácticos, que persigue el Derecho penal (Czybanski 2008).

Una vez identificados los costes y los beneficios de diferente naturaleza (tangibles o intangibles) (Brand y Price 2001) debemos preguntarnos sobre las fuentes que permiten acceder a la información para estimarlos, generalmente encuestas específicas (fuentes primarias) y datos de las instituciones (fuentes secundarias). Este estudio plantea el reto de estimar los costes y beneficios intangibles del programa observado. Dentro de esos intangibles se encuentran el bienestar de las partes, la pacificación de las relaciones, la prevención de futuros conflictos, la confianza en la justicia y las instituciones en general, etc.

¹⁰ Con un interés creciente en la evaluación económica del uso de diversas tecnologías, ofrecidas por empresas privadas, en relación con el control telemático como alternativa a la prisión o como medida complementaria (Morales 2013, 447).

¹¹ Véase el portal de la Sociedad Internacional para el Análisis Beneficio-Coste (<http://benefitcostanalysis.org/>).

La diferencia entre los estudios costo-beneficio y los estudios sobre el costo-eficiencia es que en estos últimos no es necesario monetizar los beneficios, aunque sí los costes¹² y los indicadores de resultados que permitan comparar programas. En todo caso, sólo deben aplicarse cuando se comparan programas con objetivos comunes.

Autores como Kelman (1981) se han referido a los problemas éticos que presenta la medición económica de valores como la seguridad y que podríamos extender a otros como la reparación, la reinserción, etc. En opinión del autor citado debemos ir más allá de la asunción de que la eficacia económica es la máxima meta por encima de la igualdad o la justicia. En todo caso, Cohen (2002, 280) entiende que el valor de estos estudios sobre coste-eficiencia reside en su carácter complementario con otros enfoques para evaluar programas y políticas en la justicia penal.

Un buen ejemplo de enfoques más amplios es el estudio de Quigley, Martynowicz y Gardner (2014) sobre un proyecto restaurativo con menores en Limerick (Irlanda). En él se ha utilizado un análisis de rentabilidad social de la inversión (*Social Return on Investment Analysis*, SROI). Se ha calculado que cada euro invertido en el proyecto revierte en 2,80 euros en valor social, con un alto beneficio, en particular, para la comunidad y las víctimas.

Según otro estudio del Reino Unido, con base en las investigaciones de la profesora Joanna Shapland, la justicia restaurativa puede ahorrar aproximadamente 12 euros por cada euro gastado en sus programas, considerando especialmente la reducción de la reincidencia (Rosetti y Cumbo 2010, 29; Restorative Justice Consortium 2010, 4)¹³. En el ámbito noruego se calcula que una intervención de justicia restaurativa supone un gasto de alrededor de 695 euros frente a un tratamiento institucional que costaría alrededor de 463.680 euros (Naciones Unidas 2013, 33).

¹² Diferenciando los costes sociales de los costes externos, lo cual puede presentar dificultades en algunas modalidades delictivas. Los costes sociales son costes que reducen el bienestar agregado de la sociedad (Cohen 2000, 272). En todo caso, debe diferenciarse quiénes son las instituciones o personas que soportan dichos costes (y, en su caso, resultan más beneficiadas).

¹³ Sobre el ahorro que suponen los programas restaurativos en la jurisdicción de menores en Inglaterra y Gales, véase Barrow Cadbury Trust (2009). Sobre este mismo punto en el Reino Unido, aplicado a los Círculos de Apoyo y Responsabilidad (CoSA) para la reinserción de delincuentes sexuales –los cuales contienen algunos principios restaurativos–, véanse Elliott y Beech (2012), quienes concluyen que suponen un ahorro de hasta 23.494 libras que podría ser mayor considerando otros beneficios generales para la sociedad. Sobre la especificación de estos beneficios sociales para los programas restaurativos, vid. Naciones Unidas (2013, 32).

La metodología SROI se basa en una investigación participativa con todos los actores concernidos en los programas, quienes ayudan a identificar cuáles son los cambios positivos y negativos experimentados. Para poder medir en términos económicos valores como el aumento de la autoestima, se consideran esas experiencias y, en su caso, estimaciones del coste de una terapia que la refuerce. Estos cálculos y estimaciones deben hacerse con total transparencia y rigor metodológico, desechando variables que no sean importantes ya que apenas afectan al proceso, estudiando qué otros factores producen cambios, además del programa, y considerando la sostenibilidad de esos cambios a lo largo del tiempo.

Finalmente, otro valor interesante que se mide en este tipo de estudios es la cooperación y la confianza interinstitucional para conseguir los objetivos propuestos.

6. Conceptos clave de la lección

-Control social.

-Fines del Derecho penal y de la pena.

-Modelo garantista/reduccionista o de contención/moderación punitiva versus modelo de la seguridad ciudadana o modelo rigorista o expansionista.

-Inseguridad.

-Seguridad humana.

-Límites al *ius puniendi*.

-Principio de mínima intervención.

-Principio de humanidad.

LECCIÓN II. LA PERSPECTIVA DE LA TIPOLOGÍA DELICTIVA (I): POLÍTICA CRIMINAL Y DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO¹⁴

1. Sobre el concepto de delincuencia de cuello blanco

Pueden encontrarse antecedentes de la preocupación criminológica por la delincuencia económica (Geis 2006), pero debe reconocerse a Sutherland su teorización. Su teoría de la asociación diferencial, incluyendo la ubicuidad de la delincuencia, fue formulada en 1939, en el contexto de una depresión económica mundial. Sutherland buscaba desarrollar una teoría (sociológica, no jurídica¹⁵) comprensiva de la delincuencia convencional y económica (teoría de la asociación diferencial) y puso el acento en cómo el sistema penal opera de manera diferente para este último tipo de delitos (se penalizan menos las conductas, se persiguen menos y se condenan aún menos¹⁶).

Sutherland se refirió a una gran modalidad de conductas en el ámbito de muy diferentes ocupaciones, si bien en su monografía de 1949¹⁷, *White Collar Crime*, se centró en los delitos corporativos. Las tres características clásicas de este tipo de delincuencia son que se desarrolla por personas de un alto nivel económico, con respetabilidad social, y que cometen el delito en relación con su actividad profesional. Estas características son las que la diferencian de la delincuencia económica convencional.

A pesar de la crítica constante al término de *white collar crime* (Tombs y White 2003), un estudio sobre el estado de la cuestión actual en la bibliografía criminológica y victimológica comparada nos ofrece algunas claves sobre su potencialidad como herramienta metodológica de investigación en este campo, si bien en los países europeos predomina el uso del término “delincuencia económica”, en el que, para algunos autores, se subestima el factor de abuso de poder o confianza.

¹⁴ Extraído de Varona (2003).

¹⁵ Desde la perspectiva jurídica se le ha criticado su ambigüedad y escaso rigor. Cfr., ya en su origen, Tappan (1947).

¹⁶ Sutherland citó una reflexión originaria de Anacaris de Sythia, en el siglo V a.C., si bien la atribuyó a un especulador ferroviario: “La ley es como una telaraña. Está hecha para moscas y para los tipos más pequeños de insectos, por así decirlo, pero los grandes abejorros la rompen. Cuando los tecnicismos se ponen en mi camino, siempre he sabido apartarlos con toda facilidad” (citado en Geis 2006). Geis recoge una lista de ejemplos proporcionados por Sutherland, entre los que se encuentran los políticos que favorecen a sus anteriores empresas o personal de agencias reguladoras contratados después por ellas (2006, 5).

¹⁷ Traducida al español, en 1969, por Rosa del Olmo y publicada por la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela.

La delincuencia de cuello blanco difiere de la delincuencia convencional contra el patrimonio porque la primera se refiere a conductas cometidas a través de empresas, públicas o privadas, o por personas en el contexto de actividades comerciales, industriales o financieras¹⁸. El lucro puede ser el móvil, pero las consecuencias de su acción trascienden el orden socioeconómico y afectan el medio ambiente, la fe pública o la confianza en las instituciones.

Desde los años cuarenta, cuando Sutherland desarrolló su teoría, el fenómeno más destacable como cambio socioeconómico es la globalización, propiciada por la revolución tecnológica en medios de transporte y comunicación. Muchos criminólogos critican precisamente los déficits de las teorías criminológicas en cuanto que no consideran este aspecto crucial (Viano 2009).

Para Hazel Croall, independientemente de su estatus social, lo importante es que los delincuentes de cuello blanco ejercen un poder, respecto de sus víctimas, relacionado con la confianza o el conocimiento que les da su ocupación. Implica un abuso de poder en el ejercicio de una actividad legítima que puede suponer un ilícito –abarcando tanto el ámbito penal como administrativo-. Respecto de la victimización, este autor destaca las particularidades del daño producido.

Otros autores prefieren distinguir entre delitos ocupacionales y corporativos, considerando si el beneficio es individual o entra dentro de la dinámica de empresa (Clinard y Yeager 1980)¹⁹.

En última instancia, las controversias sobre el término de delincuencia de cuello blanco se centran en las disputas sobre el *locus* de control o las explicaciones causales o factoriales sobre la delincuencia en general (individuales²⁰, grupales, sociales, culturales, contextuales, situacionales...).

¹⁸ Fuera de estos marcos, podría discutirse la comisión delictiva de delitos de cuello blanco en el ámbito lúdico, como en ciertos delitos informáticos o medioambientales (caza y pesca ilegales).

¹⁹ La delincuencia corporativa abarca comportamientos ilegales o ilícitos, según diferentes órdenes jurídicos –no sólo el penal-, dentro de una organización legal y para su beneficio, ya sea por acción u omisión. Esos comportamientos suelen inscribirse dentro de la práctica empresarial rutinaria (en este sentido se aplica el concepto de carreras criminales y, desde la Victimología, el de victimización múltiple y reiterada).

²⁰ Vid., actualmente, la teoría del autocontrol de Michael Gottfredson y Travis Hirschi.

A finales de los años ochenta se potenció la investigación empírica en la Escuela de Derecho de Yale, con resultados que matizaron en diversos aspectos las conclusiones de Sutherland, si bien, posteriormente, también éstas han sido matizadas por autores como Wheeler o Daly. En la actualidad existen diversas teorías integradoras con base empírica (Braithwaite y Fisse)²¹.

Sobre la crítica a algunas bases epistemológicas (método de crítica social) y metodológicas (ausencia de datos estadísticos y debilidad de los estudios de casos) de las investigaciones sobre este tipo de delincuencia, cuestionando los resultados respecto de la victimización, Shover indica (2006)²²: "... una proporción considerable de delitos de cuello blanco no son complejos, tienen pocas víctimas y dan lugar a un daño modesto ... La situación tras muchos delitos económicos de cuello blanco probablemente sería que las víctimas estarían enfadadas y molestas tras sufrir pérdidas financieras modestas, más que emocionalmente abrumadas y en la indigencia. Dicho lo cual, prácticamente no cabe duda de que para algunas víctimas de delitos de cuello blanco, el impacto de la victimización es equiparable en cuanto a la intensidad y duración a las experiencias de las víctimas de delitos callejeros".

Esta última afirmación debe matizarse ya que dependerá de lo que se deje entrar dentro del concepto de delincuencia de cuello blanco. En todo caso, en ocasiones, en algunos textos de académicos activistas sí puede advertirse ese carácter moralizante o, en su caso -como lo denominan algunos autores- populista que exige un Derecho penal promocional.

²¹ Resulta también innovadora la perspectiva de Balloni (2009) de aplicar la Psicología topológica o teoría del campo de Kurt Lewin, con su concepto de espacio vital, al estudio de la delincuencia de cuello blanco y al crimen organizado.

²² Auspiciado por el Centro Internacional de Criminología Comparada de Montreal, vid. la investigación desarrollada en diversos países latinoamericanos, teniendo en cuenta el componente transnacional. Sobre sus bases epistemológicas y metodológicas, vid. Aniyar de Castro. Se parte de una perspectiva radical y se indica que: "Así como el estereotipo de delincuente convencional facilita la impunidad del delincuente de cuello blanco, hay también un falso delito de cuello blanco que es a veces sancionado y tiene visibilidad en los medios de comunicación. El mismo es cometido por funcionarios, profesionales o empresarios de categoría intermedia o inferior, quienes son víctimas propiciatorias que representan la ilusión de que estos hechos pueden ser perseguidos y sancionados, permitiendo la impunidad del verdadero delincuente de cuello blanco" (p. 80). Utilizan análisis de noticias y encuestas sociales sobre la formación de estereotipos.

Finalmente, en los delitos de cuello blanco, conviene señalar la relación de la macro y la microcriminalidad. En este sentido podemos pensar, por ejemplo, en la relación entre el delito de trata, el blanqueo de capitales, el tráfico de drogas, etc.

2. La invisibilidad de la delincuencia de cuello blanco: ¿es hoy más visible?

Podemos detenernos en diversos aspectos victimológicos interrelacionados, que caracterizan la delincuencia de cuello blanco, ocupacional o empresarial, y que explicarían su falta de atención por parte de la Criminología y la Victimología²³, si bien sensibles a cambios²⁴. Así algunos autores señalan los siguientes siete aspectos:

A) El concepto de delincuencia atado al Código Penal y al imaginario social y profesional.

B) La ambivalencia de sus efectos al producir simultáneamente victimización y beneficios sociales. Esto se relaciona con su actuación en los mercados legales e ilegales y el valor social, por ejemplo, de las empresas respecto del empleo. Según el Director de la Policía, al presentar el Plan de Acción de lucha contra la delincuencia económica y blanqueo de capitales (2012), el 17% de los grupos organizados que operan en España comete actividades criminales relacionadas con la corrupción, solapando actividades económicas lícitas con actividad ilícita y generando una distorsión del sistema económico.

C) La complejidad en la definición y persecución de estos delitos. En general, en los delitos de cuello blanco la actividad procesal de la acusación no va dirigida, como en los delitos convencionales, a destruir la presunción de inocencia del sospechoso, sino que se centra en si esa conducta constituye o no delito y aquí radica la complejidad de delimitar hasta dónde nos encontramos con un mero ilícito administrativo. En todo caso, pueden darse también dificultades a la hora de individualizar la responsabilidad dentro de una empresa u organización, sin perjuicio de la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En definitiva, los problemas de detección, persecución y enjuiciamiento agrandan la cifra negra.

D) La difusión del tipo de victimización (victimización difusa).

²³ Los autores citados documentan la persistencia de lo que denominan un “enfoque convencional sobre las víctimas de los delitos” que señalan como particularmente paradójico por cuanto, en las dos últimas décadas, los delitos convencionales se han estabilizado o reducido en muchos países.

²⁴ Algunos expertos apuntan a que la crisis económica ha favorecido la escasa tolerancia hacia la corrupción y otros delitos de cuello blanco.

E) La existencia de una gran victimización oculta²⁵, no solo por la victimización difusa, sino también por los aspectos particulares del componente subjetivo de este tipo de victimización –no saben que son víctimas o no se consideran como tales-; prefieren no dar publicidad al caso; las posibilidades de poder y contextuales de evitar la criminalización, investigación y condena penal del infractor, etc. El entendimiento, por parte de las víctimas, de las circunstancias que definen los delitos de cuello blanco retroalimenta la falta de conciencia y de denuncia de este tipo de delitos (“son demasiado poderosos”, “no van a hacer nada”, “todo funciona igual, en todos los ámbitos”...).

F) La escasa organización ciudadana en comparación con otros movimientos de víctimas frente a los lobbies y fortaleza de los infractores²⁶.

G) El uso del Derecho penal para recabar la atención de los medios de comunicación, dentro de pugnas por el poder económico y/o político (Geis 2006)²⁷.

A continuación consideraremos algunos factores contextuales que favorecen la victimización oculta para determinadas tipologías delictivas, centrándonos en determinados segmentos de población y en los delitos de cuello blanco.

²⁵ Más visible cuando se producen muertes, heridos o enfermedades, especialmente en delitos contra el medio ambiente, contra los consumidores, en relación con transportes, etc. Vid. Goodey (2011), si bien en la preocupación por desarrollar el acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva en general, respecto de la normativa europea existente sobre las víctimas en la UE, no se realiza una consideración particular sobre las víctimas de la delincuencia de cuello blanco.

²⁶ Geis se refiere a cambios en “una opinión pública emergente que exige unas prácticas comerciales justas y equitativas, visión quizá relacionada con el sorprendente crecimiento de las inversiones de las clases media, con frecuencia como parte de planes de jubilación. Asimismo, hoy en día las personas están mejor formadas, pueden comprender más fácilmente los detalles de los abusos de poder. Y, a medida que los ciclos vitales se van prolongando, las personas desean optimizar su bienestar y luchar contra circunstancias que amenazan la vida tales como la contaminación del aire y del agua, los ingredientes nocivos en la comida y las capas de amianto en sus hogares” (2006, 12).

²⁷ Sobre el papel de los medios de comunicación españoles en la denuncia de delitos urbanísticos, vid. Galiacho y Rubio (2011).

Modelo explicativo de la precariedad del conocimiento sobre la **victimización oculta o ignorada. El ejemplo de los delitos de cuello blanco (Davies, Francis y Jupp 1999):**



3. El contexto de los delitos de cuello blanco

Dentro de la delincuencia de cuello blanco, al hablar de tipologías recogidas en nuestro Código penal, podemos considerar los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, los delitos societarios, el blanqueo de dinero, los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores, relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, ciertas falsedades y ciertos delitos contra la administración pública y la administración de justicia, relacionados con la corrupción.

El director general de la Policía, Ignacio Cosidó, anunció en noviembre de 2012 la puesta en marcha del Plan de Acción de lucha contra la delincuencia económica y blanqueo de capitales. Con el Plan se busca la neutralización de las vías de financiación y mejorar las respuestas de las unidades de investigación ante fenómenos delictivos emergentes, - asociados a las nuevas tecnologías-, la delincuencia económica, el blanqueo de capitales, los fraudes electrónicos, los delitos fiscales o los delitos de corrupción. Se incluye, entre otras cuestiones, la colaboración con organismos externos, una nueva aplicación informática para reforzar el análisis operativo, la creación de una Unidad Central de Investigaciones Tecnológicas, -que prestará servicio a otras unidades centrales de Policía Judicial dedicadas a la investigación del crimen organizado, la corrupción o el blanqueo

de capitales-, y la implantación de un servicio central unificado de investigaciones patrimoniales y de localización de activos.

Si consideramos las menciones a las víctimas en el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP, éstas son escasas, aunque en él se dice expresamente que una de las líneas que caracteriza esta reforma es la protección de las víctimas, en cuanto que se introducen reformas específicas, aunque no vinculadas a la delincuencia de cuello blanco. Sí encontramos referencias en los siguientes términos: “La impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, ha redundado en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. En este sentido, se opta por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años”.

En relación con la reducción de la impunidad, también se hace referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas, siguiendo la tendencia de la normativa internacional (especialmente para la corrupción en el sector privado, las transacciones comerciales internacionales, la pornografía y prostitución infantil, la trata de seres humanos, el blanqueo de capitales, la inmigración ilegal, los ataques a sistemas informáticos...), pero no se alude a aspectos victimales.

Sobre la corrupción se dice en dicho Preámbulo: “Otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas”.

En relación con el daño social producido por la delincuencia organizada, entendida contra el orden público, se dice: “... el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado./ La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La reacción penal frente a su existencia se sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales”.

Otro ejemplo normativo de alusión al daño social de la delincuencia de cuello blanco, es el Real Decreto Ley de Medidas para el Afloramiento y Control del empleo sumergido, aprobado por el Consejo de Ministros el 3 de mayo de 2011. Establece un plazo para un proceso de regularización voluntaria del empleo irregular de trabajadores, hasta el 31 de julio de 2011, tras el cual se endurecen las sanciones administrativas relacionadas con las conductas fraudulentas de empleo irregular o sumergido en sus distintas modalidades. También se establece un plan para intensificar la eficacia de la vigilancia y control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Además, con el fin de “incrementar la conciencia social contra el fraude a la Seguridad Social que supone el empleo irregular, el Plan incluye también la realización de campañas de sensibilización pública”. Se entiende el empleo irregular como “uno de los elementos de la economía sumergida más perjudiciales para la consecución de un crecimiento económico capaz de generar empleo

de calidad, competencia empresarial, reequilibrio de las cuentas públicas, protección social de los trabajadores y justicia y solidaridad”²⁸.

Por su parte, en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, según se dice en su Exposición de Motivos: “se refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública. Con carácter general, se elevan las penas de inhabilitación previstas para este tipo de delitos, y se añade la imposición de penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Además, se introducen nuevas figuras delictivas relacionadas con la financiación ilegal de partidos políticos... Se crea, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, una nueva sección referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero)”.

Se introducen determinadas modificaciones para reforzar la punición de los llamados delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública: “De una parte, se establece una previsión especial en materia de libertad condicional: podrá denegarse cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado. Con ello se pretende que los condenados a penas privativas de libertad por delitos contra la Administración pública, cuando se haya acreditado una sustracción de fondos públicos o un daño económico a la Administración, no puedan acceder al beneficio de la libertad condicional si no han procedido a la correspondiente reparación económica. Por otro lado, se revisan las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública, con el fin de elevar las condenas previstas en la actualidad”.

Por último, la reforma introduce un nuevo Título XIII bis con la rúbrica «De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos», definiendo un tipo penal específico para estos actos delictivos que castigará a aquellas personas que acepten y reciban donaciones ilegales o que participen en estructuras u organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político.

²⁸ Cfr., por comparación, las críticas a la denominada “amnistía fiscal” de 2012 que sólo ha conseguido aflorar la mitad del dinero negro previsto.

La pregunta es si, más allá de la agravación de las penas o las ampliaciones de los plazos de prescripción y otras modificaciones, la administración de justicia española cuenta con medios suficientes para la prevención y persecución de este tipo de delitos en los que parece haber aumentado la concienciación social hasta el extremo de que se tiende a identificar toda la clase política con personas corruptas, afirmación que no se corresponde con la realidad y que supone un gran peligro para la confianza en las instituciones democráticas. Junto a esa pregunta, desde el punto de vista de los valores, podemos interrogarnos sobre las cuestiones culturales que hacen que algunos países – amén de la fiabilidad de las estadísticas y encuestas- aparezcan en diferentes posiciones dentro del ranking de organismos como Transparencia Internacional o del Eurobarómetro sobre la corrupción de la Unión Europea.

4. Entidad del daño

Dentro de la Criminología transnacional y comparada, se estudian los efectos de la globalización en relación con la amenaza del crimen organizado sobre la seguridad. Se habla así, para casos extremos, de los “ángulos ciegos de seguridad internacional y zonas al margen de la ley” (Magaz 2011).

La tipología delictiva, en atención a los bienes jurídicos afectados, puede relacionarse en términos victimológicos con la victimización producida y su carácter violento. En Criminología por delincuencia violenta se entiende el comportamiento externo criminalizado que supone un daño, físico, psíquico y/o social, a determinadas personas o cosas. Otra definición válida de violencia consiste en calificarla como interacción social con un resultado intencional de daño o amenaza, a una persona o a una cosa. En términos generales, pueden diferenciarse distintos tipos de violencia: física y psíquica; instrumental (ocasional o profesional) e intrínseca, gratuita, expresiva o simbólica (patológica); estructural o institucional (macrovictimización)... Las explicaciones tradicionales sobre la violencia, centradas en la física, dominan la cultura popular y mediática (Stanko 2001, 317) y están claramente asociadas con las percepciones de inseguridad.

Los delitos de cuello blanco han sido calificados por algunos autores como no violentos. La característica de la ausencia de violencia puede relacionarse, en un plano teórico, con la Victimología radical que cuestiona los márgenes de la definición jurídica de la violencia y con la Victimología feminista en cuanto que se ha demostrado la pervivencia de los estereotipos en los operadores jurídicos. Incluso en delitos contra la Hacienda

Pública, la corrupción entre particulares o el blanqueo de capitales puede pensarse que, en última instancia, se producen daños físicos o psicológicos en el ámbito de la salud, particularmente en épocas de restricción presupuestaria. Esta consideración se realiza desde una perspectiva criminológica, conscientes de su difícil, e incluso peligrosa, plasmación jurídica en un Derecho penal garantista, más allá de una utilización retórica. En todo caso cabe preguntarse si, aunque el Derecho penal no configure o defina un comportamiento como violento, ¿es así como lo perciben las víctimas, los autores, o la sociedad en general?

Aquí debe considerarse de forma particular la delincuencia transnacional en relación con los derechos humanos, así como la actividad de empresas multinacionales en países donde se vulneran los derechos humanos –no sólo civiles y políticos, incluyendo el derecho al medio ambiente y los derechos de los trabajadores-. En agosto de 2003, la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las Normas de la ONU sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos. En agosto de 2005, el secretario general de la ONU nombró al profesor John Ruggie representante especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales²⁹.

²⁹ Según Ruggie (2009), profesor de la Universidad de Harvard: “los últimos veinte años han demostrado un incremento continuo de casos de estados que ejercen la jurisdicción extraterritorial sobre individuos en relación a crímenes internacionales, como son por ejemplo crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. También se incrementa el potencial para que estados ejerciten este tipo de jurisdicción sobre empresas, como personas jurídicas, cuando los estados han adoptado el Estatuto de Roma y donde la responsabilidad legal corporativa ya existe. En relación a este tipo de crímenes como por ejemplo el terrorismo y el lavado de dinero, ya existen acuerdos internacionales generales que tratan directamente a la responsabilidad corporativa”. Cassel entiende que el art. 25 del Estatuto de Roma no permite interpretar la existencia de responsabilidad corporativa, pero sí advierte una tendencia internacional a reconocerla, de forma preferente, en el ámbito penal –apoyada en el número de ratificaciones de otros convenios que sí lo permiten (Convenio de 1997 de la OECD sobre el soborno a funcionarios; la Convención de 1999 de las Naciones Unidas sobre la financiación del terrorismo y la de 2000, también de Naciones Unidas, sobre el crimen organizado transnacional)-. A través de las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003 se incorporó a nuestro Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, en cumplimiento del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Vid. el art. 445 CP, tras la reforma de 2010.

Vid. también *Good practice guidance on internal controls, ethics, and compliance*, adoptadas el 18 de febrero de 2010, por el Consejo de la OECD, en relación con la Convención para combatir los sobornos de funcionarios extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Cfr. los Principios Rectores en

Se habla ya, incluyendo en el seno de la Comisión Internacional de Juristas, de abusos de derechos humanos relacionados con el mundo empresarial, si bien particularmente a escala transnacional³⁰. Se demanda: “Identificar, y siempre que sea posible, facilitar servicios de capacitación y asesoramiento a gobiernos, sociedad civil y víctimas de abusos relacionados con la empresa en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos”³¹. Todo ello en relación con la llamada responsabilidad social corporativa. El Observatorio Español de Responsabilidad Corporativa desarrolla la campaña: *Derechos para las personas, reglas para los negocios*, en la que se solicita a los jefes de estado de la Unión Europea y al presidente de la Comisión Europea, que se considere que: “Las empresas europeas deben asumir su responsabilidad legal cuando causan impactos negativos sobre las personas y el medio ambiente, en cualquier país donde estén operando. Las empresas multinacionales deben publicar información veraz sobre sus actividades. Las víctimas de terceros países deben tener acceso a la justicia en la UE”.

Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Internacional fueron aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre el Delito y Tratamiento del Delincuente, en Milán, del 26 agosto al 6 de septiembre de 1985, y por la Asamblea General de dicha Organización, en su resolución 40/32. Vid. también la Nueva Declaración de Haven sobre la Transparencia financiera corporativa, donde se reconoce que, aunque una de las primeras responsabilidades de las empresas hacia la sociedad es pagar una contribución justa de impuestos, las estrategias fiscales agresivas y creativas a escala global se han convertido en una tendencia común entre las corporaciones multinacionales.

Al profesor Ruggie, que inició su labor en 2005 y ha continuado hasta 2011, se le solicita que, “yendo más allá de la esfera legal, valore las políticas y mejores prácticas de los estados y empresas e incluso idee metodologías para la valoración del impacto de la actividad empresarial en los derechos humanos”. Los Principios rectores finalmente redactados en el seno de la ONU han causado insatisfacción en algunos organismos de defensa de los derechos humanos. Si bien mencionan el acceso a la justicia para las víctimas de abusos por parte de empresas, no hacen referencia concreta al derecho humano internacional a un recurso efectivo.

³⁰ Véase la Declaración Conjunta de la Sociedad Civil sobre los Principios rectores en relación con las empresas y los derechos humanos, de junio de 2011 (*Joint Civil Society Statement on the draft Guiding Principles on Business and Human Rights*).

³¹ El Observatorio español de Responsabilidad Social Corporativa se adhiere a la declaración impulsada por ONG internacionales, en la que se pide al Consejo de Derechos Humanos que reafirme su objetivo de avanzar en la protección de los derechos humanos en relación con la actividad empresarial y evaluar los progresos en este sentido. También se solicita que se establezca un sólido mecanismo para dar seguimiento de la labor del profesor John Ruggie, Representante Especial de la ONU sobre empresas y derechos humanos, cuyo mandato finalizó en junio de 2011. Vid. <http://www.observatoriosc.org>. Este observatorio trabaja en el ámbito de la banca responsable, evitación de paraísos fiscales y transparencia.

5. Realidad estadística internacional, comparada e interna

Sobre la realidad en datos de este tipo de victimizaciones, podemos aludir a diversas encuestas de las organizaciones no gubernamentales y agencias gubernamentales en el ámbito internacional y comparado.

Desde hace más de diez años, Transparencia Internacional realiza una encuesta sobre las percepciones de la corrupción en los países³² –o, en su caso, en las comunidades autónomas-. También deben considerarse aquí los informes de otras organizaciones como *Global Financial Integrity* o la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)³³, así como los Eurobarómetros de la Unión Europea.

Asimismo son públicas las Encuestas del Centro Nacional sobre Delincuencia de Cuello Blanco –organización no lucrativa, financiada federalmente-³⁴, de EE. UU. En 2007 se estimó que uno de cada tres hogares era víctima de este tipo de delitos, aunque sólo lo denunciaba un 41% y el porcentaje iba disminuyendo a medida que se estrechaba el embudo penal.

Contamos también con resultados de encuestas recientes, desde 2009, de organizaciones privadas, que trabajan en el mundo empresarial, y se centran principalmente en los fraudes y el blanqueo de capitales³⁰. Así en Suiza se concluyó, en 2010, que los inversores eran las principales víctimas de la delincuencia de cuello blanco (*KPMG Forensic Fraud Barometer*)³⁵, seguidas por las instituciones financieras. Se advierte una disminución en el número de condenas de los últimos años, achacada a los acuerdos a los que se llegan para evitar el juicio penal, valorando las ventajas en relación con la rapidez, los costes económicos y la discreción.

³² Según las percepciones recogidas en el Eurobarómetro de la Unión Europea de 2009, el 75% creía que en su país había corrupción. En España se elevaba al 89%, porcentaje similar al de quienes consideraban que hay corrupción en los ayuntamientos. En 2010, sobre datos policiales, sólo el Cuerpo Nacional de Policía contabiliza 750 investigaciones con políticos implicados; 1.000 personas implicadas y más de 3.000 millones de euros incautados en casos de corrupción (*El País*).

³³ Se estudia cómo la conversión del mercado de productos alimentarios o materias primas en un mercado financiero distorsiona los precios. Los inversores no se preocupan de producir alimentos a precios asequibles, sino de que sus inversiones les hagan más ricos (Knaup, Schiessl y Seith 2011).

³⁴ Esta organización sirve de apoyo a la policía estatal y federal en la prevención, investigación y persecución de los delitos económicos y tecnológicos.

³⁵ Se tienen en cuenta los casos que hayan sido instruidos o hayan llegado a un juicio penal, así como los conocidos a través de la prensa, siempre y cuando el daño económico supere los 50.000 francos suizos. Vid. www.kpmg.ch.

Se cifraba en un 20% la delincuencia conocida en este ámbito y menor aún los casos que llegan a condena. La mayor parte de las personas responsables pertenecían a la gestión de empresas en la zona de Zurich –donde se concentra la actividad financiera-. Este estudio también cifraba los costes económicos de este tipo de delincuencia, desglosando por el tipo de infractor y víctima³⁶.

En el ámbito interno³⁷, además de los estudios y encuestas internacionales que abarcan nuestro país, podemos preguntarnos sobre la información contenida en las estadísticas oficiales. En septiembre de 2011, según datos del CGPJ, durante la apertura del año judicial, se destacó respecto del año anterior el incremento de delitos de cuello blanco y la disminución de la delincuencia convencional. Estos datos parecen corresponderse con los policiales³⁸ y las memorias de la Fiscalía General del Estado.

También se puede acudir, con las limitaciones propias de esta metodología, a fuentes periodísticas, si bien diversos estudios constatan la menor presencia en los medios de este tipo de delitos –en relación con la ausencia de morbosidad y por su complejidad-, contribuyendo al proceso de invisibilidad. Por otra parte, más de 100 candidatos implicados en causas judiciales relacionadas con corrupción y delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo, concurrieron en las listas electorales, por diferentes partidos, en las elecciones municipales y autonómicas de mayo de 2011 (El País, 10 de abril de 2011, p.16-17).

Los delitos de cuello blanco ocasionan **daños económicos** que repercuten en el orden socio-económico del país y **daños inmateriales**, como el efecto resaca o espiral (conversión de la ilegalidad en costumbre); la reacción en cadena (repercusión de los daños en los empleados y los ciudadanos); el poder corruptor (al involucrar a funcionarios públicos y políticos); y la deslegitimación de la justicia (al sentir los

³⁶ Vid. también la Encuesta sobre la Delincuencia Económica en Europa, desarrollada por *Price Waterhouse Coopers* en 2009 (<http://www.pwc.com>). Se trata de una encuesta internacional que analiza el contexto de la crisis económica y se centra en el fraude. Debe subrayarse que estas encuestas no abarcan todas las modalidades delictivas que pueden entenderse dentro de la criminalidad de cuello blanco.

³⁷ Véanse, en el ámbito internacional y supranacional, las agencias de las Naciones Unidas y de la Unión Europea que se ocupan de estos asuntos e influyen en la política criminal estatal mediante la creación de normas de obligado cumplimiento (convenios ratificados, Directivas, etc.), en un campo donde la prevención del blanqueo de capitales se relaciona, de forma creciente, con la prevención del terrorismo, particularmente tras los ataques del 11-S.

³⁸ Véanse datos del Departamento de Interior del Gobierno Vasco sobre la actividad de la Ertzaintza en diversas modalidades delictivas. Cfr., en la constatación del estrechamiento del llamado embudo penal, los datos de las personas condenadas por estos delitos en las memorias de Instituciones Penitenciarias.

ciudadanos que estos infractores son intocables frente a otros que cometen delitos menos graves)³⁹.

Sobre la precariedad de los datos estadísticos en relación con la victimización oculta por la complejidad derivada de la persecución de estos delitos, podemos aludir a la Memoria de la Fiscalía General del Estado, relativa a 2010: “Hoy en día no cabe hablar de delincuencia económica de especial trascendencia sin vincularla necesariamente al crimen organizado, la delincuencia transnacional o el blanqueo de capitales a gran escala”⁴⁰. Asimismo se dice: “También este año debemos hacernos eco de la aspiración de la mayor parte de las Fiscalías de contar para mejorar el despacho de los asuntos de nuestra competencia con un equipo de expertos en las materias relacionadas con aquella (contabilidad, negocios bancarios, urbanismo, etc.), y por supuesto con un grupo de funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, adscritos de forma exclusiva y permanente a la Fiscalía, para la mejor investigación de los hechos de su competencia./Una vez más hemos de dejar constancia del generoso esfuerzo de los fiscales delegados de la materia y/o los Fiscales Jefes en mantener una cordial relación con las entidades y organismos que intervienen de alguna forma en la investigación de los delitos que nos están encomendados: Agencia Tributaria, y Haciendas Forales, Abogacía del Estado, Vigilancia Aduanera, Policía Judicial especializada, entre otros./ Podemos decir que gracias a ello se ha creado un clima de estrecha colaboración que, desde luego, redundará muy positivamente en el éxito del trabajo respectivo”.

Al mismo tiempo: “Una vez más debemos lamentar que a día de hoy no dispongamos todavía de un sistema informático integrado que nos permitan reflejar de una forma clara y precisa las estadísticas de nuestra Sección. Únicamente el celo (y a veces el denodado esfuerzo de algunos compañeros que como el de Badajoz han creado un Libro Registro de Delitos Económicos) de los Fiscales, permite un acercamiento no del todo fiable en su exactitud, a la evolución de la delincuencia en la materia. Es evidente que los factores a los que se ha aludido en el epígrafe anterior, han contribuido a aumentar sensiblemente el número de asuntos incoados. En todo caso y refiriéndonos solo a tendencias generales, en lo que se refiere a delito fiscal se observa un ligero incremento

³⁹ Puede reflexionarse sobre la relación de los conceptos de impacto o daño social (*social harm*) (intangibles), interés público, moralidad y victimización difusa y secundaria a través del daño institucional.

⁴⁰ Disponible en <http://www.fiscal.es>, p. 324. A continuación se señalan una serie de procedimientos en los que ha intervenido la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. En las páginas 731 y ss. se detalla su actividad procesal en el último año.

de las investigaciones por defraudación del Impuesto de Sociedades y del IVA, mientras permanecen estabilizadas las investigaciones referentes al IRPF (p. 1170). Desde la Fiscalía de Alicante se constata la dificultad que presentan la mayoría de los asuntos remitidos a la Sección. *«Se trata –dice– de verdaderas operaciones de ingeniería financiera, organizadas además por consumados expertos (juristas, economistas, etc.) cuyo desbroce requiere conocimientos y preparación jurídico-tributaria, y una dedicación temporal muy amplia, que la dinámica de trabajo no siempre permite»* (p. 1171).

Desde la Fiscalía de Bizkaia, se sorprenden de que no se haya llevado ninguna denuncia relativa a delitos contra la Tesorería General de la Seguridad Social. Otros señalan la tardanza en la tramitación de expedientes. En Barcelona, se refleja que se ha producido un notable aumento del número de denuncias presentadas directamente en la Fiscalía, lo que a su juicio es señal del progresivo aumento de la confianza de la ciudadanía en la Institución.

Se indica que: “Por el contrario se incrementan, en casi un 10 por 100 los delitos de receptación y blanqueo de capitales que en el año 2010 determinaron la incoación, en conjunto de un total de 2.063, de los que 130 lo fueron por la segunda de las figuras delictivas mencionadas. Al respecto es también importante mencionar en este apartado, las nueve diligencias previas incoadas por los órganos de la Audiencia Nacional por delitos de blanqueo de capitales” (p. 278).

Además: “A diferencia de lo constatado en otros títulos del Código Penal, los comportamientos delictivos previstos en el Título XIV dedicado a delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social determinaron un claro incremento, de un 40,87 por 100, en el volumen de incoaciones, respecto del anterior ejercicio. Suben en un 11,73 por 100 los expedientes relativos a defraudaciones tributarias, y en más de un 200 por 100 los relativos a fraudes a la seguridad social, índice elevadísimo que sin embargo únicamente es reflejo de un incremento en 254 en el número de expedientes incoados que alcanzan la cifra de 358 en el año 2010. Se mantiene, sin embargo estable, el número de nuevas diligencias por delitos de fraude de subvenciones, que suman 35 en cada uno de los dos últimos ejercicios” (p. 279).

En cuanto a las **explicaciones contextuales sobre los delitos de cuello blanco**, debe considerarse la aplicación de las teorías de la elección racional, en relación con la Victimología. Así puede aludirse a las teorías sobre el estilo de vida y de las actividades rutinarias. Tomando como ejemplo la corrupción, esta conducta está relacionada con lo

que victimológicamente se conoce como abuso o desviación de poder. Jiménez Villarejo señala cuatro ámbitos específicos de riesgo dentro de la Administración: la contratación pública, la financiación de los partidos, la regulación urbanística y el régimen de incompatibilidades (2000). Existen diferentes índices de percepción de la corrupción, a modo de encuestas de victimización a agentes específicos, como el que elabora y puede verse en su web, *Transparency International*. Si consideramos que algunos países más industrializados tienen menos corrupción, debe rechazarse el determinismo de la afirmación "a mayor desarrollo económico, más corrupción". Una explicación más válida es la que conecta estas conductas con déficits en la cultura democrática y en los mecanismos de prevención (por ausencia de procedimientos basados en la objetividad y la transparencia e instrumentos de control, incluyendo las sanciones).

6. Algunos resultados de investigaciones empíricas sobre la validez de las teorías aplicadas a políticas preventivas

En este campo de la investigación criminológica y, concretamente, victimológica queda todo por hacer. Por volumen de investigaciones, a escala interna y comparada, hemos de decir que la Criminología y, concretamente, la Victimología se han ocupado mucho más de los delitos contra las personas y contra el patrimonio. Esta cuestión queda reflejada en la elección de temas para trabajos, tesinas y tesis en disciplinas afines a la Criminología. Diversos autores señalan las dificultades de encontrar financiación por parte de las instituciones, a veces objeto de estudio, así como de acceder a las fuentes de datos. Ello explica la búsqueda de información por parte de los investigadores más allá del campo penal, criminológico y victimológico.

Cabe recordar que la relevancia del término "delincuencia de cuello blanco" no reside en su capacidad de sistematización o comprensión, sino más bien, de forma contraria, en su capacidad de ampliar nuestra mirada sobre la complejidad de la realidad. Este mismo valor es el que posee el término de victimización oculta y la combinación de ambos en estos apartados pretende precisamente profundizar en él. No se trata de una contribución técnica, jurídica o policial, sobre estos temas, sino sociológica sobre su concepción y aplicación. Junto a equipos estables de investigación que, de forma reciente, se están consolidando en el ámbito jurídico-penal sobre la delincuencia económica y organizada, cabe aludir ahora, a diversas conclusiones de investigaciones criminológicas en este campo, dentro y fuera de nuestro país. Estas conclusiones resultan particularmente relevantes, ante la precariedad de las estadísticas oficiales y la ausencia

de consistencia y escasez de las encuestas de victimización y autodenuncia, cuando se refieren a estudios que combinan diversas metodologías⁴¹.

Algunas investigaciones han concluido que la crisis económica actual conllevará un replanteamiento de valores ante una cierta quiebra moral de la economía de mercado, tal y como la hemos conocido hasta ahora. Los fundamentos éticos de la economía se encuentran en valores como la confianza, la equidad, la justicia o la buena fe en las relaciones económicas y el entendimiento de las consecuencias negativas de la desigualdad, el fraude, el expolio o la corrupción (Costas 2011, 27)⁴².

Sobre esta cuestión han tratado diversos estudios sobre la confianza interpersonal y pública⁴³ (en las instituciones públicas y privadas) y sobre capital social⁴⁴. Pueden citarse, a modo de ejemplo, el *European Mindset* (2009, Fundación BBVA), la *European Social Survey* y el estudio *Pulso de España 2010* (Fundación Ortega y Gasset- Gregorio Marañón). Estos estudios ponen de relieve la relación entre confianza social, política y satisfacción democrática.

En la Encuesta 2007 sobre capital social desarrollada por Eustat, se entiende éste como participación y confianza. A su vez la confianza puede configurarse como la seguridad de que una parte no explotará la vulnerabilidad de otra en cualquier tipo de intercambio o interacción. Según diversos estudios, la desconfianza se origina y se mantiene con la corrupción, asociada a bajos niveles de eficacia de los gobiernos, malas burocracias y a Estados de Derecho débiles⁴⁵.

En el IV Barómetro Externo de la Abogacía, elaborado por Metroscopia para el Consejo General de la Abogacía Española en 2011, se relacionaba la crisis económica con la desconfianza en el Estado de Derecho, ante el aumento del porcentaje de respuestas que

⁴¹ Más allá de las encuestas y los estudios de casos, pueden considerarse el trabajo de campo en determinados lugares de trabajo y el desarrollo de grupos de discusión con segmentos de la población más vulnerable.

⁴² Desde el punto de vista histórico, vid. Reinhard y Rogoff (2011).

⁴³ Vid. también World Justice Project Rule of Law Index 2010.

⁴⁴ Véase el reciente estudio europeo SPAN (Study of Peer, Activities and Neighbourhoods), cuestionarios de autoinforme a más de 800 jóvenes. Se resalta la importancia del alcohol, la disponibilidad de armas, la ausencia de control parental y las actividades desestructuradas, entre otras, como factores situacionales, aunque no se puede determinar bien si son causas o efectos. Se subraya la importancia del capital social (Putnam 2000) como un valor colectivo que permite la conexión entre diferentes individuos en los barrios; interacciones frecuentes entre gente diversa; así como la confianza y la participación social.

⁴⁵ Vid. *Informe de la Democracia 2011* del Laboratorio de la Fundación Alternativas.

consideran que España tiene un Estado de Derecho en peor situación que el resto de países avanzados.

La **prevención** de la delincuencia de cuello blanco pasa por una normativa coherente, especialización y dotación de medios de las agencias de control, así como una mejor coordinación internacional, la difusión de información a los ciudadanos y su concienciación, y el apoyo a las organizaciones de consumidores u otras. Asimismo debe evaluarse la eficacia de las distintas sanciones posibles: desde la pena privativa de libertad, la multa, el trabajo al servicio de la comunidad, la inhabilitación, hasta las consecuencias accesorias para las personas jurídicas.

Como algunos aspectos preventivos específicos se recalcan los siguientes:

A) En el ámbito de la prevención primaria y secundaria:

-Concienciación social y dotación de recursos⁴⁶.

-Importancia de aspectos culturales⁴⁷. Incidir en los factores que influyen en la educación ética en las escuelas de negocio (Wallas, Tassabehji y Cornelius 2006).

-Fomento de la transparencia como prevención y del pensamiento creativo de los fiscales para recuperar los bienes defraudados u ocultados a la Administración Pública.

-Los llamados análisis de redes en relación con la criminalidad organizada suponen una nueva herramienta metodológica para estudiar la complejidad de estas conductas y su visualización.

-Necesidad de armonización legislativa⁴⁸.

⁴⁶ Es precisa la dotación de medios, la creación de unidades especializadas de policías y fiscales y la asistencia judicial a través de un cuerpo de peritos (biólogos, químicos, ingenieros...).

⁴⁷ Vid. la investigación de Tänzler, Dirk y Angelos Giannakopoulos, coords. (Universidad de Constanza, Alemania), 2006-2009, *Crime and Culture: Seeing Corruption. Comparative Research on Perceptions of Corruption in Bulgaria, Croatia, Germany, Greece, Romania, Turkey and the United Kingdom*.

⁴⁸ Que evite, de algún modo, la dispersión normativa. Sobre la necesidad de armonización a escala global, cfr. las iniciativas ya existentes por parte de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa y la Unión Europea. Véase la ley canadiense de 2011, *Standing Up for Victims of White-Collar Crime Act (Bill C-21)*, en http://laws.justice.gc.ca/eng/AnnualStatutes/2011_6/page-1.html. Sobre ella vid. Caylor y Groia (2011). Esta ley básicamente endurece las penas por fraude, ante el entendimiento del “devastador impacto de la delincuencia de cuello blanco” en muchas poblaciones canadienses. Se producen agravaciones atendiendo a la vulnerabilidad victimal, a la falta de cumplimiento de los estándares profesionales y a la magnitud, complejidad y duración del fraude y su planificación. Además

-En EE. UU., donde existe el principio de oportunidad, se utiliza de forma creciente la amenaza de investigación penal y se llegan a una serie de acuerdos para evitarla, de forma que se acude a otro tipo de mecanismos de control. Se critica que los acuerdos son demasiado suaves, que no se supervisa lo suficiente su cumplimiento y que pueden existir disparidades de criterios en los fiscales que llegan a ellos (Barkow y Barkow 2011).

-Desde los años noventa se advierte una tendencia a la expansión de la responsabilidad penal empresarial en diversos países, particularmente del ámbito anglosajón (Pieth 2011), que ha sido seguida en la reforma de 2010, si bien no existen estudios concluyentes sobre su aplicación.

-Desplazamiento de la prevención más allá del ámbito penal (Turner 2011).

B) Dentro de la prevención terciaria, conviene resaltar:

-Las palabras, pronunciadas o escritas, sobre la “lucha” contra la delincuencia económica u organizada no sirven de nada sin acciones concretas destinadas a mejorar el reconocimiento y el trato digno hacia las víctimas, en un concepto amplio, por parte de distintos profesionales⁴⁹. Se necesita incidir en la información, el apoyo, el acceso a la justicia, la reparación y la prevención desde un plano victimal, con especial énfasis en las víctimas vulnerables (Goodey 2011). Esta ha sido la idea inspiradora de la Comisión Europea, para las víctimas en general, en consideración del Tratado de Lisboa, al elaborar una nueva Directiva sobre los derechos de las víctimas en la UE

-Las investigaciones indican que la gravedad de la victimización, en términos cuantitativos y cualitativos, puede ser mucho mayor en este tipo de delitos que en la delincuencia económica convencional. Algunos autores han demostrado su mayor impacto en los segmentos de la población más desfavorecidos –incluyendo las mujeres-, otras investigaciones señalan las circunstancias que propician una menor visibilidad en segmentos mejor posicionados.

se incide en la compensación a las víctimas como parte de la condena, aludiendo a la posibilidad de “community impact statements” para valorar la victimización sufrida por barrios u organizaciones.

⁴⁹ Shichor (1998) señala una tendencia en jueces y jurados de buscar la “víctima ideal”, más difícil de encontrar en la delincuencia de cuello blanco. Tienden a ser más severos en casos en que se visualiza más a las víctimas y cuando la relación entre el delito y el daño victimal es directa, también si la víctima muestra mayor indefensión o vulnerabilidad.

-La importancia de la reparación de los daños⁵⁰, respetando el principio de igualdad de trato respecto de otras tipologías delictivas. Estudios como los de Croall señalan que en aquellos delitos en que se producen daños personales, se dan escasas políticas de prevención y de asistencia a las víctimas (consumidores, trabajadores, empresarios...). También se indica que las sentencias condenatorias se centran en la prevención especial o general y no en la reparación a las víctimas.

-La justicia restaurativa ha proporcionado buenos resultados en este ámbito, aplicada también en el ámbito sancionador administrativo para superar las críticas al llamado enfoque “compliance”, centrado en controles más o menos internos de carácter preventivo (Braithwaite). Las perspectivas de las víctimas son necesarias para desarrollar respuestas restaurativas y, en general, innovadoras y eficientes penal y socialmente ante la delincuencia de cuello blanco.

-La necesidad de programas específicos ante la existencia de victimización reiterada y múltiple.

7. Conceptos clave de la lección

-Victimización difusa.

-Entidad del daño.

-Derecho penal simbólico.

⁵⁰ Véanse los delitos en que la reparación voluntaria del daño se contempla como atenuación, así como la alusión a la orden judicial de medida de restauración. Puede considerarse también la relación entre el concepto de reparación y las posibilidades de regularizar la situación en delitos, por ejemplo, contra la Seguridad Social.

LECCIÓN III. LA PERSPECTIVA DE LA TIPOLOGÍA DELICTIVA (2): POLÍTICA CRIMINAL Y TERRORISMO

I. Terrorismo⁵¹

1. Concepto y características criminológicas⁵²

1. 1 Concepto criminológico y jurídico-penal

Las prácticas violentas que pretenden causar terror para conseguir cambios en el poder se remontan a la Antigüedad, pero el surgimiento del término terrorismo está vinculado a la modernidad.

Waldmann señala cuatro elementos definidores del terrorismo (1999):

- a) la comisión de atentados violentos escandalosos o que producen alarma social;
- b) ideados y perpetrados desde la clandestinidad;
- b) dirigidos contra un orden político establecido;
- c) con el fin de provocar un sentimiento de inseguridad general, pero también de simpatía y complicidad entre la minoría de la población que les apoya.

Respecto del segundo aspecto, Waldmann destaca dos características del cálculo terrorista:

- a) el quebrantamiento ofensivo de unas normas que están supeditadas a un fin más justo, y
- b) el ataque sorpresivo y provocador.

Si el adversario reacciona con un contragolpe más duro, el agresor aparecerá como víctima. A pesar de este cálculo, la historia demuestra que apenas tiene éxito a largo plazo. En cuanto al tercer aspecto, hay quienes legitiman el terrorismo explicando que las acciones no son tales si se trata de movimientos de liberación nacional o si el estado contra el que se dirigen no es democrático. Estas definiciones olvidan que lo esencial es

⁵¹ Este texto procede de Varona (2002).

⁵² Los delitos de terrorismo se encuentran regulados dentro del Título XXII del CP dedicado a la criminalidad contra el orden público, donde se hallan también los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, la resistencia y desobediencia, los desórdenes públicos y la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos.

el objetivo de provocar terror en la población mediante el uso de la violencia. Por otra parte, el ataque al orden político establecido deja fuera, por incorrecto, el uso del término terrorismo para aplicarlo a la violencia familiar y debe interpretarse en sentido amplio para abarcar el terror estatal.

Fisas se ha referido al "síndrome del 11-S" por el que se interpreta "... todo lo que ocurre en el mundo bajo el prisma del terrorismo, sin distinguir la naturaleza diferenciada de cada una de sus expresiones..." (2002, 6). Dentro de los tipos de terrorismo, suelen destacarse:

a) por su ámbito: estatal⁵³ e internacional (minoritario, pero después del 11-S más alarmante ante la globalización)⁵⁴. Tras el 11-S, se alude al término de terrorismo global o reticular (en red);

b) por sus fines, Waldmann distingue (1999): social-revolucionario; étnico-nacionalista; religioso; y vigilante (p. ej.: GAL, Ku-Klux-Klan).

c) por su gravedad, después de la reforma del Código penal de 1995, Martín Pallín señala tres categorías de delitos (2002, 13): terrorismo de acción; terrorismo de colaboración; y terrorismo de opinión.

Conviene citar aquí el auto de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002, sobre el *caso Otegi*, en el que se niega la jurisdicción universal respecto del delito de apología del terrorismo por no entenderlo como terrorismo en sentido estricto⁵⁵. En el auto de 14 de junio de 2002, el Tribunal Supremo ratificó el archivo de la querrela contra Otegi, en la resolución del recurso presentado por la Fiscalía, al considerar que por delitos de terrorismo se comprenden exclusivamente las prácticas "de quien recurre a la violencia contra las personas o las cosas para provocar alarma o pánico, haciéndolo generalmente de forma organizada e invocando fines políticos". El delito de apología del terrorismo se califica como un "delito de opinión que tiene al terrorismo como referente necesario pero externo". Por otra parte, en dicho auto se afirma: "Está fuera de duda que el enjuiciamiento de las acciones constitutivas de terrorismo, como, por lo demás, el de

⁵³ En España consideramos principalmente a ETA, GRAPO, Terra Lure y GAL.

⁵⁴ Vid. Enders y Sandler (2000).

⁵⁵ Según dicho auto: "... la apología del terrorismo, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse...".

las que pudieran serlo de genocidio o de tortura, se encuentra *imperativamente* sujeto al principio de jurisdicción universal, cuestión que como tal es ajena a esta causa”⁵⁶.

Normativa internacional

Todas estas disquisiciones nos llevan a señalar las dificultades políticas de definir jurídicamente qué es terrorismo, tanto por parte de instituciones internacionales como internas. En la normativa internacional de las **Naciones Unidas** existían ya, antes del 11-S, una serie de instrumentos jurídicos⁵⁷, entre los que destacan la resolución del Consejo de Seguridad, de 19 de octubre de 1999, sobre el terrorismo en general, y otra de diciembre de dicho año sobre su financiación. El 29 de septiembre de 2001 se aprobaron medidas imperativas a través de la resolución 1.373 del Consejo de Seguridad, que ha conseguido el consenso de países que representan intereses muy diversos. El compromiso supone negar cualquier tipo de apoyo político y financiero al terrorismo y cooperar en las investigaciones⁵⁸. Este compromiso será vigilado por un Comité de Seguimiento. No se define el terrorismo, ni se diferencia entre su alcance interno o internacional, y tampoco se incluye una lista de organizaciones terroristas, como las elaboradas por el gobierno estadounidense y la Unión Europea.

La Posición Común del Consejo de la **Unión Europea** n.º 931, de 27 de diciembre de 2001, sí establece una definición de terrorismo y una lista de personas, grupos y entidades relacionadas con el mismo⁵⁹. Son actos terroristas aquellos que pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional (¿han quedado fuera las acciones de Israel contra dirigentes palestinos o sus familiares o las acciones rusas en Chechenia?). Se citan específicamente los atentados contra la vida o integridad de las

⁵⁶ Esta aclaración puede interpretarse en referencia al polémico auto de 31 de mayo de 2002 de la Sección Tercera de lo Penal de la Audiencia Nacional que extrapola las conclusiones del auto de 23 de mayo para revocar la orden de prisión y detención del ex ministro de Defensa chileno en el *caso Soría*.

⁵⁷ Tras numerosos debates, en 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas definió de forma imprecisa el terrorismo como actos “que ponen en peligro o arrebatan vidas inocentes, violan libertades fundamentales y dañan seriamente la dignidad de los seres humanos”. Desde 1963 se han elaborado instrumentos jurídicos universales para la prevención y la represión del terrorismo. Cfr. <http://www.unodc.org>. Consúltase la normativa del Consejo de Europa en la materia, a través de su página web en <http://www.coe.int>.

⁵⁸ En 2009 la Unión Europea indicó que España aún fallaba en esta labor de detección de las entidades bancarias de posible financiación de actos terroristas.

⁵⁹ En ella se incluían ETA y los GRAPO. Dentro de ETA se citaban KAS, Xaki, Ekin, Jarrai-Haika-Segi, Gestoras Pro Amnistía y, desde mayo de 2002, Askatasuna. Para posteriores actualizaciones y sobre actuaciones de la UE en esta materia, concretamente en relación con las víctimas, consúltase la Red Europea de Víctimas del Terrorismo (*European Network of Victims of Terrorism*) que, con financiación de la Comisión Europea, agrupa a diferentes organizaciones que trabajan en el campo de los derechos e intereses de las víctimas del terrorismo, <http://www.europeanvictims.net>.

personas, secuestros o tomas de rehenes, destrucción de infraestructuras, fabricación o suministro de armas o explosivos, liberación de sustancias peligrosas o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas, interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural con el mismo efecto anterior.

En el ámbito de la Unión Europea, la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo se refería a todo acto terrorista cometido de forma intencionada contra una organización internacional o un país. Estos actos deberán ser cometidos con el fin de amenazar a la población y destruir o afectar seriamente a las estructuras políticas, económicas o sociales del país (asesinato, daños corporales, toma de rehenes, chantaje, fabricación de armas, atentados, amenaza de cometer tales actos, etc.) cometidos por uno o más individuos y contra uno o más países. La Decisión marco define a un grupo terrorista como una asociación estructurada de más de dos personas que actúa de manera concertada. Además serán punibles la incitación, la ayuda, la complicidad y las tentativas para cometer un acto terrorista. Con el fin de castigar los actos terroristas los Estados miembros deberán prever en su legislación nacional sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasivas que pueden conllevar la extradición (De Prada 2013, 31-32). La Decisión marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, modificó la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI²⁷. La Comisión extiende el ámbito de la Decisión marco a tres nuevos delitos: la provocación (incitación pública), el reclutamiento a efectos de cometer actos terroristas y la formación o entrenamiento con fines terroristas (De Prada 2013, 32).

En el marco del **Consejo de Europa**, puede citarse el Convenio para la prevención del terrorismo [STCEn° 196]. De Prada (2013, 35) destaca del mismo: “que pretende trascender del establecimiento de mecanismos tendentes a la mera sanción del terrorismo como medio de prevención y para ello presta atención sobre determinados temas, tales como la cooperación internacional en la prevención y no solo en la persecución del terrorismo. Dentro de la idea central de la prevención específica del terrorismo, introduce específicamente como conductas a perseguir la provocación pública para cometer actos terroristas, la recluta de terroristas, el entrenamiento o formación de terroristas, estableciendo la obligación de contemplarlas como delitos en los códigos penales de los Estados, la responsabilidad de las personas jurídicas o entidades legales por dichos hechos. También establece la obligación de adoptar por los Estados partes medidas para proteger a las víctimas por los atentados cometidos en su

territorio”. Cabe mencionar el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, al descubrimiento, a la incautación y al decomiso de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo [STCE n° 198] de 2005.

Código penal español

Puede advertirse una progresiva inclusión de nuevas conductas. A modo de mero ejemplo, puede recordarse la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modificó el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En su Exposición de Motivos se indicaba: “La denominada violencia callejera se ha constituido en uno de los fenómenos más relevantes para la convivencia ciudadana a lo largo de los últimos años. Los medios de comunicación y los más diversos foros de reflexión y debate político han dejado constancia de la gravedad de esta nueva forma de terrorismo, dada su extraordinaria capacidad para alterar la paz social”. Se pretendía, en una posición común de los partidos políticos del Pacto de Madrid, la protección de los derechos de los ciudadanos ante acciones a las que no resultaba aplicable las previsiones legales de los delitos de terrorismo del Código penal. En años posteriores se ha endurecido la normativa penal y penitenciaria en la materia⁶⁰.

Según la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado, relativa a 2006 (en <http://www.fiscal.es>): “En el momento presente la lucha contra el terrorismo, desde la perspectiva judicial y del Ministerio Fiscal, ha pasado a sustentarse en varios ejes esenciales de actuación: 1.º La prevención y evitación de atentados criminales tan brutales e indiscriminados se ha convertido en el fin prioritario de muchas de las investigaciones penales. 2.º Se ha producido un adelantamiento de la respuesta penal recurriendo a las figuras delictivas de integración en grupo terrorista, colaboración, financiación y actos preparatorios, en particular la conspiración, cuya aplicación resulta absolutamente necesaria para garantizar la prevención de estos hechos criminales. 3.º La utilización de la prueba indiciaria y de las técnicas especiales de investigación, mecanismos que tan buenos resultados han producido en la investigación de otros fenómenos criminales organizados, adquiere una importancia extraordinaria dada las enormes dificultades que suscitan, desde la perspectiva probatoria, las actuaciones judiciales contra las fases preparatorias de la actividad criminal. 4.º La investigación de las conductas delictivas antecedentes e instrumentales que constituyen el soporte, la

⁶⁰ Cfr. la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y el proceso de reforma, iniciado a finales de 2008, sobre medidas de control tras el cumplimiento de la condena.

infraestructura y la cobertura imprescindible de sus últimos objetivos criminales (falsificación de documentos, delitos contra el patrimonio, tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales, etc.) se ha convertido también en una pieza básica para asegurar un reproche penal adicional y complementario a los integrantes de estas células. 5.º El reforzamiento de la cooperación internacional no sólo en el ámbito de la inteligencia sino también en el plano judicial ha venido a demostrar la relevancia de sus instrumentos, potenciando, más allá de las tradicionales formas de colaboración, la constitución de equipos de investigación y de grupos de trabajo con intercambio de información operativa, y la implantación de espacios jurídicos de cooperación reforzada.”

La Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, previo pacto entre los Partidos Popular y Socialista⁶¹, en el contexto de los ataques yihadistas en París, el 7 de enero de 2015, contra la publicación satírica *Charlie-Hebdo*.

En su Exposición de Motivos se indica que: *“La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo. En el catálogo de medidas que constituyen la parte dispositiva de esta Resolución, aparece en el punto sexto un recordatorio de la Resolución 1373 (2001), en virtud de la cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. ... Las acciones terroristas a las que alude detalladamente la Resolución 2178 constituyen el máximo exponente de las nuevas amenazas que el terrorismo internacional plantea a las sociedades abiertas y que pretenden poner en riesgo los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero.*

El terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta

⁶¹ Criticado por permitir indirectamente la entrada de la prisión permanente revisable para estos delitos cuando se atente contra la vida, si bien el PSOE se ha comprometido a eliminar esta pena del CP.

más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley.

Este terrorismo se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados.

Los destinatarios de estos mensajes pueden ser individuos que, tras su radicalización y adoctrinamiento, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas.

No menos importante es el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados que deciden unirse a las filas de las organizaciones terroristas internacionales o de sus filiales en alguno de los escenarios de conflicto bélico en que los yihadistas están participando, singularmente, Siria e Irak. Este fenómeno de los combatientes terroristas desplazados es, en este momento, una de las mayores amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional y de la Unión Europea en particular, toda vez que éstos se desplazan para adiestrarse en el manejo de armas y explosivos, adquirir la capacitación necesaria y ponerse a las órdenes de los grupos terroristas.

La experiencia de la lucha contra el terrorismo en España nos ha permitido contar con una legislación penal eficaz en la respuesta al terrorismo protagonizado por bandas armadas como ETA o el GRAPO, esto es, grupos terroristas cohesionados alrededor de uno o varios líderes, con estructura orgánica clara, reparto de roles dentro de la organización y relaciones de jerarquía definidas y asumidas por los integrantes del grupo terrorista. La respuesta penal al terrorismo se articulaba, por tanto, en la sanción de quienes pertenecían, actuaban al servicio o colaboraban con organizaciones o grupos terroristas. El eje del tratamiento penal del terrorismo era, por tanto, la definición de la organización o grupo terrorista y la tipificación de aquellas conductas que cometían quienes se integraban en ellas o, de alguna forma, prestaban su colaboración.

El Código Penal no debe, en ningún caso, perder esa perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, pero es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la

comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas anteriormente citada.

Esta Ley Orgánica modifica el Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de tal forma que el rigor de la respuesta penal frente a crímenes tan graves contemple, además de las modalidades de terrorismo ya conocidas, las que proceden de las nuevas amenazas.

El Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se divide en dos secciones y comprende los artículos 571 a 580.

La sección 1.ª lleva por rúbrica «De las organizaciones y grupos terroristas» y mantiene la misma lógica punitiva que la regulación hasta ahora vigente, estableciendo la definición de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos.

La sección 2.a lleva por rúbrica «De los delitos de terrorismo» y comienza con una nueva definición de delito de terrorismo en el artículo 573 que se inspira en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008. La definición establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el apartado 1 constituye delito de terrorismo cuando se lleve a cabo con alguna de las finalidades que se especifican en el mismo artículo: 1.ª) Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 2.ª) Alterar gravemente la paz pública; 3.a) Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.ª) Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

El artículo 573 bis establece la pena que corresponde a cada delito de terrorismo, partiendo de que si se causa la muerte de una persona se aplicará la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código Penal.

El artículo 574 establece la tipificación de todas aquellas conductas relacionadas con el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o la mera colocación o empleo de los mismos, cuando se persigan las finalidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 573. Se recoge de manera particular la agravación de la pena cuando se trate de

armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.

El artículo 575 tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, incluyendo expresamente el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para ser considerado delito, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que estar dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. También se tipifica en este precepto el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, esto es, quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplacen al extranjero.

El artículo 576 establece la pena para las conductas relacionadas con la financiación del terrorismo incluyendo a quien, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo. La tipificación incluye las formas imprudentes de comisión del delito, como la negligente omisión de los deberes emanados de la normativa sobre blanqueo de capitales y prevención de la financiación del terrorismo.

El artículo 577 recoge la tipificación y sanción de las formas de colaboración con organizaciones, grupos o elementos terroristas, o que estén dirigidas a cometer un delito de terrorismo. Se contemplan específicamente las acciones de captación y reclutamiento al servicio de organizaciones o fines terroristas, agravando la pena cuando se dirigen a menores, a personas necesitadas de especial protección o a mujeres víctima de trata.

En los artículos 578 y 579 se castiga el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. En la tipificación de estas conductas se tiene en especial consideración el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, articulando, además, la posibilidad de que los jueces puedan acordar como medida cautelar la retirada de estos contenidos.

El artículo 579 bis incorpora, siempre que se den las circunstancias enumeradas en dicho precepto, las penas de inhabilitación absoluta y la novedosa pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia. Además, se prevé la posibilidad de atenuación de la pena a quienes hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y colaboren con las autoridades, y también en el caso de que el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

Finalmente, el artículo 58o contempla que, en todos los delitos de terrorismo, la condena de un juez o tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia”.

Esta nueva reforma ha sido tachada por algunos expertos como un ejemplo más del Derecho penal del enemigo, según veremos más adelante, recalando que se prima más el Derecho simbólico y la idea de seguridad por encima de la libertad de los ciudadanos.

1. 2 Características criminológicas

El terrorismo es claramente un tipo grave de delincuencia **violenta**, si bien es difícilmente clasificable en sus subtipos ya que provoca violencia física y síquica, existe un fin último pero, al mismo tiempo, el medio es el mensaje, y en casos de terrorismo estatal nos encontramos ante violencia institucional.⁶²

Respecto de las técnicas de la violencia, existen pruebas de la posible utilización futura de armas biológicas, químicas y/o nucleares. No obstante, tras el 11-S, se ha puesto de manifiesto el potencial letal del terrorismo suicida o sacrificial. Esta violencia nihilista se vincula al fundamentalismo religioso⁶³ y debe relacionarse con el valor de la vida en las diferentes culturas⁶⁴. De acuerdo con Beck sobre los suicidas del 11-S: "En ellos se funden

⁶² Cfr. Santos (1979) y Green y Ward (2000).

⁶³ Vid. Jürgensmeyer (2001).

⁶⁴ El primer atentado suicida de un grupo islámico palestino fue en 1993, desde entonces se han producido cerca de doscientos casos que han causado cerca de quinientos mil muertos y multitud de heridos israelíes. Nasra Hassan ha entrevistado, desde 1996 hasta 1999, a cerca de doscientos cincuenta palestinos (voluntarios suicidas que no consiguieron llevar a cabo su misión, familias de suicidas y sus entrenadores). El perfil resultante de su estudio coincidía con el de un varón, de edad entre 18 a 38 años. No eran analfabetos ni deprimidos (El País, 17 de marzo de 2002, 8-9). Desde la Criminología comparada, cabe analizar la similitud de sus testimonios con los de condenados por terrorismo de ETA, que han cumplido su pena. Así, uno de ellos declaraba haber asesinado "... Por necesidad histórica ... por responsabilidad ante el pueblo vasco..." (extracto de la entrevista publicada por *Der Spiegel* y reproducida parcialmente en *El País*, 14 de agosto de 2001, p. 14).

directamente un movimiento fanático antiglobalización, el antimodernismo y el pensamiento y la acción globales propios de la modernidad" (2001, 25). Se aprovechan de la globalización respecto de los medios de comunicación y el sistema financiero⁶⁵.

El terrorismo constituye también una modalidad de delincuencia **organizada**, aunque siempre habrá excepciones como el caso estadounidense *Unabomber*⁶⁶. Esta tipología pertenece al campo de la delincuencia transnacional y económica (Varona 2001). El estadounidense Donald Cressey fue el primero en analizarla criminológicamente, en 1969, en su obra *The Theft of the Nation*, donde investigó las sociedades secretas italianas y las definió por sus relaciones de red, su organización burocrática y su orden jerárquico⁶⁷. Por los diferentes niveles de organización o estructura pueden trazarse clasificaciones. La definición de crimen organizado suscitó un debate similar al de crimen de cuello blanco y, sin pretensiones jurídicas, sí puede apoyarse su uso como instrumento didáctico sistematizador. En todo caso, debe considerarse el intento de acotar su definición a través del Convenio de 2000 de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional. Según su artículo segundo, por grupo delictivo organizado se entiende un colectivo estructurado, sin necesidad de una división formal de funciones, de tres o más personas, que durante cierto tiempo actúan concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves tipificados en dicho Convenio y con el propósito de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o material. Sobre la aplicación de este Convenio al terrorismo trataremos más adelante.

Dentro del concepto criminológico de crimen organizado, queda claro que la planificación o realización no meramente ocasionales de funciones financieras o de actuación violenta, la venta asidua de armas, el proporcionar información precisa sobre

⁶⁵ Cfr. Sherman (2001).

⁶⁶ Por otra parte, en abril de 2002 la Audiencia Nacional ha aplicado la doctrina del terrorismo individual en el caso del asesinato de María Norma Menchaca Gonzalo para considerar a ésta como víctima respecto de la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo. No se pide la integración en un grupo terrorista, sino la comisión de determinados actos delictivos con el fin de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Se admiten criterios más discrecionales ya que la ley tiene como fin la solidaridad con las víctimas. En todo caso, los partidos políticos han elaborado diversas normas para compensar a las víctimas del franquismo, con resultados diversos.

⁶⁷ Sobre los lados más cotidianos y míseros de la jerarquía de la organización ETA, vid. Domínguez (2002), quien ha examinado escritos, comunicados, correspondencias y documentos policiales. Sobre la psicología organizativa y las dificultades de la disidencia, vid. Sánchez-Cuenca (2001). Sobre los terroristas como víctimas de los castigos de las bandas terroristas en caso de disidencia, vid. el ejemplo del IRA en Hoyle y Young (2002).

posibles víctimas, el entrenamiento en el uso de armas o explosivos, la captación de militantes y su adoctrinamiento... también son actuaciones terroristas ya que constituyen actividades esenciales para el funcionamiento de la organización, que se realizan de forma coordinada y frecuente, sin perjuicio de los distintos niveles de responsabilidad penal que les corresponda dentro del delito de asociación ilícita terrorista (Garzón Leal y Gómez Benítez 2002, 13). Según los autores citados: "Las organizaciones terroristas menos recientes han conseguido formar un entramado económico, político y de adoctrinamiento que pretende aparecer como autónomo con respecto a la propia organización, aunque quienes lo integran sirven a sus fines y a los medios violentos y delictivos utilizados para conseguirlos. Así, han conseguido altas cotas de impunidad, pese a que de esta forma la organización como tal alcanza uno de sus objetivos operativos fundamentales, a saber, presentar sus acciones terroristas como actos de contenido político sin recibir una respuesta penal adecuada desde la legalidad".

Finalmente, al hablar de terrorismo global éste se encuadra dentro de la categoría más amplia de delincuencia **internacional** que, si supone graves abusos de derechos humanos -sin olvidar el terrorismo de estado-, nos enfrenta ante crímenes contra la humanidad⁶⁸. El atentado contra el World Trade Center y el Pentágono constituye un crimen contra la humanidad. Sin embargo, fue calificado de acto de guerra. Contradictoriamente, los prisioneros de EE. UU. no han sido considerados como tales, sino como "combatientes ilegales" (Castresana 2002, 6)⁶⁹, situándolos en un limbo legal.

2. Fuentes de conocimiento

Delimitado y caracterizado criminológicamente el terrorismo, nos adentramos ahora en las dificultades metodológicas de su estudio. Una de las obsesiones criminológicas es la medición de la delincuencia a través de las estadísticas. Hasta hace poco no se recogían de forma sistemática en lo que se refiere al terrorismo. Entre las instituciones dedicadas al estudio del terrorismo internacional podemos destacar el Departamento de Estado de los EE. UU., la Universidad de St. Andrew en Escocia (con colaboración de la *RAND Corporation*), y el *Jaffee Center for Strategic Studies* (Tel Aviv). Según Waldmann (1999), si en 1968 se contabilizaban unas once organizaciones terroristas, en 1990 ascendían a unas setenta, de las que sólo unas cuarenta y cinco tenían manifestaciones frecuentes,

⁶⁸ En el citado informe de Amnistía Internacional sobre el año 2001, los sucesos del 11-S se definen como crimen contra la humanidad.

⁶⁹ Sobre el terrorismo actual como una nueva forma de guerra cuyo objetivo es mantener la inseguridad manejando una política de identidades excluyente, vid. Kaldor (2001).

destacando el aumento de las motivaciones religiosas. En Europa, de 1968 a 1988, se produjeron 120.000 atentados, resaltando los producidos en Turquía e Irlanda del Norte.

Para estadísticas internas podemos acudir a datos policiales y memorias de las Fiscalías. Respecto de la victimización, puede consultarse la base de datos de la Fundación de Víctimas del Terrorismo, de COVITE y de la Dirección de Víctimas y Derechos Humanos del Gobierno Vasco. Estos datos cuantitativos pueden completarse con otros estudios históricos como los del Instituto Valentín de Foronda, u otros más cualitativos desarrollados por el Instituto Vasco de Criminología, entre otros organismos.

3. Teorías explicativas y normativas

La escasez de datos empíricos sobre el terrorismo dificulta la sistematización teórica criminológica. En Sociología y Psicología, existen diversas teorías generales sobre el surgimiento y la permanencia del terrorismo, siendo más precario el conocimiento científico sobre su cese. En todo caso, una vez más, resulta más adecuado indicar factores antes que causas. Entre los **exógenos** o socio-políticos puede hablarse de un conflicto social como condición necesaria, aunque no suficiente, de unos factores estructurales propios de las sociedades industrializadas (medios y sistemas de comunicación, urbanización, clases medias, explosivos), de unas precondiciones democráticas político-culturales y de unos precipitantes o circunstancias específicas (Reinares 1998, 49-50).

Como explica Ramoneda (2001, 22): "La herida norteamericana no debe hacer olvidar la realidad del mundo: inhabitable en sus tres cuartas partes. Pero tampoco debemos caer en la ingenuidad de creer que el terrorismo es fruto de la desigualdad que se resolvería haciendo el mundo más justo. La violencia nihilista siempre encontrará caminos para reproducirse". En esos caminos pueden influir factores **endógenos o personales**.

De acuerdo con Francisco Alonso-Fernández, autor de *Psicología del terrorismo* (1994), los jóvenes en la búsqueda de su identidad son un grupo potencial para el fanatismo. Interviene también la experiencia de la violencia en la infancia, de privación afectiva y una instrucción escolar distorsionada. Dicho autor analiza las siguientes características psicológicas relativas al terrorismo: falta de empatía, impulsividad, falta de capacidad de argumentación, intransigencia, sacralización de un ideario político, alterofobia (selectiva)... Félix Novales, ex terrorista del GRAPO, se refiere a la inmadurez, infantilismo, estados emocionales de frustración y búsqueda de identidad (1989).

Desde una perspectiva sociológica, tras analizar datos de unos seiscientos terroristas de ETA (extraídos de expedientes de la Audiencia Nacional), el Prof. Fernando Reinares señala que el perfil de los jóvenes reclutados en los últimos años es muy distinto al de los años setenta: se trata de individuos más jóvenes, urbanos e inmigrantes de origen, varones -nueve de cada diez militantes de ETA han sido y son varones-, solteros y guipuzcoanos (2001). La conclusión es que el perfil sociológico de quienes han ingresado en ETA a lo largo de la última década coincide, en gran medida, con la caracterización del radicalismo juvenil y urbano, sumido en una crisis normativa, actualmente observable en la mayor parte de los países europeos⁷⁰.

En un estudio hecho público en febrero de 2002, encargado por el Parlamento vasco y realizado por el Centro de Investigación de Expectativas Sociales, bajo la dirección de José Ignacio Ruiz de Olabuenaga, se concluye que entre los activistas de la *kale borroka* tiene más peso la familia o los amigos que las *ikastolas*. La violencia se justifica por el derecho a liberar al País Vasco de la opresión, siendo la única vía para conseguirlo y, además, se sienten respaldados por la sociedad vasca (al menos su sociedad). Según la tesis de Sáez de la Fuente (2002), sólo el 2% de los jóvenes del MLNV es católico practicante y el 48% ateo. Para esta autora, su religión, entendida como instrumento de dar sentido a la vida o de compromiso existencial es la patria vasca⁷¹. Este objeto de culto por el que pueden sacrificarse se define como una Euskalherria independiente, con integridad territorial y con lengua propia.

Hasta aquí hemos visto teorías y análisis de la Sociología y la Psicología, nos queda aventurar cuál sería el resultado de aplicar las teorías propiamente criminológicas, clásicas y actuales, al estudio del terrorismo. Así, antes de ponerse en práctica los principios del Derecho penal con el surgimiento del Estado moderno, cabe aludir a las **teorías demonológicas** que entendían el delito como expresión del mal⁷². Al cabo de los siglos vemos como pervive esta concepción, en las palabras de Bush, cuando se refiere al "eje del mal". Por su parte, la primera Criminología, la Criminología **positivista**

⁷⁰ Desde la mirada de la Antropología social, estudiando historias de vida de militantes de ETA, de los sesenta a los ochenta, tenemos la tesis doctoral de Miren Alcedo (1996). Se centra en las emociones, en sus conceptos de territorio y comunidad y en la posibilidad de morir y matar. Al tratarse de historias de vida ofrecen conclusiones muy diversas.

⁷¹ Vid. Beristain (2000).

⁷² Sobre la confusión entre el bien y el mal por parte de los gobiernos totalitarios, pero también democráticos, vid. Todorov (2002).

convivió con el terrorismo anarquista⁷³ y esta experiencia quedó reflejada en la elaboración de sus tipologías de delincuentes⁷⁴. Entonces se habló de delitos políticos - hoy sabemos que el terrorismo no es clasificable como delito político dentro de un Estado de Derecho- y de delincuentes por convicción que, como los mal llamados pasionales, son teóricamente sordos ante el lenguaje preventivo de las penas.

Entre la Moderna Sociología, resultan interesantes las teorías **subculturales** que nos hacen comprender que la conducta desviada goza de una cobertura normativa como opción de grupo. La subcultura tiene su propio código como conjunto de entendimientos que les permite alcanzar sus necesidades materiales y emocionales. Según las teorías del **aprendizaje social**, los valores y técnicas del terrorismo se aprenden en la interacción social. Interpretando la teoría sobre las técnicas de neutralización de Sykes y Matza (1957), vemos que la mayoría de los terroristas no son locos o monstruos, sino que utilizan una serie de técnicas, más o menos conscientes, que dotan de sentido y justifican sus conductas: niegan que su acción sea delito, culpan a la víctima, atribuyen su responsabilidad a otros factores...

Desde una perspectiva más psico-pedagógica, las teorías del **control interno** indican que el potencial delictivo de cualquier individuo se neutraliza mediante los vínculos sociales -se relaciona el escaso apego hacia los padres, con el bajo rendimiento escolar, un compromiso débil hacia las metas convencionales y la identificación con compañeros infractores-. Por su parte, la Criminología del **etiquetaje** se fija en el control social como creador de terrorismo que no existe en esencia, sino que es producto de un proceso de criminalización discriminatorio y estigmatizante.

No tanto como teoría, sino como perspectiva, no debe olvidarse la **visión feminista** en Criminología. Podemos interrogarnos por el interés mediático cuando las mujeres son terroristas, especialmente ante los casos de terroristas suicidas en Oriente Próximo. Según algunos autores (Cutter 2002), estas mujeres proceden de los estratos más bajos de la sociedad árabe y, en comparación con los terroristas más jóvenes: "... cuando se trata de niños, hay una conciencia popular y una creciente oposición, mientras que la difícil situación de las jóvenes terroristas se pasa por alto, porque en la sociedad musulmana

⁷³ Cfr. Núñez (1983).

⁷⁴ Como reminiscencia del positivismo de corte bio-psicológico, en la VI Reunión Internacional sobre Biología y Sociología de la Violencia (2002), organizada por el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, se dedicó una sesión a la "mente terrorista".

éstas "no cuentan", son proscritas de las que se puede prescindir". Las sociedades en las que la vergüenza es peor que la muerte pueden propiciar estos suicidios.

En conexión con la llamada **Criminología cultural**, en las investigaciones sobre el 11-S se ha subrayado que es en las comunidades musulmanas de Europa donde se han reclutado y/o formado seguidores del terrorismo islámico: "... es en el interior de los colectivos musulmanes donde se juega la partida entre la tolerancia y el pluralismo de un lado, y el integrista, de otro. Y esto no se resuelve con policías, sino con crítica de los planteamientos islámicos que llevan al terrorismo y con voluntad de integración" (Elorza 2002, 14)⁷⁵. Echeverría explica la génesis de "Al Qaida" (La Base), creada en 1989 por Osama Bin Laden y distingue entre ésta como ejemplo de islamismo radical internacionalista, del islamismo radical nacionalista (2001: 14): "... *Al Qaida* no busca en ningún caso forzar una negociación política a través de sus acciones, sino que éstas se inscriben en su combate hasta la victoria o el martirio contra infieles y apóstatas...". Por ello su lógica terrorista es diferente y, por ejemplo, puede no interesarle reivindicar sus atentados de forma inmediata. Tampoco tiene una estructura piramidal pura: "Es más horizontal que vertical, desestructurada y flexible y, omnipresente, con miembros en todas las capas sociales, profesionales y raciales sus redes demuestran ser mucho más tentaculares de lo que se podía prever" (Echeverría 2001, 15).

Por otra parte, dentro de la Criminología cultural puede analizarse la mitificación del terrorismo en los medios de comunicación y el riesgo de presentar a los terroristas como revolucionarios legítimos⁷⁶.

Dentro de la **Victimología** y respecto del efecto victimal, uno de los objetivos del terrorismo es provocar un sentimiento de inseguridad general⁷⁷, donde el concepto de víctimas indirectas, en sentido amplio, se dota de sentido. Las víctimas adquieren un valor simbólico, como meros objetos o instrumentos de la estrategia terrorista de

⁷⁵ Dentro de las historias de vida, a través de los ojos de la mujer de un terrorista islámico, cfr. el libro de la periodista Marie-Rose Armesto (2002). Sobre la amenaza del terrorismo islámico en España, vid. Valenzuela (2002). Cfr. Echeverría (2001). En 2009 el gobierno mauritano comenzó un programa de reinserción de presos yihadistas a través de charlas con imanes que acudían a las prisiones con el objetivo de cuestionar la violencia.

⁷⁶ Cfr. Reinares (2002).

⁷⁷ El terrorismo más reciente busca "... suscitar cotas más elevadas de alarma social mediante innovaciones en sus pautas de victimización. Tratando, en concreto, de que los atentados resulten, además de muy espectaculares, altamente indiscriminados y extraordinariamente letales" (Reinares 2000, 29). Cfr. Hoffman (1996).

comunicación⁷⁸ de la inseguridad y falta de capacidad del estado, así como de cierta esperanza a la minoría que les apoya (Waldmann 1999; Dane 1991).

Dentro de la Victimología, debe analizarse también el coste del terrorismo. Según datos de la Subdirección General de Atención al Ciudadano y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio de Interior, desde 1996 y hasta 2001, los atentados terroristas han costado al estado en concepto de indemnizaciones más de 44. 000 millones de pesetas, sin contar los daños ocasionados en edificios públicos. Entre los costos deben considerarse el trabajo de los escoltas y la ausencia de inversión ante la amenaza de extorsión.

Existe un amplio campo para la investigación victimológica sobre el riesgo real y la percepción del riesgo o sobre el miedo al delito y la inseguridad. Se afirma: "Quien ve el mundo como una amenaza terrorista queda incapacitado para actuar. Esa es la primera trampa que han tendido los terroristas. La segunda es que la amenaza terrorista percibida y políticamente instrumentalizada provoca las demandas de seguridad que anulan la libertad y la democracia, es decir, precisamente eso que hace superior a la modernidad ... Por lo tanto, el mayor peligro no radica en el riesgo, sino en la percepción del mismo, ya que ésta desata las fantasías sobre los peligros..." (Beck 2001, 25).

4. Prevención

En la pretensión de un mundo seguro, el concepto de prevención resulta fundamental (Beck 2002). La educación en los valores de la no violencia, la evitación de la pobreza, de la ausencia de democracia, la existencia de leyes penales eficaces y de agencias de control jurídico-penal especializadas y coordinadas, así como de políticas de reinserción para víctimas y victimarios tejen un entramado de medidas de prevención primaria, secundaria y terciaria que deben valorarse en cada lugar y momento histórico.

Si nos centramos en la legislación, podemos distinguir las esferas internas, supranacional e internacional. De la legislación **estatal** observamos escasos resultados de la aplicación de las leyes represivas anteriores (como la pena de muerte durante el franquismo)⁷⁹. Los efectos del endurecimiento de las penas por el Código penal de 1995 y sus reformas⁸⁰ han

⁷⁸ El terrorismo, como violencia, es un monólogo.

⁷⁹ Sobre los antecedentes de la política criminal antiterrorista en el siglo XIX, en el franquismo, en la transición y en democracia, vid. brevemente Aranda (2005, 367-391).

⁸⁰ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los

de analizarse desde la Sociología jurídica, abarcando también las políticas de reinserción y dispersión⁸¹.

Respecto de las víctimas, la Ley de Solidaridad de 1999 ha planteado un cierto conflicto con otras víctimas de delitos violentos, que se sienten discriminadas, y con su aplicación a algunas víctimas sospechosas de haber sido torturadores y la exclusión de otras del terrorismo de estado o de la violencia franquista⁸².

En el marco de esta legislación, en cuanto a la eficacia de las agencias de control jurídico-penal, sobre la actuación policial contra el terrorismo en el transcurso de la democracia española, Jaime Jiménez (2002) entiende que existen cinco variables que explican la respuesta policial ante el terrorismo: la organización policial, la legislación, la opinión pública, el consenso político y la cooperación internacional.

En nuestro contexto, las fracturas en el consenso político quedan reflejadas, por ejemplo, en la polémica Ley Orgánica de Partidos Políticos. Aprobada por el Congreso el 5 de junio de 2002, permite ilegalizar por vía civil un partido político que apoye grave y repetidamente, de forma expresa o tácita, al terrorismo, legitimando sus acciones. La mayoría de las críticas iniciales al proyecto, de carácter técnico, se han subsanado para no dar lugar a conceptos jurídicos indeterminados que propicien la arbitrariedad. Sin embargo, se discutió su oportunidad, sus efectos y su eficacia (Gil Calvo 2002; Sánchez-Cuenca 2002), y algunos temen que pueda dañarse el principio de inclusión dentro del pluralismo político.

En lo que respecta a la legislación **comparada**, tras el 11-S se ha producido un endurecimiento de la represión, que choca en ocasiones con los derechos fundamentales. Particularmente en EE. UU. se ha puesto el énfasis en los aspectos militares y tecnológicos. En cualquier caso, la rapidez con que se han llevado a cabo los cambios legislativos no tiene precedentes, tanto en diversos países de la Unión Europea, como en el seno de la propia Unión. Dentro de Italia se ha criminalizado "la asociación con el

delitos de terrorismo. En el informe sobre España del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 7 de junio de 2002, se muestra la preocupación por la ausencia de alternativas, las penas de prisión tan altas y el aumento del tiempo de incomunicación por la policía respecto de los menores acusados de terrorismo. Por su parte, se planteó una cuestión de inconstitucionalidad por considerar que la Ley Penal del Menor viola los principios de igualdad y reeducación respecto de la suspensión o la sustitución del internamiento.

⁸¹ Vid. Zuñiga (1999). Sobre las diferencias de vida carcelaria de presos terroristas del IRA, vid. Borland, King y McDermott (1995).

⁸² Cfr. la Ley vasca de 2008.

propósito de cometer terrorismo internacional". Alemania ha permitido buscar información sobre sospechosos de terrorismo a través de instituciones financieras, empresas de telecomunicaciones y compañías aéreas, además se han prohibido organizaciones religiosas que tengan como objetivo promover ideas vinculadas al terrorismo. En Inglaterra también se han extendido los poderes policiales respecto de la investigación (Joutsen 2002, 12-3) e incluso se han suspendido algunos preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el seno de la **Unión Europea** se ha reforzado la cooperación policial y judicial. El Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001 aprobó el Plan de Acción para combatir el terrorismo. Entre otras cuestiones Arteaga plantea si: "La lucha contra el terrorismo ha pasado a ser una prioridad de la Unión y sólo queda por ver si la cooperación policial y judicial acabará desplazando por razones de urgencia a la cooperación militar y diplomática o si la interacción entre la seguridad interior y exterior europea se traducirá en una amalgama de ambos" (Arteaga 2001, 33). En EE. UU. queda clara la expansión de la jurisdicción militar tras la promulgación del "USA Patriot Act", de 26 de octubre de 2001, y otras medidas similares.

Las rápidas iniciativas de la UE dieron como fruto los acuerdos respecto de la orden de detención europea⁸³, la confiscación de bienes, la cooperación policial -reforzando el papel de Europol- y judicial -Eurojust-, la definición de terrorismo y de una lista de organizaciones terroristas (Joutsen 2002, 13-4). En la Posición Común sobre la definición de terrorismo, que requiere la adaptación legislativa de los países miembro para finales de 2002, se incluye en su preámbulo que no puede interpretarse para reducir o restringir derechos y libertades fundamentales, como las de huelga, manifestación, reunión, asociación o expresión -se pensaba concretamente en los movimientos antiglobalización-. Como ya se ha indicado, la definición del terrorismo se basa en un tipo de acciones, su objetivo y su grado de organización. Por grupo organizado se entiende la estructura de más de dos personas, establecida por un periodo de tiempo y que actúa de común acuerdo -esta definición se inspira en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional-.

También la normativa **internacional** tiene como finalidad facilitar la persecución, especialmente mediante la simplificación de los procedimientos de extradición⁸⁴. En el

⁸³ Simplifica lo que hasta ahora era un proceso de extradición.

⁸⁴ Antes del 11-S, vid. Reinares (2000).

ámbito europeo contamos con la Convención europea de 1977 para la represión del terrorismo y en el ámbito universal, desde los años sesenta, existen Convenciones de las Naciones Unidas sobre actos concretos respecto de aeronaves, plataformas petrolíferas, etcétera. Más recientes son la Convención de 1997 sobre la supresión de los atentados terroristas con bomba y la de 1999 sobre la supresión de la financiación del terrorismo, algunas de cuyas normas han sido actualizadas⁸⁵. Respecto de las medidas financieras, las iniciativas tras el 11-S demuestran que no tendrán éxito mientras algunos países toleren los paraísos fiscales (Castresana 2002, 7)⁸⁶.

La redacción de la mencionada Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida también como la Convención de Palermo, dificulta la comprensión dentro de la misma del terrorismo al requerirse objetivos económicos o materiales (Rubio 2001, 98). Por ello, son cada vez más firmes las propuestas de una convención específica, más allá de la Resolución 1373 que se dictó dentro del Capítulo VII de la Carta.

Simultáneamente, en el contexto internacional debe considerarse la normativa respecto de los graves abusos de los derechos humanos, especialmente los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, así como la futura eficacia de la Corte Penal Internacional. En relación con ello, el asesinato de civiles como medida de prevención por parte de los estados para evitar futuros atentados terroristas es un crimen de guerra (Castresana 2002, 9).

En definitiva, los escasos estudios criminológicos sobre la prevención del terrorismo en España evidencian que la dureza de la normativa antiterrorista -internacional o estatal- no ha disminuido las víctimas mortales⁸⁷, y que resultan más eficaces los acuerdos

⁸⁵ Para una actualización de los textos de las Naciones Unidas, véase <http://www.un.org/es/terrorism/instruments.shtml>; del Consejo de Europa: http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/default_EN.asp; y de la Unión Europea: http://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1428496952269&OBSOLETE_LEGISUM=false&type=named&SUM_2_CODEDED=2307&SUM_1_CODEDED=23&name=summary-eu-legislation:justice_freedom_security y http://www.europarl.es/es/sala_de_prensa/comunicados_de_prensa/pr-2015/enero/ter.html.

⁸⁶ Este autor indica que tras la adhesión española a las medidas adoptadas por EE. UU. después del 11-S, hasta principios de 2000, apenas se han incautado veinte millones de pesetas, que pueden compararse con los noventa y seis millones de dólares en efectivo que se llevó el mulá Omar en su huida de Kabul (Castresana 2002, 7).

⁸⁷ En relación con ellos, debe estudiarse el impacto efectivo de la aplicación de la polémica LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. Véase, en general, el Informe sobre los Derechos civiles y políticos en Euskadi, elaborado por el IVAC-KREI en 2008, para la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco.

políticos -como los de Ajuria-Enea y Madrid- que resaltan la injustificación del movimiento terrorista (Jaime-Jiménez 1996). También resulta importante la protección a las víctimas y la aplicación efectiva de las leyes existentes, con un cuidado respeto de los derechos de los implicados, para evitar la deslegitimación de las agencias de control -deslegitimación buscada por todo grupo terrorista-. En todo caso, los acuerdos no deben impedir el papel de una oposición democrática y reformista, ya que en democracia sí cabe cierta violencia verbal y no lleva a nada -salvo al triunfo de los objetivos terroristas- la censura moral del que expresa su desacuerdo con el gobierno (Eco 2002, 10), dentro de los límites democráticos. Además, debe potenciarse la participación voluntaria de las víctimas en el debate social.

5. Consideraciones finales en torno a las políticas antiterroristas de restricción de los derechos fundamentales⁸⁸

En el trabajo doctoral del profesor belga, Stefan Sottiaux (2008), se estudia en qué medida la obligación internacional de un Estado democrático de prevenir el terrorismo justifica limitaciones de los derechos humanos. Un principio básico de la normativa sobre los derechos humanos consiste en que su ejercicio debe realizarse dentro de ciertos límites. Por otra parte, existe un consenso en que la prevención del terrorismo debe ser específica dados sus objetivos y su modus operandi. Sottiaux sostiene que el equilibrio entre la prevención eficaz del terrorismo y el respeto de los derechos humanos depende, en gran parte, de cómo se diseñan las normas limitativas o restrictivas de los derechos, dirigidas a dicha prevención. Este autor analiza, de forma comparada, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Constitución estadounidense, así como la jurisprudencia al respecto. Ha sido aceptado tradicionalmente que toda limitación de derechos debe regularse taxativamente para evitar abusos que sólo pueden beneficiar a los propios fines terroristas en cuanto que terminan deslegitimando el Estado de Derecho. Por tanto, generalmente se prefiere un modelo categórico o cerrado de limitación de derechos y garantías frente a otro flexible.

Sin embargo, las conclusiones del análisis comparado de Sottiaux cuestionan esta asunción. Sottiaux afirma que, en principio y dicho ahora de una forma simplista, dicho equilibrio entre seguridad y libertad, puede satisfacerse mejor con modelos flexibles o abiertos a la interpretación, siempre y cuando se cuente con una tutela judicial efectiva e independiente. Si el criterio de una categorización estricta parece fortalecer la seguridad

⁸⁸ Extracto de Varona (2009).

jurídica y evitar extralimitaciones en tiempos de crisis, también puede conllevar una prevención ineficaz del terrorismo y, por tanto, la incapacidad estatal de cumplir con su deber en el ámbito de los derechos humanos de garantizar los derechos frente al terrorismo. Como consecuencia práctica –con el caso paradigmático estadounidense–, la percepción estatal de esta incapacidad puede conllevar derogaciones del propio sistema de los derechos humanos, especialmente en estados de emergencia, mientras que en un sistema más flexible existen márgenes mayores de equilibrio entre la seguridad y la libertad. Así, en la ponderación judicial, pueden considerarse no sólo las libertades individuales sino el tipo de amenaza terrorista.

Además, en un sistema legal democrático que permite reducir el nivel de protección de determinados derechos y libertades, bajo ciertas circunstancias, existirán controles efectivos que revisen su justificación. Se clarifica así la asimetría ética entre un Estado de Derecho y las acciones terroristas. En un Estado de Derecho nunca está justificada la violencia para alcanzar objetivos políticos, pero sí tienen fundamento legítimo constitucional ciertas limitaciones de los derechos fundamentales. Por contra, un grupo terrorista argumentará que está justificado matar, amenazar, dañar propiedades y atacar el sistema democrático, pero no limitar legítimamente los derechos humanos de sus integrantes y/o colaboradores en orden a prevenir sus acciones, aunque dichas limitaciones respeten la normativa estatal e internacional. Siguiendo a Sottiaux (2008), para las democracias actuales, el terrorismo constituye probablemente el reto del siglo XXI más acuciante respecto de los derechos humanos, tanto en lo relativo a su acción como a la reacción gubernamental. Según se ha mencionado, la normativa internacional de los derechos humanos controla a los gobiernos en dos direcciones: si éstos reaccionan ante el terrorismo tanto insuficiente como excesivamente no están protegiendo los derechos humanos. En cierta medida, estamos ante un conflicto de derechos individuales y de obligaciones gubernamentales. En lo que se refiere a las obligaciones nos encontramos con la de proteger los derechos atacados por el terrorismo y la de respetar los derechos de los sospechosos, procesados y condenados por terrorismo.

¿Está constatada la existencia real de un derecho penal del enemigo o de excepción en materia de terrorismo en España? *Feindstrafrecht* es un concepto acuñado por el penalista alemán Jakobs, en 1985, para referirse a un “Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”. Así, en el derecho penal de enemigos se anticipa la

tutela penal sin rebajar la pena y se prescinde de ciertas garantías procesales. En nuestra opinión, debe evitarse la expresión acuñada por Jakobs como comodín asumido a modo de crítica general contra las políticas antiterroristas. La tradicional invisibilidad de las víctimas para el Derecho penal y procesal ha impedido analizar los derechos individuales que se ven afectados bajo la noción de bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo. Todo ello sin caer en manipulaciones utilitaristas o partidistas de las reivindicaciones de los movimientos victimales. Por otra parte, deben realizarse estudios rigurosos sobre la restricción de las garantías procesales para poder concluir que conculcan la normativa estatal e internacional.

Siguiendo a Faraldo (2005, 406): “Un derecho penal de enemigos ... se olvida que lo que desea la organización terrorista es que el Estado reconozca la existencia de una guerra y le conceda el estatus de interlocutor en ella: hablar de paz, de tregua, de guerra contra el terrorismo es hacer el juego a los terroristas, reconocerles una posición al mismo nivel que el Estado. Frente a ello se les ha de negar la excepcionalidad a todos los niveles: no merecen reacciones desproporcionadas desde el Estado porque sólo pueden poner en peligro las bases esenciales de la sociedad si la propia sociedad se lo permite percibiendo el riesgo que representan como un peligro real de desestabilización, cuando lo cierto es que por los medios de que disponen y la índole de los ataques que realizan no son más que picaduras de mosquito en la piel de un elefante”, si bien esas picaduras producen un intenso dolor humano y podrían ser cada vez más dañinas.

6. Conceptos clave de la lección

-Derecho penal del enemigo.

-Lógica de la excepcionalidad y su vis expansiva.

LECCIÓN IV. LA PERSPECTIVA DE LA TIPOLOGÍA DELICTIVA (3): POLÍTICA CRIMINAL Y VIOLENCIA DE GÉNERO

1. Evolución en el control jurídico-penal de la violencia contra las mujeres, particularmente la violencia familiar⁸⁹

La política criminal en materia de violencia de género resulta de especial interés porque permite estudiar cómo se ha ido haciendo público un problema social y cómo, a pesar de los esfuerzos invertidos, no se han obtenido todos los resultados esperados.

Las definiciones legales determinan *a priori* qué y cómo se cuantifica en las estadísticas penales y estudios oficiales. La violencia familiar⁹⁰ es una "novedad perpetua" porque siempre ha suscitado interés en la opinión pública -lo que no significa que se hayan promovido acciones preventivas-. En todo caso, en el pasado sus manifestaciones han sido distintas a las que contemplamos hoy, cuando existen ya políticas de prevención. Éstas han sido impulsadas por la influencia de las asociaciones de mujeres que, desde los años setenta, han conseguido crear un movimiento que ha tenido eco en los foros internacionales. Precisamente, fueron las Naciones Unidas las que, en 1975, señalaron la gravedad de la violencia contra las mujeres en la I Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Méjico. Cinco años más tarde, reconocieron que la violencia contra las mujeres en el entorno familiar era el crimen encubierto más frecuente en el mundo (APDH 1999, 17).

Un repaso histórico a nuestra legislación permite comprobar cómo la consideración jurídica del uxoricidio ha variado en el tiempo (Larrauri 1994). En el Código penal español vigente se tipifica expresamente el delito de violencia habitual en el ámbito familiar. El actual art. 153 CP es heredero del art. 425 ACP, según la redacción de la LO 3/1989 que introdujo la figura dentro de los delitos de lesiones con la técnica del delito habitual⁹¹. El CP de 1995 incrementó la pena, exigió que la relación análoga de afectividad fuera estable⁹², amplió las personas protegidas y dejó clara la compatibilidad de las

⁸⁹ Las siguientes páginas suponen una adaptación del texto redactado por Gema Varona Martínez como investigadora principal dentro del estudio *Género y víctimas. Participación en la Encuesta Internacional sobre Violencia contra las Mujeres. Estudio Piloto*. Investigación dentro del Convenio 2002 de colaboración entre el IVAC/KREI y el Departamento de Interior del Gobierno Vasco (trabajo inédito).

⁹⁰ Aunque nos centramos en la violencia contra las mujeres, el término de "violencia familiar" abarca las conductas contra personas menores, ancianas y hombres.

⁹¹ La redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, hizo desaparecer el concepto de habitualidad.

⁹² Actualmente resulta independiente la convivencia.

sanciones en caso de lesiones u otras conductas delictivas. Posteriormente, se fueron introduciendo reformas al CP, así sucedió, por ejemplo, con las leyes orgánicas 11/1999 y 14/1999 modificaron el CP⁹³ (Varona 2001c). En todo caso, las órdenes de alejamiento como medidas cautelares que podían adoptar los jueces siguieron sin resultar lo suficientemente efectivas⁹⁴. En 2002, el PP, mayoritario en el Congreso, rechazó la promulgación de una Ley Integral contra la Violencia de Género⁹⁵, que, finalmente, fue

⁹³ La primera, dentro de una reforma de los delitos sexuales, amplió la medida y la pena accesoria de prohibición de residencia o aproximación. La segunda, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y con el ánimo de corregir ciertas incongruencias al no haberse aprobado por el Congreso determinadas enmiendas del Senado a la anterior ley, introdujo una mención específica a la violencia *psíquica*, consideró innecesaria la subsistencia de la relación matrimonial o análoga en el momento del maltrato, estableció un cierto criterio para interpretar la habitualidad y dejó aún más clara la compatibilidad con las penas por lesiones y otros tipos delictivos. Además, para proteger a las víctimas potenciando la justicia cautelar y tutelando sus declaraciones en el proceso judicial, se realizaron una serie de reformas en la LECrim (Moral García 1999). Cfr. Fernández-Pacheco (2002, 83-9) y Mayordomo (2000).

⁹⁴ En un principio, las órdenes de alejamiento no solían adoptarse porque los operadores judiciales, haciendo caso omiso de la específica naturaleza del tipo contenido en el art. 153 CP, solían limitarse a calificar como falta los hechos denunciados. En definitiva, en lugar de vislumbrar si era una situación de terror o sometimiento constante a entornos violentos, se limitaban a examinar de forma individualizada los hechos sujetos a su conocimiento como si fueran realidades vitales desconectadas de su contexto. Como señalamos en la nota siguiente, la calificación de falta conllevaba, entre otros efectos, la imposibilidad legal de adoptar medidas cautelares.

⁹⁵ El 5 de diciembre de 2002, tras dos años de trabajo, la Comisión Mixta parlamentaria de los Derechos de la Mujer aprobó el *Informe sobre la Erradicación de la violencia doméstica*, que sirvió como documento base para la ley de 2004. En él se recogían una serie de propuestas: tipificación del delito de apología de la violencia contra las mujeres, la posibilidad de que los jueces civiles que llevasen separaciones pudieran ordenar detenciones, que suspendieran o limitaran el derecho de visitas del padre maltratador, que las faltas pasasen a tipificarse como delito, que por delito de violencia psíquica se entendiese "trato degradante, amenazas e injurias, insultos, privaciones de libertad, humillaciones, vejaciones, daño de autoestima, temor fundado...", retirada inmediata de la licencia de armas y su porte al denunciado, extensión de los programas de rehabilitación a los maltratadores sin que puedan ser sustitutivos de la pena, etcétera (El País, 6 de diciembre de 2002, p. 31). La cuestión de la conversión de las faltas en delitos estribaba en que la condena por faltas no se registraba y no creaba antecedentes, la acusación de falta no conllevaba medidas cautelares y las penas por falta solían ser multas -lo que repercutía en el patrimonio familiar- o arrestos domiciliarios -que suponía ahondar en el riesgo victimal al convivir el agresor con la víctima-. Sobre la polémica que suscitan algunas medidas, puede verse la réplica de la Asociación de Mujeres Juristas Themis respecto del Informe sobre la problemática derivada de la violencia doméstica, elaborado por la Comisión de Estudios del CGPJ y aprobado el 21 de marzo de 2001 por el CGPJ, en <http://www.themis.matriz.net>. Rechazaban claramente la mediación en este campo por el desequilibrio de poder existente. Se incluían además ocho párrafos interesantes sobre "Qué esperan las víctimas de la violencia de la Administración de Justicia". Véanse también las propuestas de modificaciones legislativas de los sucesivos Planes Integrales contra la Violencia Doméstica del Instituto de la Mujer, así como del actual Ministerio de Igualdad. Por otra parte, la propuesta del Presidente de Castilla-La Mancha de publicar las sentencias de maltrato, cuando el delito y la pena aún no han sido cancelados, tuvo, finalmente, el visto bueno de la Agencia de Protección de Datos, si bien se le criticó de forma mayoritaria la posible vulneración de los derechos de intimidad y reinserción de los agresores, así como los posibles roces con su dignidad y el principio de legalidad.

aprobada, bajo legislatura socialista⁹⁶. Entre otras cuestiones, el art. 153. 1 pasó a referirse únicamente a víctimas mujeres. La STC, de 14 de mayo de 2008, determinó la constitucionalidad de dicho precepto en relación con la dignidad de la persona, la igualdad y la presunción de inocencia (arts. 10, 14 y 24. 2 CE).

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se expresa lo siguiente: *“En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo. Además, se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada. Esta medida, que fue introducida en el Código Penal mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica. Por otro lado, la desaparición de las faltas, y la adecuación de los tipos penales que ello comporta, no impide mantener la diferenciación en el tratamiento de los delitos relacionados con la violencia de género y doméstica, con el fin de mantener un nivel de protección más elevado. De este modo, aunque la nueva categoría de delitos leves requiera, con carácter general, de la denuncia previa del perjudicado, este requisito de perseguibilidad no se va a exigir en las infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica. Tampoco se exigirá denuncia en estos casos para la persecución del nuevo delito de acoso. Otra previsión destacable en esta materia es la corrección que se introduce en materia de imposición de penas de multa, con el fin de que no genere consecuencias negativas en el ámbito familiar. Con carácter general, sólo será posible la imposición de penas de multa en este tipo de delitos cuando conste acreditado que entre agresor y víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o*

⁹⁶ Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, LO 1/2004, de 28 de diciembre. Sobre su contenido, en relación con la creación de los Juzgados especializados en la materia, aspectos procesales, sancionadores y cautelares, véase Villacampa (2008).

filiación, o existencia de una descendencia común. Finalmente, en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Por ello, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos”.

Comparativamente, en la década de los noventa se han producido una serie de modificaciones o innovaciones legislativas en muchos países, a raíz del movimiento internacional contra la violencia hacia las mujeres del que se hicieron eco las Naciones Unidas. Más de cuarenta países han adoptado legislación específica sobre violencia doméstica, destacando un número importante de países latinoamericanos ante la firma, en 1994, de una Convención regional internacional en la materia (Kapoor 2000, 17).

De acuerdo con el informe sobre violencia doméstica aprobado por la Asamblea General del Consejo de Europa, el 27 de septiembre de 2002, en algunos países del centro y este de Europa no existe legislación que proteja a las víctimas, siendo la situación más grave en países con raíces islámicas⁹⁷.

En el marco de la UE, desde asuntos de empleo y asuntos sociales se trabaja en un marco normativo para todos los países de la Unión, de manera que se implante una pena mínima para los agresores y que la violencia doméstica se considere como delito transfronterizo⁹⁸. Además, debe considerarse el alejamiento del agresor del domicilio común y ampliar el número de casas de acogida.

Por parte del derecho internacional de los derechos humanos se han desarrollado tres principios respecto de la responsabilidad estatal en el tratamiento de la violencia contra las mujeres (Coomaraswamy 2000, 10)⁹⁹:

⁹⁷ Según el informe, en Rusia mueren cada año 35 mujeres al día.

⁹⁸ La cuestión de la protección a las víctimas se abordó de forma especial en el programa de la presidencia española de la UE durante 2010, consiguiéndose finalmente la aprobación de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección.

⁹⁹ Radhika Coomaraswamy fue Relatora Especial sobre Violencia contra las Mujeres de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Vid. <http://www.unhcr.ch/huridocda>.

-principio de la diligencia debida: los estados deben actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar y castigar la violencia, así como para proporcionar compensación. Por lo tanto, las normas existentes no son suficientes por sí mismas, deben cumplirse y ser eficaces.

-principio de protección igual ante la ley, ya que de lo contrario supondría una discriminación por parte de las agencias encargadas de su aplicación.

-principio de considerar la violencia doméstica como tortura o tratamiento inhumano o degradante, dependiendo de las circunstancias.

2. Estadísticas, encuestas y estudios empíricos orientadores de la política criminal en violencia de género

2.1 Estadísticas

En un estudio llevado a cabo por el Instituto de la Mujer, Díaz-Aguado y Martínez (2002a, 161-176)¹⁰⁰ se recomienda incrementar, tanto para las denuncias como para las sentencias, "... la recogida de información sociodemográfica relevante respecto a las víctimas y los agresores, para poder obtener así datos desagregados por diferentes variables y avanzar en la comprensión de las condiciones que incrementan la vulnerabilidad de las mujeres ante la violencia". Entre estas informaciones, son importantes las referidas a la edad, el sexo, el nivel educativo¹⁰¹, la nacionalidad y la relación de la víctima con el agresor, que se recogen ya en varios de los estados miembros. Además, debería disponerse de otros datos (como los relativos al consumo de sustancias estupefacientes, en el momento de la comisión del acto delictivo, y el lugar en el que se produce la agresión), que pueden incrementar el conocimiento sobre las situaciones de riesgo. Asimismo, se recomienda ampliar la información de los registros y

Cfr. los recursos proporcionados en la Red de Derechos Humanos de las Mujeres, en <http://www.whrnet.org>.

¹⁰⁰ Respecto de los países de la Unión Europea se llevó a cabo un cuestionario, en cierta forma similar al realizado en la investigación de Varona (2001b), donde se puede ver, por ejemplo, en qué países se registra la relación entre autor y víctima por tipos de delitos, así como la realización de investigaciones complementarias por parte del Ministerio del Interior y otras instituciones. Así, en Austria como ejemplo de buena práctica se realizó una investigación sobre más de mil registros policiales, a partir de los cuales se seleccionó a un conjunto de víctimas y agresores y se llevaron a cabo 32 entrevistas en profundidad para evaluar la aplicación de la Ley de protección frente a la violencia doméstica. También sobre esa ley se realizó un estudio con mujeres vulnerables, en concreto, con migrantes y sus hijos mediante 60 entrevistas a víctimas, agresores y personas expertas (Instituto de la Mujer, Díaz-Aguado y Martínez 2002a, 165).

¹⁰¹ Algunos estudios, holandeses e italianos, demuestran el gran porcentaje de agresores con título universitario.

estadísticas oficiales con las de otras fuentes de información, "... como las ONG que trabajan con las víctimas, o los servicios sociales implicados en este problema, como los centros de información, emergencia y acogida" (ibídem, 174-5).

Estudios de organismos internacionales

Aunque dentro de las Naciones Unidas existen más organismos preocupados por la violencia contra las mujeres, aquí vamos a citar sólo cuatro que inciden en la necesidad de estudios al respecto –si bien ninguno de ellos ha elaborado estadísticas propias-. Son: ONU-Mujeres, la Organización Mundial de la Salud, el Fondo de las Naciones Unidas para la Población y UNICEF.

ONU Mujeres colabora con gobiernos, organizaciones de la sociedad civil y otras instituciones para aumentar la sensibilización sobre las causas y consecuencias de la violencia de género y fortalecer las capacidades de prevención y respuesta.. ONU Mujeres apoya la ampliación de acceso a respuestas multisectoriales de calidad para sobrevivientes de la violencia, que incluyen seguridad, refugio, salud, justicia y otros servicios esenciales. Prestan orientación para políticas públicas para ayudar a maximizar las inversiones destinadas a la prevención, entendida como la solución más rentable y de largo plazo para detener la violencia¹⁰².

La **OMS** achaca a la violencia el 7% de la mortalidad femenina en el mundo entre mujeres de 15 a 44 años. Para los hombres la cifra se eleva al 14%. En general, se aprecia un aumento de la violencia contra las personas mayores. Por cada víctima de muerte violenta se registran unos veinte casos que necesitan atención médica y/o psicológica. Casi la mitad de las mujeres víctimas de homicidio son asesinadas por su actual o anterior marido o compañero¹⁰³ -mientras que sólo el 5% de las muertes masculinas se debe a ataques de sus parejas-. Una de cada cuatro mujeres adultas sufre, al menos, un ataque sexual a lo largo de su vida por parte de su pareja. Un 20% de las niñas y un 5% de los niños padecen abusos sexuales, casi siempre por familiares o conocidos. Tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, las mujeres tienden más a contar incidentes de abuso por parte de compañeros sentimentales a amigos y familiares, antes que a la policía. Algunos grupos son más vulnerables a la violencia doméstica, por

¹⁰² Vid. <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women#sthash.k3xH95ua.dpuf>.

¹⁰³ Vid. http://www.who.int/violence_injury_prevention/vaw/violencia.htm. La OMS ha establecido una base de datos con la investigación existente sobre violencia contra las mujeres. Cfr. <http://www.who.ch/frh-whd>.

ejemplo, las personas de ingresos bajos. La mayor parte de las víctimas de agresiones físicas sufren múltiples actos de violencia, de diferente carácter, durante mucho tiempo. Estos son datos extraídos de su *Informe mundial sobre violencia y salud*, hecho público en el año 2002, y que se basa en estudios de diferentes países. En este informe se define la violencia como "el uso intencional de la fuerza física o el poder, amenazado o real, contra uno mismo, otra persona, o contra un grupo o comunidad, que produce o tiene una alta probabilidad de producir una lesión, muerte, daño psicológico, un mal desarrollo o pérdidas" (WHO 2002, 4). Mediante esta definición queda incluida, según el autor, la siguiente tipología de la violencia: violencia contra uno mismo (suicidios y abusos), interpersonal (cometida por familiares, conocidos o extraños) y colectiva (de carácter social, política o económica). La OMS recomienda aumentar la capacidad de recopilar información sobre la violencia. Esta recomendación es más específica para temas globales de alta prioridad, como la violencia familiar y sexual, que requieren investigación comparada a escala internacional (WHO 2002, 31-2).

Además del informe comentado, la OMS coordina estudios multiculturales en varios países sobre la salud de las mujeres y la violencia doméstica, cuyo objetivo es desarrollar metodologías para su medición y para analizar su efecto en la salud.

El **Fondo de las Naciones Unidas para la Población**, basándose en más de cincuenta encuestas de victimización y otros estudios desarrollados internamente por diferentes países, estima que la victimización por compañeros sentimentales se da entre el 10 al 50% de las mujeres¹⁰⁴. Entre las situaciones que provocan una respuesta violenta están: no obedecer, contestar, rechazar relaciones sexuales, no tener la comida lista, descuidar algún aspecto de los hijos o la casa, preguntar sobre el dinero u otras relaciones con mujeres, salir sin permiso o ser sospechosa de infidelidad -aunque no exista motivo alguno-.

El Fondo para la Población da toda una serie de cifras de las diversas modalidades de violencia contra las mujeres¹⁰⁵. Así, en el mundo, al menos una de cada tres mujeres ha sufrido violencia física, sexual u otros abusos, fundamentalmente por hombres conocidos y una de cada cuatro ha sufrido el abuso durante un embarazo. Una alta proporción de mujeres que han sufrido violencia física son víctimas reiteradamente. Al menos, sesenta millones de mujeres dejan de nacer o vivir por abortos selectivos, infanticidios o

¹⁰⁴ En los EE. UU. una mujer sufre violencia física cada quince segundos, generalmente por su compañero sentimental.

¹⁰⁵ Vid. <http://www.unfpa.org/swp/2000/english/ch03.html>.

negligencias. Dos millones de niñas entre cinco y quince años son introducidas anualmente en el mercado del sexo. Al menos ciento treinta millones de mujeres han sido forzadas a mutilaciones genitales y otras dos millones están en riesgo cada año. Anualmente, miles de mujeres mueren por asesinatos en pro del honor familiar, principalmente en Asia y África.

A instancias del **Instituto Innocenti UNICEF** (Florenca), cabe destacar la elaboración del informe *La violencia doméstica contra las mujeres y niñas*. Fue realizado por Sushma Kapoor y hecho público en 2000¹⁰⁶. Considerando diversos estudios nacionales y regionales, los porcentajes de victimización por violencia física varían de país a país, sin bajar del 20%: del 59% de las encuestadas en Japón, hasta el 58% en Kenia, y el 28% en EE. UU y otros países occidentales¹⁰⁷. Este informe recoge datos sobre veintitrés países y resulta interesante la cuantificación de las consecuencias o costes de la violencia doméstica contra las mujeres, a saber (Kapoor 2000, 12-3)¹⁰⁸:

-Costes directos: gastos médicos, policiales, judiciales, de servicios sociales y alojamiento.

-Costes económicos: pérdida de horas laborales, descenso de la productividad, bajada de ingresos y pérdida de ahorro.

-Costes sociales: transmisión de valores violentos, bajada de la calidad de vida y menor participación.

-Costes no monetarios: incremento de la morbilidad, incremento de homicidios y suicidios, abuso de alcohol y drogas y desórdenes depresivos.

Además de las Naciones Unidas, podemos citar algunas cifras ofrecidas por otras instituciones inter o supranacionales, así como por ONGs internacionales.

En el informe sobre violencia doméstica aprobado por la Asamblea General del **Consejo de Europa**, el 27 de septiembre de 2002, redactado por la ex ministra de Eslovaquia Olga Keltosová, se afirma que la violencia en el seno de la familia es la principal causa de

¹⁰⁶ Puede obtenerse en <http://www.unicef-icdc.org>.

¹⁰⁷ Este estudio no se realizó en España. Según detallaremos más adelante, de acuerdo con la Macroencuesta realizada por el Ministerio de Asuntos Sociales, en el año 2000, para mujeres mayores de 18 años el porcentaje de mujeres maltratadas era del 12,4%.

¹⁰⁸ Los únicos estados que han realizado estudios al respecto cifran los costes económicos en 50 millones de euros (Finlandia) y 150 millones de euros (Países Bajos). Cfr. WHO (2002, 8).

muerte y de invalidez de las mujeres de 16 a 44 años, por delante del cáncer o los accidentes de tráfico.

La UE, según declaraciones de 2002 de la comisaria para asuntos de empleo y asuntos sociales, Anna Diamantopoulou, maneja el dato de que una de cada cinco mujeres europeas ha sufrido malos tratos alguna vez en su vida. En la actualidad, la UE trabaja en la preparación de estadísticas homogéneas.

Dentro de las ONGs, el **Centro Europeo para promoción de una política contra la violencia hacia las mujeres**, creado en 1997 por el Lobby Europeo de las Mujeres, creó el Observatorio Europeo sobre Violencia contra las Mujeres, compuesto por expertos de los países miembros de la UE¹⁰⁹. Este Observatorio identifica los fallos existentes en la legislación, las estadísticas, los estudios y las acciones al respecto y realiza las recomendaciones pertinentes, contribuyendo a la creación de indicadores de evaluación. Ha desarrollado un estudio *Unveiling the Hidden Data on Domestic Violence* (1999), que contiene información oficial sobre la violencia doméstica en los quince países de la UE¹¹⁰. Su objetivo era proponer indicadores a los estados miembros y al EUROSTAT para recopilar sistemáticamente datos sobre la violencia doméstica. Estos indicadores deben permitir revelar cuatro aspectos:

- la manera en que se define la violencia doméstica;
- el número de mujeres víctimas;
- las eventuales tendencias regionales;
- y su tratamiento por los servicios policiales y de asistencia.

En definitiva, se criticaron las estadísticas penales y se valoraron las encuestas de victimización llevadas a cabo por Universidades y ONGs, de donde se podían extraer más datos. En este estudio, se dice, por ejemplo, que el 50,7% de las mujeres encuestadas en Portugal a mediados de los noventa habían sufrido violencia psicológica a manos de su pareja o que en España -según un estudio de la Asociación Themis de 1999- en el 56% de los casos las mujeres retiran su denuncia. Se concluye que es una práctica cotidiana que

¹⁰⁹ Las iniciativas del Lobby se han beneficiado del programa DAPHNE. En 1996 el Parlamento europeo adoptó una nueva línea presupuestaria para fomentar la potencialidad de las ONGs en la lucha contra la violencia ejercida sobre los niños, adolescentes y mujeres. Se ha ido renovando anualmente.

¹¹⁰ Vid. <http://www.womenlobby.org/en/themes/violence/centre.html>.

trasciende clases y culturas y se relativiza la influencia del alcohol y otras drogas. Así según el estudio citado de Themis, el alcohol y las drogas sólo intervienen en un 20% de los casos, es decir, en una de cada cinco veces. Además, en el informe europeo se apuntan momentos de mayor vulnerabilidad para las mujeres como el embarazo, el puerperio, la crianza de niños pequeños y los períodos de separación.

Estadísticas penales en el estado español

Estadísticas policiales¹¹¹. Desde 1984 existe una sección estadística propia del Ministerio del Interior sobre las infracciones en el ámbito familiar según las víctimas (por sexo y edad)¹¹², los agresores (sexo y relación de parentesco o sentimental), los medios empleados, el lugar y el resultado. Se elaboran estadísticas nacionales, regionales y locales con periodicidad mensual. En todo caso, habría que añadir determinadas amenazas, detenciones ilegales, delitos contra la libertad sexual y otra serie de delitos que entran dentro del término más amplio de violencia contra las mujeres. Se estima que anualmente se presentan una media de más de 19.000 denuncias de delitos y faltas de lesiones en el ámbito familiar, la mayoría faltas¹¹³. El número de denuncias tiende a aumentar en los últimos años (Cerezo 2000, 169-73)¹¹⁴.

No hay estudios policiales específicos sobre la cifra negra, pero diversos organismos estiman que sólo entre un 10% y un 30% del total de malos tratos en la pareja se denuncian (ibídem 2000, 210). Las organizaciones Federación Nacional de Mujeres para la Democracia y Federación de Mujeres Progresistas, teniendo en cuenta las mujeres

¹¹¹ Para el ámbito vasco, consúltese la página web de la Ertzaintza.

¹¹² También se recoge la nacionalidad de la víctima, así como la identidad del denunciante y lugar de comisión del delito. Véanse algunas comparaciones diacrónicas, recogidas en Núñez y Alonso (2002, 460-6), de fuentes del Ministerio del Interior. Cfr. Valenzuela (2002).

¹¹³ Véanse los datos elaborados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a partir de fuentes policiales. Se encuentran en <http://www.mtas.es/mujer/mcifras/violencia.htm>. Consúltese, actualmente, las cifras del Ministerio de Igualdad. Además, véanse los datos recogidos en el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia en <http://www.gva.es/violencia/>, donde se incluye una tabla provincial de incidencia y prevalencia.

¹¹⁴ Según la información difundida por servicios de asistencia a la mujer, la media de muertes de mujeres a manos de sus parejas en los últimos años es de unas cincuenta –cifra que se eleva a unas setenta, en los últimos años-, es decir, muere una mujer cada semana (Cerezo 2000, 185-6). La Federación Nacional de Mujeres Progresistas contabiliza las muertes a manos también de amigos, conocidos y familiares fuera de la pareja y eleva los números oficiales. En todo caso, el mayor número de muertes corresponde a los maridos o ex maridos, seguidos por los compañeros o ex compañeros sentimentales, señalando una alta proporción por parte de novios jóvenes. La forma más habitual es el apuñalamiento, seguida por los golpes. Por el lugar en que se producen, en 2002, destacaron Cataluña, Valencia, Andalucía y Canarias. En el País Vasco, para el periodo indicado, sólo se contabilizó una muerte (El País, 26 de noviembre de 2002, 30). Respecto de las llamadas al teléfono 016, el mayor número, para 2008, se produjo en Madrid, seguida de Andalucía, Catalunya y Valencia.

atendidas en sus casas de acogida y programas de apoyo en 2002, calculan que en España el 15% de las mujeres adultas ha sido víctima de maltrato de su pareja y que la media de duración de maltrato antes de abandonar al agresor es de 10 años (El País, 26 de noviembre de 2002, 30).

En relación con las estadísticas policiales, puede acudirse, como de hecho nos encontramos en diversas investigaciones españolas sobre malos tratos a mujeres, a los archivos policiales para extraer información que no llega a las estadísticas oficiales (Cerezo *et al.* 1995).

Hasta 2005, las **estadísticas judiciales** no resultaban relevantes en esta materia porque en ellas no existía una referencia expresa a la violencia contra las mujeres, dentro y/o fuera del hogar. Algunos estudios pusieron de relieve que en un 62% de las sentencias en casos de delitos de malos tratos se absuelve al presunto agresor y el porcentaje se eleva hasta el 71% en los juicios de faltas (El País, 23 de noviembre de 2002, País Vasco 5). Del mismo modo que con los archivos policiales, puede investigarse sobre las sentencias y extraer de ellas datos relevantes¹¹⁵. Así, en el estudio realizado por el IVAC-KREI sobre la criminalidad registrada judicialmente en Gipuzkoa en la década de los noventa (Varona 2001c), a pesar de las modificaciones legislativas y del énfasis en su persecución por las agencias de control jurídico-penal, en la muestra analizada sólo aparecieron dos casos de delito de violencia familiar, que podían ponerse en relación con determinadas faltas contra las personas.

Estas deficiencias se han paliado actualmente mediante la creación del Observatorio sobre la Violencia de Género, cuyos datos pueden consultarse a través de su página web¹¹⁶.

Por su parte, salvo determinadas Memorias anuales de algunas **Fiscalías**¹¹⁷, hasta hace poco no se llevaba un seguimiento específico por parte de la Fiscalía General. En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2001 se indicaba que se dictaron 1.502 condenas por faltas referidas a violencia familiar, frente a 536 condenas por delito y se

¹¹⁵ Véase al respecto la investigación monográfica desarrollada a iniciativa del Gobierno Vasco y el CGPJ en los años 2000-2001. Como ejemplos de estudios de sentencias, véanse Cerezo (2000) y Fernández-Pacheco (2002). Cfr. Larrauri y Cid (2002).

¹¹⁶ El 26 de septiembre de 2002, el Gobierno central y el CGPJ firmaron el convenio de creación del "Observatorio contra la Violencia Doméstica" para el seguimiento de las sentencias sobre malos tratos, encomendado a los vocales Montserrat Comas y Enrique López. Véanse sus estadísticas en <http://www.poderjudicial.es>.

¹¹⁷ Véanse las últimas memorias en <http://www.mir.es>.

afirmaba que en los tres últimos años las medidas de protección a las víctimas habían crecido de forma espectacular, sin perjuicio de que también lo hubieran hecho las muertes y agresiones graves (Montalbán 2002). Desde 2006 funciona la figura del Fiscal de Sala Delegada Coordinadora contra la Violencia sobre la Mujer¹¹⁸. Según datos de la Memoria, en 2007, en la mayoría de las ocasiones no se habían presentado denuncias; aumentó el número de extranjeras muertas que se aproxima al de las españolas; se advierten las situaciones de convivencia consentida a pesar de la adopción previa de medidas de protección; y es el apuñalamiento el modo mayoritario de ejercer violencia homicida.

Las **estadísticas penitenciarias** no hacen ningún desglose en relación con la víctima¹¹⁹. Sin embargo, podemos aludir a un estudio de la Central de Observación Penitenciaria que contabilizó el número de personas en prisión por delitos relacionados con el ámbito familiar a finales de los noventa. El porcentaje de internos en prisión por delitos cometidos en el ámbito familiar¹²⁰ era de un 2,3% (879 sujetos: cuatro de ellos estaban en Martutene, uno en Basauri y once en Nanclares). Para el conjunto del estudio, las víctimas fueron principalmente hijos (29,8%) y mujeres (27,3%). Un 47,3% de los agresores consumían drogas, incluyendo el alcohol y, en el momento del estudio, un 64,6% de los agresores no asumían su responsabilidad (Valero et al. 2000). El objetivo de este estudio era diseñar programas preventivos específicos. Precisamente, en octubre de 2002, IIPP emprendió un estudio en ocho cárceles -entre ellas Nanclares de la Oca- con decenas de maltratadores a los que se pedía que escribieran una carta a su víctima para tratar de explicarse ante ella. En estos casos, sí asumían la culpa e indicaban que seguían queriendo a la mujer y que habían sufrido mucho con los hechos, si bien, se detectaba en ellos falta de autocontrol, ideas equivocadas sobre las mujeres y baja autoestima.

Otras estadísticas oficiales proceden de los servicios de asistencia a las víctimas¹²¹, de centros de la mujer y casas de acogida. Éstas deben ponerse en relación con las estadísticas no oficiales de asociaciones como la Asociación para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres y la Asociación Española de Mujeres Separadas y Divorciadas. Según la primera, desde su creación en 1983 han atendido a más de 100.000 mujeres, de las que un 95,5% han sufrido malos tratos físicos y/o psíquicos por su marido (Cerezo

¹¹⁸ Véase la Instrucción 7/2005 de la Fiscalía General del Estado.

¹¹⁹ Véase la publicación digital de su último informe anual en <http://www.mir.es>.

¹²⁰ Este término es más amplio que el de delito de violencia habitual familiar.

¹²¹ Véanse, en relación con los servicios vascos, la información publicada por el Gobierno Vasco en <http://www.euskadi.net>.

2000, 186). No obstante, si bien en estas fuentes se recogen muchos detalles, cuentan con el inconveniente de su dispersión. Lo mismo ocurre con otros documentos oficiales como los partes facultativos de lesiones de los hospitales.

2. 2 Estudios empíricos y encuestas sobre la violencia contra las mujeres

Debe reiterarse la necesidad de complementariedad cautelosa de los diferentes métodos de investigación acerca de la victimización (Varona 2001b). Esta conclusión es aplicable al campo de la victimización violenta contra las mujeres. No obstante, como veremos a continuación, predominan las entrevistas y los análisis estadísticos. En todo caso, diferentes estudios españoles y extranjeros se han referido y han aplicado otras técnicas de investigación que resultan especialmente pertinentes respecto de la violencia familiar contra las mujeres. Así las historias de vida¹²² y los grupos de discusión. Éstos últimos como técnica cualitativa permiten indagar sobre los porqués, las percepciones y las construcciones sociales de las mujeres maltratadas -y, en su caso, de los hombres violentos-. Esta técnica ha sido utilizada, por ejemplo, en VV. AA. (2000).

Las primeras investigaciones empíricas comenzaron en el **ámbito anglosajón** en la década de los sesenta referidas a la violencia contra los menores en la familia¹²³. En la década siguiente se extendieron a la violencia contra las mujeres en el seno familiar (Cerezo 2000, 108-12) y, posteriormente a los abusos sexuales y a la violencia contra los ancianos (Saraga y Muncie 2001, 117). Tanto en el ámbito norteamericano como europeo proceden principalmente de disciplinas como la Sociología, la Psicología y la Antropología (O'Leary 1998, 221). Bard y Zacker (1974) estudiaron las llamadas a la policía para concluir que el alcohol no es un factor influyente en las disputas familiares¹²⁴. La psicóloga Leonore Walker comenzó en 1978 un estudio en Colorado con una muestra de mujeres maltratadas de casas de refugio, de reservas indias y de prisiones -incluyendo mujeres que habían matado a su maltratador- (1983). Realizó entrevistas personales que duraron de seis a ocho horas (con un cuestionario de unas doscientas

¹²² Vid. el estudio escocés de Carnegie (1998) y sus posibilidades para la sensibilización pública.

¹²³ Si bien a finales del siglo XIX hubo un cierto interés público por la crueldad hacia los niños, éste no renacería hasta la segunda mitad del siglo siguiente. Por ejemplo, Saraga y Muncie indican cómo la primera Sociedad para la Protección de los Niños se creó en 1871 en Nueva York, cuando un juez tuvo que interpretar que las leyes que prohibían la crueldad contra los animales podían ser extensibles a los niños (2001, 117-8).

¹²⁴ Por otra parte, no existen muchos estudios empíricos específicos sobre la influencia de la religión, aunque sí se suele hacer alusión al sometimiento de las mujeres en los países árabes. Cfr. sobre la influencia del culto a la Virgen María en Polonia, Kwiatkowska (1998).

páginas). De su estudio se extrae la teoría del ciclo de la violencia doméstica y el término "síndrome de la mujer maltratada".

El matrimonio Dobash (1979) entrevistó a 109 mujeres maltratadas en casas de acogida escocesas -con una duración media de dos horas por entrevista-. Por su parte, Bowker (1983) realizó una campaña en los medios de comunicación de Milwaukee para solicitar el testimonio de mujeres maltratadas físicamente por su pareja y en nueve meses obtuvo 136 entrevistas telefónicas. Russell (1982) se centró en la violencia sexual en la pareja mediante una encuesta de victimización en San Francisco¹²⁵. Sobre la eficacia de la respuesta policial en Minneapolis ante la violencia doméstica, nos encontramos con el estudio de Sherman y Berk (1984). Hamberger y Hastings (1986) crearon una tipología de las perturbaciones psicológicas sufridas por 105 hombres estadounidenses sometidos a tratamiento. Por su parte, con el fin de estudiar la cifra negra, el sociólogo estadounidense Murray Straus realizó varias encuestas de victimización nacionales en EE. UU. sobre violencia doméstica mostrando su incidencia y llamando la atención pública (1995). La primera se materializó en 1975 mediante entrevistas personales a 8.145 personas utilizando un cuestionario denominado *Conflict Tactics Scales* (Escala de Tácticas de Conflicto)¹²⁶, de manera que se señalase, de una lista de 19 posibilidades, la reacción del entrevistado/a y de su compañero/a ante una disputa de pareja (desde discutir el asunto con calma hasta usar una pistola). En posteriores estudios se llegó a estimar que un 16% de las parejas estadounidenses experimentaron, al menos, un acto de violencia en 1985 y que, a comienzos de los noventa, se apreciaba un decrecimiento achacable a la concienciación social (Cerezo 2000, 192-3).

En las **encuestas de victimización** generales se tiende a incluir preguntas específicas sobre la violencia familiar¹²⁷. Así en el Reino Unido se calcula que una de cada cuatro mujeres ha sufrido violencia doméstica en algún momento de su vida, dos mujeres mueren cada semana a manos de su compañero o excompañero, miles de niños son testigos cada día de violencia y la violencia familiar ocupa una cuarta parte de toda la delincuencia violenta (Saraga y Muncie 2001, 117). Excepcionalmente, algunos países han llevado a cabo encuestas de victimización específicas sobre violencia contra las mujeres

¹²⁵ Con una muestra de 930 mujeres, de las 644 que estaban o habían estado casadas el 14% habían sido víctimas de una agresión sexual consumada o intentada.

¹²⁶ Véase su traducción en Cerezo (2000, 191).

¹²⁷ Cfr., por ejemplo, en el estado español la Encuesta sobre Seguridad Pública del Departamento de Interior catalán (Varona 2001b).

como Canadá y Australia¹²⁸. En el primero, a través de la *Statistics Canada Violence Against Women Survey*, se entrevistaron en 1993 a 12.300 mujeres, de las cuales la mitad declararon haber sufrido al menos un incidente violento en su vida adulta.

A la hora de sistematizar el conjunto de encuestas de victimización realizadas a lo largo del planeta, algunos autores hablan de cuatro generaciones que, en general, tienden a mostrar un incremento de la victimización en el tiempo (Instituto de la Mujer, Díaz-Aguado y Martínez 2002a, 147-9)¹²⁹:

-Encuestas de victimización generales.

-Encuestas de victimización generales con un apartado especial de violencia contra las mujeres, prioritariamente de violencia doméstica.

-Encuestas de victimización dedicadas exclusivamente a la violencia doméstica, como la *Macroencuesta sobre violencia doméstica contra las mujeres*, llevada a cabo telefónicamente por el Instituto de la Mujer (1999), con una muestra de 20.552 mujeres de 18 a 64 años; o la encuesta postal sueca sobre *Prevalencia de la violencia doméstica* (1997 y 2001), sobre muestras de 10.000 mujeres. Como comentaremos más adelante, también existen encuestas de victimización destinadas exclusivamente a la violencia sexual.

-Encuestas de victimización específicas sobre todo el abanico posible de violencia contra las mujeres (en el hogar, en el trabajo y en la esfera pública, sea de tipo físico, sexual, psicológico, social y/o financiero). Siguiendo el modelo canadiense de 1993, además de las realizadas en EE. UU., en Europa pueden citarse las siguientes: la encuesta francesa *Enquête Nationale sur les Violences Envers les Femmes* (entre 1997 y 2000), con una muestra de 6.970 mujeres de 20 a 59 años; la finlandesa *Fe, Esperanza y Maltrato* (1998), que se realizó por correo con una muestra de 7.051 mujeres de 15 a 74 años, con una tasa de respuesta del 70%; y la encuesta italiana, realizada en 1998, por el ISTAT con una muestra de 50.000 familias. Alemania finalizará en 2002 una encuesta (*Erhebung zu Gewalt gegen Frauen*) sobre una muestra de 10.000 mujeres mayores de 16 años. En la realización de estas encuestas destaca la participación de la Universidad, de los

¹²⁸ *Community Safety Survey*, realizada en 1994 sobre 3.061 ciudadanos en la ciudad de Perth (Australia).

¹²⁹ Aunque se refieren a *encuestas* sin utilizar la palabra *victimización*.

Departamentos de Estadística y de los Institutos de la Mujer, más que de los Ministerios o Departamentos de Interior¹³⁰.

En cuanto a los **estudios de autoinforme** no conocemos ninguno específico relativo a la violencia contra las mujeres. Cerezo lo rechaza como instrumento válido ya que los maltratadores tienden a negar o minimizar la violencia (2000, 202). Sin embargo, sí existen estudios generales que combinan la encuesta de victimización con el autoinforme y se observa cómo muchos agresores no tienen inconveniente en afirmar que son agresivos o en considerar que determinadas prácticas son aceptables, por lo que el reto reside en plantear un buen cuestionario. Este es el caso de la investigación de Straus y también en Sevilla del estudio que llevaron a cabo Castellano *et al.* (1999), donde obtuvieron un mayor porcentaje de hombres que reconocieron haber sido agresores -ejerciendo principalmente violencia psíquica- frente al de mujeres que afirmaron haber sido agredidas por su pareja¹³¹. Esto se corresponde con los resultados de otros estudios anglosajones con adultos, aunque cuando estamos ante escolares se han obtenido resultados que indican que las mujeres han hecho mayor uso del esperado de la violencia física, si bien, en muchos casos, de carácter defensivo ante relaciones sexuales no deseadas (O'Leary 1998, 225).

En el **estado español** una búsqueda bibliográfica sobre la materia que nos ocupa revela que existen, fundamentalmente desde los años noventa hasta principios de 2000, más de un centenar de publicaciones sobre violencia contra las mujeres, cuya práctica totalidad se dedica a la violencia familiar y son, principalmente, de carácter teórico o descriptivo¹³², echándose en falta más estudios empíricos y de victimización, que se han ido

¹³⁰ Como excepción puede citarse el estudio realizado en 1996 por la policía danesa sobre violencia en la calle, doméstica y en el lugar de trabajo mediante 26.000 entrevistas (Instituto de la Mujer, Díaz-Aguado y Martínez 2002a, 148).

¹³¹ Se trata de un estudio realizado sobre estudiantes de Derecho de Sevilla en el que se pasaron 868 cuestionarios autoadministrados válidos, a hombres y mujeres. Los cuestionarios diferían para cada sexo y se utilizó como modelo el desarrollado en Canadá por los profesores Dekeseredy y Schwartz a mediados de los noventa.

¹³² Como muestra monográfica citaremos los siguientes: Comas de Argemir *et al.* (2002), desde el Derecho procesal civil; Secretaría General Técnica (1991), Martín Espino (1998), Aguinaga (2000), Osborne (2001), Lamo, Ganzenmüller y Escudero (2002) y Morillas (2002), de carácter jurídico-penal; Soriano (2002), de carácter pedagógico; Instituto de la Mujer (1986), de carácter sociológico; Sotomayor (2000) y Consejería de Bienestar Social (2002), desde el ámbito de la asistencia social; Unión Nacional de Asociaciones Familiares (1991), Lorente y Lorente (1998), González de Rivera (2002) y Gracia (2002), desde la Psicología; e incluso desde la Técnica teatral, Fernández Morales (2002). Sobre el maltrato infantil, vid. García (1992), desde la Sociología; Pino (1996), Moreno (2002) y Clemente *et al.* (2002), desde la Psicología.

incrementando a partir de entonces al convertirse esta temática en un verdadero problema público. Además de las encuestas de victimización generales (Varona 2001b, 16; 37-9), puede mencionarse el proyecto de la Sección de Sevilla del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología para una encuesta de victimización nacional sobre violencia familiar, así como su participación en la Encuesta Internacional sobre Violencia contra las Mujeres (IVAWS) (Cerezo 2000, 186-93). De forma pionera, en los primeros meses de 1997, la Unidad de Criminología de la Facultad de Derecho de Albacete llevó a cabo una encuesta de victimización en dicho municipio con una muestra de 200 mujeres de entre 15 y 75 años. Se les seleccionó aleatoriamente dentro de cinco secciones censales elegidas al azar, teniendo en cuenta el porcentaje representativo por cada grupo de edad. La muestra se redujo a 149 mujeres ante la negativa a contestar, siendo el grupo con mayor tasa de no respuesta el de mujeres de 30 a 39 años. Además se seleccionó una muestra de 17 mujeres "con problemas" de entre quienes acudían al Centro Asesor de la Mujer y a la Casa de Acogida. Del primer grupo, un 14,8% habían padecido maltrato alguna vez y sólo habían presentado denuncia un 7,7%. En el segundo grupo se presentó denuncia en un 53,8% de los casos¹³³. Como consecuencias del maltrato destaca especialmente el miedo tanto a corto como a largo plazo. En años sucesivos se ha realizado esta encuesta con el objeto, entre otros, de comprobar si, ante las campañas de sensibilización, aumenta el porcentaje de denuncias (Benítez 1999; Rechea y Benítez 1999; Benítez 2001).

Como se ha podido leer anteriormente, en el año 2000 el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales realizó una macroencuesta a 20.552 mujeres mayores de dieciocho años que arrojó un porcentaje de mujeres maltratadas de un 12,4%¹³⁴. El objetivo fundamental de esta macroencuesta era averiguar cuántas mujeres eran víctimas de la violencia doméstica, cuáles eran las causas o circunstancias que la originaron y contribuyeron a su aparición y sus efectos en las víctimas. Se consideró que existía maltrato técnicamente - aunque no lo declarasen expresamente las propias mujeres- cuando respondían "frecuentemente" o "a veces" a, al menos, una de las siguientes trece frases:

- Le impide ver a la familia o tener relaciones con amigos / vecinos.
- Le quita el dinero que usted gana o no le da lo suficiente que necesita para mantenerse.

¹³³ Las bajas tasas de denuncia se corresponden con un estudio de los registros policiales de la provincia de Albacete, en 1996, que las cifra en un 90%.

¹³⁴ Cfr. <http://www.fundacionmujeres.es/fondo/Estadisticas/institutomujer.htm>.

- Le insulta o amenaza.
- Decide las cosas que usted puede o no hacer.
- Insiste en tener relaciones sexuales aunque sepa que usted no tiene ganas.
- No tiene en cuenta las necesidades de usted (le deja el peor sitio de la casa, lo peor de la comida).
- En ciertas ocasiones le produce miedo.
- Cuando se enfada llega a empujar o golpear.
- Le dice qué y a dónde va a ir sin él, ella (que no es capaz de hacer nada por sí sola).
- Le dice que todas las cosas que hace están mal, que es torpe.
- Ironiza o no valora sus creencias (ir a la iglesia, votar a algún partido, pertenecer a alguna organización).
- No valora el trabajo que realiza.
- Delante de sus hijos dice cosas para no dejarle a usted en buen lugar.

La macroencuesta se realizó al finalizar el I Plan de acción contra la violencia doméstica y se preveía repetirla periódicamente¹³⁵. Así, a finales de 2002, se presentó ante la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer del Congreso y Senado, la segunda encuesta *Violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico*¹³⁶. En ella, la proporción de quienes se declaraban víctimas había descendido dos décimas y las maltratadas que no se reconocían como tales bajaban del 12,4% al 11,1%. Las mujeres entre 45 y 64 años sufren en mayor medida la violencia doméstica. Por zonas, los mayores índices correspondían a Andalucía, Extremadura y Madrid.

Por su parte, los estudios empíricos sobre la violencia familiar han proliferado en el estado español desde mediados de los ochenta y suelen centrarse en muestras que se obtienen de casas de acogida, centros de salud y asistencia psicológica¹³⁷. Cerezo valora su carácter interdisciplinar, pero reprocha su parquedad porque su principal objetivo es

¹³⁵ Véase <http://www.mtas.es/mujer/planviol2.htm>. También en el año 2003, al término del II Plan, con el objeto de conocer variaciones significativas y valorar el impacto de dicho Plan.

¹³⁶ Se realizaron 20.652 entrevistas telefónicas y 402 entrevistas personales con víctimas declaradas de violencia doméstica.

¹³⁷ Cfr., en el ámbito de Albacete, la muestra específica de Rechea y Benítez (1999) y Benítez (2001).

conocer las características sociodemográficas de víctimas y agresores¹³⁸ y presentan problemas metodológicos que impiden comparar los resultados¹³⁹ (Cerezo 2000, 112-24).

Sobre el País Vasco, pueden citarse los estudios pioneros de Zubizarreta *et al.* (1994), mediante entrevistas estructuradas y medidas de autoinforme a 70 mujeres víctimas de maltrato doméstico que acudieron a los centros de asistencia psicológica específicos¹⁴⁰. Sarasua *et al.* (1994) realizaron entrevistas estructuradas a 131 mujeres maltratadas de dichos centros para conocer el perfil psicológico del agresor. Medina (1994) entrevistó a 80 hombres participantes en un programa de prevención de violencia familiar en los Juzgados de Instrucción de San Sebastián para conocer su perfil psicosocial y los resultados del tratamiento que, en general, fueron satisfactorios. Echeburúa *et al.* (1996) realizaron 62 entrevistas semiestructuradas con escalas de gravedad de síntomas a mujeres víctimas de maltrato doméstico que acudieron a los centros específicos de asistencia psicológica en Bilbao y Vitoria. Se trataba de valorar un programa terapéutico cognitivo-conductual para tratar el trastorno de estrés postraumático. Este estudio puede completarse con otro dedicado a estudiar las variables sociodemográficas y psicopatológicas de las víctimas (Echeburúa *et al.* 1997)¹⁴¹. De forma similar, pero centrados en los maltratadores, mediante entrevistas a pacientes del Servicio de Violencia Familiar de Bilbao, pueden considerarse los estudios de Echeburúa y Fernández Montalvo (1997).

De forma más específica, el estudio de Cerezo sobre homicidios en la pareja concluye que las víctimas potenciales son las mujeres que reciben malos tratos físicos, llevan poco tiempo separadas y reciben amenazas de muerte (2000)¹⁴².

¹³⁸ Sin embargo, cabe citar otros estudios que hemos mencionado en nuestra investigación y que se basan más en las estructuras sociales, así sobre las instituciones y los medios de comunicación (APDH 1999; Fagoaga 1999) y mediante grupos de discusión (VV.AA. 2000).

¹³⁹ Estos problemas metodológicos son tres: en muchos casos no se utiliza un grupo de control que permita contrastar las variables estudiadas; las muestras no son representativas de la población objeto de estudio; y se utilizan diferentes instrumentos de evaluación para medir las mismas variables. Adicionalmente, se echa en falta un marco teórico (Cerezo 2000, 113).

¹⁴⁰ La mayor parte de las víctimas presentaban síntomas propios del trastorno de estrés postraumático.

¹⁴¹ Cfr. mediante datos de consultas de 314 mujeres que acudieron a los centros vascos de asistencia psicológica para este tipo de víctimas, entre 1995 y 1996, Emakunde (1998).

¹⁴² Sin embargo, en la mayor parte de los casos se queda en una falta de amenazas. De acuerdo con el estudio hecho público en 2002, realizado sobre 46 maltratadores, 20 de ellos homicidas, por parte del Centro Abad Oliba, adscrito a la Universidad de Barcelona y por encargo del Instituto Catalán de la Mujer, los homicidas tienen una media de 40 años, matan a sus compañeras para hacerlas responsables del fracaso de su relación y se escudan en la bebida. Su nivel intelectual y social es más bajo que el del maltratador que no llega al homicidio. Cfr. la nota a pie n.º 65.

Sobre la victimización secundaria y la evaluación de las instituciones sanitarias, socio-asistenciales y de la administración de justicia, existen principalmente estudios basados en fuentes documentales, dada la ausencia de tradición de evaluaciones externas en nuestro país¹⁴³.

Finalmente, como precedente de **investigación comparada** en la materia, sólo conocemos el trabajo de Miller y Barberet (1994) que comparó las respuestas socio-legales a las violencia familiar en las ciudades de Madrid y Washington, concluyendo que en la primera existen menos recursos de protección a mujeres y que en ambas se mantienen los estereotipos sexuales en las familias, a pesar de la acción de los movimientos de mujeres¹⁴⁴. En otros países también son escasos los ejemplos de investigación comparada¹⁴⁵, probablemente por las dificultades inherentes a la misma a la que se suman las diferencias culturales y la ausencia de metodologías comunes, sin perjuicio de que muchos objetivos coincidan, tales como la búsqueda de factores etiológicos (O'Leary 1998, 220)¹⁴⁶.

Como perspectivas de futuro, entre los temas que tienden a imponerse en diversos países de nuestro entorno se encuentran los siguientes: los costes de la violencia contra las mujeres, la vulnerabilidad de algunas mujeres, la acumulación de violencia o multivictimización dentro del mismo ámbito o en diferentes esferas y, para el caso español -dada la ausencia de este tipo de estudios sociojurídicos o de evaluación externa-, la eficacia de las medidas existentes para paliar la violencia contra las mujeres.

En cuanto a la vulnerabilidad, según las estadísticas policiales y estudios provisionales al respecto, existe una escasa o nula incidencia del maltrato en mujeres de etnia gitana. Ello ofrece diversas interpretaciones: desde algunas asociaciones gitanas se dice que actúa su control social al contar con sus propias instituciones culturales para prevenir y castigar la

¹⁴³ Como ejemplos que detallaremos más en el estudio final de 2003, véanse Cerezo (2000) y Fernández-Pacheco (2002).

¹⁴⁴ Cfr. sobre las contradicciones prácticas del movimiento feminista en Alemania en materia de malos tratos, Hagemann-White (1998).

¹⁴⁵ En España, véanse también Medina (2002) e Instituto de la Mujer, Díaz-Aguado y Martínez (2002a y b). En otros países, cfr., entre otros, Easteal, Hosoi y Wolff (2000).

¹⁴⁶ En todo caso, la investigación comparada se impulsa a través de organizaciones como la Red de Investigación Europea sobre Conflictos Familiares y la Violencia Doméstica (*European Research Network on Family Conflict and Domestic Violence*), fundada y coordinada, curiosamente, por una profesora estadounidense, Renate C. A. Klein. Dentro del campo de la investigación, también existe una Red Europea sobre Conflicto, Género y Violencia (*European Network on Conflict, Gender and Violence*). Sobre la misma, incluyendo modelos de buenas prácticas y un listado de ONGs y otras instituciones, estatales e internacionales en la materia, vid. <http://www.wave-network.org/links.asp>.

violencia contra las mujeres, mientras que otros autores entienden que las cifras son reflejo de un contexto cultural de sumisión de la mujer al hombre.

A modo de resumen, de todos los estudios señalados pueden apuntarse algunos datos -a veces contradictorios-, aunque el primero de ellos debe ser que no existen conclusiones definitivas sobre los factores explicativos y las medidas preventivas:

-Se puede llegar a definir con cierto acuerdo la violencia contra las mujeres como abuso de poder que provoca o puede provocar un daño físico, sexual, síquico y/o social.

-Los tipos de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar pueden clasificarse atendiendo a cuatro criterios diferentes (VV. AA. 2000, 20-1):

*Por la forma: física, psicológica, sexual, económica, decisional...

*Por la gravedad¹⁴⁷.

*Por los sujetos implicados: por compañeros o maridos; madres por hijos o hijastros; hijas por padres o padrastros; hermanas por hermanos o hermanastros; abuelas por nietos o por hijos (biológicos o políticos); suegras por yernos; otras relaciones de parentesco o estrechas.

*Por el momento: durante la relación; durante y después de la ruptura.

-Los comportamientos agresivos más serios contra las mujeres en el hogar casi siempre se ven precedidos por una progresión sistemática, aunque varían los factores predictivos de la violencia grave -abuso de drogas, variables étnicas- y menos grave -desaveniencias, violencia verbal o psicológica, amenazas de la mujer de romper la relación-. Además, muchos de los factores predictivos de la violencia contra la pareja también predicen la violencia contra los menores (O'Leary 1998, 222-3). Se calcula que en un 60% de los casos el maltrato se extiende también a los hijos de la pareja.

-Según la teoría del ciclo de violencia se pueden distinguir cuatro fases: fase de formación de tensión, de explosión o agresión, de arrepentimiento o reconciliación y de reanudación del ciclo (VV. AA. 2000, 47-8).

- Sólo un 10% de los maltratadores presenta un trastorno serio de conducta (APDH 1999, 25). Por tanto, la mayoría de los hombres violentos no difieren en términos

¹⁴⁷ Con diferentes percepciones subjetivas, etcétera.

psicopatológicos de los no violentos, pero sí presentan determinados rasgos en su personalidad (O'Leary 1998, 223), como lo que algunos autores denominan "síndrome de la doble fachada": ser agradables en el ámbito laboral y comunitario y violentos en el doméstico.

-El problema de la violencia familiar es multifacético y en él intervienen elementos como: los valores asociados a los roles de género y la estructura de poder jerárquico basada en esos valores, los conceptos de propiedad y privacidad, el lenguaje, etcétera (VV. AA. 2000, 14-5). Muchas mujeres entienden que no hay delito, que la violencia es normal en la familia.

-Si bien las mujeres mayores han sido victimizadas en mayor grado, parece incrementarse el riesgo de las mujeres jóvenes que están adoptando nuevos roles y con ello desafían el poder del varón ("descuidando sus tradicionales servicios reproductivos y asistenciales"). Al mismo tiempo, las mujeres jóvenes tienden a trabajar remuneradamente lo que reduce la precariedad económica, factor criminógeno.

-En general, las mujeres maltratadas sufren trastornos como: temor, insomnio, falta de concentración y amnesia selectiva, dolores de cabeza, pérdida de apetito, mareos, dificultad para respirar, pensamientos obsesivos, pesadillas, sentimiento de culpa difuso, descenso de la autoestima, estados depresivos, reducción de la capacidad intelectual, indecisión para actuar y dificultad en las relaciones sexuales. Otros efectos psicosociales son: interiorización del machismo y la dependencia del varón, estrés, ansiedad e incomunicación (APDH 1999, 27).

-La violencia psicológica está muy extendida y abarca supuestos de diferente gravedad (insultos, insinuaciones, amenazas, mentiras, manipulaciones, coacciones, humillaciones públicas, intimidaciones, acoso, destrucción de bienes, imposición de creencias...). Afectan a la autoestima y llegan a repercutir en la salud física, incluyendo los supuestos de suicidio¹⁴⁸.

-A pesar de la concienciación y de la inversión pública en medidas preventivas de toda índole, no se sabe cómo éstas están afectando realmente a la victimización primaria y

¹⁴⁸ Se ha establecido una correlación entre violencia familiar y suicidio en diversos estudios de EE. UU., Fiji, Papua Nueva Guinea, Perú, India, Bangladesh y Sri Lanka. En España se está investigando en la actualidad. Se calcula que las mujeres que sufren violencia tienen doce veces más probabilidades de intentar suicidarse. En EE. UU. se calcula que el porcentaje de mujeres apaleadas en el hogar que intentan suicidarse llega al 35-40% (Kapoor 2000, 4).

secundaria. Los medios de comunicación y algunas políticas públicas inciden más en los aspectos coyunturales, personales y de urgencia que en los socio-estructurales (VV.AA. 2000, 13)¹⁴⁹.

Sobre el clima o nivel de tolerancia en la sociedad española, de los diferentes estudios realizados se desprende que el maltrato se considera un problema grave y una práctica no aceptable, pero en menor medida si es de carácter psicológico. Por otra parte, se achaca principalmente a causas individuales y, a veces, se tiende a responsabilizar a la víctima por seguir conviviendo con su agresor (Cerezo 2000, 72-80). En el Barómetro del CIS de 2002, el 87% consideraban que la violencia doméstica contra las mujeres estaba muy o bastante extendida y, en concreto, el 67% creían que eran muy o bastante frecuentes las agresiones físicas en la pareja, considerando que era mayor que la violencia física y sexual hacia niños y ancianos¹⁵⁰. Uno de cada tres españoles creía que ha aumentado la violencia contra las mujeres y dos de cada tres estimaban, sin embargo, que salían a la luz más casos. Los porcentajes de quienes opinaban que las mujeres tenían información suficiente o no para defenderse de las agresiones de su pareja eran similares. Además, el 29% de las personas encuestadas por el CIS en 1990 afirmaba conocer la existencia de malos tratos a mujeres en el ámbito de su hogar. Un 17% de los encuestados al año siguiente afirmaba conocer algún caso de niño o niña maltratado¹⁵¹ (APDH 1999, 24; 17). Estas opiniones podrían contrastarse con las denuncias efectivas por parte de vecinos y familiares, así como con el registro de intervenciones directas en caso de ser testigos de maltrato.

-Ante la reciente concienciación por parte de las instituciones y de la sociedad, existen diversas propuestas sobre su prevención, más o menos punitivas.

¹⁴⁹ Fue a finales de los noventa cuando, dada la repercusión en los medios de comunicación de continuos sucesos de violencia familiar, se produjo un cambio sustancial: "... en definitiva, estamos viviendo la revolución doméstica que tuvo lugar hace 20 años en Estados Unidos y que ahora llega a nuestro país" (Cerezo 2000, 49). La dramatización de los medios de comunicación de casos escandalosos ha provocado una concienciación, aunque quizá se quede en lo morboso y superficial, siendo un objeto más de espectáculo mediático a la caza de audiencia (APDH 1999). Por su parte, la campaña del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, difundida entre el 2 y el 28 de diciembre de 2002, tenía como objetivo incrementar la confianza y autoestima de las víctimas a través de un mensaje positivo, frente a otras campañas que mostraban a mujeres llorosas o imágenes victimistas (El País, 26 de noviembre de 2002, 30).

¹⁵⁰ En el Eurobarómetro de 1999 también se pretendió evaluar el grado de conocimiento y sensibilidad sobre la violencia contra las mujeres, principalmente doméstica. En la mayor parte de los países de la UE no se incluyen preguntas sobre violencia contra las mujeres en las encuestas de opinión generales y periódicas, si bien algunos expertos entienden que sería recomendable (Instituto de la Mujer, Díaz-Aguado y Martínez 2002a, 149). Sobre los ancianos, desde la intervención psicosocial, vid. Touza *et al.* (2002). Sobre el maltrato de personas mayores en general, véase de la Cuesta (2006).

¹⁵¹ Por su parte, López Sánchez calculaba que el 71% de las víctimas de abusos sexuales son niñas (1994).

3. Teorías sobre la violencia contra las mujeres que puedan orientar la política criminal

En cuanto a la etiología de la violencia familiar, suelen distinguirse cuatro grupos: las teorías individuales (biológicas, sociobiológicas, psicopatológicas); psicosociales o intermedias; socioculturales o estructurales; y multifactoriales o integradoras (Cerezo 2000, 80-102). De todas ellas vamos a comentar a continuación las que encontramos más relevantes.

Puede adoptarse una teoría culturalista que explica el desarrollo de un Derecho penal que ha apoyado tradicionalmente los intereses de una sociedad patriarcal. Esta tesis ha sido defendida por la catedrática italiana de Derecho romano, Eva Cantarella (1991), para quien la regulación permisiva de la muerte de las mujeres a manos de sus maridos o padres persistió desde el derecho romano. Este es el caso de España, hasta 1963, e incluso posteriormente mediante la posibilidad de atenuación por medio del ejercicio del derecho de corrección del marido (subsumible en el deber de obediencia, que perduró en el Código civil hasta 1975)¹⁵². A lo largo de los siglos se mantuvo la idea de que el honor familiar, como asunto social, estaba ligado a la moral sexual femenina. La progresiva igualdad de los sexos ha llevado a una cierta crisis en algunos hombres que necesitan reafirmar su identidad atentando contra sus compañeras, especialmente en el momento en que éstas deciden separarse de ellos. Una problemática especial, donde intervienen aspectos culturales y de identidad, se da con las mujeres extranjeras o pertenecientes a minorías étnicas que, en algunos países como Canadá y, progresivamente en el nuestro, ocupan un porcentaje muy importante de víctimas de malos tratos (Varona 2001c).

En relación con las tesis culturalistas, puede pensarse qué ocurre cuando se unen aspectos de una cultura violenta con una cultura machista. Así, la teoría de la brutalización se refiere a la relación entre el número de homicidios y delitos violentos en los estados sureños de EE. UU. y la aplicación de la pena de muerte (Varona 2001a). Cuando las agencias de control jurídico-penal avalan la utilización de la violencia como solución o lenguaje contribuyen a su aprendizaje. Esta teoría podría ser extensible a la violencia contra las mujeres en los conflictos bélicos. Además, en referencia a la violencia doméstica y a la violencia sexual, algunas investigaciones apuntan a que es más probable

¹⁵² Hasta 1983 el padre que causaba lesiones en un exceso de corrección no era condenado.

que ocurran en países donde se dan índices altos de otros tipos de violencia (WHO 2002, 18).

Para evitar simplificaciones, junto con las perspectivas culturalistas, podemos referirnos a las teorías psicológicas sobre las personalidades violentas, y ello porque la mayoría de los hombres de todos los países, aunque los porcentajes varíen y la cifra negra sea muy alta, no son violentos en el seno de la familia. Por tanto, es una simplificación muy peligrosa en sus efectos presuponer que todas las mujeres son víctimas innatas¹⁵³ y que todos los hombres son delincuentes natos, como a veces insinúan algunos sectores radicales feministas¹⁵⁴. De hecho, serían necesarias investigaciones centradas en por qué la mayor parte de los hombres no son violentos¹⁵⁵.

Ya que la mayor parte de los hombres violentos tampoco sufren enfermedades o anomalías psíquicas, las tesis culturalistas y psicológicas se pueden relacionar con las situacionales y del estilo de vida, como teorías de corto o medio alcance, y pueden explicar también la escasa, pero existente, violencia protagonizada por las mujeres en el ámbito familiar. Se distinguen los siguientes factores de riesgo: el estrés en el entorno familiar, las dificultades económicas, las relaciones de pareja insatisfactorias -con deseos de separación de la mujer, pero no del hombre, o al revés-, la violencia en la familia de origen, el consumo de drogas... Además, paradójicamente, en la motivación del autor puede intervenir la denuncia de la víctima, que él interpreta como un reto. Una intervención ineficaz de la administración de justicia puede traer consecuencias fatales¹⁵⁶.

Como ejemplo de teorías integradoras puede considerarse el modelo ecológico que ha manejado la OMS en su informe anual sobre violencia y salud (WHO 2002, 9-10). Este enfoque fue introducido por vez primera en los setenta para el estudio del abuso de menores y se extendió más tarde para analizar otros tipos de violencia. Según este

¹⁵³ Aunque por parte de algunos representantes del feminismo y la Victimología radicales prefieren utilizarse el término más positivo de "supervivientes".

¹⁵⁴ Ello sin perjuicio de reconocerles el gran mérito de exponer públicamente la extensión de la victimización violenta femenina, incluyendo la de carácter secundaria o provocada por las propias instituciones de control jurídico-penal, donde debe incluirse el mismo Derecho penal, en su lenguaje, formulación y contenido. Cfr. Larrauri (1994).

¹⁵⁵ Cfr. Fisas (1998). En este sentido se pronuncia O'Leary (1998, 228) y concluye: "Por tanto, mantener una mente abierta sobre las tendencias y las intervenciones prometedoras es probablemente la mejor prospectiva para ayudar a avanzar en este campo" (ibídem, 229). Por ejemplo, aunque minoritarias, sería interesante realizar investigaciones con parejas de homosexuales y lesbianas y la misma violencia de las mujeres contra los hombres.

¹⁵⁶ Durante la vigencia del Plan contra la Violencia Doméstica del Ministerio de Asuntos Sociales aumentaron en un 14% las denuncias y en un 25,7% las muertes.

modelo, se distinguen cuatro grupos de factores -superpuestos en ciertas áreas- que influyen en el comportamiento o que incrementan el riesgo de cometer o ser víctima de violencia:

*Factores biológicos y de la historia personal del individuo. Aquí nos referimos, por ejemplo, a características demográficas como la edad, el sexo, la educación y los ingresos; a desórdenes psicológicos o de la personalidad; al abuso de sustancias; y a acontecimientos pasados de violencia o de experiencia de abusos.

*Factores interpersonales cercanos o de relaciones con personas de los grupos primarios (familia, amigos, compañeros). Por ejemplo, el tener un grupo de amigos que se involucran o fomentan la violencia puede incrementar el riesgo de ser víctima o agresor.

*Contextos comunitarios (relaciones sociales en los colegios, trabajo y barrios). Aquí se estudia la influencia de factores como la movilidad residencial, la densidad de la población, los niveles de desempleo o la existencia de un comercio local de drogas.

*Factores sociales amplios (disponibilidad de armas¹⁵⁷ y normas sociales y culturales sobre las relaciones familiares y entre sexos, la forma de resolver conflictos, el valor de la vida, de la persona frente a la comunidad, el valor de la seguridad pública y la libertad personal, condiciones de salud, económicas, educacionales y políticas).

En última instancia se trata de potenciar la prevención a través de modelos integradores ecológicos, es decir, que tienen en cuenta factores individuales, interpersonales, comunitarios y sociales. Todo ello dentro de un contexto internacional donde los demás países nos servirán de espejo y la cooperación en la investigación resulta especialmente fructífera.

4. La condición migratoria, particularmente en violencia de género

Amnistía Internacional denuncia que la violencia contra las mujeres “es la violación de derechos humanos más extendida, oculta e impune”. Asimismo: “Las mujeres inmigrantes en España están sobre-expuestas al riesgo de sufrir violencia de género y a morir asesinadas a manos de su pareja o expareja. Así, la tasa de víctimas mortales por

¹⁵⁷ En nuestro país existe un control mucho más estricto, si bien se dan casos llamativos de mujeres asesinadas con armas por parte de agentes de las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad. Cfr. Cerezo (2000, 360). Por su parte, en EE. UU. una mujer tiene casi tres veces más posibilidades de ser disparada por su compañero sentimental que de ser asesinada de otra forma por un extraño (Kapoor 2000, 19).

millón de mujeres es, para las extranjeras, mucho mayor que para las españolas: en esos ocho años, como promedio, la vulnerabilidad de las extranjeras es más de seis veces la de las españolas”¹⁵⁸. Se consideran cuestiones culturales, idiomáticas, administrativas y de dependencia.

Debe considerarse la correcta aplicación y adaptación de las *Recomendaciones en la atención a las mujeres inmigrantes víctimas de la violencia de género*, promovidas por los Departamentos de Interior y Empleo del Gobierno Vasco, en colaboración con diferentes administraciones y asociaciones. Una tesina presentada en el Posgrado de Asistencia a Víctimas de Experiencias Traumáticas (UPV/EHU), en 2012, analizó desde la óptica del Trabajo Social distintas medidas preventivas en nuestro contexto¹⁵⁹.

Debe reflexionarse si las medidas específicas de protección para paliar la vulnerabilidad de las mujeres migrantes, en relación con los estudios sobre interseccionalidad (o interrelación de factores de desigualdad micro-meso-macro), están dando resultados.

5. Conceptos clave de la lección

-derecho penal promocional

-interseccionalidad

¹⁵⁸ Cfr. su página web y el informe [“Más riesgos y menos protección: mujeres inmigrantes en España frente a la violencia de género”](#) (2007).

¹⁵⁹ Realizada por María Cerdón y centrada en la creación de grupos de detección.

LECCIÓN V. LA PERSPECTIVA DE LA TIPOLOGÍA DELICTIVA (4): POLÍTICA CRIMINAL E INFRACCIONES CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

1. Violencia sexual: imaginario y realidad

Datos recogidos de diversos países apuntan que una de cada cuatro mujeres ha sufrido violencia sexual por parte de su compañero sentimental o marido y hasta un tercio de las adolescentes informan sobre su iniciación sexual forzada (WHO 2002, 18; Howe 2008). El imaginario social sobre la delincuencia sexual está plagado de mitos. Algunas personas, incluso profesionales, tildan a los infractores de monstruos y demandan penas cada vez más severas; otros los consideran enfermos y reivindican tratamientos específicos. Por su parte, las víctimas también reciben diferente valoración según el contexto, llegando en ocasiones a culpabilizarlas.

En todo caso, este tipo de delincuencia suele despertar una gran alarma social y recibe un tratamiento no siempre adecuado por parte de los medios de comunicación. Sin embargo, los estudios empíricos –comparados e internos– concluyen que la mayoría de los delincuentes sexuales (donde entran una gran variedad de conductas) no reinciden.

En el ámbito español, si bien debe ponderarse la alta victimización oculta, destaca el estudio coordinado por Santiago Redondo (2002a)¹⁶⁰, donde se indica que, a pesar de la amplificación en los medios y de las creencias generales, los delitos sexuales tienen un nivel de prevalencia bajo, tanto internacionalmente como en el caso de España: suponen en torno al 1% de los delitos conocidos, aunque, dado su carácter, el porcentaje aumentaría teniendo en cuenta la alta cifra negra¹⁶¹. Según las encuestas de victimización españolas, las violaciones se denuncian en un porcentaje aproximado de 45%, mientras que en los abusos sexuales sólo se llega a un 10%. Si se consideran los datos de la Encuesta Internacional de Victimización (ICS), en 1996, el índice promedio de victimización sexual en los veintinueve países en que se llevó a cabo fue de un 2,7%¹⁶². En

¹⁶⁰ En este libro pueden encontrarse diferentes teorías explicativas sobre la violencia sexual por parte de expertos extranjeros, así como consideraciones sobre la legislación penal española y comparada en la materia, las reacciones sociales hacia las víctimas y los tratamientos dirigidos a agresores y víctimas, en España y otros países.

¹⁶¹ Con todas las limitaciones señaladas en Varona (2001b), Interpol publica cada año estadísticas internacionales relativas a los delitos sexuales. Vid.: <http://www.interpol.com/>.

¹⁶² Según una encuesta de Inglaterra y Gales realizada por el Home Office y hecha pública en 2002, una de cada 20 mujeres británicas, mayores de 16 años, ha sido violada a lo largo de su vida. La mayoría de las violaciones se producen en el hogar, a manos del marido, compañero sentimental o un conocido. Sólo una quinta parte de las violaciones se denuncian y de éstas sólo lo hace directamente la mujer afectada en la mitad de los casos. El estudio se realizó con entrevistas a 6.944 mujeres, entre 16 y 59 años, dando unos índices de victimización sexual del 0,9%. En España, la Federación de Asociaciones de

concreto, las tasas europeas se encontraban en un 2,2% -Cataluña obtuvo un índice inferior: 1,2%¹⁶³-, siendo las más altas las asiáticas, africanas y latinoamericanas.

De las estadísticas policiales estatales se observa un ascenso en las denuncias por delitos sexuales contra menores, mientras que el número de denuncias por violación de mujeres tiende a disminuir¹⁶⁴. Cada año se registran unos 6.000-7.000 delitos contra la libertad sexual (lo que supone entre el 0,6-0,8% del total de las denuncias registradas). En las estadísticas judiciales el índice es menor y, por razones de la mayor duración de algunas penas, en las estadísticas penitenciarias se llega al 5%. Por otro lado, como ya se ha indicado, en contra de la creencia popular, si las tasas de reincidencia para el conjunto de los delitos se sitúa aproximadamente en el 50%, para los delincuentes sexuales es de alrededor del 20% (Redondo 2002b, 37-42).

Al igual que con la violencia física y psíquica, no existen teorías generales que expliquen de forma satisfactoria la violencia sexual, sino que deben considerarse factores individuales (excitación sexual mediante la violencia, falta de autocontrol, carencia de habilidades para relacionarse...), sociales (valores sexistas en la sociedad...) y situacionales o de oportunidad (Redondo 2002b, 43-52). Adicionalmente, la evidencia científica es ambivalente respecto de si los delincuentes sexuales son preferentemente especializados -sólo cometen delitos sexuales o algún tipo de ellos- o generalistas -también cometen otro tipo de delitos como robos y agresiones- (ibídem, 2002b, 43).

En un estudio empírico sobre internos en prisión, de Garrido, Beneyto y Canet (1999), se distinguen los perfiles de los agresores sexuales contra adultos de los agresores sexuales contra niños. En los primeros se destacan cuatro motivaciones:

-como medio de venganza y castigo contra determinadas mujeres -pero bajo la idea de una responsabilidad colectiva femenina-;

-como medio de autoafirmación o ejercicio de poder;

Asistencia a Mujeres Violadas, calcula que sólo se denuncian el 20% de las agresiones sexuales (El País, 24 de julio, p. 24).

¹⁶³ En 1999 descendió al 0,9%.

¹⁶⁴ En el 90% de los casos de abusos sexuales a menores las víctimas son niñas, según el estudio *Maltrato infantil en la familia*, hecho público en 2002 por el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia. En general, véanse las estadísticas para el año 2000, y algunas comparaciones diacrónicas, recogidas en Núñez y Alonso (2002, 434-7), de fuentes del Ministerio del Interior. A grandes rasgos, estos datos coinciden con los de la Ertzaintza que ofrece otra serie de datos situacionales: la mayor parte de los delitos se producen los fines de semana, entre las diez de la noche y las ocho de la mañana. El 89% de las víctimas de agresiones sexuales son mujeres jóvenes, la mitad se producen en la vía pública y un 16% en los portales. En el 90% de las violaciones el agresor conoce a la víctima y pertenece a su entorno (El País, 8 de abril de 2001, p. 6 País Vasco).

-como conducta adicional durante la comisión de otros delitos;

-y como acceso a mujeres inaccesibles o a la realización de fantasías sexuales.

Cuando las agresiones son contra niños, los agresores parecen estar mayormente integrados en la sociedad y emplean la violencia en un menor grado (Varona 2001c).

En otro estudio muestral sobre la victimización sexual en la Comunidad de Madrid, durante 1993 y 1994, se indica que los agresores sexuales son, en más de la mitad de los casos, conocidos de las víctimas (círculo familiar, barrio, amigos, simples conocidos) (Varona 2001c). Existen supuestos de victimización reiterada por parte del mismo agresor en que éste aprovecha las relaciones familiares, académicas, laborales, etc. El lugar más frecuente de la agresión sexual es el domicilio del infractor, seguido de los descampados y carreteras, y el domicilio de la víctima. La mayor incidencia se presenta entre las ocho de la tarde y las doce de la noche. La principal reacción de la víctima es defenderse, pero: "Las reacciones de cada víctima dependen de su estado personal en ese momento, de su forma de reaccionar ante la vida, de su edad, de su relación con el agresor, de la coacción que se utilice contra ella, de la violencia que se esté ejerciendo, y de diferentes factores que se entrecruzan en esos momentos límite". Las razones por las que no se denuncian van desde el miedo al agresor, la reacción de sus familiares, el miedo a perder el puesto de trabajo, la falta de acompañamiento a la hora de denunciar, hasta la desinformación sobre cómo actuar. Respecto de investigaciones anteriores, se advierte una mayor predisposición de las mujeres a denunciar a los agresores conocidos y a denunciar las agresiones sexuales, no sólo las violaciones (Roig et. al. 1996, 49-51; 58).

Complementariamente, en el estudio citado se realizaron entrevistas a diecisiete agresores sexuales en libertad condicional y en tercer y segundo grado. Se subraya el elevado número de sujetos que niega o tergiversa su participación en las agresiones. Según las relaciones autor-víctima y el tipo de agresión, se trazan cinco grupos de violaciones para los casos estudiados -que completan y especifican el estudio de motivaciones de Garrido, Beneyto y Canet (1999)-: 1. la violación como mecanismo de compensación o autoafirmación, general o respecto de una persona concreta, donde se busca provocar humillación y temor y tener sensación de poder, lo que supone un móvil más agresivo que sexual; 2. la violación justificada porque lo quería la víctima; 3. la violación enmarcada en una conducta antisocial generalizada; 4. la violación como forma

de obtención de un objeto sexual; y 5. la violación como forma de conseguir contactos sexuales con un menor (1996, 156-7)¹⁶⁵.

En la esfera **laboral**, destacan dos informes de la Unión Europea sobre el acoso sexual en los países miembros con el objetivo de recopilar información sobre la prevalencia, gravedad y consecuencias de esta forma de violencia (Instituto de la Mujer, Díaz-Aguado y Martínez 2002a, 157-60). El primero se publicó a mediados de los ochenta y el segundo revisó todos los proyectos de investigación relevantes -unos setenta-, realizados entre 1987 y 1997 en la UE. En todo caso, quedan por comprobar hipótesis, planteadas también en estudios norteamericanos, sobre la importancia de las características y el clima de la organización del trabajo en el acoso sexual que podrían explicar las diferencias en las tasas de acoso por sectores laborales.

2. La respuesta penal

En los artículos 178 y siguientes, dentro del Título VIII referido a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, modificado en diferentes ocasiones con una tendencia más punitiva, nuestro Código penal recoge las agresiones sexuales, los abusos sexuales, el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual y los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores¹⁶⁶.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se justifica, en parte, para dar cumplimiento a la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (introduciendo, en este último caso, la posibilidad de incluir perfiles de condenados en la base de datos de ADN)¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Sobre tratamientos cognitivo-conductuales dentro de la prevención terciaria en los delitos sexuales, cfr. Fernández-Montalvo y Echeburúa (1998).

¹⁶⁶ Para un completo análisis de la normativa internacional respecto de los delitos sexuales, vid. de la Cuesta (1999).

¹⁶⁷ Se prevé, en los supuestos de delitos graves contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad o indemnidad sexual, cuando además se confirma por el tribunal la existencia de un riesgo relevante de reiteración delictiva, la anotación de los perfiles genéticos de condenados en la base de datos policial (véase el art. 129 bis).

Por su parte, la reforma de la Ley de protección del menor establece una serie de prohibiciones para ejercer determinadas profesiones en contacto con menores.

Esas normas internacionales no obligaban en modo alguno a introducir la prisión permanente revisable. La reforma prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, definidos en el artículo 140 del Código Penal: asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie.

Según se expresa en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015: *“Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años ... la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.*

De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad –de menos de dieciocho años– pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

Por otra parte, se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas y se prevé la imposición, en estos casos, de penas de hasta tres años de prisión.

En los delitos contra la prostitución, se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En este segundo caso, se elevan las penas previstas con el fin de armonizar las legislaciones europeas, y se introducen nuevas agravantes para combatir los supuestos más lesivos de prostitución infantil.

Se modifica el artículo 187 con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena. Con este fin, se sanciona separadamente el lucro de la prostitución cuando concurren determinadas conductas que evidencien una situación de explotación, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había exigido unos requisitos para la apreciación de la exigencia de esta situación similares a los que se aplican en el ámbito de actividades laborales reglamentadas, lo que imposibilitaba en la práctica su persecución penal.

Se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil. En primer lugar, se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida.

En relación con la pornografía infantil, se castigan los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. También se castiga el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, en la conciencia de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía. Por esta misma razón, se faculta expresamente a los jueces y tribunales para que puedan ordenar la adopción de medidas necesarias para la retirada de las páginas web de internet que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a dichas páginas.

La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”.

3. Alternativas a las políticas criminales puramente represivas: perspectivas victimales y los círculos de apoyo y responsabilidad (*circles of support and accountability, CoSA*)

3. 1 Perspectiva victimal

Marta Simón Gil ha abordado recientemente los abusos sexuales a menores desde la perspectiva de las víctimas con una orientación de evaluación desde el Trabajo Social forense (2014). En este sentido, se señalan no sólo los daños y secuelas físicas y psicológicas, sino también sociales. Se propugna una intervención reparadora hacia la víctima que abarque los daños de la dinámica interaccional autor-víctima, así como en el sistema familiar, social, escolar y cultural.

Resulta importante destacar que en los delitos sexuales, además de cumplir con la protección obligada por la Ley del Estatuto de la Víctima de 2015, se contemple una visión centrada no sólo en el castigo del culpable, sino en la recuperación de las víctimas.

3. 2 Los círculos de apoyo y responsabilidad (*circles of support and accountability, CoSA*)

Estos círculos también buscan, de algún modo, una perspectiva victimal en cuanto que persiguen garantizar que no haya más víctimas de un infractor por delitos sexuales cuando regresa a la comunidad (Igartua, Olalde y Varona 2012).

Los círculos de apoyo y responsabilidad se originaron en Canadá, a mediados de los años noventa, y se han extendido con éxito dentro de programas de reinserción social para personas que han cometido delitos de carácter sexual. Frente al miedo y el rencor justificado, se pretende articular una respuesta, simultáneamente respetuosa y exigente con el infractor que sale de prisión y desea rehabilitarse, que coordine los recursos sociales locales para evitar victimizaciones.

En Europa, diversas organizaciones académicas, penitenciarias y de voluntariado, británicas, holandesas y belgas han creado *Circles Europe: Together for Safety*, redactando un manual de buenas prácticas, con financiación de la Unión Europea. Supone una manera de contrastar los intereses de fondo de las personas e instituciones afectadas por este tipo de delitos. Por ejemplo, a las víctimas de delitos graves o muy graves, según constatan numerosos estudios empíricos, les importa más que los hechos no vuelvan a producirse, por encima de la severidad del castigo. En el caso de las víctimas de delitos sexuales, los estudios criminológicos apuntan también a la necesidad de que los infractores asuman y reconozcan su responsabilidad ya que muchas víctimas, particularmente menores, se culpan a sí mismas y necesitan oír ese reconocimiento y asunción de responsabilidad por parte del victimario. Estas cuestiones no resultan incompatibles con las garantías procesales (el derecho a un proceso contradictorio, a la defensa, a la igualdad de armas, a no sufrir dilaciones, a la presunción de inocencia...) y el fin resocializador de la pena, sino que requieren de una articulación técnico-jurídica y procesal integrada, en que se permita y valore las posibilidades de procesos restaurativos, sin merma de los derechos e intereses legítimos de víctimas y victimarios.

El objetivo de los círculos de apoyo y responsabilidad es evitar que el ofensor pueda causar más victimización. En ellos participan personas condenadas por delitos graves que admiten haber cometido el delito, tienen un riesgo elevado de recaída, necesitan apoyo social y están dispuestas a participar. En el mismo círculo del infractor se encuentran una serie de voluntarios que le sirven de apoyo en su vecindario. Éstos están rodeados por otro círculo de profesionales, como red (temporal) de apoyo social adicional. Esta red puede mantenerse entre un año y medio a toda la vida. Esto implica consideraciones relativas a las garantías jurídicas, incluyendo el control de posibles

malas prácticas y abusos por parte de los voluntarios y profesionales de apoyo. Un coordinador supervisará la acción entre voluntarios y profesionales.

4. Conceptos clave de la lección

-peligrosidad

-evaluación del riesgo

LECCIÓN VI. LA PERSPECTIVA DE LA TIPOLOGÍA DELICTIVA (5): POLÍTICA CRIMINAL E INFRACCIONES CONVENCIONALES CONTRA LA PROPIEDAD AL HILO DE LA TEORÍA DE LAS VENTANAS ROTAS

1. ¿Un Derecho penal que criminaliza la exclusión social?

Los delitos contra la propiedad, especialmente el robo y el hurto, siguen siendo los más representados en las estadísticas penales y, particularmente, penitenciarias. Los índices de reincidencia son altos y existe una relación, aún no explicada satisfactoriamente, entre delincuencia económica y drogas. No obstante, frente a la delincuencia económica convencional, cuya autoría y victimización recaen especialmente sobre los estratos sociales medios y bajos, los estudios de la cifra negra nos indican que la delincuencia de cuello blanco provoca cuantiosos daños, materiales e inmateriales.

La crisis económica de finales de la década de los dos mil, a la luz de las estadísticas oficiales, no corrobora la idea de que a mayor desempleo, pobreza y exclusión social, mayores tasas delictivas, en particular en delitos contra la propiedad. Aunque, quizá, hemos de fijarnos más bien en las tasas de encarcelamiento o permanencia en prisión. Existen multitud de estudios criminológicos en este sentido, apoyados por las corrientes de la Criminología crítica y radical.

Según ha declarado en prensa el sociólogo francés Michel Wieviorka: “En una situación de crisis los actores están cansados y las dificultades para sobrevivir provocan situaciones difíciles que rebajan la moral. La violencia y la conflictividad son más frecuentes cuando hay dinero y recursos. Pero cuando empieza la crisis la gente no entiende bien lo que pasa y está a la espera. El conflicto surge siempre que hay dominadores y dominados, pero en caso de crisis es todo el sistema el que no funciona, se crea desánimo y por eso no hay más conflicto. Existe un estudio muy famoso de la pequeña ciudad austriaca de Mariantal, muy industrial y con un partido socialdemócrata fuerte, que en los años veinte era muy conflictiva. Pero llega la crisis del 29, la capacidad de revuelta de la clase obrera desaparece y se entra en un estado de debilidad que incluso impide pensar. El siguiente paso fue el ascenso del nazismo” (Estefanía 2011).

Estefanía cita el estudio de la Fundación Pfizer, titulado *Los españoles y la enfermedad del miedo*, de 2010, indicando que más del 40% de los encuestados temía perder su trabajo

en el próximo año, mientras que el 86% de los desempleados consultados veía difícil encontrar una ocupación laboral en un plazo razonable. Se afirmaba que el miedo paraliza y que “del pavor puede pasarse a la desesperanza y de ahí a la rabia social, que hará que el problema sea infinitamente peor”¹⁶⁸.

En todo caso, puede afirmarse que existe una bolsa permanente de personas cuya entrada en el sistema penal se ve favorecida por situación de exclusión social, en sus diferentes modalidades, y, en este sentido, el sistema penal –consciente o inconscientemente- reproduce desigualdades.

2. La teoría de las ventanas rotas en relación con las últimas tendencias del Código penal en materia de delitos contra la propiedad de escasa gravedad

El profesor de Psicología de la Universidad de Stanford, Phil Zimbardo, realizó un experimento en 1969 abandonando dos coches del mismo modelo y color, sin matrícula, en un barrio conflictivo del Bronx (Nueva York) y otro en Palo Alto (California). Al poco tiempo el primer vehículo fue saqueado y dañado. No ocurrió así con el de Palo Alto. Cuando el equipo de investigación rompió una ventana de este segundo vehículo, el coche fue destrozado. Se concluyó que, independientemente del nivel socioeconómico del barrio, las imágenes de deterioro y abandono fomentan los comportamientos incívicos.

Más tarde, dos profesores de Harvard, James Q. Wilson y George L. Kelling indicaron que la presencia policial en las calles permitía evitar esa sensación de deterioro. Esta teoría ha recibido muchas críticas en cuanto que no se ha probado efectivamente que “la tolerancia cero” con las pequeñas faltas evite la comisión de delitos más graves (Varona 2011a). En todo caso, se relaciona con la Criminología ambiental y las teorías situacionales y de las actividades rutinarias¹⁶⁹. Estas teorías han tenido una influencia fundamental en las políticas preventivas actuales si bien se ha criticado su falta de miras más amplias hacia la prevención social y las relaciones seguras, más allá de los espacios peligrosos o crimípetos.

¹⁶⁸ Cfr. sobre el totalitarismo de la indiferencia, Wolin (2008). En concreto sobre el desempleo, véase su relación como factor desencadenante de los delitos contra la propiedad, en la revisión bibliográfica de Martín, Navarro y Martín (2011).

¹⁶⁹ Véase el proyecto de los alumnos del Título de Especialista en Criminalidad y Seguridad Pública de la Universidad de Extremadura en <http://www.criminologiaambiental.com>.

3. La reforma de la Ley Orgánica 1/2015 del Código penal

Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico están previstos y sancionados en el Título XIII del Libro II del Código Penal. Incluyen la delincuencia común o convencional y los delitos económicos de cuello blanco.

En la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 que modifica el Código Penal se dice: *“La revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave.*

Con esta finalidad se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación –en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio–. De este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión.

En cualquier caso, por razones de seguridad jurídica y de mayor precisión posible en la descripción penal, se mantiene el límite cuantitativo para una clara delimitación entre el nuevo delito leve de hurto y el tipo básico.

Se modifica el catálogo de agravantes específicas del hurto, también aplicables a los delitos de robo con fuerza en las cosas, y se incluyen los supuestos de aprovechamiento de la situación de desamparo de la víctima, multirreincidencia delictiva, utilización de menores de dieciséis años y comisión del delito por miembro de una organización o grupo criminal, dedicados a la comisión de delitos de la misma naturaleza. También se ofrece respuesta al grave problema que plantean actualmente los delitos cometidos en explotaciones agrarias o ganaderas con causación de perjuicios relevantes a sus titulares; se trata de infracciones cometidas en explotaciones en las que difícilmente es posible adoptar medidas eficaces de protección, circunstancia que es aprovechada para la comisión de estos delitos, y que conllevan la causación a sus propietarios de un perjuicio extraordinariamente elevado, muy superior al que corresponde a la mera valoración de los productos sustraídos, y son causa de una grave sensación de desprotección e inseguridad para quienes los sufren.

Asimismo, debido al grave problema generado por la sustracción de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general, también se ha considerado conveniente incorporar una agravación cuando los delitos de hurto o robo afecten a conducciones de suministro eléctrico o de telecomunicaciones. Esta misma agravación se prevé para las conducciones o infraestructuras de hidrocarburos.

Y, del mismo modo, se ha incluido un tipo agravado en el delito de receptación, cuando se trate de bienes o efectos de especial protección o cuya sustracción da lugar a un delito contra el patrimonio de mayor gravedad. Con ello se pretende desincentivar tanto la sustracción de dichos bienes como su venta o tráfico ilícito.

Se modifica la definición de robo con fuerza, que pasa a incluir los supuestos en los que la fuerza se utiliza para abandonar el lugar con el botín (el problema habitual se planteaba en los supuestos de desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar). Y se incluye un nuevo supuesto agravado de robo con fuerza determinado por el modo de comisión (butrones, alunizajes) o la gravedad de los daños causados.

Se regula como supuesto agravado el robo con violencia cometido en establecimiento abierto al público, que anteriormente no existía.

El catálogo de supuestos agravados de estafa regulado en el artículo 250 del Código Penal es revisado para incorporar, al igual que el hurto, una referencia a los supuestos de multirreincidencia. Se añade, asimismo, una referencia a los supuestos en los que el delito se comete de un modo que llega a afectar a un elevado número de personas”.

Las consideraciones que hemos hecho anteriormente sobre la teoría de las ventanas rotas pueden ponerse en relación fundamentalmente con la mayor punición de lo que se considera delincuencia habitual o multirreincidente la cual, en muchas ocasiones, se refiere a tipos penales concretos protagonizados por colectivos determinados. No parece que dentro de ese concepto se esté pensando en la delincuencia económica de cuello blanco y, en todo caso, las medidas adoptadas pueden no respetar el principio de proporcionalidad.

Además, diferentes investigaciones señalan la importancia de la intervención con los infractores reincidentes, lo más tempranamente posible y mediante penas alternativas a la prisión (Redondo 1998). Sin embargo, la apreciación de la reincidencia como agravante dificulta esta posibilidad. En estudios realizados en el IVAC/KREI, con muestras pequeñas, no pudimos confirmar la hipótesis de que la reincidencia sea más probable cuanto más joven sea el condenado y más tiempo haya estado en prisión. Tampoco si el

mayor porcentaje de condenados reincidentes pertenecía a la etnia gitana y tenía dependencia a la heroína¹⁷⁰ u otras sustancias.

En relación con todo ello y las teorías de la prevención situacional, otro aspecto estudiado es el desplazamiento de las actividades delictivas de un barrio a otro cuando se dificultan las oportunidades y se intensifica el control¹⁷¹.

4. Conceptos clave de la lección

-teoría de las ventanas rotas

-desigualdad

¹⁷⁰ Estos son parte de los resultados del análisis de la delincuencia habitual en una muestra de 578 detenidos en Bilbao en 1994 (Morentín y Gostín 1998). En este estudio por reincidencia o delincuencia habitual se entiende, siguiendo un concepto diferente del legal, el hecho de que una persona haya sido detenida con anterioridad en, al menos, cinco ocasiones.

¹⁷¹ En cuanto a posibles medidas de intensificación del control, en la prevención contra el hurto, el rediseño de las tiendas ha dado mejor resultado, a menos a corto plazo, que el empleo de alarmas o de vigilantes, según diversas investigaciones inglesas. Respecto de la prevención del robo en viviendas, algunos autores proponen la recuperación de la figura del portero. Para evitar el robo en comercios, además de las medidas de seguridad impuestas legalmente para determinados establecimientos, los investigadores recomiendan favorecer el contacto visual y los controles informales de otros usuarios.

LECCIÓN VII. LA PERSPECTIVA DE LA TIPOLOGÍA DELICTIVA (6): POLÍTICA CRIMINAL Y POLÍTICA EN MATERIA DE DROGAS

1. La relación entre delincuencia y drogas desde un punto de vista criminológico

Si partimos del dato de que, en 2009, más de la mitad de la población penitenciaria española es consumidora de drogas, la relación entre drogas y delincuencia parece evidente. Sin embargo, una profundización en el tema arroja más interrogantes que respuestas (Bean 2008)¹⁷². En la relación drogas-delincuencia debe distinguirse el consumo del tráfico, si bien muchos consumidores son traficantes a diferente escala. Respecto del consumo, ha de distinguirse, a su vez, en qué medida el consumo previo influye en la comisión delictiva. Por otra parte, si consideramos el alcohol como la droga legal más consumida, el panorama de su influencia se amplía ostensiblemente, como condición determinante, aunque no suficiente, en la delincuencia violenta (incluyendo los delitos contra la seguridad del tráfico).

Las complejas relaciones entre las drogas prohibidas y la delincuencia se han estudiado en un sentido bidireccional (Herrero 529; South 413-5). Conviene distinguir entre el consumo, que en nuestra legislación no es un ilícito penal, y el tráfico. Dentro del consumo se diferencia entre consumidores ocasionales, habituales y toxicómanos, trazándose para cada uno de ellos perfiles definidos por el género, la edad, la etnia y la clase social, generalmente asociada al desempleo y/o la exclusión social. Aunque el consumo no es delito, en la opinión pública suele relacionarse el mismo con enfermedades o conductas desviadas, produciéndose una cierta alarma social, que varía dentro de la llamada historia social de las drogas¹⁷³. La ley orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana, de 1992, consolidó un modelo represivo al sancionar administrativamente el consumo de drogas en lugares públicos (art. 25) (Usó 1997).

El tráfico de drogas prohibidas como delito –aunque algunos autores aboguen por su despenalización para determinadas sustancias–, en su sentido más grave, pertenece propiamente al campo de la criminalidad económica organizada, relacionada con el blanqueo de dinero como delito contra el orden socioeconómico (art. 301-4 CP).

¹⁷² Este profesor de Criminología británico se centra, entre otros aspectos, en la reducción de la oferta a escala local, estatal e internacional, así como en la respuesta penal a los drogodependientes, incidiendo en cuestiones de género.

¹⁷³ Todo ello independientemente de su gravedad cuantitativa y cualitativa. Diferentes estadísticas sobre la mortandad arrojan un número mayor de muertes como consecuencia de las drogas legales (alcohol, tabaco, medicamentos...).

En cuanto a los infractores adictos, el TS, en su sentencia 628/2000, de 11 de abril, se pronunció a favor de su tratamiento, independientemente de la gravedad de la pena y de la reincidencia¹⁷⁴. La sentencia parte de que, si se aprecia la adicción como atenuante, el infractor es un enfermo e introduce un criterio interpretativo por el que se sustituye la pena por una medida de seguridad, como el internamiento en centros de deshabituación, siempre con carácter voluntario. En dicho tratamiento, como queda reflejado en las diferentes Memorias fiscales, el País Vasco ha sido pionero y las distintas instancias de la administración de justicia, así como el Gobierno Vasco, han denotado una sensibilidad especial.

El primer problema que plantea todo estudio sobre la criminalidad de las toxicomanías y el narcotráfico es el concepto de droga y sus clasificaciones, atendiendo a su origen y efectos. El mismo puede abordarse desde una preocupación médica (Gazzaniga 1998), social (South 1994), jurídica (Alonso Pérez 1999, 228), antropológica (Gamella 2000) o política (del Olmo 1996). En todo caso, se trata de una preocupación global que queda reflejada en la normativa internacional en la materia (de la Cuesta 1999b; Arana 1996, 186-8).

Los criminólogos positivistas estudiaron el consumo de drogas, fundamentalmente el alcohol, como factor criminógeno, dentro de los problemas propios del orden urbano y la salud pública de las sociedades industrializadas. Edwin Schur (1965) habló por primera vez, en referencia a estos delitos, de la criminalidad "sin víctimas", algo que ha sido replicado por otros criminólogos por considerar que todo delito produce víctimas, directas y/o indirectas, si bien algunas políticas pueden obedecer más a la protección de ciertos intereses estatales o grupales. Dentro de la etiología cabe mencionar las teorías ecológicas, de la anomia, las subculturas y el *labelling*. Esta última parece consistente porque el peso de la actuación policial, y por tanto judicial, recae sobre las llamadas drogas blandas y los pequeños traficantes (Arana 1996, 201).

2. De la lucha contra las drogas a las políticas de reducción de daños

En materia de prevención, tras pasar por fases de "lucha o guerra contra las drogas", hoy, con las consecuencias del SIDA, se habla de *políticas de reducción de riesgos y daños*, es

¹⁷⁴ En torno a un 30% de la población penitenciaria en el estado lo es por delitos cometidos contra la salud pública.

decir, de políticas que apliquen realmente el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho penal, de manera que éste no cause más daño del que trata de prevenir, y, en su lugar, actúen mecanismos de control no estigmatizantes (Henman 1996; van Swaaningen y Zaith 1996).

Dentro de estas políticas tenemos medidas como la dispensa de metadona; planes para suministrar heroína –siendo pionera Andalucía-; el intercambio de jeringuillas –en el centro penitenciario de Basauri, desde 1997; en Martutene comenzó en el año 2001-; las "narcosalas" o espacios de consumo higiénico –en funcionamiento en Madrid, desde mayo del año 2000-, etcétera. En el punto extremo de estas políticas se inscribe el debate sobre la liberalización, normalización o descriminalización de las drogas, que no significa desreglamentación o desregulación total (Baratta 1989). A favor se encuentran las consideraciones sobre el control sanitario, la eliminación de los mercados ilegales y la recaudación de impuestos y, con diferentes matices, en ella se inscribe la Propuesta alternativa del Grupo de Estudios de Política Criminal del estado español. En contra se sitúan la posición doctrinal mayoritaria y la normativa estatal e internacional¹⁷⁵, al considerar que se incrementaría el consumo y, en todo caso, sería imposible la armonización legislativa de los diferentes países, especialmente los más empobrecidos.

Dentro de las coordenadas actuales, en la prevención primaria y secundaria se hace referencia al porqué las personas (y ciertos grupos de población en concreto, en relación con ciertas actividades) demandan drogas. Para los jóvenes se promueven actividades que, impulsadas por los ayuntamientos, se centran en la apertura nocturna de polideportivos, centros de internet, etc. Para las mujeres se están analizando políticas de prevención del abuso de tranquilizantes o antidepresivos. Respecto de la prevención terciaria, Gamella advierte de la necesidad de reciclaje de los profesionales del trabajo social y de los centros de deshabitación, en atención a la variación de las tendencias de consumo (Gamella 2000, 192), ya que, en cierto momento, los ingresos hospitalarios por consumo de cocaína y drogas de síntesis comenzaron a superar los de heroína que dominaron las décadas de los ochenta y noventa.

En todo caso, las agencias de control, en la llamada "guerra" contra las drogas, por lo demás internacionalizada a través de la acción de las Naciones Unidas, Interpol y Europol, no deben ir más allá del garantismo penal. Esto tiene especial sentido en la

¹⁷⁵ Véase la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1441 (1991), del Consejo de Europa, sobre el abuso y tráfico ilícito de drogas y la cuestión de su legalización que incide en la necesidad de reducir la demanda.

promoción de medidas como la protección a testigos, las entregas vigiladas o los agentes encubiertos, el control de los precursores, y la colaboración de los implicados.

En definitiva, la droga ha pasado de ser un problema social fundamental, ligado a la cultura del paro, a una preocupación institucional que se divide entre la represión del narcotráfico y la disminución de los riesgos asociados al consumo (Recasens, Domínguez y Rodríguez 2000, 11), especialmente con la prevención respecto del ocio juvenil.

Van Swaaningen y Zaitch se refieren a la “tolerancia” de la cultura holandesa (en ocasiones interpretada como humanismo, indiferencia o ingenuidad), que para ellos es, fundamentalmente, una forma de control social basada en un pensamiento pragmático: “...parece ser más un medio que un fin, no un principio *per se*, sino más bien un llamado *moral* al autocontrol y un *modus vivendi* pragmático para mantener las cosas lo más tranquilas posible sin provocar malestar innecesario en la sociedad” (cursivas de los autores) (1996, 234).

3. Aspectos destacados de la reforma de la LO 1/2015 de la Ley Orgánica del Código penal

Podemos destacar un aspecto positivo de la última reforma operada en el ámbito español. Tal y como se subraya en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en la suspensión de la ejecución de las penas impuestas a los delincuentes drogodependientes, condicionada a que no abandonen el tratamiento de deshabituación hasta su finalización, se establece como novedad que no se considerará abandono las recaídas durante el tratamiento si éstas no evidencian su abandono definitivo. En todo caso, deberá evaluarse cómo se evalúa esa “no evidencia” por los operadores jurídicos en los diferentes juzgados.

4. Conceptos clave de la lección

- políticas de tolerancia cero
- políticas de reducción de riesgos
- políticas de reducción de daños
- despenalización

LECCIÓN VIII. LA PERSPECTIVA DEL SUJETO (PRESUNTO AUTOR/VÍCTIMA) (1): POLÍTICA CRIMINAL, POLÍTICA MIGRATORIA Y DISCRIMINACIÓN

En esta lección abordaremos fundamentalmente la relación entre la criminalidad y las minorías étnicas e inmigrantes, incidiendo en el trato de las agencias de control social y en las investigaciones criminológicas en torno a la sobrerrepresentación en las diferentes estadísticas penales¹⁷⁶.

1. Introducción

Contemplamos ahora la etnia u origen inmigrante como sistemas de clasificación y de diferencia que han construido nuestra identidad y nuestra organización social, incluyendo en ella el control jurídico-penal.

Debe entenderse el término de minorías étnicas en un sentido amplio, de manera que no se olvide que los gitanos constituyen, desde la Edad Media, la principal minoría étnica de nuestro país. A ellos hay que añadir, particularmente desde finales de los ochenta, las minorías inmigrantes que no siempre difieren étnicamente de las poblaciones de acogida. En cualquier reflexión en torno a la *multiculturalidad*, debe precisarse que la Criminología ha sido “una ciencia del otro”, muchas veces excluyente, como han demostrado Zaffaroni (1993) y Carlen (1988). Basta recordar que el padre de esta disciplina habló dentro de la categoría de delincuentes de la mujer prostituta, de los gitanos y de la inferioridad de las tribus nómadas del norte de África. Por otro lado, las teorías procedentes de la Escuela de Chicago se preocuparon de examinar la delincuencia en relación con el auge de la urbanización e industrialización, donde la ciudad se convertía en lugar de desencuentro, especialmente para las bandas de jóvenes inmigrantes. Thomas y Znaniecki (1918-20) analizaron el desarraigo del campesino polaco en unos EE.UU. de progresivo capitalismo, donde se desmoronaban sus vínculos sociales comunitarios, por lo que propugnaban la generación de un nuevo instinto social o una solidaridad activa.

Recientemente, la Criminología realista o pragmática de izquierdas ha asumido un compromiso para evitar que la extrema derecha monopolice la preocupación por la

¹⁷⁶ Adaptación de Varona Martínez, Gema. 2000. Las policías como símbolo de la fuerza pública en las sociedades multiculturales, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 14: 159-190.

seguridad pública (Matthews y Young 1992), y la llamada Criminología republicana ha dado entrada a las variables culturales dentro de su estudio del control social (Braithwaite y Pettit 1990). Por todo ello, la Criminología parece una plataforma adecuada para acercarse a los estudios sobre la multiculturalidad y las diferentes agencias de control jurídico-penal, esta vez dentro de los procesos de globalización económica.

Como en otros temas por ella estudiados, la Criminología no ha ofrecido respuestas definitivas a las preguntas: ¿por qué hay tantos extranjeros que entran en las redes del control jurídico-penal? ¿Están más controlados, más marginados, delinquen más, delinquirían si estuvieran en su país? Afortunadamente, ha arrojado más interrogantes a lo que promete ser una cuestión compleja que no admite una explicación causal o lineal, fácilmente manipulable en los medios de comunicación. La sobrerrepresentación de los extranjeros en las estadísticas penales es patente si consideramos, sin ser precisos y en términos globales¹⁷⁷, que más de un 30% del total de detenidos por la policía son extranjeros, que más de un 10% de las sentencias penales se refieren a extranjeros (la inmensa mayoría por delitos contra la propiedad y el tráfico de drogas) y que el número de internos extranjeros comienza a ser llamativo en algunos centros penitenciarios¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Pueden consultarse en la página web correspondiente las estadísticas de la policía (www.mir.es); de la Fiscalía en materia de delitos contra la salud pública –según detallamos en la lección III– (www.fiscal.es); del CGPJ (sólo para violencia de género en www.poderjudicial.es); y de Instituciones Penitenciarias (www.mir.es). Para Euskadi, cfr. los datos de la Ertzaintza.

¹⁷⁸ Respecto de las estadísticas penales, debe considerarse la posibilidad de expulsión previa. Existen dos modalidades legales por las que se permite sustituir el proceso penal incoado contra un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio nacional: mediante la autorización judicial para ejecutar una sanción gubernativa de expulsión impuesta a extranjero imputado en un proceso penal, con el consiguiente archivo del mismo (artículo 57.7 LEX) o mediante la sustitución por expulsión de la pena privativa de libertad impuesta ya en sentencia penal firme (artículo 89 CP, en su nueva redacción tras la reforma de 2015). En todo caso, debe recabarse información sobre la existencia de otras condenas, lo cual choca con las limitaciones informáticas y de coordinación del actual sistema policial y, particularmente, judicial. Según se expresa en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, relativa a 2007: “Resultaría extraordinariamente útil, por no decir indispensable, una base de datos nacional de causas penales en trámite y de sentencias penales pendientes de ejecución para evitar situaciones nada deseables en las que la acción de un Juzgado, ejecutando una medida judicial de expulsión, o la de la autoridad gubernativa, ejecutando una resolución administrativa de expulsión, pueda venir a colocar fuera de la acción de la justicia española a un imputado o incluso condenado, en alguna causa seguida por delito grave y violento, crimen organizado o delito contra la libertad sexual, en una provincia diferente, frustrando así no sólo el *ius puniendi* del Estado sino también el derecho de las víctimas a ser resarcidas”.

Dentro de la percepción del sospechoso se incluyen los estudios sobre los estereotipos y prejuicios, que todos usamos para maniobrar en un mundo complejo, pero que nos impiden valorar a las personas más allá de sus características externas (Morales y Yubero 1996). Dichos estudios ofrecen diversas explicaciones sobre la sobrerrepresentación de determinados colectivos, especialmente de minorías étnicas, en las estadísticas policiales¹⁷⁹. Pueden señalarse, al menos, cuatro *teorías* sobre:

- a) el racismo sistemático;
- b) los prejuicios de individuos concretos;
- c) los procesos de criminalización social general; y
- d) los elementos propios de la cultura profesional.

La hipótesis que pretendemos desarrollar en este texto es la siguiente: La construcción social de nuestra identidad como opuesta a “otros” muestra sus rasgos más excluyentes en el estereotipo de los inmigrantes de países empobrecidos como delincuentes. Los prejuicios se crean y existen en todos los segmentos de la sociedad, pero resultan especialmente peligrosos cuando operan inconscientemente en la actuación de las agencias de control jurídico-penal relacionadas con el monopolio de la violencia. Los prejuicios conllevan discriminaciones, es decir, tratamientos desfavorables no justificados, manifestando una devaluación de la persona involucrada que, en última instancia, permite la criminalización de los *otros* (de los distintos) e incluso comportamientos degradantes que no respetan los derechos humanos¹⁸⁰.

Esta hipótesis se desarrolla mediante el estudio del reflejo del multiculturalismo en las estadísticas de las agencias de control jurídico-penal que arrojan una sobrerrepresentación de los extranjeros y, en particular de los inmigrantes del mal llamado Tercer Mundo, en comparación con su presencia en nuestra sociedad. A partir de aquí describimos las distintas teorías e investigaciones criminológicas que han tratado

¹⁷⁹ Respecto de su elaboración, algunos estudios han señalado que, cuando se introducen los controles adecuados, el delito no es tan prominente entre las minorías étnicas y extranjeras respecto de grupos nacionales comparables (Albrecht 1996, 99).

¹⁸⁰ Siguiendo a Lopez (1997, 142), la tortura entrafña una exclusión simbólica.

de reflexionar sobre la misma, para llegar a los desafíos con que nos encontramos en el País Vasco.

2. El multiculturalismo como hecho y debate político

Partimos del multiculturalismo como categoría descriptiva, es decir, como el hecho o la vivencia de una pluralidad de culturas (minorías) en mismo espacio¹⁸¹. El término cultura indica un vocabulario o mundo de significados compartidos, un universo simbólico que otorga una identidad a un grupo. Si la cultura es un concepto dinámico y relacional, también lo es el multiculturalismo. Éste ha existido a lo largo de toda la historia de la humanidad, pero a finales del siglo XX se ha convertido en un problema “inesperado” y evidente, en diverso grado¹⁸², para todas las sociedades, pero especialmente para las occidentales.

Aunque, a continuación, señalaremos que la reflexión sobre la inmigración no es nueva en Criminología, la evidencia del multiculturalismo ha sido impulsada por los estudios actuales sobre el comunitarismo, enmarcado en el debate sobre la igualdad y la ciudadanía, la identidad, los derechos colectivos e individuales, lo público y lo privado... Para algunos autores, mantener a los inmigrantes como no ciudadanos alienta su consideración como súbditos, lo que se traslada al trato diario de las diversas instituciones (de Lucas 1994, 196).

Algunas soluciones que se predicán desde la Teoría política se fijan en el proceso de la *interculturalidad* como meta ideal de convivencia a alcanzar, es decir, como categoría axiológica. Implicaría unas políticas de reconocimiento (Taylor 1993), una superación de la tolerancia del liberalismo occidental hacia la igualdad económica y política, manteniendo la diversidad cultural. Siendo un hecho el multiculturalismo, no tiene

¹⁸¹ Surgen problemas de inmediato con la elección del término multiculturalismo que algunos ven vinculado a la cultura anglosajona (Lopez 1997, 27).

¹⁸² En los años noventa, en Alemania la población extranjera llegaba al 9%, mientras que en España estaba por debajo del 2%, si bien ha aumentado espectacularmente. En 1994: Luxemburgo (32%), Suiza (17,5%), Bélgica (9%), Austria (6,5%), Francia (6,3%), Suecia (5,7%), Países Bajos (4,8%) y Reino Unido (3,5%) (Izquierdo 1996, 277-8).

sentido preguntarse si es posible y deseable una sociedad multicultural¹⁸³, sino, en todo caso, intercultural¹⁸⁴.

3. Las agencias de control formal en el sistema penal y la imposible tarea de medir el delito

En la distinción entre control formal e informal, es preciso preguntarnos por los agentes, destinatarios, campo de acción, estrategias, legitimación, procesos (incluyendo garantías), sanciones, medios... En cuanto a los agentes o portadores del control social, en terminología de Kaiser (1988, III), podemos distinguir agentes de la socialización (control informal) y agentes de control jurídico penal. Forman parte de las agencias de socialización las siguientes instancias: la familia, los amigos, las organizaciones relacionadas con el deporte y otros juegos o actividades de tiempo libre, la iglesia, la ciencia, la escuela, el arte, el trabajo, los medios de comunicación, etc.

Respecto de los **agentes de control formal jurídico-penal**, que -especialmente desde su moderna profesionalización- contribuyen a la producción y mantenimiento de categorías penales, pueden distinguirse los siguientes, ordenados flexiblemente en cuanto al momento de su intervención, en lo que ampliamente se denomina el proceso penal: la policía¹⁸⁵, los abogados (piénsese en la acusación particular o popular y la defensa), los testigos, los fiscales, los jueces y jurados, los funcionarios y técnicos de prisiones, los trabajadores sociales, los voluntarios (que intervienen en la prevención, en el cumplimiento del tercer grado, en alternativas a la prisión, o que trabajan dentro de la cárcel), etc. En una tendencia reciente, cabe incluir también a la víctima -aunque no se trata de una agencia formal- como denunciante, promotora de la acusación particular, testigo, colaboradora en la realización de determinadas alternativas como la mediación, etcétera. En todo caso, estos agentes de control jurídico-penal ejercen también un cierto

¹⁸³ Cfr. el número 4 de la *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, p. XXIII.

¹⁸⁴ Sobre el debate político en torno al multiculturalismo, véanse Lamo de Espinosa (1995), Cohn-Bendit y Schmid (1996) y Kymlicka (1995).

¹⁸⁵ Su labor es fundamental para la reconstrucción del relato fáctico o "verdad", en la que se basa el proceso penal (Recasens 1996). Véanse Recasens y Domínguez (1996). Sobre la policía como agencia de control social en general, y el caso del País Vasco en particular, Olabarri (1993, 17-34). Para un estudio constitucional de la policía y las fuerzas armadas, vid. Domínguez-Berrueta y otros (1997).

control informal, especialmente si su distancia relacional con el sujeto controlado disminuye, lo que ocurre frecuentemente con determinados agentes como la policía comunitaria, los trabajadores sociales, etc. En definitiva, el criterio fundamental de división entre control formal e informal parece encontrarse en la naturaleza de los portadores, instancias o agentes. El control del delito está caracterizado por su formalización institucional, contando con instancias de definición, localización y detección, esclarecimiento, enjuiciamiento del delito y ejecución de la respuesta.

Respecto de los **destinatarios** del control formal, según Horwitz, éstos serían aquellas personas marginales que no están sujetas a controles informales, así como personas que han cometido infracciones contra otras de *status* superior o que se consideran muy graves (1990, 192).

Por otra parte, tal y como ya se ha explicado anteriormente, Black distingue, como aspectos variables del control social, su forma (unilateral, bilateral, trilateral), su estilo (penal, compensatorio, terapéutico, conciliatorio) y su cantidad aplicada (1993, xiv). Podemos relacionar las formas con los **procesos** de control (incluyendo las garantías). Los procesos del control formal jurídico-penal han sido estudiados, teórica y empíricamente, por la Criminología del *labeling* como elemento fundamental. Ésta ha subrayado las discriminaciones que se producen en la criminalización (en la definición de lo que es ilícito penal, en su persecución y respuesta). El estilo puede conectarse con las **estrategias de control**.

Aquí el concepto de poder adquiere importancia. Amitai Etzioni, en su obra de 1961 *A Comparative Analysis of Complex Organizations*, desarrolló una tipología ideal (Coser 1982, 17-8), de manera que, atendiendo a la motivación del cumplimiento de las normas, enumera tres tipos de mecanismos de control social: coercitivo, utilitario y normativo. El *coercitivo* se da en organizaciones donde se cumplen las normas, bajo la amenaza de la utilización de la fuerza o sanciones negativas, como ocurre en las prisiones. Las organizaciones que ejercitan un control *utilitario* compensan o retribuyen a los individuos que, generalmente, no se adaptarían de otra forma a las normas de la organización, como ocurre en los lugares de trabajo. Finalmente existen organizaciones que ejercen un control *normativo* en cuanto que se da una internalización de las normas aceptadas como legítimas, como ocurre en las iglesias, algunos partidos políticos y sindicatos. Existe así una conformidad en el comportamiento que emana de una

conformidad en la conciencia o actitud, por lo que es posible prescindir de sanciones negativas.

Por su parte, Gibbs realiza la siguiente tipología de controles sociales, teniendo en cuenta que para él siempre existen tres partes (1982b, 86-8): referencial -el control sobre otro se produce mediante la referencia a un tercero, como cuando un niño dice que, si otro no hace tal cosa, se lo dirá a su madre-; alegador -cuando se alegan elementos de otra persona ante un tercero, que puede obligar a ésta a actuar de una manera-; vicario -cuando se castiga o premia a una persona para disuadir o incentivar a terceros-; modulador -que tiene por fin promover determinados intereses presentando modelos-; e introductorio, que según Gibbs es el tipo más organizado de control social -cuando se utiliza a un tercero, bien para recoger información sobre las personas a controlar, para investigar la efectividad de instrumentos alternativos de control, para crear condiciones que faciliten el mismo, o para excluir a determinadas personas de ciertos contextos sociales, como ocurre con las normas de inmigración-.

Kaiser distingue las estrategias más preventivas de las más represivas, que suponen, en todo caso, sanciones negativas. Según este autor, la bibliografía estadounidense de los años ochenta ha resumido en las llamadas cuatro "D" las estrategias modernas de control social jurídico penal, seguidas en la mayor parte de los países: descriminalización, desinstitucionalización, *diversion* y *due process* (1988, 111 y 113). Las tres primeras derivan del *labeling approach*. En todo caso, la estigmatización como diferenciación de una persona, de forma positiva o negativa, adscribiéndole cualidades características, siempre ha ocupado un lugar especial entre los medios de control social, según han destacado von Hentig y Schüler-Springorum (Kaiser 1988, 117; 119).

M. Cusson describe el control social del delito como todos los medios específicos para prevenir o limitarlo. Este control se percibe cuando, en el momento de violar una ley, la persona encuentra resistencia social que le impide llevar a cabo la acción, o al menos le hace dudar. Teóricamente, diferencia cuatro tipos de control social: tratamiento, moralidad, disuasión y justicia, los cuales tienen un impacto diverso sobre la delincuencia (1986). Finalmente, podría incluirse la distinción de García-Pablos de sanciones positivas (ascensos, recompensas, distinciones, etc.) y negativas (tratamiento clínico, reparación del daño causado, sanción pecuniaria, privación de libertad, etc.) (1988, 105).

Una vez que he enmarcado conceptualmente lo que se entiende por agencia de control social, paso a señalar una serie de datos sobre los porcentajes de extranjeros en nuestras **estadísticas sobre la delincuencia**. Nos encontramos ante una tarea doblemente imposible: la medición del delito y de la inmigración, dos categorías camaleónicas¹⁸⁶. Por ejemplo, antes la entrada ilegal era un delito -y aún lo es en otros países- o se cuantificaba en las estadísticas de las agencias de control jurídico-penal¹⁸⁷. Por ejemplo, también, si soy una ciudadana canadiense blanca de origen británico pero que nací y me crié en África y tengo un pasaporte de la Unión Europea, ¿cómo me tendrían que calificar en las estadísticas? Éste era el ejemplo que daba Roberts para explicar la complejidad y conveniencia de incluir la variable de extranjería en las estadísticas penales en Canadá, más allá de lo políticamente correcto (1994). Además, delito e inmigración incluyen experiencias muy heterogéneas y que no siempre son visibles.

Conviene seguir recordando que existen tres formas de intentar cuantificar el delito: a través de las estadísticas oficiales (policiales, de la FGE, judiciales y penitenciarias), las encuestas de victimización y los autoinformes.

1. Las estadísticas oficiales presentan muchos sesgos, siendo quizá las más fiables las policiales, aunque dependerá del propósito de la investigación. Sus límites se encuentran en la cifra negra –estimada en un 42,1% para los delitos en general, y un 65,5% para el abuso o coacción por parte de agente de seguridad (Álvarez 1997, 11)-, en la diligencia de su elaboración y en las dificultades de comparación. Respecto de su elaboración, como ya se ha indicado, algunos estudios han señalado que, cuando se introducen los controles adecuados, el delito no es tan prominente entre las minorías étnicas y extranjeras

¹⁸⁶ Si tomásemos la noción de minoría étnica, podríamos pensar en la comunidad gitana (alrededor del 2% de la población -aunque no existe acuerdo-), pero no existen estadísticas que oficialmente realicen esta categorización. Cfr. Barberet y García-España (1997, 181).

¹⁸⁷ En 1993 se publicó el informe de la Delegación del Gobierno (Seguridad Ciudadana) de Madrid (Jueces para la Democracia, 1993), titulado “La negativa influencia de las acciones criminales de los extranjeros”, estableciendo una correlación entre extranjería y criminalidad, ante la información “suficientemente conocida” -aunque no aportada al documento- por el registro de la Sección de Documentación Provincial de la Policía de Madrid referida a la capital. Se decía que se había detenido a 11.653 personas -sin especificar si había varias detenciones de la misma persona-, de ellas 16,45% por no tener papeles, 17,69% por no tener papeles pero probar más tarde que eran solicitantes de asilo, 13,33% por ilícitos administrativos en el curso de procedimientos de expulsión. Por tanto sólo 300 personas, 2,57% de aquellos 11.653 terminó en juicio por un ilícito penal. A principios de 2009 se suscitó otra polémica en Madrid en cuanto a los cupos de detención de inmigrantes en situación irregular que parecía determinarse oficialmente para cada comisaría, si bien, para entonces, quedaba claro que dichas detenciones nunca pueden contabilizarse en relación con la efectividad ante la delincuencia.

respecto de grupos nacionales comparables (Albrecht 1996, 99). Las estadísticas deberían advertir de su parcialidad, ofrecer información completa sobre su elaboración y sobre aspectos contextuales, lo que aminoraría los riesgos de abusos en su interpretación -por otro lado, siempre presentes-.

2. Las encuestas de victimización, que datan de los años sesenta, han sido promovidas por la Victimología y la Criminología realista. Aunque el Instituto de Estudios de la Policía, como también el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, han realizado análisis sobre la inseguridad, realmente no nos sirven para cuantificar la criminalidad o victimización de los extranjeros¹⁸⁸.

3. Lo mismo ocurre con los llamados informes de autodenuncia, iniciados en Nueva York por Wallerstein y Wyle en 1947¹⁸⁹. En Holanda existen estudios que indican que los jóvenes de Turquía y Marruecos son más reticentes a la autodenuncia por lo que resultan más fiables las cifras de detenciones (Junger 1989).

La conclusión general acerca de la sobrerrepresentación de inmigrantes -pero también de otras minorías étnicas, como los gitanos o los aborígenes en América y Oceanía- debe ser, por tanto, problematizada. En el apartado siguiente añadiremos una serie de reflexiones teóricas e investigaciones empíricas que, desde la Criminología, han estudiado la correlación de las variables delincuencia-extranjería.

4. Teorías criminológicas que explican la relación entre los delitos y las migraciones

Las distintas teorías que exponemos a continuación, mayormente de alcance medio, se han intentado validar a través de técnicas de investigación no sólo cuantitativas, sino también cualitativas.

¹⁸⁸ Sobre los problemas estadísticos y su resolución para incluir en las muestras de las encuestas de victimización británicas, véase Holdaway (1996, 34).

¹⁸⁹ En el caso de EE.UU. resulta clara la sobrerrepresentación en todas las fases del proceso penal (en 1994 la población negra constituía el 12%, pero el 50% en prisión), incluyendo la aplicación de la pena capital. Volviendo los ojos a la historia, resulta muy interesante el registro de jesuitas que de 1690 a 1815 acompañaron a condenados a muerte en los patíbulos de Lisboa. Entre dichos condenados, muchos eran negros, moros, extranjeros y esclavos, como representantes de las capas marginales (Hespanha 1990a, 178-9).

4. 1 Teorías generales

Como ya se ha indicado, la Criminología se presenta desde su origen como una ciencia del otro y, generalmente, de exclusión¹⁹⁰. Tan sólo hace un siglo que su fundador positivista identificaba el criminal nato con ciertas tribus nómadas del Norte de África, tenía a los gitanos por raza criminal -aspecto profundizado en la obra *Hampa* de Salillas- y a la prostituta como arquetipo de mujer delincuente.

A partir de la Criminología positivista, es preciso recordar otras teorías generales del delito¹⁹¹:

a) Las teorías estructurales funcionalistas, a partir de Durkheim, que nos hablan sobre el rol del “chivo expiatorio” y la formación de la identidad social, hoy relacionada con el derecho penal simbólico.

b) La Escuela de Chicago presenta una reflexión más específica sobre la sociedad estadounidense como crisol de culturas y destacaríamos las teorías ecológicas en relación con la urbanización.

c) Las teorías subculturales, del aprendizaje social, del control interno (que quizá pudieran explicar un mayor control en la minoría asiática), del conflicto (sea cultural, tal y como fue definido por Sellin (1938), o socioestructural), críticas, y del *labelling*.

d) El realismo de izquierdas (influido por el feminismo y la Victimología crítica, con un enfoque motivacional y situacional que se aleja de la etiología)¹⁹².

¹⁹⁰ Cfr. la obra editada por Cook y Hudson (1993).

¹⁹¹ En este punto no tengo en cuenta las de carácter psicológico o biológico. Respecto de estas últimas, no estrictamente en el ámbito criminológico, es preciso recordar el polémico libro de Herrnstein y Murray *The Bell Curve*, donde recogiendo test de inteligencia e índices de natalidad, se concluía que existía el riesgo de empobrecer a la sociedad estadounidense, ya que el número de las personas menos capacitadas (los negros) estaba creciendo, al mismo tiempo que contribuían a la criminalidad. Diferentes investigaciones señalaron la endeble metodología utilizada.

¹⁹² En una entrevista, el fallecido líder del Partido Austriaco Liberal, el extremista Jörg Haider, declaraba que unos 250.000 inmigrantes irregulares constituían la base del crimen organizado en su país (El País, 1994, 11 de noviembre, p. 37). En 2008 y 2009 diferentes organizaciones defensoras de derechos humanos denunciaron el trato de las instituciones italianas hacia la minoría rumana identificándola con ciertos delitos.

e) En EE. UU. se ha llegado a hablar incluso de la anti-Criminología y, de forma fragmentaria, de la Criminología feminista, negra, aborígen...

4. 2 Resultados de investigaciones particulares

Como en otros temas (Fattah 1997), la Criminología no ha ofrecido soluciones o respuestas a las preguntas ya formuladas: ¿por qué hay tantos extranjeros que entran en las redes del control jurídico-penal? ¿Están más controlados, más marginados, delinquen más, delinquirían si estuvieran en su país? Antes de agrupar unos resultados de las investigaciones al respecto, señalaré que existe una Red, dentro del programa COST A/2, financiado por la UE, que ha estudiado “El derecho, el delito, los controles policiales y las minorías raciales, étnicas y extranjeras en los países europeos”. Las conclusiones de su tercera reunión de trabajo quedaron reflejadas en la obra compilada por Palidda (1996)¹⁹³ y pueden resumirse en la dificultad en los estudios sobre este tema por la sensibilidad que suscita y su politización, lo que permite decir que muchos de ellos contribuyen a la estigmatización.

A continuación examinaré cuatro explicaciones ofrecidas por diversas investigaciones criminológicas, tal y como han sido mencionadas anteriormente:

A. Racismo (discriminación) institucionalizado. Racismo sistemático o abuso de poder

En enero de 1996 la Comisión de Investigación de Ontario documentó el tratamiento discriminatorio sistemático por todas las agencias del sistema penal. Este tipo de trato también ha sido documentado en otros países anglosajones y, de forma sistemática, en los EE. UU. (Alexander 2014).

Influidos por el *labelling*, la historia del control social -rotación de colectivos- y el construccionismo, se llega a la conclusión de que nuestras sociedades comparten, en todos sus estratos y profesiones (catedráticos, doctores, policías...), una serie de estereotipos constituidos socialmente, si no conspirativamente, al menos

¹⁹³ Véase su actualización en Palidda y Brandariz (2010).

inconscientemente¹⁹⁴. El resultado son *leyes* discriminatorias, eurocentristas, generadoras y reproductoras del “otro delincuente”. Así nos encontramos, en materia de inmigración¹⁹⁵, con normas en la esfera europea (Schengen) e interna que consagran un modelo de política de orden público que ha de aplicar la policía. Para algunos autores, esa política está en función de la construcción de una identidad excluyente, en el marco de la crisis de los Estados de bienestar. Según dicho modelo, el inmigrante es objeto, pero no sujeto de derechos en lo que se concibe como políticas de eficacia preventiva, creando unas categorías de sujetos/objetos peligrosos, dando pie a ambigüedades calculadas. Con la Ley de extranjería y de protección de la seguridad ciudadana se abren a la interpretación de los agentes de control jurídico-penal una serie de conceptos indeterminados, señalándoles una serie de funciones, sin concretar sus potestades. Se contribuye a una politización del delito, a un fomento de las alarmas públicas como procesos de dramatización y mitificación del delito¹⁹⁶ -en los que la inmigración debe ser considerada como variable dependiente-.

B. Prácticas discriminatorias de individuos concretos de las agencias de control jurídico-penal al no controlar los prejuicios (Waldman).

En Canadá, el Comité de investigación sobre las relaciones entre los cuerpos policiales y las minorías visibles y étnicas, así como el Comité de intervención contra la violencia racista han denunciado una serie de ejemplos de “comportamientos inaceptables” por parte de ciertos policías respecto de miembros de minorías étnicas (Clarkson y Clermont 1996, 378-9). En la Cuarta Conferencia de los Ministros europeos responsables de inmigración se afirmó que las investigaciones muestran que el riesgo de ser detenido por la policía es mayor para los inmigrantes que para los autóctonos, por lo que las estadísticas deben interpretarse muy cuidadosamente (Fundación Encuentro 1991, 83).

El aumento del índice de delitos registrados cometidos por inmigrantes se debe a un aumento en la denuncia de éstos, al bajar el nivel de tolerancia de las víctimas; a una mayor actuación de la policía; a integrarse dentro del perfil de la población que más posibilidades tiene de ser encarcelada (Jefferson) frente a los delitos de los inalcanzables

¹⁹⁴ Según algunos estudios realizados, en 1994, el 35% de los encuestados consideraba que la criminalidad estaba causada por los gitanos e inmigrantes (El Mundo, 10 de noviembre 1994, p. 16).

¹⁹⁵ Habría que analizar también la imagen del extranjero en el CP, LECrim y otras leyes relacionadas con el sistema penal.

¹⁹⁶ El mito como modelo poderoso imaginario.

e intocables. Los delitos de los inmigrantes son los delitos de los sacrificables e indeseables (Fattah 1997).

Los prejuicios son juicios prematuros. Los estereotipos son impresiones sólidas, imágenes aceptadas, en este caso, sobre la inferioridad o maldad de las minorías étnicas. Sobre ellos pueden traerse a colación dos estudios:

a) Harding alude a las discriminaciones sistemáticas de los policías canadienses hacia los nativos, según ha quedado reflejado también en investigaciones parlamentarias, sin que las medidas propuestas hasta ahora parezcan haber aminorado el problema (1991).

b) Wortley y Homel han estudiado los prejuicios de la policía en función de su formación y contacto con grupos en cuestión (estudio longitudinal en Australia). Según su investigación sobre una muestra de 412 policías de Nueva Gales del Sur, tras seis meses de formación, se mostraban menos autoritarios, aunque igualmente etnocéntricos. Tras doce meses trabajando en la calle, la muestra parecía más autoritaria y etnocéntrica - especialmente en zonas con mayor número de población aborigen-. Llegaron a la conclusión de que la formación era insuficiente (no sólo en sus contenidos)¹⁹⁷.

C. Procesos de criminalización social general, donde cuentan toda una serie de estigmas no sólo étnicos (Tony Jefferson, dentro de la Criminología del conflicto o crítica)

Los inmigrantes tienen más probabilidades de entrar en comisaría, en un juzgado y en prisión simplemente porque pertenecen al grupo que por sus características sociodemográficas (sexo, edad, status social) entra más en la red de control social. Esta es también la conclusión, también para el Reino Unido, de la investigación sobre la policía llevada a cabo por Robert Reiner (1992, 479): “La probabilidad diferencial de cometer un delito y de ser objeto de prejuicios y discriminación policiales son aspectos mutuamente reforzadores de la posición estructural de los grupos al fondo de la jerarquía socio-económica. Es esta situación estructural la que explica el círculo vicioso de las diferentes presiones hacia el delito y del diferente riesgo de ser capturado... La policía es más una

¹⁹⁷ Cfr. el concepto de reconciliación aplicado a la policía australiana por Chan (1997, 87).

reproductora que una creadora de la injusticia social, a pesar de que los prejuicios pueden amplificarla”.

Desde el realismo, se señalaría que también esas mismas características sociodemográficas constituyen el perfil de la víctima, con lo que sería conveniente establecer una dialéctica entre los procesos de criminalización y victimización.

D. Cultura profesional de las agencias de control jurídico-penal (policías)

Las estadísticas estadounidenses son claras al señalar la sobrerrepresentación de minorías étnicas como objeto de uso de la fuerza policial en el caso de armas de fuego (Locke 1996, 135), aunque su justificación se debate -en este país se llevan unos cuarenta años estudiando empíricamente esta cuestión-. Algunos estudios han relacionado la brutalidad policial (uso de fuerza innecesaria o presión psicológica) con la variable de etnicidad, en cuanto que aquélla se utiliza más respecto de personas pertenecientes a minorías étnicas. Así se comprueba en las estadísticas de Estados Unidos sobre el tema, en un país en el que el caso de Rodney King simboliza el nexo entre violencia policial y racismo¹⁹⁸. De esta manera, como han probado algunos estudios de James J. Fyfe para el caso estadounidense, el elemento étnico es contingente en el contexto organizacional.

La cultura organizacional fue objeto de especial estudio en los años setenta, definida como el significado, entendimiento y sentido compartidos, es decir, la construcción de la realidad. Diversos autores han descrito el poder de la cultura de la policía para moldear el comportamiento de sus miembros, incluso de forma más fuerte que las normas, instrucciones¹⁹⁹ o autoridad de los superiores. Asimismo, se ha distinguido entre la subcultura del policía que trabaja en las oficinas y el que lo hace en la calle (Kelling y Kliesmet 1996, 204-5). También se marca la diferencia entre la cultura del policía en general y la organizacional de cada comisaría (Worden 1996, 30).

¹⁹⁸ La detención en 1991 por cuatro oficiales de policía de los Ángeles de Rodney G. King, un joven negro, fue grabada en video, mostrando su brutalidad. Los policías fueron absueltos por un jurado estatal, dando lugar a graves incidentes ante el sentimiento de injusticia de la comunidad negra y otras minorías étnicas. El veredicto fue revocado por otro jurado federal.

¹⁹⁹ Cfr. distintas instrucciones policiales, como la Instrucción de 14 de noviembre de 1995, de la Dirección General de Policía, sobre actuación policial en relación con las personas o grupos pertenecientes a etnias o culturas diferenciadas.

La mejor literatura sobre la cultura profesional de la policía ha sido escrita por policías o trabajadores de campo (Locke 1996, 142), señalando la división entre “ellos y nosotros” y la ley del silencio respecto de ciertas conductas de sus compañeros. En el caso de exceso de fuerza por policías negros contra otras minorías, algunas investigaciones lo achacan precisamente a la inmersión subcultural y a otros factores como su destino a barrios más problemáticos.

Chan ha propuesto que el concepto de cultura policial se explique en la interacción entre el contexto socio-político del trabajo de la policía y las percepciones, valores, estrategias y modelos institucionalizados. De esta manera pueden comprenderse mejor las aportaciones individuales y los posibles cambios (1997, 92).

Dentro de la cultura policial profesional podrían destacarse ocho aspectos:

a) Medición de la eficacia policial en las detenciones y esclarecimientos, en lugar de en la reducción de las victimizaciones primarias (prevención), secundarias y estigmatizaciones. La eficacia tiene su importancia en el olvido de los medios para conseguir los fines.

b) Percepción de poder, en la que intervienen aspectos psicológicos (personalidades autoritarias –ya descritas por Adorno- o bajo estrés), que han dado lugar a diferentes tipologías (Worden 1996, 26); pero, especialmente aspectos situacionales (Uildriks y van Mastrigt 1991, 71). Sykes y Clark utilizaron su teoría del *intercambio de respeto* para explicar el abuso de la fuerza respecto de minorías. Según estos autores, la policía espera un alto respeto de los ciudadanos, reconociendo éstos la asimetría existente, lo cual no parecía ser el caso de ciertas personas negras, especialmente jóvenes (1975). Diferentes investigaciones arrojan la siguiente conclusión: es más probable el uso de fuerza excesiva en un encuentro proactivo, es decir, iniciado por un oficial de policía, no un denunciante; cuando más de un policía está presente; cuando éstos pertenecen a un departamento o equipo en que el abuso de la fuerza se considera una infracción no grave; y, especialmente, cuando el sospechoso se muestra irrespetuoso hacia el policía o trata de escapar y les obliga a perseguirlo, como en el caso de Rodney King, según quedó grabado un comentario de un policía tras golpearle: “tuvimos que perseguirle ... creo que eso nos irritó un poco” (Locke 1996, 144).

c) Conceptos de masculinidad.

d) Visión de lucha contra la criminalidad, como su principal tarea, y de un mundo hostil en el que se les pide que realicen un trabajo desagradable, sin que se les reconozca, ni económica ni socialmente, y con la paradoja añadida de poder ser demandados.

e) Saben lo que hacen, son los expertos en la delincuencia, por lo que no merece la pena escuchar a otros (políticos, vecinos, investigadores...).

f) Fidelidad corporativa. Un estudio de 1978 de Estados Unidos mostraba que los policías encuestados consideraban la brutalidad policial como el comportamiento menos desviado, equiparable a quedarse dormido durante servicio y, simultáneamente, uno de los comportamientos más frecuentes (40% declararon haber hecho uso de la misma a lo largo de su carrera), pero que menos denunciarían (Locke 1997, 140-1).

g) La cultura profesional de los policías de países no democráticos fomenta la brutalidad ante las ausencias de control.

h) A su vez, el trato discriminatorio, incluso violento hacia las minorías, condiciona la cultura jurídica de los inmigrantes, es decir, sus actitudes hacia el sistema penal y, en concreto, hacia la policía -a la que temen y con la que no desean colaborar, lo que contribuye al círculo vicioso del desencuentro y los estereotipos²⁰⁰-. Esto ha sido estudiado en nuestro país respecto de los gitanos por la antropóloga Teresa San Román. La desconfianza hacia la policía hace que aumente la cifra negra y que no se visualicen sus índices de victimización, asimismo, surgen otros mecanismos de tratamiento de conflictos.

El Comité Europeo de Prevención de la Tortura (CPT), del Consejo de Europa, ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones la vulnerabilidad de los extranjeros respecto del

²⁰⁰ De acuerdo con la Encuesta sobre el Delito de Islington de 1986, aproximadamente el 52,7% de los hombres negros por debajo de los 25 años habían sido parados por la policía durante los últimos doce meses -comparado con el 31% respecto de los blancos-. Según una investigación longitudinal alemana, el 14% de niños extranjeros de 14 años de edad habían tenido por lo menos un contacto con la policía. Al llegar a los 18 años, el porcentaje era del 29% (Albrecht 1996, 96). Los detenidos también esperan respeto, cfr. los conceptos de justicia procedimental y terapéutica.

maltrato policial -constatable, por lo demás, en todos los países miembros- (Morgan 1996, 338-9). Por otra parte, en mayo de 1998 se hizo público el informe de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa que condenaba a Francia por haber violado el art. 3 de la Convención (no sólo tratamiento inhumano y degradante, sino tortura) respecto de una persona marroquí en comisaría, tras ser arrestado en 1991 por sospecharse tráfico de drogas. Durante seis horas de interrogatorio fue apaleado y abusado sexualmente, según confirman los informes médicos. Asimismo, la Comisión estima que se violó el art. 6 en cuanto que tuvo que esperar hasta 1996 para que los policías que había identificado anteriormente fueran acusados. El Informe vuelve a recordar que incluso en las dificultades más difíciles, como el combate del terrorismo y el delito organizado, la Convención prohíbe categóricamente cualquier trato inhumano o degradante.

5. Estudio de un caso ¿del pasado?: las oportunidades de la interculturalidad en la definición de la identidad

No hay cifras totalmente fiables sobre el número de los inmigrantes en Euskadi, Por otra parte, de acuerdo con el Registro de detenidos, los extranjeros ascienden a un 15-7% (30% en Bizkaia, llegando al 50% en la zona de San Francisco de Bilbao). Algunas nacionalidades son vinculadas al tráfico de drogas (ciudadanos de Guinea Bissau), otras a los delitos contra la propiedad (personas de Argelia) y otras a una serie de redes de explotación de mujeres, inmigrantes y crimen más o menos organizado (Inda 1998). Las detenciones deben respetar los derechos constitucionales y procesales de los sospechosos -aunque en la práctica los derechos a un intérprete o a la comunicación con el consulado sean objeto de renuncia para que no se descubra su país de origen-. La identificación, en todo caso, corresponderá a la Policía Nacional.

En un informe elaborado por Beatriz Díaz y Javier Fontana, titulado *El color de la sospecha. El maltrato policial a personas inmigrantes en el Barrio de San Francisco (Bilbao)*, se relatan más de 60 experiencias de abusos, de enero de 1997 a marzo de 1998, en que están principalmente implicados funcionarios de la Policía Autónoma Vasca. Estos hechos conllevaron también una actuación del Ararteko y conversaciones entre ambas instituciones. En la mayoría de las ocasiones la policía actuó uniformada, en pareja o grupo. Daré algunos ejemplos de actuaciones vejatorias narradas en esta obra:

- no dar explicaciones en los primeros momentos de la intervención,
- realizar afirmaciones como la siguiente que narra una persona entrevistada:

“Nos sobrepasó un coche de la Ertzaintza, paró delante y nos gritaron: ‘eh, vosotros ... que nos han dicho que unos chicos de color han robado una cartera’ ... ‘¿qué pasa?’ -les dije- ‘¿tenemos pinta de robar carteras?’, ‘pues claro’ -me dicen-” (p. 41)

- abordar violentamente.
- hacerles quitar la ropa en plena calle.
- hacerles vaciar el bolso/bolsa y bolsillos en el suelo de la calle.
- registrar un local sin orden.
- requisar objetos sin dar un justificante.

-ante la reacción de los inmigrantes, los policías reaccionan violentamente (insultando, golpeando, amenazando, hostigando, no ofreciendo identificación, deteniendo...).

-cometer arbitrariedades durante la detención (no avisar al tutor de un menor, no explicar los motivos de la detención, humillando, amenazando, no ofrecer abogado, ni intérprete, etc.).

En el Informe se relata también aspectos que hemos señalado anteriormente sobre la cultura policial y que pueden verse en las siguientes declaraciones:

“Y después de hacerme desnudar por completo en el portal, me dicen: ‘este es mi trabajo ... ya lo siento ... es lo que tenemos que hacer’; “Uno de ellos (de los policías) estaba muy de mala leche, hablando muy mal, con palabrotas ... yo creo que estaba borracho ... el otro no decía nada, estaba a un lado sin decir nada...” (p. 62); “Le pregunto que para qué cuenta el dinero de la persona que está registrando y me responde que soy el único vecino que conoce que apoya el narcotráfico. O sea, que como el piensa que esa persona es traficante no entiende que yo me preocupe por lo que le pasa ... y además, como me preocupo por lo que hace con esta persona, resulta que también yo soy traficante” (p. 65); “Sí, tengo miedo por nosotros. A mí la Ertzaintza me da miedo...” (p. 83). Se concluye que: “Las violaciones descritas, pues, no son hechos aislados ni casuales. Por el contrario, se producen de manera continua, con una forma y contexto similares, y con una aparente intencionalidad” (p. 70). Existen mecanismos de impunidad permitidos por los compañeros y superiores (p. 72).

El día 11 de junio de 1998, El País, en la página 8 de su edición dedicada al País Vasco, publicó la siguiente información: “El mercado de la droga de Bilbao ha sufrido una auténtica revolución: la heroína es el estupefaciente elegido por las grandes mafias del narcotráfico, que se valen de ciudadanos africanos para su venta.../ Las investigaciones policiales y judiciales han constatado la concentración de los puntos de venta, que se reducen al barrio de San Francisco -el más degradado de la capital- y el Casco Viejo. Según sus datos, la organización es compleja: existen tres o cuatro bandas... En el primer nivel, están los *boleros*, africanos que se dedican a la venta en San Francisco o el Casco Viejo. ‘Llevan introducidas en el año dosis de cinco gramos y las van sacando con una habilidad inimaginable. Luego, lo dividen en bolas del tamaño de garbanzos, las llevan en su boca y las van vendiendo. Así, lo máximo que se les puede aprehender son unas cuantas bolas si antes no se las han tragado. Cuando terminan de venderlas vuelven a sacar más del año’, señalan fuentes consultadas.../ ‘El 85% de los arrestados tienen papeles de Guinea-Bissau y ha habido gente con hasta 18 filiaciones diferentes, porque antes la documentación era ilegal pero ahora es legal... en su país’. Los métodos de defensa son peculiares: no recurren a la vía penal, sino que interponen quejas ante el Ararteko ‘para presionar psicológicamente a los policías’”.

Ante la aludida falta de competencia en materia de inmigración, algunos autores se han referido a una política *micro* por parte del Departamento de Interior: modelo de policía de prevención específica, educación en derechos humanos -en mi opinión también en multiculturalismo -como en Cataluña²⁰¹-, algo parecido al módulo existente de formación en cultura gitana-, y desarrollo de mecanismos de control interno (deontológicos -art. 30, 34 Ley 4/1992-; y disciplinarios -art. 92 de la Ley 4/1992). Conviene recordar que la política policial viene establecida en la Constitución, donde se recogen sus principios y, aún más importante, ciertos derechos fundamentales -que como derechos humanos de protección internacional pertenecen a toda persona inmigrante más allá de su situación administrativa-: art. 15 (integridad) y 17 (libertad)²⁰². En este sentido, como ha determinado ya el Tribunal Constitucional, la seguridad no es un derecho y se encuentra, por tanto, supeditada a la libertad. Hemos de considerar también la LOFCS y la Ley 4/1992 de la PPV -que se aplica también a los cuerpos dependientes de la administración local- (art. 3 y 26).

²⁰¹ Para esta formación, considerando su contexto estadounidense, véase el libro de Hendricks y Byers (1994).

²⁰² Cfr. art. 104 CE.

6. Epílogo

El multiculturalismo como hecho y la interculturalidad como propuesta van más mucho más allá de la esfera policial. De hecho, es hora de que salgan de ésta. Para ello, pueden considerarse los siguientes cinco puntos:

1. No demonización de la policía. La mayor parte de los policías actúa correctamente y realiza una función esencial en la sociedad que así ha de ser reconocida. Todos los miembros de la sociedad debemos ser educados en el compromiso de controlar los prejuicios más graves y romper con la expectativa irreal de que sólo control jurídico-penal más intenso acabará con la delincuencia. Por otro lado, debe reconocerse que, en términos amplios, la definición del art. 173 Cp existe cotidianamente, “normalmente”, en muchos ámbitos de la vida, no sólo de la actuación policial, por lo que deben considerarse aspectos culturales.

2. Insistir en la formación de todos los agentes de control jurídico-penal, incluyendo los gabinetes de prensa. En general, ello implica la colaboración e integración de minorías (P. ej: desde 1991, la comunidad gitana controla la gestión de las políticas sociales de prevención de las toxicomanías, ante el fracaso anterior de Proyecto Hombre y Osakidetza. Pero se ha de tener cuidado en no olvidar otras redes sociales, más allá de las ONGs que pueden no ser representativas; la formación de mediadores interculturales); el acercamiento a ONGs -participación en distintos foros²⁰³-; y mayor control interno y externo (incluso por parte de las propias minorías, mediante una mayor concienciación de sus derechos).

3. Potenciar el concepto de una seguridad integral, dentro de la justicia social, no excluyente, integrando factores estructurales, en detrimento de los elementos binarios (cfr. el papel de las policías comunitarias).

4. Fomentar la reforma de las leyes que regulan la extranjería para constituir a los inmigrantes en sujetos de derechos y deberes, lo que tendría su máxima expresión en

²⁰³ El contacto con personas “no desviadas” puede ayudar a romper estereotipos.

una futura Constitución europea. Se trata de fomentar una perspectiva de los derechos humanos como inseparable de la de la seguridad.

5. Los estudios criminológicos críticos no deben contribuir a la construcción del “otro criminal”. Por otra parte, los análisis estadísticos resultan insuficientes y podemos preguntarnos cuál es el último propósito de saber “cuántos son” y “de dónde vienen”, sin antes saber quiénes son y quiénes somos.

7. Conceptos clave de la lección

-Criminalización del “otro”.

-Chivo expiatorio.

-Enfoque de derechos humanos versus enfoque de seguridad ciudadana en la política migratoria.

LECCIÓN IX. LA PERSPECTIVA DEL SUJETO (PRESUNTO AUTOR/VÍCTIMA) (2): POLÍTICA CRIMINAL Y MENORES

1. El concepto de delincuencia juvenil y la exigencia de una política criminal diferente

Hoy en día estas cuestiones se estudian, de forma particular, desde la llamada Criminología del desarrollo donde el factor edad cobra especial relevancia.

Según las estadísticas del Ministerio de Interior, para todo el Estado, la mayor parte de los menores y jóvenes son detenidos por delitos contra la propiedad, fundamentalmente robos. Sin embargo, existe una percepción de su aumento cuantitativo y cualitativo -en una escalada de violencia- (Fernández et al. 2009). Esta percepción es también de carácter internacional y los estudios comparados no parecen ponerse de acuerdo. Así, en 1998, se presentó dentro del Congreso Internacional de Criminología de Seúl un estudio suizo que mostraba la estabilidad de la delincuencia juvenil en los países occidentales, mientras que la investigación del Instituto de Investigación Criminológica de Hanover apuntaba un aumento desde principios de los noventa, centrado en la criminalidad violenta²⁰⁴. En él se destacaba que las víctimas de la criminalidad juvenil eran también jóvenes y se vinculaba a los problemas inherentes de la integración de las minorías étnicas y/o inmigrantes en determinados barrios de los centros urbanos²⁰⁵. Se ha llegado a afirmar que el principal reto en materia de prevención para los países europeos es la integración social y económica de los jóvenes inmigrantes de las zonas urbanas (Kangaspunta *et al.* 1998; 1999)²⁰⁶.

Nos encontramos aquí, al igual que con la violencia familiar, con "una novedad perpetua", con un concepto elástico, en el que el término "joven" adquiere diferentes

²⁰⁴ Según el estudio del Ararteko, referido a datos de 1996 y 1997 de los Juzgados de Menores, el perfil del menor infractor se correspondía con un varón (80%), entre 14 y 15 años, que actúa solo. Un 26% de los expedientes de la muestra estudiada se referían a menores pertenecientes a la etnia gitana. Más de un 34% pertenecían a familias que carecían de recursos económicos suficientes. La mayoría de las infracciones eran contra la propiedad y un 30% contenían algún tipo de violencia contra las personas (Ararteko 1998, 97-100).

²⁰⁵ Su convivencia en las zonas rurales es también importante, ya que ahora se da un fenómeno de llamada ante la falta de mano de obra en labores agrícolas, circunstancias radicalmente diferentes de las que motivaron el pensamiento criminológico de la Escuela de Chicago y las teorías que la siguieron, vinculadas a la presencia de bandas juveniles de minorías étnicas en las ciudades estadounidenses de progresiva industrialización, a finales del siglo XIX.

²⁰⁶ Sobre la involucración de los jóvenes inmigrantes en la microdelincuencia, vid. Serrano (2002).

significados (Pearson 1994). El joven delincuente como objeto propio de estudio es producto de finales del siglo XIX, cuando los reformadores trataron de crear tribunales y centros de internamiento especializados para sacarlos de las prisiones. En el caso español, el primer tribunal tutelar de menores fue creado en Bilbao en 1918, con un límite máximo de edad de quince años, aumentado uno más en 1925. Los primeros reformatorios fueron establecidos como entidades privadas de carácter provincial que recogieron una ideología correccionalista. Con el paso del tiempo, del modelo paternalista o tutelar, se pasó al garantista y hoy se debate el llamado modelo de la responsabilización, basado en la mediación y/o reparación. Este tipo de respuesta ha recibido el respaldo de la normativa internacional, tanto del Consejo de Europa como de las Naciones Unidas, que busca hacer realidad el principio de mínima intervención para evitar la estigmatización del menor o joven, quien, en la mayoría de los casos, no volverá a delinquir según demuestran las investigaciones criminológicas.

En la evolución de la política criminal juvenil española, el Código penal de 1995 destaca por haber fijado la edad penal mínima en los 18 años y haber establecido ciertos matices hasta los 21, siguiendo en parte el ejemplo alemán. Sin embargo, hasta la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor ese cambio no se había producido.

La idea central de la política criminal en relación con la delincuencia juvenil, según los estándares internacionales de derechos humanos, es que debe presidir el interés del menor, creyendo en su recuperación y en los efectos dañinos que puede provocar su estigmatización por parte del control jurídico-penal, en lo que se refiere a comportamientos leves o aislados, como suelen ser la mayoría.

2. Evolución de la delincuencia juvenil en volumen, estructura y factores explicativos

Según datos de la Fiscalía General del Estado, referidos a 2013²⁰⁷, en dicho año se tramitaron 6 expedientes por asesinato consumado (8 en 2012 y 4 en 2011) y 2 en grado de tentativa (4 en 2012 y 4 en 2011); por homicidio consumado han sido 3 (5 en 2012 y 2 en 2011) y 6 expedientes por 7 homicidios en grado de tentativa, de los que sólo 5 han sido

²⁰⁷ Véase en <http://www.fiscal.es>.

calificados como tales (15 homicidios intentados en 2012). Un total de 9 personas perdieron la vida por estos hechos.

Los expedientes tramitados por distintas modalidades de delito de violación (arts. 178 y 179 del CP) se cifran en torno a la treintena.

En resumen, se afirma en la Memoria de la Fiscalía, “la delincuencia juvenil más grave se mantiene en niveles muy bajos en relación con la cifra total de población. Con todo, el historial de cada uno de los autores evidencia la necesidad de prevención mediante políticas encaminadas a disminuir la desigualdad y la marginación, a contrarrestar las creencias que fomentan la violencia, y a facilitar la integración de los emigrantes y sus familias, en línea con la Rec (2009) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *estrategias nacionales para una protección integral de los niños frente a la violencia*. Dada la incuestionable influencia del soporte familiar en las expectativas de recuperación, son también indispensables las políticas decididas de apoyo a la familia y al ejercicio positivo de la parentalidad que recomienda el mismo Comité en su Rec. (2006) 19, sobre políticas en esta materia”.

Para la Fiscalía de Madrid, en 2008: “el estudio sociológico de la etiología de la delincuencia juvenil pone de relieve las siguientes siete causas:

- a) la desestructuración de las familias de origen de los menores infractores, aderezada de ausencia de límites y de control parental,
- b) la marginación socio-económica del medio, que dificulta el proceso de socialización del menor infractor;
- c) el fenómeno determinante del fracaso escolar;
- d) el acuciante desempleo juvenil,
- e) la influencia de los medios de comunicación, que incide en la adquisición de valores en los que la violencia es un recurso aceptable socialmente;
- f) el consumo de sustancias estupefacientes o de alcohol;

g) y, finalmente, no se debe olvidar tampoco el fenómeno de la falta de autocontrol, con presencia de factores psicológicos como son la impulsividad, la hiperactividad, la falta de capacidad de concentración, la inteligencia límite del sujeto y la presencia de corrientes contraculturales de incitación a la violencia”.

Por tanto, se pone de relieve que, aunque sigue siendo mayoritario el control jurídico-penal sobre la población de estatus medio y bajo –con presencia creciente de menores extranjeros no acompañados y de origen inmigrante²⁰⁸–, existen conductas que no pueden explicarse por razones de exclusión social, aunque sí de “conflictos familiares, falta de límites, permisividad e inconsistencia de pautas educativas, fracaso escolar, consumo de tóxicos...”. Este último factor no debe infravalorarse en el caso de menores agresores en el ámbito de la familia.

En 2007, la Fiscalía Provincial de León ponía de relieve: “que la política criminal, en contra de lo perseguido por el legislador en la última reforma, aumentando la duración de las medidas, no influiría apreciablemente en una modificación o descenso de las conductas infractoras de los jóvenes. No hay efecto intimidatorio ni mucho menos preventivo. Y sí se aprecia un descenso en la edad de los jóvenes delincuentes. Algunos especialistas se refieren a la “sensación de impunidad” o “invulnerabilidad percibida” por los propios menores infractores”, en consonancia con diversos estudios neurocientíficos²⁰⁹.

²⁰⁸ Por ejemplo, siempre para el año 2007, la Fiscalía de Barcelona ha registrado el triple de menores infractores procedentes de países del Este, “especialmente de Rumania, los cuales son sometidos a explotación por mafias de adultos, y de los que no puede decirse propiamente que estén desamparados, por cuanto, o bien están casados o mantienen una situación de emancipación de hecho, o bien mantienen contactos estrechos con su familia «amplia». Menores que cometen multitud de pequeños hechos delictivos, que en ocasiones son detenidos varias veces en el mismo día y respecto de los cuales, cuando empieza a intervenir, desaparecen, o mejor dicho, son «trasladados» de ciudad o país por las mafias que les explotan ... no se dedican a hechos con violencia o intimidación, sino a pequeños hurtos. Y que van desapareciendo a lo largo de la instrucción, son llevados a otros países y a otras comunidades autónomas, menores a los que resulta muy difícil localizar y a los que pueden prescribírselos las actuaciones, o menores, en muchas ocasiones de menos de catorce años, utilizados precisamente por tener menos de 14 años, para evitar ser juzgados”.

²⁰⁹ En la transición a la edad adulta: “Para la mayoría de los individuos, el desarrollo del cerebro en este periodo indica unas capacidades crecientes para realizar planes personales y para llevarlos a cabo, así como para una toma de decisiones más reflexiva. Durante esta etapa, los jóvenes están adquiriendo una mayor capacidad cognitiva a partir de una progresiva mielinización y maduración funcional de la corteza prefrontal” (Thornberry et al. 2013, 31).

Violencia familiar

Algunas Fiscalías han indicado el aumento de las denuncias de los padres contra sus hijos por casos de violencia. El internamiento no resulta adecuado por su posible riesgo criminógeno de contagio. En ocasiones, si así lo aceptan ambos, los jóvenes conviven con sus abuelos, figuras a las que, curiosamente frente a la de sus padres, siguen respetando en algunos supuestos. En ciertas provincias el menor es destinado a los llamados “pisos de convivencia”, junto con educadores y con otros menores en condiciones similares. En algunas Comunidades existen programas específicos para afrontar este tipo de conductas, como en Gipuzkoa. En Asturias se creó por la Consejería de Justicia, en colaboración con Cruz Roja, el Programa de Terapia y Orientación Familiar con Menores. Se trata de un recurso específico indicado para los casos menos graves o incipientes de maltrato familiar, mediante una intervención con el menor y su familia, con medidas educativas, psicoterapéuticas y actuaciones de orientación y apoyo. En A Coruña se sigue desarrollando el programa «Intervención con Menores Maltratadores de sus padres», llevado a cabo por el Departamento de Psicología de la Facultad de Sociología de la Universidad.

Sobre el perfil criminológico de los menores que cometen violencia en el entorno familiar, algunas Fiscalías destacan los siguientes factores: “se trata de menores intolerantes a la menor frustración, hijos educados de manera permisiva, a quienes los padres les dan todo lo que ellos no tuvieron, lo que suele dar lugar a un fuerte egoísmo que no admite negativas, prohibiciones, sacrificios o exigencias. Los enfrentamientos surgen cuando los progenitores intentan reprimir su conducta. En la gran mayoría de las ocasiones son las madres las que denuncian –mayor y reiteradamente víctimas, aunque no lo denuncian hasta que se llega a un extremo-, con un gran cargo de conciencia, ya que se hacen responsables de lo que a partir de la denuncia le ocurra al menor; además en muchas ocasiones denuncian con la urgencia de que ese mismo día se les solucione el problema, viniendo a pedir que se ingrese a sus hijos en un centro, o incluso solicitando una medida de alejamiento para con el menor ... Muchos de estos menores han sido víctimas de agresión por parte de sus progenitores, especialmente de su padre, o han sido testigos de esta violencia del padre hacia la madre”. En contraste con otros delitos violentos en menores y, en general, con toda la criminalidad de adultos y menores, el número de chicas agresoras es equiparable en algunas Fiscalías al de chicos.

Violencia de género

Aunque se ha avanzado en la educación por la igualdad, en estos casos, las Fiscalías observan patrones criminógenos similares a los de los adultos: “machismo, celos enfermizos, intento de sometimiento de la pareja...”.

Agresiones a educadores

En los centros escolares si se producen agresiones pueden llegar a considerarse como atentados contra la autoridad, si bien se hace un esfuerzo por no llegar a judicializar los casos, siempre que no sean casos graves y se produzca la reparación debida e intervengan diferentes instancias socioeducativas.

La Fiscalía Provincial de Guipúzcoa informa de “las numerosas denuncias interpuestas, en su mayoría, por los educadores y trabajadores de los centros de menores, particularmente, de protección, dependientes de la Diputación Foral de Guipúzcoa: insultos, amenazas, vejaciones, maltratos de obra, que terminan desembocando en agresiones físicas o, incluso, en alteraciones colectivas del orden interno en los centros. Y todo ello sin olvidar los cuantiosos daños que causan los menores en los citados centros o, incluso, en los bienes particulares de los educadores y trabajadores de los mismos. En este orden de cosas, la situación más crítica se vivió en el albergue de Segura, dependiente de la Diputación Foral de Guipúzcoa, que fue parcialmente destruido por un incendio. Los protagonistas de esta clase de delitos, en más del 50 por 100 de los casos, son menores no acompañados de origen magrebí, que en el año 2007 han llegado a Guipúzcoa en número cercano a los 200”.

En todo caso, debe fomentarse la formación de los trabajadores y el apoyo técnico, social e institucional hacia los mismos, de manera que cuenten con los recursos necesarios.

Delincuencia cometida por bandas y grupos

Si bien las noticias al respecto pueden producir alarma social, las Memorias fiscales entienden que el fenómeno sigue estable y controlado. Se han dado casos de grupos que

cometen delitos contra la propiedad y también peleas entre grupos de jóvenes de diferente origen o de ideología radical.

Por otra parte, según la Fiscalía de Barcelona “tras la «legalización» de un grupo de «Latin Kings», a través de la Asociación de Reyes y Reinas Latinas en Cataluña, inscrito en el Registro de Asociaciones, con unos «portavoces» que, al parecer, expresan la opinión de gran parte de sus integrantes, han dejado de ser noticia y han dejado de cometerse hechos delictivos por dichos grupos. El proceso ha continuado con el grupo de los «Ñetas», a los que igualmente se les ha proporcionado una Asociación Cultural. En realidad no se trata de ninguna legalización, de lo único que se trata es de proporcionar un espacio donde se respeten todos los derechos, en el que puedan participar chicos con una determinada estética... la Policía sigue investigando sus actuaciones y, como sea que actualmente tienen un espacio público y legal donde participar, están controlados, se hace un seguimiento continuo de los mismos, en los barrios más conflictivos la Policía patrulla visiblemente para que nadie se haga dueño de ningún espacio público, se realiza una política preventiva en centros escolares e institutos, y, por razones de edad, muchos de sus integrantes ya no son menores, sin que se aprecie que tengan capacidad para captar gran número de menores, mientras no se les haga publicidad, puesto que darles publicidad es completamente contraproducente”.

La violencia identitaria de ciertas bandas de minorías de origen inmigrante coincide, en ocasiones con la de carácter gratuito y lúdico. Una Fiscalía relata el caso de un joven que, en el día que cumplía 17 años, “adquirió una navaja y sobre las 3 de la madrugada se apostó en una calle céntrica dirigiéndose a una persona que en ese momento pasaba por allí y sin mediar palabra le asestó una puñalada que por suerte sólo causó lesiones que no fueron graves. Del *modus operandi* se deducía la posibilidad de que los hechos fueran para demostrar su valor delante de ese grupo que se estaba formando y que el menor frecuentaba”.

Sobre la respuesta penal, para determinadas Fiscalías, “la sola aplicación del Derecho Penal como sistema de solución de problemas revela tres lagunas (Goldstein, 1990):

1) etiquetar el problema bajo una sola respuesta legal desdibuja diferencias importantes que ayudarían a desarrollar respuestas efectivas;

2) utilizar este esquema implica que la respuesta se centre en el arresto y la acusación de forma primaria cuando, a pesar de su utilidad cuando son necesarios, el castigo sucede cuando el daño ha sido ya causado y tiene sólo un reducido impacto en la prevención de los comportamientos dañosos recurrentes;

3) muchos de los comportamientos no entran dentro del marco concreto de la norma penal y, sin embargo, tienen incidencia negativa evidente en el marco de la comunidad.

Una vez detectado el problema y procedido a su análisis (que incluya la comprensión de los aspectos referentes a los afectados, incidentes y las reacciones y la determinación de las metas y objetivos), procede la adopción de respuestas, su implantación y el desarrollo de procesos de evaluación de resultados. El elenco de respuestas es muy amplio y puede incluir, entre otras, las siguientes ocho estrategias:

1) concentrar la atención en el grupo reducido de individuos que normalmente muestran una desproporcionada incidencia del problema;

2) fomentar la coordinación de los distintos servicios, públicos y privados;

3) utilizar sistemas de mediación y negociación;

4) difundir la información;

5) movilizar a la comunidad;

6) utilizar las formas de control social existentes (como el derivado de las relaciones parentales, escolares, laborales o de la pertenencia a una comunidad religiosa);

7) desarrollo de formas de autoridad intermedia para crear mecanismos de intervención que ayuden a detener la escalada hacia el comportamiento criminal;

8) utilizar el sistema de justicia penal sólo cuando resulte apropiado, incluyendo la sencillez en las formas de investigación, detención y proceso, protocolos y líneas de actuación definidos, tipificación adecuada de conductas, intervenciones que no siempre impliquen privación de libertad”. La respuesta rápida, sin esperar a una escalada de la

violencia, y el control del líder o dirigente de la banda parecen estar entre las respuestas más adecuadas.

Por otra parte, sin que lleguen a ser bandas sí tienen probablemente mayor importancia numérica –especialmente si considerásemos la cifra negra- los actos vandálicos por grupos de jóvenes nacionales en las noches de fin de semana, vinculados al consumo de alcohol y drogas, en forma de violencia gratuita e interpersonal.

Delincuencia juvenil y nuevas tecnologías

Se están dando casos de menores que comenten “delitos contra el honor, la intimidad personal y contra la propia imagen o delitos de descubrimiento y revelación de secretos en concurso, generalmente, con otro u otros delitos o faltas de injurias, realizados mediante los ordenadores, a través de comunicaciones electrónicas y mediante fotografías y videos grabados utilizando teléfonos móviles, que luego son colgados en *Internet*”.

Estos hechos se caracterizan por la dificultad en su investigación respecto de la identificación del autor y, de forma preocupante, por la victimización síquica que producen (vergüenza, depresión...), especialmente, en las víctimas chicas. Además, no siempre es fácil conseguir el cese de la difusión.

Robos y hurtos de uso

Algunos fiscales denuncian ciertas situaciones de impunidad. En muchos casos, al ser acusados de cometer determinado tipo penal, los menores conocen que siempre serán condenados a medidas no privativas de libertad y “que además, aunque las quebranten, nunca se les podrá sustituir dicha medida por una medida de internamiento en régimen semiabierto porque la Ley no lo permite por exigencia de los principios de legalidad y proporcionalidad”.

Delincuencia juvenil y minorías étnicas y de origen inmigrante

Aun cuando el Ministerio Fiscal opera con dos Secciones distintas (Menores y Extranjería), se propugna una colaboración intensa, especialmente, respecto de la

determinación de la edad en los casos dudosos²¹⁰ y la tramitación de los expedientes repatriativos (para su reagrupación familiar o para ser asumida su guarda por los servicios competentes de protección de menores de sus países de origen). Según datos de la Comisaría General de Extranjería, en 2007 se han ejecutado 18 repatriaciones de menores extranjeros no acompañados (13 marroquíes y el resto de Ucrania, Paraguay, Bolivia y Colombia). Ello supone un gran descenso, respecto de las 111 ejecutadas en 2006, justificable por la dificultad de obtener información precisa sobre los padres o los servicios de protección de su país²¹¹; por la complejidad de los propios procedimientos burocráticos de repatriación; y por la falta de acuerdo jurisprudencial respecto de la necesidad de audiencia del menor (art. 92. 4 RE).

Sobre la delincuencia juvenil general, diversos autores han advertido un cambio paulatino en los perfiles sociodemográficos y de género, de manera que la presencia de jóvenes de clase-media y alta y de mujeres estaría aumentando. No existen estudios claros al respecto y serían necesarias investigaciones concretas por cada tipo delictivo. Si entre los años cincuenta a setenta, la palabra clave de la delincuencia juvenil era la *inadaptación*, hoy la preocupación se centra en el uso de la *violencia*²¹², que, como se ha dicho anteriormente, quedan desplazados. En todo caso, son extrapolables diferentes

²¹⁰ La determinación de la edad es crucial para dilucidar si, en su caso, debe ir a la jurisdicción penal de adultos o de menores. Según la Fiscalía General del Estado, en su repetidamente citada Memoria relativa a 2007: "La prueba más utilizada es la controvertida radiografía de muñeca y mano izquierda (método Greulich-Pyle) para su comparación con unas tablas previamente elaboradas para estudios estadísticos sobre crecimiento de estos huesos a diferentes edades, cuyo margen de error oscila entre los 6 y los 24 meses. La discutible validez de este método, que está fundado en tablas o *atlas* de contraste elaborados en los años 30 del siglo XX respecto de la población europea o norteamericana de raza blanca, se agrava si tomamos en cuenta que en muchas provincias españolas los informes de interpretación de los resultados de las pruebas no son realizados por médicos forenses expertos en la materia sino por los mismos médicos de Urgencias de los Hospitales donde se practican, que muchas veces carecen de la debida especialización y del tiempo necesario para profundizar en sus informes. La solución de este problema es muy complicada toda vez que las alternativas existentes además de que no son absolutamente fiables, tienen un costo muy elevado y son muy lentas en su realización. En este sentido, en algunas regiones (Orense y Guipúzcoa) se llevan a cabo *ortopantomografías* (radiografías panorámicas de ambos maxilares) que valoran la edad tomando en consideración el desgaste de dientes y muelas. Se utiliza para contrastar y depurar los resultados preliminares derivados del estudio de la radiografía común de muñeca y mano".

²¹¹ En parte, esta dificultad puede salvarse mediante la firma de convenios, como el suscrito entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre Cooperación en el Ámbito de la Prevención de la Emigración Ilegal de Menores No Acompañados, su Protección y su Retorno Concertado, firmado en Rabat el 6 de marzo de 2007.

²¹² En referencia a grupos como los *skin heads*, algunos autores se han referido al "desequilibrio en la constelación de identidades" que provoca una falta de confianza en las instituciones sociales tradicionales en el seno de una sociedad que, simultáneamente, exige una mayor confianza en uno mismo. Para una investigación empírica en España sobre la relación entre las víctimas y los autores de delitos relacionados con la violencia xenófoba, vid. Jabardo (1996). Cfr. Malewska-Peyre (1991).

conclusiones relativas a la actuación violenta en grupo, donde se diluye la responsabilidad y se refuerza una identidad o sentimiento de pertenencia que la sociedad no es capaz de ofrecer y/o que el joven, con ciertos déficits en su personalidad²¹³, prefiere no buscar. Se resalta la socialización de estos jóvenes a través de su familia y su grupo de amigos, más que la escuela o los medios de comunicación.

Otra causa de alarma social es la llamada violencia gratuita protagonizada por algunos jóvenes. Creemos que todo acto de violencia, por rechazable y absurdo que pueda parecer, tiene un significado para su autor. En este sentido, frente al concepto de violencia instrumental o incidental resulta más correcto el término de violencia simbólica o expresiva que violencia gratuita. Diversos actos protagonizados por jóvenes, en el escenario escolar, deportivo o de ocio propio del fin de semana, expresan, aunque de forma errónea, su búsqueda de identidad (incluso sexual), de emociones fuertes, su no aceptación de los límites, su frustración...

Las distintas teorías sobre la delincuencia juvenil han ofrecido siempre una visión parcial del fenómeno, siendo necesaria su integración y validación a través de estudios empíricos desarrollados en nuestro país con población masculina y femenina, que permitan verificar las teorías ecológica, estructural-funcional (oportunidad diferencial), subcultural, del etiquetaje y neutralización, del control (informal), etcétera.

3. Políticas de prevención e investigación científica

Dentro de la prevención primaria deben incentivarse cambios estructurales que ofrezcan mayores oportunidades a los jóvenes y apoyo a sus padres, así como deslegitimar la violencia a través de las instituciones, escuelas y medios de comunicación. Por otra parte, quedan todavía por evaluar más profundamente proyectos de prevención temprana. En todo caso, parecen necesarios espacios para posibilitar la disidencia (incluso ruidosa pero nunca violenta), propia de la edad, y para facilitar puntos de encuentro entre jóvenes de diferentes estratos y culturas que eviten prejuicios y estereotipos.

La prevención secundaria estaría centrada más específicamente en los grupos de riesgo a través de actuaciones con familias y escuelas concretas. En la prevención terciaria

²¹³ Rasgos de autoritarismo o dogmatismo.

debería impulsarse el modelo garantista responsabilizador, donde los intereses de las víctimas no se vean en contradicción con los intereses de los menores, como demuestran diversos programas existentes (Varona 1998).

Thornberry et al. (2013, 39-40), concluyen su estudio sobre las transiciones delictivas de la siguiente manera: *“Tal vez uno de los temas fundamentales de la política criminal y preventiva, al que habría que atender en años venideros, es el análisis de las consecuencias criminogénicas que a largo plazo pueden tener las transiciones vitales desordenadas o fuera de edad. Por ejemplo, experiencias como haber fracasado en la finalización de la escuela secundaria, o una paternidad adolescente, pueden tener efectos perjudiciales graves y prolongados para el individuo y su familia. Lo anterior sugiere, en primer término, la conveniencia de desarrollar programas de prevención eficaces para reducir la incidencia perjudicial de estas transiciones precoces. Tales intervenciones preventivas, no solo pueden contribuir, en general, a mejorar el nivel educativo de los individuos y a favorecer un proceso más maduro de constitución familiar, sino que también podrían tener otros efectos positivos muy relevantes aquí, como una reducción de la prevalencia y frecuencia delictivas durante las etapas de la juventud y la adultez temprana. Obviamente, las iniciativas preventivas en las direcciones señaladas no serán siempre completamente exitosas. Por ello, también sería muy importante crear servicios específicos, cuyo cometido sea reducir o amortiguar las posibles consecuencias negativas futuras que podrían precipitarse sobre aquellos jóvenes que abandonan la escuela o que devienen padres adolescentes (o que experimentan alguna otra suerte de transición vital especialmente problemática). Igualmente, la investigación y las teorías comentadas aquí, también avalan la consideración de que los programas de intervención temprana podrían comportar importantes beneficios preventivos a largo plazo. Por último, como se ha puesto de relieve, la criminología contemporánea ofrece un espectro completo de teorías estáticas y dinámicas bien desarrolladas, que permiten explicar las diferencias en las trayectorias infractoras que se producen durante la transición a la edad adulta. Sin embargo, el hecho mismo de que existan distintas trayectorias delictivas, requiere a las teorías a dar una explicación más completa sobre la maleabilidad y cambio del comportamiento antisocial. Aunque los investigadores y criminólogos académicos claramente se decantan por la necesidad de explicaciones teóricas dinámicas (más que estáticas), que tomen en cuenta la plasticidad de la conducta delictiva a lo largo del tiempo, en función de los múltiples factores cambiantes de la vida, tales perspectivas apenas han comenzado a difundirse en el discurso más popular y en las políticas públicas, que tienden en general a interpretar la*

conducta delictiva como un rasgo invariable y a percibir al conjunto de los delincuentes como manifestamente irrecuperables.

La conclusión de que puedan producirse cambios sustanciales en las trayectorias delictivas individuales (lo que realmente constituyen la regla habitual) debería tener implicaciones renovadoras, y en cierto sentido revolucionarias, tanto para las percepciones de los ciudadanos acerca del delito, como, más aún, para los gestores públicos en esta materia. Siendo norma general la plasticidad y el cambio de la conducta delictiva durante el periodo de la adolescencia y la juventud, carece de justificación racional y empírica la aplicación de sanciones prolongadas, o permanentes, a los delincuentes jóvenes. En Estados Unidos y otros países (no pocos), políticas penales tales como la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, o la incapacitación o privación permanente de derechos civiles, estarían presuponiendo que la criminalidad es una especie de rasgo personal fijo y estable, que cristaliza en las primeras etapas de vida y resulta casi inmutable a partir de entonces. Sin embargo, las revisiones teóricas y la investigación empírica aquí realizada pone en tela de juicio tal presunción, y sugiere más bien que el cambio de la conducta delictiva es lo más habitual y probable”.

4. Justicia restaurativa en el campo de la justicia de menores²¹⁴

En la constatación de que la intervención penal en ocasiones arroja más problemas que soluciones, y recogiendo algunas tesis de las teorías del etiquetaje, las diferentes alternativas a la prisión han tenido casi siempre su comienzo en la jurisdicción penal de menores para, luego, extenderse a la de adultos. Así ha ocurrido también con los programas de justicia restaurativa.

En el ámbito del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas se han promovido textos normativos sobre justicia restaurativa particularmente para menores infractores, según se detalla a continuación de forma no exhaustiva.

NACIONES UNIDAS

-Convención sobre los derechos del niño de 1989.

²¹⁴ Extraído de Varona (2014).

-Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores de 1985 (Reglas de Pekín).

-Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Reglas de Riad).

CONSEJO DE EUROPA (COMITÉ DE MINISTROS)

-Recomendación (1987) 20 sobre las reacciones sociales ante la delincuencia de menores.

-Recomendación (2003) 20 sobre nuevas formas de tratar la delincuencia juvenil y sobre la función de la justicia de menores.

-Directrices sobre una justicia favorable a los niños, adoptadas el 17 de noviembre de 2010 (Memorandum explicativo de 31 de mayo de 2011).

Centrándonos en la política criminal y el derecho comparados, así como de la investigación empírica, cabe destacar que, en 2013, se publicó la obra *Promoting restorative justice for children* (Naciones Unidas, 2013). Anteriormente, en 2009, se celebró el I Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa en Perú que dio lugar a la llamada Declaración de Lima.

En el portal de la UE sobre el estado de la mediación en la justicia penal de menores en España se indica que, para este tramo de edad (de 14 a 18 años), la mediación está expresamente normada en la LORRPM como medio para alcanzar la reeducación del menor. En este ámbito la mediación la realizan los equipos de apoyo a la Fiscalía de Menores, aunque también puede realizarse por organismos de las Comunidades Autónomas y otras entidades como asociaciones. Las diferentes evaluaciones de los planes de justicia juvenil en el País Vasco, por ejemplo, dan cuenta del incremento creciente de estos procesos restaurativos, si bien sería necesario analizar su naturaleza e impacto con datos adicionales más completos, tal y como tuvimos ocasión de comentar en la mesa redonda del Congreso.

Por otra parte, aunque no exista regulación expresa –y como suele ser habitual en muchos procesos restaurativos, particularmente en sus inicios-, existen experiencias de justicia restaurativa en la fase de la ejecución de la medida en un centro de internamiento, salvando las posibles limitaciones sobre los delitos más graves o la reincidencia. Asimismo, y también sin regulación expresa, se han ido desarrollando procesos más restaurativos con menores, siguiendo el ejemplo iniciado en Nueva Zelanda

en 1989 –dirigido a jóvenes de minorías sobrerrepresentadas en la justicia penal-, con conferencias y círculos, particularmente en Catalunya (Guardiola, Albertí, Casado, Martins y Susanne, 2012). Por otra parte, cabe destacar las iniciativas o proyectos híbridos en el campo de la convivencia escolar y la prevención de los conflictos.

La justicia restaurativa se entiende especialmente adecuada con menores infractores porque supone evitar su estigmatización, centrándose en su responsabilidad activa de forma que puedan prevenirse otros conflictos en el futuro (Walgrave y Zinsstag, 2014). Esta visión se relaciona con el modelo más amplio de justicia juvenil positiva promovido por el Centro de Investigación y Evaluación del John Jay College of Criminal Justice de Nueva York.

A modo de ejemplo podemos pensar en el caso real de unos menores que quemaron una vivienda y que, además de reparar económicamente –cuestión que, en lo que respecta a la responsabilidad civil, va a recaer sobre sus progenitores-, deciden comprometerse activamente en una reparación simbólica o de petición de disculpas que, en este caso concreto, interesa también a la víctima. En otros casos, la reparación se materializa en una prestación personal, en el sometimiento a una terapia o programa o en la promesa de fomentar o evitar determinadas conductas. No obstante, existe un riesgo real, como se indica en algunos estudios, de que la interpretación del interés del menor infractor convierta los procesos en mínimamente o nada restaurativos, siguiendo la clasificación de Howard Zehr (2002). En este sentido cabe buscar un entendimiento restaurativo del interés del menor, víctima y/o autor, lo que supone pasar, en determinados casos, de un enfoque de vulnerabilidad a otro de interseccionalidad e interdependencia. Quizá este último enfoque ha sido más estudiado en la complejidad de la violencia contra los progenitores (Daly y Nancarrow, 2009).

Por otra parte, dentro de las formas innovadoras de justicia, cobran creciente importancia las iniciativas de justicia terapéutica, con enfoque restaurativo, para menores infractores con problemas de salud mental (Shufelt y Coccozza, 2006).

En la justicia penal juvenil los procesos restaurativos también aportan beneficios a las posibles víctimas menores porque, aunque se ha ido aumentando las posibilidades de participación de las víctimas en el campo de menores, dicha participación no satisface cuestiones relativas al protagonismo real, la evitación de la victimización secundaria y los

intereses de las víctimas en ser reparadas, más allá de lo económico. En todo caso, aquí también existe el riesgo de una falta de equilibrio entre los derechos de las personas víctimas e infractoras (Eliaerts y Dumortier, 2002), cuando ambos son menores, bajo una visión antagónica, promovida por los intereses mediáticos y políticos, particularmente en delitos graves.

Existen diferentes estilos de justicia restaurativa. No obstante, para denominar una práctica como mayor o totalmente restaurativa, deben darse los siguientes cuatro elementos distintivos en el campo penal, también de menores, que exigirían una mínima regulación que no encorsete su carácter innovador:

- a) autonomía personal interdependiente (víctimas y/o victimarios),
- b) diálogo (encuentro flexible para intercambiar razones y emociones),
- c) apoyo público y social (facilitadores, operadores jurídicos, comunidad),
- d) reparación de daños personales, interpersonales, sociales...

Asimismo sería deseable una mayor transparencia en la práctica mediante la promoción de evaluaciones e investigaciones que permitan la identificación de factores que constituyen contextos inhibidores o favorables de los procesos mayor o totalmente restaurativos (Igartua, Olalde y Varona 2012), según se detalla a continuación:

A) Contextos inhibidores:

- Actitudes negativas, vulnerabilidades preexistentes y aislamiento social de los posibles participantes.
- Respuestas retributivas automáticas ante posibles incumplimientos.
- Ausencia de formación interdisciplinar en los facilitadores y equipos.
- Carácter burocrático del proceso si sólo se dirige a la agilización o acoplamiento respecto de la administración de justicia convencional.
- Carencias normativas y disparidad de criterios.
- Desconexión con el tejido comunitario del lugar donde se presta el servicio de justicia restaurativa.
- Desconexiones (inter)profesionales e (inter)institucionales.
- Falta de educación cívica para una cultura jurídica basada en el carácter interdependiente e indivisible de los derechos humanos de todas las personas afectadas por la justicia penal.

- Instrumentalización de los intereses de los participantes (utilización corporativa, política o partidista de los programas de justicia restaurativa).
- Visión estereotipada o alarmista, relativa a la delincuencia y la victimización, por parte de los medios de comunicación.

B) Contextos favorables:

- Enfoque inclusivo respecto de los tipos penales y los perfiles sociodemográficos de las personas participantes.
- Disponibilidad de instrumentos de empoderamiento individual y de desarrollo de competencias sociales a corto, medio y largo plazo.
- Posibilidad de abordar o aminorar las circunstancias de fondo.
- Innovación en tipos de procesos restaurativos adecuados a cada caso concreto.
- Entendimiento común de la justicia restaurativa por los diferentes operadores jurídicos, gestores públicos y sociedad.
- Normativa básica y modulación flexible.
- Financiación pública estable.
- Estatus definido de las personas facilitadoras.
- Existencia de una agencia pública de coordinación, apoyo, supervisión y evaluación.
- Apertura a la investigación científica y las evaluaciones externas.

El Foro Europeo de Justicia Restaurativa, entidad científica y asociativa que promueve esta forma de justicia, en 2013 y 2014 indicaba que es una forma de inspirar la innovación en este campo. Sólo mediante una mirada crítica interdisciplinar, interprofesional y participativa será posible.

5. Conceptos clave de la lección

- Transición delictiva.
- Interés del menor.
- Criminología del desarrollo.
- Mielina.

LECCIÓN X. LA PERSPECTIVA TERRITORIAL (1) Y DE GÉNERO: LAS POLÍTICAS MUNICIPALES ENTRE LA GLOBALIZACIÓN Y LA LOCALIZACIÓN²¹⁵

1. Introducción

Cuando surgió la Criminología, a finales del siglo XIX, influida por el darwinismo y el desarrollo de las ciencias naturales, la mayor parte de los criminólogos –todos eran hombres entonces²¹⁶- creían firmemente que era posible validar empíricamente una serie de hipótesis acerca de las causas de la delincuencia con el fin de erradicarla. Hoy, las personas que se dedican a la Criminología, son menos ingenuas y controlan mejor sus prejuicios. Con un concepto más elaborado y complejo de la delincuencia y de los factores de riesgo y protección frente a ella, tras numerosos estudios empíricos y marcos teóricos –incorporando la perspectiva victimológica y preventiva-, desde la Criminología se ofrece un conocimiento más modesto y, paradójicamente, más completo.

¿Qué tiene que ver todo lo anterior con el urbanismo desde la visión de las mujeres, particularmente respecto de la seguridad? Este texto explora las posibles respuestas a esta pregunta desde un enfoque interdisciplinar, de carácter participativo y preventivo local. Las fuentes utilizadas para ello se encuentran básicamente en el informe de 2010 sobre Programa y en la experiencia del desarrollo de una auditoría local de seguridad (ALS) en el municipio de Barakaldo en 2011²¹⁷.

Se pretende aportar algunos elementos del conocimiento criminológico y victimológico que amplíen el debate actual sobre urbanismo con perspectiva de género²¹⁸. Se trata de relacionar dicho conocimiento²¹⁹ con la perspectiva de género en el urbanismo, es decir, con el enfoque de igualdad ciudadana sobre el tema de mujeres y ciudad y, particularmente, de mujeres y seguridad en la ciudad. Una mirada más amplia quizá permita evitar conceptos populistas, reduccionistas y/o manipulables, respecto de los verdaderos intereses y derechos legítimos de las mujeres víctimas, en el diseño de las

²¹⁵ Adaptación de Varona (2012).

²¹⁶ Paralelamente, de forma general y como en otras ciencias empíricas, validaban sus teorías sobre muestras formadas exclusivamente por hombres. Este hecho ha perdurado hasta tiempos recientes.

²¹⁷ Sobre el primero, vid. Varona (2011). El segundo fue publicado a comienzos de 2012.

²¹⁸ Es por ello que hablamos de perspectivas para evitar caer en la asunción de que los intereses y expectativas de las mujeres son siempre opuestos a los de los hombres y de que constituyen un bloque monolítico sin posibilidad de divergencia entre ellas mismas.

²¹⁹ Particularmente dentro de la Victimología crítica y feminista.

políticas penales actuales. No se trata sólo de mejorar una herramienta metodológica, sino de incidir en la mejora real de la seguridad cotidiana de la población en general.

Como se señala en el Foro Europeo para la Seguridad Urbana, organismo que agrupa diferentes municipios de Europa, la escala municipal resulta fundamental para entender la política criminal en acción y formular estrategias preventivas acordes con los derechos humanos.

Partiendo de una distribución desigual del derecho a la seguridad, los movimientos a favor de los derechos de las víctimas, particularmente el feminista, han hecho esta desigualdad visible –tanto en el ámbito público como privado- y han propuesto una serie de políticas públicas y estrategias concretas para lograr la igualdad formal²²⁰ y material. Uno de los retos actuales es ampliar la mirada sobre el concepto de seguridad para evitar la manipulación de los verdaderos intereses de las víctimas y el populismo punitivo.

La preocupación por la seguridad se ha incrementado de forma espectacular en los últimos años. Sin embargo, los estudios empíricos nos dicen que esa preocupación no se corresponde con un incremento correlativo de los índices de delincuencia y victimización, incluyendo los estudios sobre la cifra negra o la victimización oculta²²¹. Se resalta así las divergencias entre las dimensiones subjetivas y objetivas de dicha preocupación, sin que, por el momento, puedan ofrecerse explicaciones satisfactorias generales para los diversos grupos de población.

Ello se relaciona con numerosos estudios, desde diversas perspectivas –Urbanismo, Psicología social, Criminología, etc.- que ponen de relieve que las ciudades²²² son más emancipadoras que opresivas para las mujeres, sin perjuicio del riesgo de crear guettos²²³.

²²⁰ Basta recordar el uxoricidio.

²²¹ Si bien, éstos siempre serán imprecisos, particularmente en algunos delitos contra las mujeres tanto en la vía pública, como en espacios privados –incluyendo no sólo la violencia doméstica, sino también en los lugares de trabajo-, así como los relativos a la delincuencia organizada a escala transnacional –piénsese, por ejemplo, en el delito de trata-. Por último, no cabe olvidar los espacios virtuales en Internet.

²²² Por comparación con otras grandes metrópolis, en el caso vasco no contamos con grandes urbes. Esta cuestión ha de considerarse cuando se realizan estudios de caso o se trata de extrapolar las conclusiones de otras investigaciones urbanas. Por otra parte deben estudiarse de forma interrelacionada los procesos de urbanización, industrialización, migración, surgimiento de Criminología y expansión de la prensa como factores que configuran el problema social del miedo al delito.

²²³ Sobre la realidad francesa y la creación de chivos expiatorios sobre determinados grupos de población extranjera, vid. Muchielli.

Steven Pinker ofrece el dato de que el índice de asesinatos en las comunidades Inuit es muy parecido al de los barrios más peligrosos de Detroit (2011). También subraya que la empatía y la mayor participación de las mujeres en la sociedad contribuyen a menores índices de violencia porque se da una mayor sensibilidad y rechazo hacia la misma.

2. Origen, desarrollo y marco teórico de las auditorías de seguridad

Las autorías locales de seguridad, cuyo origen se encuentran en las auditorías o diagnósticos de seguridad de las mujeres iniciadas a finales de los años ochenta en Canadá y que actualmente promueven diferentes organismos internacionales, pretenden recoger toda la información disponible sobre problemas relacionados con la delincuencia y la victimización en una localidad concreta, incluyendo una metodología participativa, para analizarla y proponer y evaluar medidas preventivas concretas.

La auditoría de seguridad de las mujeres fue diseñada originalmente por el Metropolitan Action Committee on Violence Against Women and Children ([METRAC](#)) (Comité Metropolitano de Acción sobre la Violencia Pública hacia la Mujer y los Niños) en Toronto para uso de las mujeres con el propósito de empoderamiento y creación de comunidades más seguras²²⁴. Hoy en día las auditorías de seguridad han sido evaluadas como una práctica prometedora en materia de intervención y prevención de la delincuencia y la victimización y su práctica se promueve en los diferentes continentes²²⁵.

Desde un punto de vista teórico, la preocupación por la seguridad urbana bebe de las perspectivas de la llamada Criminología ambiental (Vozmediano y San Juan 2010), heredera de la Escuela Cartográfica o Estadística moral y de la Escuela de Chicago, junto con los resultados de las investigaciones criminológicas y victimológicas más recientes. Medina sitúa en 1938, en el ensayo de Louis Wirth sobre el urbanismo como modo de vida, las bases de la Sociología urbana contemporánea y el pensamiento criminológico ambiental o ecológico (2010). Para este autor, el nivel de análisis no son los individuos, sino los hábitats y, en concreto, el contexto urbano, en que se explora la distribución e

²²⁴ Información extraída del Centro virtual de conocimiento sobre la violencia contra las mujeres en <http://www.endvawnow.org/?ciudades-seguras&menub=490&id=2528&haga-preguntas-sobre-la-seguridad-de-las-mujeres-en-la-ciudad>.

²²⁵ En el País Vasco tenemos los llamados mapas del miedo, de la ciudad prohibida o de puntos críticos, desde una perspectiva de género. Sin embargo, su enfoque no es tan ambicioso como el de las auditorías, las cuales, en todo caso, habrán de tenerlos en cuenta.

interacción de objetivos (víctimas), infractores y oportunidades en diferentes franjas horarias y zonas. Se relaciona con las teorías de la actividad rutinaria que se centra en la concurrencia, en el espacio y en el tiempo de las rutinas diarias, de un posible infractor con una víctima apropiada y una ausencia de control (Cohen y Felson 1979). Esta teoría supone una precisión respecto de las teorías generales de la oportunidad y de la elección racional que explican que el infractor toma la decisión de delinquir buscando su beneficio, si bien la racionalidad de dicha decisión depende del tiempo concreto, las habilidades cognitivas del infractor y la disponibilidad de información relevante (Cornish y Clarke 1986).

Por su parte, la Victimología crítica pretende observar científicamente los procesos complejos, dinámicos y muy diversos de la criminalidad, la victimización y la criminalización (Walklate 1992), así como su construcción cultural en relación con la vulnerabilidad social. Esta perspectiva teórica permite conjugar las implicaciones micro, meso y macro del estudio de la criminalidad y salvar determinados obstáculos que se nos plantean al preguntarnos cómo definir la inseguridad y el miedo; cómo establecer si el miedo es fundado, proporcional y razonable, siguiendo los términos de la cita introductoria; cuál es el impacto personal y social del miedo; si es sólo un problema urbano; o si el estudio del miedo al delito realmente redundará en la *democratización del espacio urbano*²²⁶.

Debe subrayarse el riesgo de enfocar el problema de la delincuencia en determinados tipos delictivos y en determinados contextos, olvidándose de los delitos de cuello blanco, la criminalidad organizada, la cibercriminalidad o la violencia doméstica, es decir, de los delitos menos visibles en la vía pública. Al mismo tiempo, debe distinguirse entre ilícitos penales y otro tipo de actividades sancionadas civil y/o administrativamente o simplemente molestas –apreciándose cierto punitivismo en las propias ordenanzas municipales-.

²²⁶ Debe considerarse el manejo de este concepto realizado, en gran parte, por los urbanistas, así como su recepción en la teoría política y la Psicología social. Sobre acciones prácticas en torno al concepto de “democracia local”, deben resaltarse las actividades de la Comisión de Descentralización y Autonomía Local de CGLU (Ciudades y Gobiernos Locales Unidos).

Podemos ilustrar el desarrollo del marco teórico del que se nutren las auditorías de seguridad, en relación con la preocupación por la seguridad, de la siguiente manera (Varona 2011):



Con base en la revisión bibliográfica de dichas tradiciones teóricas, en las auditorías se parte de los siguientes seis principios:

1. No existe sociedad libre de delito ni de miedo al delito, pero sí contextos en que puede reducirse la victimización, incluyendo la anticipada, y proporcionar recursos efectivos, individuales, relacionales, ambientales y estructurales, para una adecuada desvictimización, contemplando el derecho a la seguridad humana de forma interdependiente.
2. Las personas, particularmente las mujeres por razones obvias, temen más sufrir un delito violento causado por desconocidos en la vía pública que por conocidos o familiares, pero los estudios sobre la realidad delictiva indican que el riesgo objetivo es mayor respecto de conocidos o familiares²²⁷.
3. El miedo al delito y, especialmente la seguridad, no compete única ni principalmente a la policía porque depende de numerosos factores interrelacionados que le son ajenos o

²²⁷ En todo caso, algunos estudios con entrevistas en profundidad sobre el riesgo de las mujeres a sufrir delitos de carácter sexual parecen apuntar a que el miedo no es exagerado (McLaughlin y Muncie 2001, 118-9).

difícilmente controlables. Por ello, un incremento de la percepción de inseguridad no es un síntoma de fracaso en la gestión policial.

4. La seguridad como riesgo objetivo de victimización puede medirse, con márgenes de error, si se parte de modelos complejos que interrelacionan variables individuales, contextuales y sociales de diversa índole.

5. La medición del miedo al delito (o si se prefiere de las “percepciones de inseguridad”) o la preocupación por la victimización²²⁸ resultará siempre más compleja porque el miedo al delito es un fenómeno subjetivo, mucho más difícil de fotografiar y, por tanto, no resulta adecuado hablar de sus causantes. Con todo, el contraste entre el riesgo objetivo y el riesgo percibido de victimización a través de representaciones cartográficas resulta un instrumento metodológico interesante. Permite incluir la variable temporal y múltiples correlaciones con variables sociales.

6. La seguridad, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva, se encuentra desigualmente repartida en la sociedad e influye en el comportamiento cotidiano. Los factores de riesgo, protección, recuperación y restauración deben contextualizarse para los distintos grupos de población y relaciones sociales.

Generalmente, tras establecerse un grupo coordinador de la auditoría y un plan de acción, una auditoría de seguridad comienza con un grupo de miembros de la comunidad reunidos para hablar sobre los espacios de su comunidad que se perciben como inseguros. Los grupos de auditoría de seguridad generalmente trabajan mejor cuando hay diversidad de integrantes y por lo tanto representan una variedad de inquietudes sobre seguridad (WISE, 2005, 13). Una vez que el grupo de auditoría de seguridad haya seleccionado un lugar inseguro, se organizan marchas exploratorias hasta el lugar y se toman nota de los factores o características que ellas piensan que lo hacen inseguro (generalmente con ayuda de una lista de control), a diferentes horas del día, debatiendo con otros agentes implicados una serie de propuestas que se contrastan con otras fuentes de información.

²²⁸ Con este término se engloba también a los delitos de cuello blanco, menos visibles cuando se habla de *miedo* ya que no suponen violencia, al menos tal y como se entiende de forma tradicional.

El uso de cámaras fotográficas permite ayudar a los grupos a comunicar sus opiniones y sus inquietudes a una audiencia más amplia. Además: “la índole práctica del proceso le confiere un realismo que los vecinos suelen encontrar más atractivo que una sala de reunión, y los participantes parecen pasar naturalmente de los problemas a las respuestas”.

3. La polémica integración de las auditorías de seguridad de las mujeres en las auditorías locales de seguridad: ¿Supone la transversalidad una vuelta a la invisibilidad?

Como indica Anne Michaud²²⁹, la perspectiva de género para la igualdad en cualquier política pública implica al menos ocho pasos:

1. Obtener datos desglosados por género en función de la problemática estudiada.
2. Establecer las diferencias debidas al género.
3. Analizar las causas de estas diferencias (en particular las causas sistémicas).
4. Formular objetivos específicos para eliminar estas diferencias.
5. Elaborar indicadores que permitan medir la reducción de las diferencias (evaluación).
6. Identificar los recursos necesarios para ello.
7. Instrumentar estrategias para reducir estas diferencias.
8. Llevar a cabo evaluaciones periódicas y corregir las estrategias.

En la **Carta Europea de las Mujeres en la ciudad**, promovida por la UE en 1995²³⁰, se afirma que: «Todas las mujeres, en particular las mujeres solas y las más desfavorecidas, deben tener fácil acceso al transporte para poder desplazarse libremente y con toda seguridad. Es indispensable para entrar verdaderamente en la vida económica, social y cultural de la ciudad. Las mujeres también tienen “derecho a la ciudad”²³¹. Por ello es preciso reconsiderar el concepto de seguridad urbana, diurna y nocturna, dando prioridad a los puntos de vista de las mujeres, especialmente las que sufren de una

²²⁹ Coordinadora del programa *mujeres y ciudad* en Montreal, desarrollado entre 1994 y 2004, vid. www.womenincities.org.

²³⁰ Debe considerarse asimismo la celebración en 1995 de la Cuarta Conferencia Mundial de las Mujeres (Beijing, 1995).

²³¹ Este frase fue acuñada por el sociólogo francés Lefebvre (1968) frente a la creciente privatización del espacio urbano. Se recoge como derecho en el art. 1 de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, de 2002, elaborada a iniciativa de diferentes ciudades.

exclusión social o cultural. El sentimiento de vivir en seguridad se entiende como parte de la cohesión social y la refuerza».

Siguiendo la exposición de Anne Michaud, en 1996, a raíz de la Cumbre de las Ciudades (Hábitat II, Estambul), los países miembros de las Naciones Unidas decidieron "incrementar la seguridad de la mujer en la comunidad, teniendo en cuenta en las políticas y los programas de prevención de la delincuencia las necesidades de uno y otro sexo; ello puede lograrse procurando que los encargados de aplicar esas políticas conozcan y comprendan mejor las causas, las consecuencias y los mecanismos de la violencia contra la mujer" (párrafo 123, Programa de Hábitat). Asimismo, los países miembros se comprometieron a incorporar la dimensión de género en la gestión de las políticas y servicios locales (párrafo 46, Programa de Hábitat). Además, se trató de abarcar las violencias, domésticas y sexuales, en el marco de las políticas sociales y sanitarias y de programas específicos para las mujeres.

En 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas evaluó la ejecución del Programa de Hábitat, concluyendo con su escaso desarrollo gubernamental, aunque se destacaron avances llevados a cabo por diversas organizaciones. Así, los intercambios internacionales a través de las Naciones Unidas (PNUD, UNIFEM y ONU-Hábitat) y organizaciones como el Foro Europeo de la Seguridad Urbana, Mujeres y Ciudad²³², Ciudades más Seguras²³³, y la Comisión Huairou han impulsado las perspectivas de género en la seguridad urbana²³⁴.

En 2009 se adoptó la **Declaración de Seúl** durante el **Segundo Foro Internacional de la Red Internacional Mujeres de Metropolis**²³⁵. Se trabajó con el concepto de *ciudades amigables para las mujeres*. En el punto tres, sobre la creación de ciudades seguras para las mujeres, se requerían medidas apropiadas para combatir todas las formas de violencia contra las mujeres en todos los espacios públicos, lugares de trabajo y hogares; para concienciar al público sobre la necesidad de combatir la violencia

²³² Destacando su actividad en la ciudad de Montreal.

²³³ Considérese la recepción por las instituciones internacionales (especialmente, UNIFEM y ONU-HABITAT) de las demandas del movimiento feminista en relación con la perspectiva de género sobre la seguridad en las ciudades.

²³⁴ Algunos grupos que trabajan en este sector señalan como riesgo de la transversalidad una vuelta a la invisibilidad.

²³⁵ El primer Foro y Declaración fueron realizados en 2007 en Bruselas.

doméstica y apoyar los esfuerzos de la comunidad y de organizaciones no gubernamentales en este campo; y para promover la seguridad de mujeres y de niñas, y su propia percepción de la seguridad, eliminando el riesgo de acoso y violencia en todos los espacios públicos. Para ellos se proponía:

- Realizar auditorías consultivas sobre seguridad según el género.
- Mejorar el diseño de espacios públicos e infraestructuras.
- Mejorar los servicios, particularmente el transporte público.

Hay tres **principios** clave que rigen a las auditorías de seguridad de las mujeres que pueden trasladarse a cualquier auditoría o diagnóstico de seguridad:

- 1) las personas afectadas son consideradas expertas en su propio ambiente y seguridad;
- 2) las auditorías de seguridad promueven la búsqueda de soluciones locales y específicas al contexto para los problemas de inseguridad; y
- 3) las auditorías de seguridad promueven alianzas y soluciones conjuntas entre las personas afectadas y sus gobiernos locales.

4. Límites y retos: Hacia un concepto de seguridad humana

En definitiva, las perspectivas de género han supuesto innovaciones tanto de carácter temático como metodológico. Impulsada por el movimiento feminista a finales de los años ochenta, la mirada de género implica una preocupación por la igualdad de derechos y de oportunidades en la vida ciudadana, pero también por una nueva concepción de lo cotidiano –que suele pasar desapercibido- y sobre el cuidado y responsabilidad ante el bienestar de niños, jóvenes, ancianos y personas con alguna incapacidad. En ese sentido, la perspectiva de género puede transformarse en una perspectiva universal ya que el derecho a la seguridad que se reclama en la práctica no es en contra de nadie, ni se pretende exacerbar los miedos ni las actitudes punitivas, sino contribuir a una seguridad humana integral e inclusiva, respetando la diversidad individual (Varona 2011).

The Death and Life of Great American Cities fue publicado por la escritora y activista Jane Jacobs en 1961. En esta obra critica la creación modernista de espacios urbanos aislados. Fue muy influyente en el denominado movimiento de nuevo urbanismo que surge en la década de los ochenta. Este libro, convertido en un clásico de la planificación urbanística

del siglo XX, trata entre otras cuestiones de la degradación del centro de las grandes ciudades y de la necesidad de calles multifuncionales. De ella es la expresión *eyes on the street* en relación con la seguridad. Quizá, recordando el caso de Kitty Genovese, deba añadirse a “ojos en la calle”, “ojos empáticos”, para limitar la difuminación del sentimiento de responsabilidad o indiferencia social²³⁶.

Las auditorías de seguridad que integren la perspectiva de la diversidad pueden convertirse en un indicador complejo de los derechos humanos, en el ámbito normativo y particularmente en la realidad social. Además, permiten la comparación longitudinal y espacialmente.

El Programa mundial de ONU Mujeres²³⁷ sobre ciudades seguras y libres de violencia contra las mujeres y las niñas (2010-2015), en colaboración con ONU-Hábitat y las redes locales de mujeres “se centra en la identificación y prevención de la violencia basada en el género contra la mujer en las ciudades, especialmente en los espacios públicos”. Se otorga “importancia especial a la prevención de la violencia, la rendición de cuentas de los gobiernos, la movilización y participación de la comunidad, el empoderamiento de la mujer y la mejora de los barrios y el entorno urbano en general”. El objetivo final consiste en “elaborar el primer enfoque de eficacia probada sobre cómo prevenir y reducir la violencia contra las mujeres y las niñas en espacios públicos (mediante una evaluación rigurosa), que podría constituirse en un modelo (o modelos) aplicable en distintos contextos, promoviendo el empoderamiento de la mujer y la igualdad de género y mejorando la calidad de la vida urbana de todos”.

Del estudio de los documentos desarrollados dentro de este Programa de ONU Mujeres puede observarse que, en línea con los conocimientos criminológicos y victimológicos, se elige una óptica preventiva comunitaria, situacional y victimal de reducción de riesgos que, si bien es específica para las mujeres, tiene una vocación universal y no antagónica. Ello se relaciona con la elaboración teórica actual del concepto interdisciplinar de *seguridad humana*.

²³⁶ Esta difuminación o desaparición de la responsabilidad individual, junto al miedo, en determinadas circunstancias se conoce como el “síndrome Genovese”, en alusión al caso de Kitty Genovese, una mujer que murió apuñalada el 13 de marzo de 1964 en Queens, Nueva York. Treinta y ocho personas oyeron sus gritos durante más de media hora, pero nadie llamó a la policía ni bajó a ayudarla. Una consecuencia de este hecho fue la creación del 911 para llamar a la policía. Vid. Decoin (2010).

²³⁷ Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Vid. en <http://www.endvawnow.org/es/about>.

Preocupación por la vulnerabilidad como esencia de la condición humana, el entendimiento de su pluralidad, dinamismo e interdependencia con multitud de factores y en distintos niveles, puede llevar a un perfeccionamiento en el entendimiento popular de la seguridad humana y en el perfeccionamiento de la protección de los derechos humanos.

El movimiento feminista, junto con otros movimientos en favor de personas que padecen diversas victimizaciones, ha logrado la visualización y la toma de conciencia respecto del reparto desigual de la seguridad tanto en espacios privados como públicos, donde, sin duda, el urbanismo inclusivo puede influir positivamente. Además, una de sus aportaciones más importantes del feminismo es la visión interdependiente de dichos espacios, y de su escala global y local, como lugares donde se desarrollan relaciones de poder. No obstante, creo necesario fomentar los estudios empíricos e interdisciplinarios que permitan generar nuevos conceptos, instrumentos y metodologías de análisis sobre dicha desigualdad, junto con respuestas más complejas para elaborar, ejecutar y evaluar políticas públicas a corto, medio y largo plazo.

En este sentido, el concepto de seguridad humana y la metodología de análisis de las auditorías locales de seguridad, que incluyen de forma destacada la perspectiva de género, permiten entretener de forma participativa y rigurosa los conocimientos del Urbanismo y de la Victimología crítica. Ello permitirá un mejor entendimiento de las variables que definen los contextos de vulnerabilidad, de resistencia, de recuperación y de restauración²³⁸ frente a la victimización de las mujeres, así como la intersección de condiciones de otros grupos que sufren discriminaciones en su derecho a la seguridad humana²³⁹.

5. Conceptos clave de la lección

-Criminología ambiental.

-Ojos en las calles.

-Auditoría o diagnóstico de seguridad local.

²³⁸ Víctimas y justicia restaurativa, según se propone en el informe de 2011 de ONU Mujeres.

²³⁹ Cfr. el proyecto de las Naciones Unidas de creación de una Universidad mundial de Seguridad y Desarrollo Social, con sede en Brasil, donde se maneja dicho concepto de seguridad humana, dentro de los objetivos del milenio.

LECCIÓN XI LA PERSPECTIVA TERRITORIAL (2): POLÍTICA CRIMINAL Y ABUSOS DE PODER: LAS OPCIONES EN TORNO A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

1. Crímenes internacionales

Los crímenes internacionales son aquellos que atentan contra toda la humanidad. Se trata de conductas graves contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario. En este sentido, constituyen formas de abuso de poder (político o institucional), tal y como son descritos en la Resolución de las Naciones Unidas, de 1985, sobre las víctimas de delitos y de abusos de poder²⁴⁰. En nuestro ordenamiento están recogidos como delitos en el Título XXIV del CP, si bien han sido aplicados en escasas ocasiones. Dentro de los crímenes internacionales se distinguen los crímenes contra la humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y el de agresión. La reforma de la LO 1/2015 ha introducido la prisión permanente revisable para las formas más graves de genocidio y de crímenes de lesa humanidad.

Aunque pueden encontrarse otros orígenes más remotos, el moderno derecho penal internacional nace de un hecho traumático: la Primera Guerra Mundial. Tras la Segunda Guerra Mundial surgió con más fuerza la conciencia de “nunca más” y, sin embargo, desde entonces más de 300 conflictos internos e internacionales, junto con dictaduras, han producido más de 170 millones de muertes y una cuantía inconmensurable de daños físicos, emocionales y materiales. En realidad, estas cifras representan el verdadero carácter del derecho penal internacional: se trata de un derecho condicionado a la adhesión de cada estado, a la voluntad política. Incluso frente a las normas de obligado cumplimiento como son los crímenes contra la humanidad, de genocidio y de guerra ha faltado una institución capaz de enjuiciar a los responsables de semejantes macrovictimizaciones.

Es cierto que los convenios internacionales en esta materia vinculan jurídicamente a los estados que los han ratificado, pero no debe caerse en la ingenuidad de que bastan por sí solos, especialmente tras situaciones de crisis políticas y transiciones donde las elites del pasado condicionan las del futuro.

2. La jurisdicción universal

²⁴⁰ En este concepto también deben entenderse los abusos de poder económico.

Los crímenes internacionales y otras conductas se estiman de tal gravedad que los tribunales españoles pueden perseguirlos aunque se hayan cometido más allá de nuestras fronteras. La justicia o jurisdicción universal supone un principio de aplicación extraterritorial de la ley penal interna. El caso en España con mayor repercusión jurídica y social fue el de Pinochet²⁴¹, cuando la justicia española solicitó su extradición a Londres en relación con los crímenes de genocidio, terrorismo y tortura cometidos contra españoles durante su dictadura. En el segundo fallo de los lores británicos, en marzo de 1999, seis contra uno rechazaron la inmunidad del entonces jefe de estado chileno en materia de tortura. Bien es verdad, que la posible extradición quedó limitada a los hechos acaecidos desde 1988 –cuando entró en vigor en el Reino Unido la Convención Internacional contra la Tortura y se promulgó su Ley de Justicia Penal-. Fuera de la incompreensión para los no juristas de los límites de la cronología legal favorables a Pinochet, lo importante es que se rechazó la tortura como acto de estado amparado por la inmunidad y se envió así un mensaje a los dictadores futuros y a las víctimas pasadas. Finalmente, dados los informes médicos y su edad, el Reino Unido no extraditó a Pinochet por razones humanitarias. A su regreso a Chile, tuvo que enfrentarse a varios juicios sin que llegase a ser condenado. Murió en 2006, a los 91 años de edad.

Desde el punto de vista victimológico la jurisdicción universal tiene sentido para garantizar los derechos de las víctimas ante la injusticia o la impunidad. Si bien su alcance fue polémicamente restringido en 2014²⁴², según el art. 23. 4 LOPJ existen una serie de delitos en que pueden intervenir los tribunales penales españoles, independientemente del lugar donde se haya cometido el delito y del vínculo de la nacionalidad, precisamente por la gravedad de los hechos y para evitar la impunidad (en supuestos susceptibles de tipificarse según la ley española como delitos de genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda, corrupción de menores, trata de personas, tráfico de personas migrantes, tráfico de drogas, blanqueo de bienes de origen ilícito... y cualquier otro según tratado o convenio internacional)²⁴³.

²⁴¹ Para más información véanse los textos relativos al caso en <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/pinochet/pinochet.htm>.

²⁴² Vid. La Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Cuando se aprobó la ley, la Audiencia Nacional tenía abiertas al menos doce causas sobre justicia universal. Véase el debate público sobre los Principios de Jurisdicción Universal promovidos por la asociación de derechos humanos FIBGAR en el blog: <http://principiosju.wordpress.com/>.

²⁴³ Téngase en cuenta que la reforma de 2009 también restringió la jurisdicción universal.

En la STC 237/2005 (caso Rigoberta Menchú), anterior a la última reforma, se indicaba que la única limitación es la cosa juzgada, es decir, que el acusado ya haya sido absuelto, indultado o penado.

Con la reforma actual, se exige una conexión con España que, en muchos casos, desvirtúa la esencia de la justicia universal. Los jueces españoles solo podrán investigar delitos cuando la causa se dirija contra ciudadanos españoles o ciudadanos extranjeros que residan habitualmente en España o cuya extradición hubiera sido denegada por España. Si bien, los jueces españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la debe ejercer no está dispuesto o no puede llevar a cabo la investigación.

En la reforma de la Ley Orgánica 1/2014, a pesar de que su fundamentación parece obedecer más a la política internacional que a tecnicismos jurídicos, según se dice en su Exposición de Motivos: *“... se precisan los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española: es necesario que el legislador determine, de un modo ajustado al tenor de los tratados internacionales, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones. La persecución de delitos cometidos fuera de España tiene además un **carácter excepcional** que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la **presentación de querrela** por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito. También se delimita con carácter negativo la competencia de los tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de **subsidiariedad**. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen.*

En todo caso, los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. La valoración de estas circunstancias, que por su relevancia corresponderá a la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, se llevará a cabo conforme a los criterios recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. La regulación introduce límites a la jurisdicción española que deben ser aplicados a las causas

actualmente en trámite, pues los Tribunales españoles no pueden continuar procedimientos sobre los que ya carezcan de jurisdicción”.

La pregunta que hemos de plantearnos, en toda su complejidad, es si la reforma de la regulación de la jurisdicción universal obedece a una política criminal respetuosa con los derechos humanos o a una orientación práctica respecto de las posibilidades reales de enjuiciamiento y/o los intereses políticos y comerciales españoles.

3. Conceptos clave de la lección

-crímenes internacionales

-jurisdicción universal

LECCIÓN XII. LA PERSPECTIVA TECNOLÓGICA: VIDEOVIGILANCIA Y CONTROLES ELECTRÓNICOS²⁴⁴

Diversos autores se han referido a la idea del panóptico digital, donde “nadie se siente realmente vigilado” ya que se trata de un control que se ha naturalizado o interiorizado ante una apariencia de libertad de movimientos y comunicación: “La técnica de poder del régimen neoliberal adopta una forma sutil. No se apodera directamente del individuo. Por el contrario, se ocupa de que el individuo actúe de tal modo que reproduzca por sí mismo el entramado de dominación que es interpretado por él como libertad”, yendo más allá del análisis foucaultiano del poder (Han 2014, 60-61; 46).

1. Videovigilancia

“Tuvo más suerte la generación de mis padres y abuelos, que llevó una vida tranquila, llana y clara de principio a fin. Sin embargo, no sé si los envidio por ello... ¡Cómo vivían al margen de todas las crisis y los problemas que oprimen el corazón, pero a la vez lo ensanchan! Ovillados en la seguridad, las posesiones y las comodidades... Ni siquiera en sus noches más negras podían soñar hasta qué punto puede ser peligroso el hombre, pero tampoco cuánta fuerza tiene para vencer peligros y superar pruebas. Nosotros, perseguidos a través de todos los rápidos de la vida... para quienes el bienestar se ha convertido en una leyenda y la seguridad en un sueño infantil... Sufriendo y gozando, hemos vivido el tiempo y la historia mucho más allá de nuestra pequeña existencia.... Por eso, cada uno de nosotros, hasta el más insignificante de nuestra generación, sabe hoy en día mil veces más de las realidades de la vida que los más sabios de nuestros antepasados. Pero nada nos fue regalado: hemos tenido que pagar por ello su precio total y real” (Stefan Zweig, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*)²⁴⁵.



²⁴⁴ Adaptación de Varona (2013).

²⁴⁵ En la primera edición en Acanalado, en 2001 (pp. 48-49).

1. 1 Introducción: marco jurídico

Antes de aludir al marco jurídico interno, como punto de partida básico pero insuficiente si no estudiamos la práctica, es preciso considerar el contexto global de la extensión del uso privado y policial de la videovigilancia y la reacción normativa al respecto, particularmente en el ámbito europeo.

En el prefacio de su obra sobre esta cuestión, citando a Kammerer (2008, 67), Arzo hace referencia a la lógica expansiva de la videovigilancia, más allá de que se haya probado su eficacia, en un contexto de inseguridad general y de políticas preventivas ante el miedo de ataques terroristas o de otro tipo (2010).

Las videocámaras comenzaron a utilizarse en los años cincuenta en Alemania en relación con el control del tráfico y en los años sesenta y setenta en los Estados Unidos y en el Reino Unido en manifestaciones y desórdenes públicos. No obstante, su extensión ha sido protagonizada por las empresas de seguridad, primero, en centros comerciales, y luego ofreciendo sus servicios en los edificios públicos y en el transporte urbano. Fue en una ciudad del sur de Inglaterra, Bournemouth, donde se instaló por primera vez de forma permanente una videocámara, en 1984, y es precisamente en el Reino Unido donde más cámaras, públicas y privadas, funcionan. En el caso de España, fueron las policías locales, y en menor grado las autonómicas, las que comenzaron a hacer un uso de las cámaras en determinadas zonas, días y épocas festivos, a partir de la década de los noventa (Arzo 2010).

Dentro de los estudios jurídicos, destacan las consideraciones constitucionales²⁴⁶. Se trata principalmente de una perspectiva crítica ante el impacto de la videovigilancia en los derechos fundamentales.

²⁴⁶ Si bien Arzo apunta que también deben considerarse las parcelas del ordenamiento (en gran parte administrativas) referentes a la protección de datos y a la actividad policial (2010, 28). Dentro de esta perspectiva, conviene llamar la atención, de cara a futuros estudios, sobre la falta de garantías “para el control adecuado de las videocámaras móviles. Un régimen de garantías adecuadas frente a eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales pertenece al contenido esencial de esos derechos. De la ubicuidad de las videocámaras móviles, que las hace menos controlables por naturaleza y del propio régimen de autorización más flexible que les dispensa la propia Ley Orgánica se deduce la necesidad de establecer garantías apropiadas suficientes para el control efectivo de las videocámaras móviles, que eviten o permitan corregir eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales” (Arzo 2010, 247). Destaca la falta de conocimiento ciudadano, previo y posterior, a la instalación en lugares públicos de cámaras móviles, ya que no existe un registro específico ni una identificación precisa de cada cámara. Asimismo subraya la

La imagen es un dato personal que debe protegerse. Si bien el derecho a la intimidad y a la propia imagen (art. 18. 1 CE), afectado por la videovigilancia²⁴⁷, no es un derecho absoluto, hay límites infranqueables, según la STC 186/2000, de 10 de julio: "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, y 143/1994, por todas)".

Ante la determinación de una posible injerencia en los derechos fundamentales según se reconoce en el art. 2 de la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos²⁴⁸, la siguiente cuestión jurídica y social reside en establecer la legitimidad, adecuación y proporcionalidad en el uso de la videovigilancia, respetando el contenido esencial de los derechos fundamentales afectados.

En todo caso, conviene advertir que el principio de seguridad jurídica quedaría mejor garantizado con una normativa coherente y uniforme respecto del grado de protección de los derechos en la utilización de la videovigilancia, cuya regulación ha sido aludida en ocasiones como "puzzle normativo". En el cuadro siguiente indicamos algunas de las normas clave en esta materia.

inseguridad jurídica respecto de la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad realicen un tratamiento automatizado de las imágenes y sonidos captados (art. 2. 2 LOV) hasta el punto de que pueda constituir un motivo de inconstitucionalidad en cuanto afecte a los derechos fundamentales (Arzoz 2010, 248). Arzoz adopta una perspectiva crítica desde el Derecho constitucional, pero también cita obras criminológicas sobre la videovigilancia. Concretamente cita a Lyon (1995), Möller y von Zezschwitz (2000), Norris y McCahill (2006), Kammerer (2008), Klauser (2006), Hempel (2007), y Hempel y Töpfer (2009).

²⁴⁷ Según se concluye en el estudio específico de Arzoz (2010, 195) –trasladable a la regulación en el ámbito deportivo–, el uso de videovigilancia en lugares públicos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad supone una injerencia en el derecho a la intimidad y a la propia imagen (art. 18. 1 CE) y a la protección de datos personales frente a la informática (art. 18. 4 CE) y podría serlo también, según las circunstancias en que se utilicen las cámaras, respecto de los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16. 1 CE), el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE) y la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 28 CE).

²⁴⁸ Respecto de la afectación de otros derechos relativos tanto a la vida privada como a la libertad, más allá del derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas, el derecho de reunión y a la protección de los datos personales frente al tratamiento informático, vid. Arzoz (2010, 31).

NORMATIVA ESPAÑOLA Y VASCA (PARTICULARMENTE RESPECTO DE LA VIDEOVIGILANCIA POR MOTIVOS DE SEGURIDAD)

- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y Reglamento de Desarrollo de la LO (RDLOPD), aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre
- LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sustituida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana
- Ley 23/1992 de Seguridad Privada, sustituida por Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada
- RD 2364/1994, de 9 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Seguridad Privada
- LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos (LOV)
- Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley 4/1997, de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos
- Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

-Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco

-Decreto 309/1996, de 24 de diciembre, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de seguridad privada

-Decreto 168/1998, de 21 de julio, por el que se desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos regulado en la Ley Orgánica de 4 de agosto de 1997

-Orden de 7 de abril de 2008, del Consejero de Interior, por la que se procede a crear los ficheros automatizados denominados red de videovigilancia y huellas de calzado

1. 2 Conclusiones sobre los estudios relativos a su expansión, eficacia y eficiencia

1. Aunque la demanda, oferta y extensión de la videovigilancia no cesan en la mayor parte de los países, los ciudadanos deben estar informados de que no está permitido su uso ante cualquier alarma social o percepción de inseguridad. Dada la afectación de derechos fundamentales, deben observarse una serie de normas que aseguren el respeto, entre otros, del principio de proporcionalidad. Para valorar dicho principio es necesario un debate sereno lejos de las urgencias de

controversias políticas, demandas ciudadanas con perspectivas poco realistas y el clima general de inseguridad. Ello no impide, en su caso, actuar inmediatamente sobre los problemas que afectan cotidianamente a las personas, con otro tipo de medidas como puede ser más presencia policial o una presencia especializada, orientada a la mediación, de carácter comunitario o centrada en la solución de los problemas, dependiendo del conflicto o tipo de criminalidad en cuestión.

2. El problema de cuantificar el impacto preventivo de la videovigilancia es común a cualquier otra medida teóricamente preventiva, como el Código penal. Es difícil evaluar la eficacia de la videovigilancia en general y, en particular, en espacios públicos porque no existe un único baremo para medir sus múltiples efectos, deseados o no. En todo caso, ninguna medida preventiva tiene verdadero sentido fuera de una estrategia coordinada de seguridad en cada municipio. Esto es algo en lo que están de acuerdo “videoescépticos” y “videoseguidores”, las cámaras en los espacios públicos no arreglarán nada por sí solas, pero sí puede ser una interesante medida complementaria en la prevención.
3. Considerando las dificultades metodológicas de aislar todas las variables en juego en el aumento y disminución de las tasas de delitos -diferenciando cámaras, espacios y tipos delictivos-, la eficacia de la videovigilancia como medida disuasoria para evitar delitos es relativa. En todo caso, parece más disuasoria en delitos contra la propiedad que en delitos contra las personas. No obstante debe considerarse el efecto del desplazamiento (o en su caso de difusión) en calles adyacentes respecto de los delitos contra la propiedad.

Lo mismo ocurre respecto de las tasas de victimización oculta y de esclarecimiento. Aunque el impacto tampoco es excesivamente significativo en los estudios mencionados en las anteriores páginas, tanto en el ámbito interno como comparado, la videovigilancia parece tener más eficacia tras la comisión delictiva para ayudar en la investigación, aunque no siempre como medida probatoria.

Sí resulta mucho más evidente la opinión favorable de los ciudadanos a la instalación de las cámaras, su confianza en que los delitos se podrán prevenir mejor y la sensación de estar más seguros. No obstante, los estudios indican que este efecto respecto de la percepción de seguridad no dura mucho.

En todo caso, diversos estudios muestran que las personas se sienten más seguras y prefieren la presencia policial o de vigilantes privados a las cámaras, siempre y cuando no resulte agobiante o no se lleven a cabo prácticas basadas meramente en el control.

4. Ahora bien, todo estudio sobre la efectividad de la videovigilancia debe partir del marco jurídico existente en una visión garantista de los derechos que se ven afectados por las cámaras de seguridad.
5. No se trata de negar los problemas de los ciudadanos sobre su seguridad, sino de reflexionar de forma serena sobre la implantación de unas medidas costosas que no han demostrado de forma clara ser eficaces y que, en todo caso, conllevan una afectación de derechos fundamentales.
6. El presente estudio lo hace para adentrarse, después, en cuestiones de carácter criminológico, indudablemente relacionadas con elementos éticos y jurídicos, como también con aspectos culturales, tecnológicos y económicos.
7. Entre las variables que pueden explicar la creciente extensión global de la videovigilancia en multitud de espacios, públicos y privados, se encuentran las percepciones de inseguridad de las poblaciones, aún más en momentos de crisis económica y las posibilidades tecnológicas que permiten un control que, cada vez más, se internaliza por los ciudadanos como algo rutinario: al ir a sacar dinero, ir a trabajar o a estudiar, circular por la carretera, entrar en ciertos edificios, pasear por ciertas calles, visitar un museo, comprar en un comercio, coger el metro, un taxi o un autobús, entrar en una comunidad de vecinos, donde la persona que ejercía como portera ha sido sustituida por una cámara...
8. Si bien es cierto que la normativa española es garantista, aunque en materia de videovigilancia se echa en falta una cierta regulación más uniforme, son necesarios más estudios que indaguen en la práctica de dicha normativa, por ejemplo a través del estudio de las actuaciones de las agencias de protección de datos y de las comisiones de videovigilancia y organismos similares. Los casos estudiados también reflejan esa cultura jurídica garantista.
9. No obstante, se percibe una brecha entre la normativa y la opinión de la población en general²⁴⁹ y de algunos profesionales en particular, por ello resulta

²⁴⁹ La Agencia Vasca de Protección de Datos realiza periódicamente un estudio sobre esta cuestión, junto con el Gabinete de Prospección Sociológica. En el último estudio hecho público en mayo de 2012, con encuestas en todo Euskadi, más del 80% de los encuestados, de todas las edades, decían

importante la labor de la Agencia Vasca de Protección de Datos en la concienciación sobre qué nos jugamos al defender y ser conscientes de posibles vulneraciones de derechos fundamentales, arduamente conseguidos a través generaciones, y que fundamentan la convivencia democrática.

10. Ello no implica caer en maniqueísmos ideológicos que amenazan inexorablemente con la omnipresencia de la videovigilancia, que ha venido para quedarse y evolucionar, sino en educar, particularmente a nuestros jóvenes, en una actitud crítica que se resista a la naturalización de todo tipo de medida de vigilancia, sin valorar primero, de forma serena, razonable y científica, cuestiones como: ¿es éticamente válido?, ¿se respetan los derechos?, ¿cuáles son las consecuencias de optar por esas formas de control?, ¿cuál es su coste en términos económicos y humanos?, ¿es sostenible la videovigilancia como política local de seguridad?, ¿son irreales las expectativas de la población?, ¿cuál es la formación de las personas que operan las cámaras?, ¿hay desequilibrios en la pretensión de una distribución justa de la seguridad?, ¿cuentan nuestros organismos con recursos suficientes para garantizar un control efectivo del respeto de la regulación?...
11. La videovigilancia en los espacios públicos por parte de las FCS refleja en nuestro país, como en muchos otros europeos, la demanda de seguridad local a través de las corporaciones municipales. Dentro de ese concepto se confunden, en ocasiones, cuestiones relacionadas con actos incívicos o molestos que deben hallar una solución adecuada y razonable, muchas veces fuera de la videovigilancia y, en todo caso, siempre debiéndose acudir a políticas de partenariado democrático.
12. En este sentido, los municipios podrían adherirse a la carta *Ciudadanos, Ciudades y Videovigilancia*, del Foro Europeo para la Seguridad Urbana. En ella se trata de evaluar soluciones eficientes y adecuadas con las necesidades previamente identificadas, valorando la participación ciudadana y el respeto de su privacidad. La Carta supone un documento sobre el buen uso de la videovigilancia en las ciudades europeas.
13. La hegemonía actual del enfoque situacional en Criminología contribuye a minusvalorar la importancia de las relaciones sociales *seguras* duraderas. Si la

sentirse más seguros con las cámaras, sin valorar la posible afección de derechos. Véase este estudio en la página web de la Agencia Vasca (accesible en http://www.avpd.euskadi.net/so4-5249/es/contenidos/informacion/estudio/es_cuali/adjuntos/12tef3_avpd_es.pdf).

videovigilancia utilizada por las FCS en espacios públicos se está justificando para reducir los puntos negros de la criminalidad, debe exigirse un debate sereno sobre cómo se definen esos puntos, qué consecuencias acarrea dicha definición y cuáles son otras posibles respuestas complementarias.

14. La prevención situacional debe compaginar la prevención victimal y la recuperación de los victimarios para ser plenamente democrática y eficiente, en términos de seguridad humana. Según los principios internacionales de buenas prácticas en materia de prevención del delito, debe conjugarse la prevención situacional con la victimal, sin olvidar la comunitaria y social. La prevención comunitaria se basa en la participación activa, afectiva y efectiva y en el trabajo en red. La prevención social supone un paso más para abarcar aspectos estructurales (sociales, económicos, culturales...) (Varona 2010,100-101)²⁵⁰.
15. La videovigilancia es efectiva, es decir, es real y verdadera en sus efectos, deseados o no, positivos para la convivencia democrática o no. Ahora bien, no siempre resulta eficaz, es decir, puede no conseguir los propósitos que motivaron su instalación, y hay dudas razonables sobre su eficiencia, respecto de los recursos empleados. Respecto de la eficacia ya hemos indicado anteriormente, entre las medidas no deseadas, la afectación grave de derechos fundamentales, el incremento de la percepción de inseguridad –particularmente a medio o largo plazo-, de la indiferencia social, el riesgo de estigmatización de determinados lugares y colectivos, de ampliar la inseguridad, o la imposibilidad de invertir en más políticas de mediación policial, que requieren de más presencia de efectivos, dentro de la policía comunitaria o de proximidad, o en políticas de prevención social ante la prioridad en el destino de los recursos hacia la videovigilancia. Se trata más bien de hablar de eficiencia en términos de derechos fundamentales, de convivencia a medio y largo plazo, para considerar también cuestiones económicas.
16. Debe garantizarse una formación uniforme para las personas que gestionan, supervisan y/o son operadores de los sistemas de videovigilancia, escuchando sus propias preocupaciones y propuestas.

²⁵⁰ Cfr. la idea de que debe invertirse más en educación y salud, frente a las políticas de seguridad, en la entrevista a César Ortiz, presidente de la Asociación Pro Seguridad Ciudadana de Perú, *Revista Futuros* 18, V: 1-5 (accesible en <http://www.resvistafuturos.info>).

17. Dentro del enfoque garantista, resulta importante que, salvo para casos excepcionales justificados²⁵¹, se prohíba la utilización de las cámaras fuera de las finalidades previstas²⁵², controlándose estas actuaciones. Para ello, puede considerarse la posibilidad de colaboración de la AVPD, en ámbitos concretos, con la Comisión Vasca de Videovigilancia, de forma que se refuerce la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales. Del mismo modo, el IVAC/KREI podría colaborar con dicha Comisión y con la Agencia para aportar estudios criminológicos, a medio y largo plazo, sobre temas relacionados con la seguridad que puedan resultar de su interés, incluyendo la visualización de los resultados a través de mapas electrónicos.
18. Son necesarias más investigaciones, favorecidas y favorecedoras de transparencia administrativa en esta materia, siempre y cuando garanticen su independencia.

1. 3 Propuesta de indicadores

“Dentro del marco de la desorganización social, la eficacia colectiva es una dimensión endógena de las dinámicas de los barrios que mitiga la influencia de los determinantes estructurales sobre la delincuencia y se define como el nexo de confianza mutua y de voluntad de intervenir para el bien común. Por tanto, la eficacia colectiva es una construcción social con dos dimensiones específicas: una dimensión de control social y una dimensión de cohesión social. La dimensión del control social se centra en la probabilidad de que a los vecinos se les presupone que actuarán de determinada forma en varios escenarios ... mientras que la cohesión social se mide por elementos que capturan la confianza local, la voluntad de ayudar a los vecinos, y la existencia de valores compartidos” (Sampson 2004, 108)

²⁵¹ Valorando la proporcionalidad, como se ha puesto de relieve en una reciente sentencia del TS relativa a la derogación de un artículo del Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

²⁵² En la actualidad, por ejemplo, puede haber cámaras que, sin cobertura legal para esta finalidad, se utilicen con afán recaudatorio, para facilitar la imposición de multas, más que para evitar accidentes de circulación o delitos contra la seguridad del tráfico.



Las solicitudes de autorización ante las Comisiones de Videovigilancia no tienen que ser estudios científicos sobre las distintas dimensiones de la videovigilancia, pero sí considerar algunos resultados de los mismos. En este sentido, si bien hemos indicado que las cámaras poseen ciertos efectos preventivos, dependiendo de cada contexto, recordamos un texto mencionado anteriormente:

En un informe del Ministerio del Interior francés de 2009, se concluía que la videovigilancia era eficaz en materia de prevención de la delincuencia. Sin embargo, autores como Le Goff y Heilmann (2009) afirman que la misma no quedó probada a la luz de las conclusiones de dicho informe, recalcando cuatro. En primer lugar, respecto de su efecto disuasorio, medido considerando un análisis comparativo entre las cifras globales de la delincuencia y el conjunto de las ciudades equipadas con videovigilancia en relación con las que carecían de ella, no se consideraron otras variables que influyen en dichas cifras. Por tanto no se respetaron las reglas metodológicas elementales, como han puesto de relieve estudios desarrollados por el Ministerio del Interior británico. En este sentido, debe diferenciarse la eficacia respecto de los distintos lugares donde operan las cámaras, los diferentes tipos delictivos, etc.

En segundo lugar, sobre la valoración del efecto del desplazamiento de la delincuencia a otras zonas no vigiladas, el informe del Ministerio del Interior francés no parece tener en cuenta que deben compararse zonas similares, en períodos de tiempo iguales. Depende del tipo de delitos y espacios, por lo que deben realizarse estudios contextualizados.

En tercer lugar, sobre el incremento de las tasas de esclarecimiento, no puede decirse que se hayan producido avances significativos.

Finalmente, en cuarto lugar, sobre la densidad de las cámaras como refuerzo de su eficacia preventiva y de mejora de las tasas de esclarecimiento, el análisis realizado no permite

concluir que existe una causalidad entre el número de cámaras y la delincuencia constatada ni las tasas de esclarecimiento.

Aun sabiendo que algunas de las propuestas de este apartado pueden no tener cabida dentro del funcionamiento y la normativa de la Comisión Vasca de Videovigilancia, creemos que pueden funcionar como proyectos de futuro y, en todo caso, como instrumentos para el debate de posibles criterios homogéneos para valorar las solicitudes, siguiendo el ejemplo de otros países.

Los siguientes puntos constituyen nuestra propuesta criminológica de un sistema de indicadores sobre la idoneidad, indispensabilidad y proporcionalidad de la videovigilancia en materia de seguridad, por parte de las FCS. La idoneidad se refiere a la existencia de una situación concreta (un riesgo razonable, en el caso de las cámaras fijas) que hace que las videocámaras resulten adecuadas para mantener la seguridad ciudadana, para prevenir delitos, en un lugar determinado. La indispensabilidad permite valorar si no existen otras alternativas menos lesivas. La proporcionalidad, en sentido estricto, implica ponderar la finalidad de prevenir delitos con una posible afectación de derechos.

<p style="text-align: center;">IDONEIDAD</p>	<p>1. Aportación de las tasas delictivas del municipio, comparando la media de la misma con las de los barrios o calles que quedarán afectados por la videovigilancia. Por tanto, será necesario considerar la densidad de la población en estas zonas.</p> <ul style="list-style-type: none">• Además debe considerarse la delincuencia registrada por los diferentes cuerpos policiales que operen en esa zona, fundamentalmente la Ertzaintza. Esto exigirá que la policía local elabore una suma de sus datos y los de la Ertzaintza, con las precisiones metodológicas que sean necesarias, ya que, hoy por hoy, no contamos con tasas conjuntas de las policías locales y autonómica.• Deben diferenciarse también los tipos delictivos.• Junto con las tasas de delitos, podrían adjuntarse el número de detenidos, indicando, en su caso
---	---

	<p>variables que podrían ser de interés al objeto de valorar la adecuación de la videovigilancia.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Asimismo debe valorarse el posible efecto de desplazamiento hacia otras calles. <p>2. Aportación de las tasas de esclarecimiento, definiendo cómo se calculan (si se considera la existencia de detenidos, imputados, etc.). En particular, puede valorarse el número de extracciones de grabaciones que han sido utilizadas por los Juzgados.</p> <p>3. Aportación de datos sobre la percepción de inseguridad, incluyendo propuestas alternativas de instalación de las cámaras, y, en su caso, datos sobre la victimización oculta.</p>
<p>INDISPENSABILIDAD</p>	<p>4. Aportar planes de medidas de prevención victimal: si se producen tantos delitos en esa zona, ¿cómo se atiende a las víctimas más allá de la victimización difusa?</p> <p>5. Información sobre otras medidas complementarias en esa zona (no sólo más efectivos, sino políticas sociales, etc., dependiendo de la tipología delictiva), siguiendo los estándares internacionales en materia de prevención del delito.</p>
<p>PROPORCIONALIDAD</p>	<p>6. Valoración de la realización de campañas para informar al público sobre estos sistemas de videovigilancia.</p> <p>7. En caso de renovaciones, información sobre el número, fecha y motivo de solicitudes ciudadanas de acceso a los ficheros y de cancelación en relación con las cámaras analizadas. Esta cuestión compete a los Ayuntamientos.</p> <p>8. Consideración de la opinión de los operadores de las cámaras respecto de las nuevas propuestas que hagan de la videovigilancia una tecnología más proporcional y efectiva.</p> <p>9. Garantías técnicas sobre la fiabilidad de los equipos, si pueden recoger imágenes que son de la suficiente</p>

	<p>calidad y en un formato utilizable, etc.</p> <p>10. Aportar planes en la zona para minimizar los efectos no deseados o negativos de la videovigilancia.</p> <p>11. Si la videovigilancia se prolonga a lo largo de los años, adjuntar informes longitudinales, avalados por investigaciones científicas independientes.</p> <p>12. Certificar la formación de los operadores y supervisores.</p> <p>13. Aportar cómo el trabajo de los operadores y supervisores se enmarca dentro de una estrategia coordinada de seguridad local.</p>
--	--

Sólo nos queda concluir con la propuesta de fomentar espacios de debate técnico, jurídico, policial, académico y público sobre estas cuestiones que permitan identificar buenas prácticas, según los estándares internacionales, para considerar las distintas preocupaciones legítimas y razonables de los diversos actores implicados sobre un tema común que les une, la seguridad en el municipio, en su compleja dinámica.

2. Controles electrónicos o telemáticos de las personas condenadas

Aquí nos centraremos, a modo de ejemplo²⁵³, en dos supuestos distintos.

2. 1 Control telemático para evitar la estancia mínima diaria en prisión en régimen abierto

La clasificación en tercer grado permite disfrutar de un régimen abierto. En general cuando se está en medio abierto se suele permanecer un mínimo de ocho horas en el centro penitenciario, salvo que se solicite y apruebe el control telemático. Según se indica en la propia página web de instituciones penitenciarias²⁵⁴: “Los medios telemáticos son un conjunto de sistemas electrónicos que Instituciones Penitenciarias utiliza para el control de presencia a distancia de personas que se encuentran en el ámbito de sus competencias. El art. 86.4 del vigente Reglamento Penitenciario posibilita una forma específica de cumplir condena en régimen abierto, sustituyendo el tiempo de estancia

²⁵³ Habría que considerar también el control de medidas cautelares y de penas de alejamiento.

²⁵⁴ Véase en <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/cumplimientoMedioAbierto/controlTelematico.htm>

mínimo obligatorio en el establecimiento por medios telemáticos u otros sistemas adecuados de control”.

2. 2 Pena de localización permanente

Según el art. 33. 4 del CP, tras la reforma de 2015, la pena de localización permanente se configura como una pena leve con duración de un día a tres meses, pudiendo operar, en su caso, como una pena sustitutiva de otra. En todo caso, para relaciones de pareja o familiares, se especifica que dicha localización nunca será en el mismo domicilio de la víctima²⁵⁵.

Como señala Torres (2012): “Uno de los aspectos más problemáticos en relación con las penas de cumplimiento en la comunidad –y que la pena de localización comparte, a pesar de otorgársele naturaleza de pena privativa de libertad- es garantizar el efectivo cumplimiento de la pena. En el caso que nos ocupa, se trata de garantizar que el penado permanece efectivamente en su domicilio o en el lugar determinado por el juez en sentencia, siendo que en sendos lugares no se dispone por naturaleza de un mecanismo de vigilancia como sucede para los internos en prisión y que, en consecuencia, el efecto incapacitador de la pena es relativo. Ello comporta la necesidad de diseñar estrategias de control, ya sea mediante recursos humanos o bien contando con recursos tecnológicos”.

La LO 5/2010 reguló la posibilidad de acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización del reo, dándose cobertura legal a una práctica que ya se daba, y proporcionando al Juez o Tribunal sentenciador la facultad para acordar la utilización de medios electrónicos o mecánicos para supervisar el cumplimiento de la pena.

En todo caso, Torres (2012) advierte que: “La expresión mediante la que se autoriza la utilización de medios “que permitan la localización del reo” parece evocar a un ejercicio de rastreo del lugar en que se halle el sujeto cuando, en realidad, los términos en los que se describe la pena más bien obligan al sujeto a permanecer en lugar determinado debiendo limitarse la comprobación a corroborar la ubicación de éste en el sitio fijado. Este último cometido puede ser fácilmente efectuado mediante sistemas de verificación de voz y sistemas de radio frecuencia (RF). Estos últimos determinan la proximidad del

²⁵⁵ Como había sucedido cuando existía la pena de arresto domiciliario, precedente de la actual pena de localización.

dispositivo emisor que porta el penado respecto del receptor ubicado en el domicilio o lugar de permanencia designado por el juez. De este modo, se podrá comprobar la presencia del individuo en el lugar determinado judicialmente en las horas previamente convenidas, pues el dispositivo captará la presencia o ausencia del sujeto en su radio de acción, sin más efectos fuera de este ámbito.

Considerando su carácter de pena leve, Torres (2012) subraya que: “de lo que se trata no es de conocer la concreta ubicación del penado en cualquier momento sino de garantizar que, en las horas señaladas el individuo se encuentra recluido en el lugar señalado judicialmente. Por ello, el control telemático estático vinculado a la previa concreción de las horas en las que durante el día el sujeto deba poder ser localizado, resulta suficiente a los fines de esta sanción sin que sea necesario recurrir a sistemas de seguimiento permanente que suponen una mayor intervención sobre la intimidad del penado”.

Finalmente, según Torres (2012): “La configuración legal y reglamentaria de la pena de localización permanente debería pretender un equilibrio entre los fines retributivos y preventivos que se atribuyen a la sanción penal. Para ello, en el desarrollo del plan de cumplimiento de la pena debería perseguirse algo más que la mera permanencia del sujeto en un lugar concreto y por un tiempo determinado con fines puramente punitivos -realizando, también tangencialmente, fines preventivo especiales, al evitar el contacto criminógeno que implica el ingreso en prisión. Ello supone, en primer lugar, la necesidad de establecer un régimen de cumplimiento que, en los términos propuestos, permita al penado mantener sus responsabilidades laborales, formativas o familiares, en caso de tenerlas –o bien recuperarlas o asumirlas en caso de no tenerlas-“.

2. 3 Sistemas tecnológicos de vigilancia electrónica disponibles

Según se detalla en su propia página web, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dispone actualmente de los siguientes sistemas de vigilancia electrónica:

- Sistema de monitorización mediante pulseras por red telefónica, bien vía red conmutada (fija), bien vía móvil, a través de las denominadas unidades celulares.
- Sistemas de verificación de voz, tanto a través de los teléfonos fijos ubicados en los lugares de control, bien a través de dispositivos que transmiten la información usando líneas celulares.

- Sistemas de seguimiento continuo de internos mediante tecnologías GPS, que permiten conocer la ubicación geográfica del sujeto en todo momento, y establecer zonas de estancia obligatoria o acceso no permitido (zonas de inclusión o de exclusión).
- Unidades de seguimiento móviles para el control de internos con pulseras telemáticas en lugares distintos al habitual (por ejemplo, su lugar de trabajo).
- Sistemas combinados de localización mediante pulseras telemáticas, con control del consumo de alcohol a distancia.

Todos estos sistemas de vigilancia telemática permiten también establecer previamente las restricciones de movimiento que se estimen convenientes en cada caso para hacer compatible la integración social y la seguridad ciudadana.

2. 4 Ventajas y desventajas del control telemático

Ventajas del control telemático

Según el portal de Instituciones Penitenciarias: “Este tipo de medidas de vigilancia evitan el ingreso en prisión, tanto de los internos en régimen ordinario como en régimen abierto y de infractores no peligrosos que no hayan cometido delitos graves. Facilitan también que se cumpla la condena en el entorno familiar y social, evitando la desestructuración familiar. Permite, además, que el penado continúe su vida laboral y pueda atender así a la indemnización de la víctima.

La persona sometida a control telemático no sufre los efectos desocializadores del internamiento en prisión”.

Desventajas del control telemático

Además de las cuestiones apuntadas anteriormente sobre la escasa finalidad resocializadora, la invasión de la privacidad y la restricción de derechos, se señalan como desventajas de los controles telemáticos, entre otras:

a) su coste de instalación, mantenimiento y actualización.

En la reforma operada en 2015 en el CP, en la Exposición de Motivos, se señala lo siguiente: “... en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están

planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Por ello, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos.”

b) el posible efecto de ampliación de la red de control social –controlando a personas que, de no existir esta pena, quizá no hubiesen sido condenadas o lo habrían sido a sanciones menos restrictivas de derechos.

3. Conceptos clave de la lección

-Panóptico digital.

-Eficacia/eficiencia de la videovigilancia.

-Efecto de ampliación de la red de control social (*net-widening*).

LECCIÓN XIII. LA POLÍTICA CRIMINAL Y LAS SANCIONES PENALES EN GENERAL: DESDE LA TORTURA Y LA PENA DE MUERTE A LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

Esta lección nos sirve a modo de recapitulación de las anteriores. En ella recordaremos algunos conceptos y plantearemos la posibilidad de una política criminal distinta.

1. Un modelo erróneo de política criminal bajo un concepto erróneo de seguridad

Una política criminal basada en la idea del Derecho penal del enemigo o en el uso simbólico o promocional del Derecho penal resulta una política errónea por injusta y contraproducente.

En el fondo, una política así puede expresarse en la idea de la “tolerancia cero” que, en cierto modo, ha sido apoyada por una interpretación sesgada de la teoría de las ventanas rotas. Sin embargo, desde un enfoque de derechos humanos e integral, resulta irreal y punitiva dicha intolerancia en nuestras sociedades complejas. No se trata de no responder o de responder inadecuadamente, sino de encontrar una política de prevención, intervención y reparación eficiente y justa.

Recordemos que, según la teoría de las ventanas rotas, al menos en sus elaboraciones más recientes, los desórdenes producen delincuencia (Larrauri 2007). Larrauri explica cómo la tesis de Wilson (1975) partía de la existencia de un miedo mayor al riesgo objetivo de ser víctima. De ahí derivaba la construcción del miedo como problema social y la explicación de que la inseguridad se relaciona no sólo con los delitos, sino también con la percepción de los desórdenes. Esta teoría fue reelaborada por Wilson y Kelling (1982) para indicar que el desorden produce más miedo y, sucesivamente, más delito. Larrauri señala una tercera versión de esta teoría realizada por Skogan (1990) que explica cómo finalmente se produce un deterioro físico urbano que puede relacionarse con factores estructurales como la pobreza y los conflictos raciales. Esta teoría ha sido criticada por carecer de base empírica por Sampson y Raudenbush (1999). Estos autores indican cómo existen factores explicativos comunes a los desórdenes y los delitos (condicionantes estructurales de un barrio y el grado de cohesión, confianza y expectativas compartidas), sin que puedan establecerse líneas de causalidad directa. Larrauri afirma que se ha desarrollado una política criminal de las ventanas rotas tanto en Norteamérica como en Europa (2007). Ruiz Rodríguez también señala la peligrosa asociación entre prevención situacional y comunitaria, con la confusión entre delito y

acto incívico, siendo más perceptible este riesgo en la prevención situacional (2010, 12). Larrauri estima conveniente “una política criminal progresista de prevención local del delito” orientada “por los siguientes principios expuestos por Bottoms (2006: 273-278)...: a) tomarse en serio los actos incívicos porque estos guardan relación con el orden social, lo cual conlleva no desconectarlos del contexto local urbano en el cual se producen y afrontarlos por ello de forma conjunta; b) resolver la problemática ocasionada por los actos incívicos comporta buscar soluciones que impliquen a la comunidad más allá de la ejecución de ordenanzas jurídicas; c) la intervención efectiva en un barrio debe estar compuesta por elementos horizontales (la participación de la comunidad) y verticales (la intervención de instituciones exteriores), ambas son necesarias para emitir la señal de que en esta comunidad existe el control y el orden social necesarios; d) la intervención puede estar guiada por el resentimiento (valor normativo), pero no por la venganza (sentimiento basado en el poder); e) el aviso que las autoridades debieran emitir no es cuántas sanciones se han impuesto al amparo de las diversas ordenanzas, sino el mensaje normativo de que los actos incívicos persistentes causan daño a los vecinos; f) no se debería invocar al derecho penal para perseguir actos incívicos que no causen daño (*harm*), a no ser que estos fueran ofensivos de forma persistente (*wrongful offence*), y aun en este caso deberían recordarse los principios expuestos anteriormente” (Larrauri 2007).

Por tanto, cabe advertir el peligro, desde las últimas décadas, de que el concepto de seguridad resulte meramente instrumental para el desarrollo de la sociedad global de consumo: “En un contexto en el que las ciudades compiten entre sí para atraer inversores, visitantes y residentes de clase media, la seguridad se convierte en una comodidad deseable que debe ser parte de la nueva imagen que quienes venden las ciudades en el mercado global tienen que conseguir” (Medina 2010, 27)²³⁴. Existe el riesgo de políticas de tolerancia cero, en línea con una interpretación radical de la teoría de los cristales rotos o ventanas rotas, que vulnera los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad, como respuesta a la inseguridad que generan los espacios más explícitamente degradados. Se aplicó en Nueva York a partir de 1993 y se habló de policía “de calidad de vida” (Medina 2010, 28).

Redondo establece tres categorías de países por su relación entre tasas reales de victimización y temor al delito (2009): a) países realistas, como Francia, Suiza e Inglaterra, donde se ha medido un cierto equilibrio entre la tasa de victimización y la percepción de inseguridad. b) países optimistas, como Suecia y los Países Bajos, en los que el miedo al delito es inferior a la tasa real de victimización. y c) países pesimistas,

como España y Portugal, en los que el miedo al delito es muy superior a sus índices fácticos de victimización. Esta situación se relaciona con políticas criminales de la seguridad ciudadana que sólo miran a corto plazo y se basan en la punición y la inflación normativa, frente a la evidencia empírica sobre el modelo rehabilitador o social. No obstante, debe considerarse la aplicación de esta política en países “realistas” como Francia o Inglaterra. Pablo Rando Casermeiro sostiene que, principalmente desde el año 2003, el legislador español “ha asumido el modelo del derecho penal de la seguridad ciudadana en casi todas sus iniciativas de reforma del código penal... además, este modelo se está extendiendo al derecho administrativo sancionador. Ello se refleja en algunos preceptos recientemente incorporados al derecho punitivo administrativo, marcados por un aumento del carácter aflictivo del ius puniendi, así como por una intensificación de elementos estigmatizantes” (2010, 2)247.

Esta tesis se apoya a su vez en la de Díez Ripollés (2004) que considera que el modelo penal garantista, desde el que analizar las transformaciones jurídicopenales actuales que parecen tener respaldo social y político generalizado, no es el que se está aplicando por el legislador. El nuevo modelo, antagonista del garantista, es el de la seguridad ciudadana que se basa en una serie de rasgos o tendencias, tal y como han sido estudiadas en el ámbito anglosajón por Garland (2001) y como parecen reproducirse en nuestro contexto. El modelo de la seguridad ciudadana se nutre, como fundamentación ideológica, de las tesis del derecho penal del enemigo y de la reconstrucción del derecho de la peligrosidad. Según Díez Ripollés, son nueve las ideas motoras del modelo de la seguridad ciudadana, como fenómenos o “actitudes sociales” actuales: 1. Protagonismo de la delincuencia clásica; 2. Prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana; 3. Sustantividad de los intereses de las víctimas; 4. Populismo y politización; 5. Revalorización del componente aflictivo de la pena; 6. Redescubrimiento de la prisión; 7. Ausencia de temor de los ciudadanos de excesos en el ejercicio del ius puniendo; 8. Implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia; 9. Pensamiento criminológico sintomático, centrado en la mejora del control social. Se trataría de constatar unos fenómenos sociales sin entrar, en principio, en su valoración. Sin embargo, la valoración es finalmente negativa y se responsabiliza a los medios de comunicación, a la comunidad, a la clase política y a los propios expertos, penalistas y criminólogos: “El modelo de la seguridad ciudadana satisface muchas de las necesidades antedichas: Se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman incuestionables, distingue nítidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a

intrusos y extraños, ignora las desigualdades sociales... Suministra, en suma, certezas en extremo convenientes para desenvolverse en un mundo desregulado e imprevisible” (Díez Ripollés 2004, 23; 25-26; 29).

Es un modelo que responde a la llamada sociedad del riesgo en el sentido de una sociedad con una elevada sensibilidad al riesgo de cierto tipo de delincuencia, la común o clásica (Díez Ripollés 2005, 3-9; 17)²⁵⁰, lo que ha acarreado una expansión del derecho penal simbólico –especialmente útil en momentos de crisis económica-, como única forma de adaptación a los cambios sociales, frente al estudio empírico de su aplicación y efectos reales. Pero, ¿cómo se generan las demandas de la sociedad del riesgo y cómo se traducen a la política criminal? ¿Es cierto, como sostiene Díez Ripollés (2005, 30): “que el modelo penal de la seguridad ciudadana tiene interés en socavar subprincipios tales como el monopolio estatal del ius puniendi, otorgando un protagonismo creciente a las demandas de las víctimas”?, pero: ¿es correcto referirse a las demandas de las víctimas de forma monolítica?

El penalista italiano Bernardi ha propuesto recientemente un marco conceptual que distingue una acepción finalista o sentido negativo de la seguridad con otra acepción que entiende la seguridad como un bien merecedor de protección o un derecho de las personas (2010), pero resulta confusa la descripción de su carácter como público o privado, según la acepción. En su descripción del modelo penal actual, Díez Ripollés utiliza el significado de seguridad ciudadana enmarcado en una determinada ideología - que critica con razón-, pero no contempla la posibilidad de que el eje de la seguridad ciudadana sea la protección a través de la justicia social y no principalmente el uso de la fuerza o las limitaciones de derechos. Es posible explicar a los ciudadanos que las garantías jurídicas constituyen un elemento de la seguridad. En definitiva, es posible hablar de modelos de seguridad ciudadana teniendo un enfoque estructural de la delincuencia. Así algunos movimientos se refieren a la seguridad inclusiva. Por su parte, Díez Ripollés alude al modelo penal bienestarista como alternativa al que critica y al propio modelo garantista que no utiliza el lenguaje actual de la efectividad y eficacia de la intervención social. Por otra parte, este modelo teórico explicativo de la seguridad pública no encuentra una verificación clara en la realidad empírica y puede resultar confuso al mezclar tendencias distintas, con diferentes significados dependiendo de su contexto. Finalmente, se trata de un modelo normativo que intenta sistematizar y explicar los cambios actuales en la política penal y sancionadora administrativa, pero no el miedo al delito.

2. La propuesta de un modelo reduccionista favorecedor de alternativas a la prisión

Es conocido el capítulo sobre los cinco estudiantes que, en el libro *Peines perdus. Le système pénal en question* (1982), desarrollaron Hulsman y Jaqueline Bernat de Celis. Estos autores, abolicionistas, plantean el caso de cinco estudiantes que viven juntos. Uno de ellos se lanza sobre el televisor y otros objetos y los rompe. Plantean las diferentes formas de reaccionar de sus compañeros, todos disgustados por los hechos. Las diferentes formas de ver y concebir la acción de su compañero les permite dar respuestas distintas. Uno, el más enfadado, plantea echarlo a la calle, expulsarle (estilo punitivo). Otro, el más práctico, opina que lo mejor es reponer los objetos rotos y que sean pagados por el estudiante en cuestión (estilo compensatorio). Otro, muy afectado por lo ocurrido, opina que seguramente está enfermo y hay que llevarlo al médico (estilo terapéutico). Finalmente, el último estudiante, más reflexivo, opina que, aunque creían que todo iba bien entre ellos, evidentemente algo no marchaba adecuadamente para que esto haya sucedido y convendría pararse a pensar todos sobre ello (estilo conciliatorio).

Este ejemplo nos recuerda que existen diferentes alternativas ante un hecho indeseable o un delito. En la vida real no resultan excluyentes, sino más bien complementarias, según el caso concreto. Así Braithwaite nos recuerda que en la cúspide de la pirámide, donde estarían los delitos más graves, el estilo de control social sería más punitivo, sin perder nunca la orientación restaurativa, base de su propuesta de intervención.

En numerosas ocasiones oímos citar la frase de Dostoievski cuando aludía a que estado de civilización de un país se medía por el estado de sus cárceles. Quizá las tesis abolicionistas resultan inadecuadas y utópicas en nuestras sociedades, también lo fueron en su día las tesis abolicionistas sobre la pena de muerte, pero en todo caso urge una reflexión sobre cómo podemos promover un sistema de justicia penal más humano y justo. En esa reflexión es preciso recordar la importancia de los movimientos a favor de las alternativas a la prisión y los derechos humanos de los presos, de los derechos humanos de las víctimas y de las formas restaurativas de resolución de conflictos (Varona 1998). Junto con ello debe considerarse el peso de la opinión pública y su articulación a través del llamado populismo punitivo.

El movimiento en favor de los derechos de los internos y, en concreto, de las alternativas a la prisión está inspirado, en parte, en las argumentaciones de los teóricos del etiquetaje, aunque éstos recalcaron más tarde el efecto de ampliación de la red de la

mayoría de ellas, llegándose a afirmar por algún autor que “nada funciona” (Martinson 1974). En la actualidad, se habla de penas no privativas de libertad, penas alternativas -aun cuando pueden ser autónomas y no sustitutivas de la prisión-, penas vinculadas a la comunidad -término (*community sanctions*) introducido por el Informe de 1987 de la *Canadian Sentencing Commission*- y penas intermedias²⁵⁶. En Alemania se ha diferenciado entre consecuencias jurídicas de internamiento y ambulatorias.

Por otra parte, respecto del movimiento en favor de los derechos de las víctimas, a principios de los sesenta empezaron a escucharse con más fuerza reivindicaciones de grupos muy diversos de minorías discriminadas (Joutsen 1991), pudiendo destacarse el de las mujeres. Algunos autores subrayan que, a medida que las reivindicaciones sobre los derechos se multiplican, surge un conflicto aparente entre ellos, así entre los de las víctimas y los acusados (Ferrari 1991, 456; Viano 1991, 440-8; Kirchhoff 1992).

En concreto, las víctimas del delito pidieron un “reajuste de la balanza”, “una introducción del punto de vista de la víctima” (Shapiro 1990). Se crearon distintas Asociaciones: *Victim Support* en Gran Bretaña, en 1974, y NOVA (Organización Nacional para la Asistencia a la Víctima) en Fresno (EE.UU.), en 1976. Les siguieron, un año después, el *Weisser Ring* en la República Federal Alemana -luego extendido a Austria, Suiza y Hungría-. En Canadá, Francia, el Reino Unido y otros países surgieron asociaciones similares (Kirchhoff 1994, 25; 1997; Jung 1995, 6).

Las demandas del movimiento en favor de las víctimas, que incluyen posiciones más o menos represivas, se centran en la reparación (Schafer 1965), la participación, la protección durante el proceso y una protección abstracta, como interés en la criminalización, frente a la percepción de la inseguridad pública. Algunas de estas preocupaciones se reconocen ya como derechos en Cartas o Declaraciones, de valor jurídico relativo, existentes en el Reino Unido, en algunos estados de Australia y de EE. UU. Se distingue así un modelo personal-estatutario anglosajón de otro continental del bienestar (Herrera 1996, 269-73), que se manifiesta en el Foro Europeo de Apoyo a las Víctimas. Con todo, Groenhuijsen recalca la interrelación entre los derechos y los servicios (1993, 18). En este sentido, la política criminal del siglo XXI se enfrenta al reto

²⁵⁶ Sobre la crítica del término *alternativas* en cuanto que se sobreentiende la preeminencia de la pena privativa de libertad, vid. Morris y Tonry (1990) y su propuesta de castigos intermedios, estudiada por Huber (1994), Davies (1993), Byrne, Lurigio y Petersilia (1992). Cid y Larrauri entienden que en su creación influyó, en los años ochenta el movimiento del “justo merecido” (1997, 18).

de un diseño que entienda que se trata de los derechos humanos, de víctimas e infractores. Es una cuestión universal e interdependiente.

La insatisfacción con la actual administración de justicia ha promovido también un enfoque alternativo al enjuiciamiento como forma exclusiva de resolver conflictos que se traduce en el llamado movimiento *Alternative Dispute Resolution*, si bien las características de algunos ilícitos penales y los posibles desequilibrios de poder deben ser considerados en la esfera penal (Olalde 2015).

En conexión con los distintos movimientos que favorecen un contexto de alternativas, puede destacarse la importancia de la opinión pública -y su reflejo en los medios de comunicación-. En la promoción y legitimación del cambio de paradigma, según García-Pablos, las actuales investigaciones empíricas parecen demostrar que el sistema penal no obtiene una legitimación homogénea ni total de la opinión pública y en todo caso esa legitimación dista mucho de ser un consenso válido basado en el conocimiento real de la actuación efectiva del sistema y en su valoración racional, pareciendo más bien asentarse en una ausencia de conocimiento y en imágenes parcialmente ficticias del mismo (1988, 689). También sabemos que, a medida de que las personas poseen más información, parecen menos punitivas.

Como ejemplo de estudios genuinamente cualitativos sobre la opinión pública en relación con el delito, realizado mediante entrevistas en profundidad en EE.UU., puede citarse el de Gaubatz (1995). Esta investigación demostró las contradicciones relativas al consenso de la población en la respuesta al delito: las personas que ofrecían índices más altos de victimización y miedo, no eran más punitivas que el resto. Además, la mayoría, en un razonamiento moral sobre el merecimiento o la justicia, unían castigo y compensación a la víctima.

También pueden indicarse una serie de consideraciones más abstractas. El filósofo francés Gaston Bachelard estudió lo imaginario y la fantasía en varias obras como *Psicoanálisis del fuego* (1938), *La poética del espacio* (1957) o *La poética de la ensoñación* (1960). No hay que rechazar el valor de las percepciones porque lo imaginario constituye una forma de conocimiento más profundo, así como el fundamento intuitivo de las concepciones. Específicamente, Melossi habla de la “cadena discursiva ideológica” y de los “vocabularios de motivo punitivo” apuntando a que las sensibilidades variables de la sociedad se mueven de acuerdo con las sensibilidades de sus elites. Los individuos de una sociedad aprenden a creer que las preocupaciones y los enemigos de las elites son los

suyos propios. Es parte de la “hegemonía” o dominación cultural de una óptica omnicomprendiva del mundo, mantenida por los miembros de una sociedad concreta, para organizar sus relaciones en un momento dado (1995, 175 y 160). En todo caso, existen otros factores más allá de estas explicaciones de carácter marxista.

En definitiva, debe abogarse por una propuesta reduccionista o proporcionalista para nuestro país. Cid y Larrauri (1997) -siguiendo a Wasik y von Hirsch (1988)- se posicionan en favor de un modelo de justificación de las alternativas como sanciones principales, en función de la gravedad del delito -lo que permite aplicarlas a casos graves-, más allá de sus objetivos rehabilitadores o, en su caso, reparativos.

No se trata de pensar en la alternativas como utopía o “esperanto penológico” (Davies 1996), sino como posibilidad real de una política criminal más adecuada. Es cierto, como afirma Rennie (1978, xviii): “...existen muy pocas cosas en este campo que no hayan sido probadas en algún momento y consideradas atractivas, olvidadas durante una o dos generaciones, y después recibidas como la respuesta al problema del delito. En ningún otro área la historia del fracaso práctico ha proporcionado una garantía más segura de inmortalidad ideológica.” La prisión ha sido una de ellas.

Pensemos en la progresiva abolición de la tortura, la pena de muerte y las penas inhumanas o degradantes. El avance en términos de derechos humanos puede parecer lento en la actualidad pero, sin duda, resulta gigantesco -aunque vulnerable- respecto de la convivencia humana. El control social resulta inevitable pero pueden elegirse sus formas y estilos, deseablemente a la luz de la investigación criminológica²⁵⁷.

3. Conceptos clave de la lección

-alternativas a la prisión

-Efecto de ampliación de la red de control social (*net-widening*)

-abolicionismo

-populismo punitivo

-punitivismo

-políticas de tolerancia cero

²⁵⁷ Véase el portal del movimiento “Otro derecho penal es posible”.

-teoría de las ventanas rotas