

Minoría gitana, Derecho penal y teorías republicanas del castigo[†]

Oscar Pérez de la Fuente
Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas¹
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción 13/04/2013 | De aceptación: 01/06/2013 | De publicación: 06/06/2013

RESUMEN.

En primer lugar, este artículo plantea argumentos contra el prejuicio antigitano. En especial, los diversos intentos de mezclar biología y Derecho penal. En segundo lugar, analiza tres elementos que explican mejor la relación entre minoría gitana y justicia penal: a) El prejuicio como una profecía que se autocumple; b) El Derecho penal como un caso de discriminación indirecta; c) El prejuicio como falacia de la generalización. En tercer lugar, se estudian las teorías del castigo retribucionista, utilitarista y restaurativa desde las perspectiva de los derechos de los miembros de la minoría gitana.

PALABRAS CLAVE.

minoría gitana, Derecho penal, exclusión, teoría restaurativa del castigo

ABSTRACT.

Firstly, this article focus on some arguments about the prejudice against Roma people. Specially, different attempts of mixing biology and criminal Law. Secondly, it is analysed three elements that explain better the relationship between Roma minority and criminal justice: a) Prejudice as a prophecy that it self-accomplishes; b) Criminal Law as a case of indirect discrimination; c) The prejudice as a fallacy of generalization. Thirdly, it is studied the retributionist, utilitarian and restorative theories of punishment from the perspective of the rights of the members of Roma minority.

KEY WORDS.

Roma minority, criminal Law, exclusion, restorative theory of punishment

[†] Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007. Y en el Proyecto DER2011-22729 del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

¹ Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del derecho. Universidad Carlos III de Madrid

1.- Luchando contra el prejuicio antigitano

La perspectiva de análisis de la minoría gitana en las cárceles españolas ha de iniciarse desde un punto de partida previo: se trata de luchar contra el prejuicio antigitano y no dar más argumentos para la estigmatización de este colectivo. Esta visión es simplemente ser coherente con una noción de derechos humanos, como instrumentos eficaces para regular la convivencia, frente a otras alternativas².

El Pueblo gitano tiene una idiosincrasia e historia propias y representan una forma de diversidad, que busca mantener su identidad, frente a los intentos de asimilación. Como explica Caselles, “el Pueblo Gitano (Pueblo “Rom”: Pueblo de los

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

“Hombres Libres”) es originario de la zona del Punjab, al noroeste de la India. Viajero desde el siglo III, se extiende por toda la Tierra y entra en Europa alrededor del año 1000. Algunas fuentes indican que en Europa viven actualmente unos 12 millones de *Romé* o *Sinté*. España es el segundo país con mayor población gitana (alrededor de un millón), por debajo de Rumanía (alrededor de dos millones y medio) y seguido de Bulgaria (en torno a 800.000).³ La cuestión relevante es que las peculiaridades de la minoría gitana afectan, en términos general, en su difícil inserción socio-laboral, falta de reconocimiento –*misrecognition*– cultural y escaso empoderamiento –*empowerment*– político. Como subraya San Román, “los gitanos no constituyen, *grosso modo*, un estrato étnico como los puertorriqueños en Estados Unidos o los negros en Sudáfrica. Los gitanos son, en una buena proporción al menos,

³ CASELLES PEREZ, J. F.; “Factores sociales de la exclusión social del pueblo gitano”, en HERNANDEZ PEDREÑO, M. (Coor.), *Exclusion social y desigualdad*, Edit.um, Universidad de Murcia, 2008, pp. (229-252) 229.

una *minoría étnica marginada* del sistema social.”⁴

Esta calificación para la minoría gitana tiene sus factores explicativos en términos de inclusión, redistribución y reconocimiento, pero más allá, existe un prejuicio contra los miembros de este colectivo, que se interrelaciona con las causas de su situación. En este sentido, Calvo Buezas afirma que “en este sentido nosotros hemos hablado del *prejuicio antigitano*, como algo *férreo* y *petrificado* en la tradición cultural española, que se ha manifestado constante a través de varios siglos, y que aún hoy se manifiesta con todo vigor y vigencia social.”⁵

Un prejuicio, según el diccionario de la Real Academia, es una “opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal”. En el análisis que realiza Martínez Martínez, el prejuicio tiene un componente

⁴ SAN ROMAN, T.; “Reflexiones sobre marginación y racismo” en SAN ROMAN, T., *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*, Madrid, Alianza, 1994, pp (185-239) 188.

⁵ CALVO BUEZAS, T.; *¿España racista? Voces payas sobre los gitanos*, Barcelona, Anthropos, 1990, p. 345

cognitivo –ideas, valores creencias-, afectivo –favorabilidad/desfavorabilidad- y conativo –orientaciones en la interacción social-. Se caracteriza por ser más o menos falso, defectuoso o erróneo y es compartido por un grupo social, aunque en los sujetos varía en la intensidad con que lo mantienen.⁶ Es sintomático y, a la vez alarmante, que en la cuarta acepción para el término *gitano* el diccionario de la Real Academia incluya la siguiente definición: “el que estafa u obra con engaño”. No sirve de excusa que la Academia considere que ese es un uso común del término en español. El lenguaje es en muchas ocasiones el vehículo para fomentar prejuicios, pero no es el papel de una institución tan relevante darles pábulo, especialmente en el caso de circunstancias como el origen racial o étnico que son moralmente arbitrarias. Además, que si se atiene a su viejo lema que *limpia, fija y da esplendor* al lenguaje, debería admitir la prueba en contrario de los usos comunes en español que implican un prejuicio y no están incluidos en la

⁶ MARTINEZ MARTINEZ, M. C.; *Análisis psicosocial del prejuicio*, Madrid, Síntesis, 1996, p. 15.

edición actual del diccionario de la Real Academia.

Un caso donde se mostró el prejuicio antigitano fueron los sucesos de Mancha Real.⁷ Ejemplos

⁷ Galindo explica los sucesos de Mancha Real: “En la población jienense de Mancha Real sucedió en mayo de 1991, un acontecimiento que tuvo amplia resonancia informativa. Según se recoge en la sentencia que resolvió acerca del conflicto, tras una reyerta entre “gitanos” y “castellanos”, en la que murió uno de los últimos, un numeroso grupo de habitantes de Mancha Real, dirigido por sus representantes municipales, Alcalde a la cabeza, se manifestó a favor de la expulsión de los ciudadanos gitanos del pueblo. Al mismo tiempo que se produjo la manifestación, de carácter ilegal, se asaltaron las viviendas de los gitanos, se quemaron algunas y varios automóviles de su propiedad. Los gitanos fueron expulsados.

La manifestación se produjo tras la celebración de un Pleno del Ayuntamiento en el que se acordó, por unanimidad, lo siguiente: “...la repulsa más enérgica del Ayuntamiento hacia quienes reiteradamente han venido atentando contra la seguridad de la población, pidiendo que abandonaran voluntariamente el término municipal en beneficio de la comunidad”. “adherirse y solidarizarse con el sentimiento de la población a la realización de una concentración pacífica...y recorrido de diversas calles pidiendo que voluntariamente abandonen el término municipal todas esas personas, cuya conducta atenta directamente contra el desenvolvimiento pacífico de la vida en esta población, que pueden ser calificados de ladrones y asesinos”. La pancarta que encabezaba la manifestación, portada por la Corporación Local decía: “Ladrones y asesinos fuera del pueblo”. Al final de la manifestación, el Alcalde, desde el balcón del Ayuntamiento, dijo a los participantes: “Os aseguro que las próximas movilizaciones que se realicen pueden ser más violentas sino se acaba de una vez con la inseguridad ciudadana”; comenzando a dar nombres, apellidos y apodos de personas que consideraba que eran delincuentes y había que echar de Mancha Real...” dice textualmente la sentencia. Con respecto al asunto se instruyó un único sumario por los delitos de incendio, daños y manifestación ilícita, en la que los acusados fueron tanto parte de los integrantes de la manifestación, cuanto que los que causaron los daños. Tras la realización de las pruebas pertinentes y celebrado el juicio oral, demostrada su responsabilidad, los acusados fueron condenados a varias penas (destierro y prisión menor en diferente grado), así

recientes de este prejuicio transformado en decisiones gubernamentales han sido Italia y Francia. En el caso francés, una circular del Ministerio sobre el desmantelamiento de campamentos ilegales, fechada el 5 de agosto 2010, recuerda a las prefecturas los "objetivos precisos" establecidos por Sarkozy, entre ellos el de que "300 campamentos o asentamientos ilícitos deberán ser evacuados en tres meses, en primer lugar los de gitanos".⁸ En el caso italiano, además

como al pago de la correspondiente indemnización por daños. El Tribunal Supremo resolvió incrementar la pena del Alcalde de Mancha Real al considerarle autor responsable de un delito continuado de daños, lo que no había sido considerado por la Audiencia de Jaén GALINDO, F.; “Aplicación judicial del derecho e intolerancia”, *Derechos y Libertades*, 5, 1995, p. (483-511) 504-505. Sentencia 105/1992 de 23 de octubre de la Audiencia Provincial de Jaén. Sentencia 1.360/1994 de 2 de julio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

⁸ Según una noticia de Europa Press “Una circular del Ministerio del Interior francés dirigida a las prefecturas da instrucciones específicas contra los gitanos que viven en campamentos ilegales, según informó el diario digital 'Le Canard Social'. El documento, que está colgado en la red, contradice la versión del Gobierno de Nicolás Sarkozy, que asegura que las recientes expulsiones de gitanos procedentes de Rumanía y Bulgaria no tienen nada que ver con su condición de gitanos para acallar las críticas. La circular sobre el desmantelamiento de campamentos ilegales, fechada el 5 de agosto, recuerda a las prefecturas los "objetivos precisos" establecidos por Sarkozy, entre ellos el de que "300 campamentos o asentamientos ilícitos deberán ser evacuados en tres meses, en primer lugar los de gitanos". Disponible en <http://www.europapress.es/internacional/noticia-documento-gobierno-frances-da-instrucciones-especificas-contra-gitanos-20100912151234.html>

de declaraciones xenófobas de determinados representantes políticos⁹, el gobierno aprobó una legislación que tenía la intención de expulsar a colectivos de gitanos de países miembros de la Unión Europea.

Es relevante que la libertad de circulación para ciudadanos europeos por países de la Unión Europea sólo está limitada por razones de orden público o seguridad pública “deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas.” En concreto se precisa

⁹ Gianni Alemanno, Alcalde de Roma, comenta que cada año 2000 ciudadanos no italianos cometen delitos en Roma y siguen viviendo en la ciudad. “Nuestro objetivo es expulsar a todos los que han cometido crímenes, porque eso aligeraría la situación. Procederemos a dismantelar los campamentos nómadas ilegales, que en Roma son 85.” La eurodiputada Alessandra Mussolini, nieta de Mussolini, no duda en afirmar que “todos los rumanos eran unos ladrones y unos gitanos.” Umberto Bossi, líder de la Liga Norte afirma que “Debemos cazar a los clandestinos y hacer ya el federalismo. Usaremos todos los instrumentos necesarios. “No se que querrá hacer la izquierda, nosotros estamos listos. Si quieren pelea, los fusiles están calientes. Tenemos 300.000 hombres, 300.000 mártires, listo para combatir. Y no bromeamos no somos cuatro gatos” FERNÁNDEZ TORRES, Ma J.; “Los gitanos en la Unión Europea y el resurgimiento de las políticas neofascistas”, *Anales de Historia Contemporánea*, 25, 2009, p. (91-112) 99-100.

que: “la conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.”¹⁰

La primera acotación es que los gitanos rumanos, como afirma Fernández Torres, no son “inmigrantes ilegales”, son ciudadanos europeos.¹¹ La segunda es que la directiva europea prevé unos supuestos tasados, graves y de ámbito individual, que no se aplican en la expulsión generalizada de un colectivo por motivos étnicos. “En primer lugar, los de los gitanos” es una

¹⁰ Art 27 Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

¹¹ Fernández Torres afirma que “la expulsión de los gitanos rumanos de Italia no puede fundarse en sus condiciones de inmigrantes ilegales, pues son ciudadanos europeos. Pero además, la utilización de la excepción al derecho de libertad de tránsito, por razones de orden público y seguridad, como hemos visto, exige una serie de requisitos que no concurren en el supuesto que nos ocupa y unas garantías par su aplicación que tampoco se están observando.” FERNÁNDEZ TORRES, Ma J.; “Los gitanos en la Unión Europea y el resurgimiento de las políticas neofascistas”, *Anales de Historia Contemporánea*, 25, 2009, p. (91-112) 105.

plasmación gubernativa del prejuicio antigitano, contra todo un colectivo.

Técnicamente, se comete la *falacia de la generalización*, aplicar las propiedades de un parte al todo. En esta línea se ha manifestado la Fundación Secretariado Gitano cuando afirma sobre este tema: “este tipo de reacciones refuerza los estereotipos negativos que ya existen sobre la comunidad gitana. Las acciones ilegales las cometen las personas de manera individual y la justicia debe actuar ante estos hechos con toda la legislación y medios disponibles. Lo que no puede suceder es que se continúe criminalizando a todo un grupo por las acciones de unos pocos individuos. Es injusta la presentación de una imagen estigmatizada de toda una comunidad que, en muchos casos, ha venido haciendo un gran esfuerzo por integrarse socialmente. Pese a eso, una gran parte de la población gitana continua viviendo situaciones de pobreza y

exclusión que son inaceptables en una Europa del siglo XXI.”¹²

Una peligrosa deriva de estos planteamientos que suponen las expulsiones de gitanos rumanos, es que tenga auge la tesis que relaciona la biología y el delito. Existen explicaciones que consideran que el comportamiento de los delincuentes está explicado por características genéticas, entre ellas la raza. Este enfoque parte de la obra del Doctor en medicina italiano, de origen judío, C. Lombroso, *L'uhomo deliciente*(1876). Fernández Torres explica que “en esta obra formula el médico italiano su teoría del delincuente nato, según la cual el delito es resultado de tendencias innatas, de origen genético, observables en ciertos rasgos fisonómicos del delincuente. Teoría que posteriormente matizaría incorporando otros factores criminógenos atendiendo el grado de

¹² Comunicado de la Fundación Secretariado Gitano “La FSG denuncia el tratamiento a la población gitana en Francia”, 29 de julio 2010.

instrucción, el alcoholismo, la religión, el nivel económico, etc.”¹³

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

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

2. Quien

a) por una actitud de rechazo al trabajo o disoluta lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o por dependencia o inclinación a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, o

¹³ FERNANDEZ TORRES, Ma J.; “Los gitanos en la Unión Europea y el resurgimiento de las políticas neofascistas”, *Anales de Historia Contemporánea*, 25, 2009, p. (91-112) 94.

b) por su carácter asocial o penderciario perturba continuamente la paz de la generalidad, o

3. Quien por su personalidad o forma de conducción de vida revela que su mente está dirigida a la comisión de delitos graves (delincuentes enemigos de la comunidad y delincuentes por tendencia).¹⁴

¹⁴ La Exposición de Motivos del texto del Proyecto de Ley sobre Tratamiento a extraños a la Comunidad en su versión de 17.3.1944:

“La experiencia de decenios enseña que la criminalidad se alimenta continuamente de las raleas (*Sippen*) menos valiosas. Los miembros concretos de estas raleas se encuentran siempre con los miembros de otras igualmente malas provocando así, que lo que menos vale no sólo se herede de generación en generación, sino que frecuentemente se expanda en la delincuencia. La mayoría de esta gente ni quieren ni son capaces de integrarse en la comunidad. Llevan una vida extraña a la idea de comunidad, carecen incluso del sentimiento comunitario, a menudo son incapaces o incluso enemigos de la comunidad, y en todo caso son extraños a la comunidad (*Gemeinschaftsfremde*).

Constituye una antigua exigencia de las instituciones encargadas del cuidado público, vigilar de forma coactiva a estos elementos extraños a la comunidad (asociales), que como consecuencia de su incapacidad para integrarse en la comunidad, constituyen una continua carga para la generalidad. Hasta ahora el Derecho de asistencia social sólo conoce el control de los que muestran necesidad de ayuda o se someten voluntariamente a ella. Pero el orden social requiere una base jurídica para poder controlar coactivamente de manera suficiente a estos extraños a la comunidad más allá de las posibilidades que ofrece el Derecho de asistencia. Los gobiernos de la época sistemática (*Systemzeit*) fracasaron frente a estos extraños a la comunidad. No utilizaron los conocimientos de la teoría de la herencia y la biología criminal para fundamentar una sana política asistencial y criminal. Como consecuencia de su ideología liberal sólo vieron siempre los «derechos» del individuo y pensaban más en su protección frente a las manifestaciones del poder estatal que en la utilidad de la generalidad. Pero al Nacionalsocialismo no le preocupa el individuo en absoluto, cuando se trata de la comunidad. De este principio nacieron las medidas que para la lucha preventiva contra la delincuencia fueron introducidas contra los extraños a la comunidad por la Policía del Reich tras la toma del poder, en base al Derecho policial

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

De acuerdo con los conocimientos que brindan la teoría de la herencia y la biología criminal, la ley califica como extraños a la comunidad:

1) El grupo de los fracasados, personas, que por su personalidad y su forma de vida, especialmente como consecuencia de defectos extraordinarios de su inteligencia o de su carácter, se puede deducir que no están en condiciones de cumplir satisfactoriamente con su propio esfuerzo las mínimas exigencias de la comunidad popular,

2) El grupo de los refractarios al trabajo y de los que llevan una vida desordenada, personas que, o bien son pillos o parásitos que llevan una vida inútil, improductiva o desordenada, y molestan o ponen en peligro a otros o a la generalidad, o bien son pillos que muestran tendencias a la mendicidad, a la vagancia, a trabajos ambulantes, a cometer hurtos, estafas u otras clases de pequeños delitos. En este grupo se pueden también incluir aquellas personas de mal carácter o pendencieras que repetidamente alteran la paz de otros o de la generalidad, y que, por eso, son calificados en este Proyecto como perturbadores de la paz (*Storenfriede*).

3) El grupo de los delincuentes, personas, que de su personalidad y forma de vida se puede deducir que tienden a la comisión de delitos.

(...)

El Juez debe, desde un principio, separar a los delincuentes incorregibles y remitirlos a la policía, que es a quien corresponde el cumplimiento de la misión de proteger a la comunidad del pueblo de estos elementos. Para ello se declaran personas de menor derecho y, en base a su constitución de menor valor, se les impone un tratamiento

En España, en 1933, explica Aparicio Gervás, el gobierno republicano aplicará la “Ley de Vagos y maleantes” contra aquellos gitanos que por alguna razón pudieran ser sospechosos de cometer algún delito, aunque sólo fuera, por desgracia, el de ser gitanos. Durante el Franquismo, se establecen mas restricciones legales hacia los gitanos:

que esencialmente está dirigido a su aseguramiento. El Proyecto prevé también la remisión a la Policía de los vagabundos, mendigos habituales y otros tipos de pillos que son más molestos que dañinos. La razón de esto es que este grupo de extraños a la comunidad están más próximos al grupo de los parásitos, en la medida en que en ambos la causa de su conducta debe buscarse en su carácter desordenado y refractario al trabajo; por tanto, es adecuado aplicar el mismo tratamiento a ambos grupos. Los delincuentes por inclinación o tendencia, en cambio, de los que puede esperarse mejora y conversión interna tras una enérgica reeducación laboral, deben someterse a un ensayo resocializador en los establecimientos penales. Si el ensayo fracasa, el Proyecto faculta y obliga a los responsables del sistema penitenciario, para remitir estos condenados a la Policía. Esta regulación del tratamiento de los extraños a la comunidad que han cometido delitos significa una importante reformulación del Derecho penal, que es, no obstante, urgentemente necesaria: renunciar a la doble vía (pena y medida adicional de internamiento de seguridad) a favor de la correspondiente pena educativa, reconociendo que la pura seguridad es una tarea que corresponde a la policía. (...)

Los extraños a la comunidad, especialmente los fracasados y los pillos, pertenecen frecuentemente a las raleas, de las que todos o algunos de sus miembros ocupan continuamente a la Policía y los Tribunales o molestan a la comunidad del pueblo. El Proyecto posibilita, por tanto, esterilizar a los extraños a la comunidad, cuando sea esperable que tengan una descendencia indeseable. Serán los Tribunales de la Salud de la Herencia los encargados de decidir cuando es esperable una descendencia indeseable de un extraño a la comunidad.” MUÑOZ CONDE, F.; “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los ‘extraños a la comunidad’”, *Revista Cenipec*, núm. 20, 2001, pp. (151-180) 176-180.

obligatoriedad exclusiva de hablar la lengua castellana (el “romanó”, además, pasará a ser considerado como jerga de delincuentes); la redacción de la “Ley de Peligrosidad Social” (de clara aplicación hacia los gitanos, en la década de los años 70) y, finalmente, la utilización de la Guardia Civil como brazo ejecutor de la política de la dictadura hacia el Pueblo Gitano.¹⁵ Así, como relata Gómez García, hasta 1978 estuvieron vigentes los artículos 4 y 5 del Reglamento de la Guardia Civil de 1943, que decían: “art. 4º se vigilará escrupulosamente a los gitanos, cuidando de reconocer los documentos que tengan, observar sus trajes, averiguar su modo de vivir y cuanto conduzca a formar una idea exacta de sus movimientos y ocupaciones, indagando el punto en se que se dirigen en sus viajes y el objeto de ellos; art. 5º Como esta clase de gente no tiene por lo general residencia fija, se traslada con frecuencia de un punto a otro en que sean

¹⁵ APARICIO GERVÁS, J. M.; “Breve recopilación sobre la historia del Pueblo Gitano: desde su salida del Punjab, hasta la Constitución Española de 1978. Veinte hitos sobre la “otra” historia de España”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 20, 1, 2006, pp. (141-161) 157.

desconocidos, conviene tomar de ellos todas las noticias necesarias para impedir que cometan robos de caballerías o de otra especie.”¹⁶

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

En un artículo de 1990, Rushton defendía que la teoría de la evolución de Darwin provee la base biológica para explicar porqué existen más personas que probablemente desarrollen una tendencia criminal que otras y porqué hay

¹⁶ GOMEZ GARCÍA, Ma. N.; “La educación del pueblo gitano en España: parámetros históricos”, en BARRUEZO ALBENIZ, R.;CONEJERO LÓPEZ, S., *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días* : XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009, vol. 2, 2009, pp. (89-100) 96.

indicadores físicos que pueden permitir la predicción.¹⁷ La tesis de este artículo es que existe una relación entre raza y delincuencia, donde se menciona que los homicidios en Estados Unidos se cometen por un 49% de negros y un 13% de hispanos.¹⁸ Más adelante, establece la correlación entre raza y comportamiento antisocial.¹⁹ La réplica es que una correlación estadística no comporta una relación de causalidad ya que no se tienen en cuenta otros factores, por ejemplo, las graves desigualdades socioeconómicas.

Además de un error intelectual y un ataque a los derechos humanos, además de aumentar el racismo, estos planteamientos sirven para justificar políticas eugenésicas. En este sentido, advierte Roberts, “como las explicaciones biológicas del delito ganan apoyo público, el Estado está cada vez más utilizando medios

¹⁷ RUSHTON, J. Ph.; “Race and Crime: A Reply to Roberts and Gabor”, *Canadian Journal of Criminology*, 32, 1990, p. (315-334) 326.

¹⁸ RUSHTON, J. Ph.; “Race and Crime: A Reply to Roberts and Gabor”, op. cit., p. 318.

¹⁹ RUSHTON, J. Ph.; “Race and Crime: A Reply to Roberts and Gabor”, op. cit., p. 321.

reproductivos para sancionar delitos”. Un precedente aceptado por la Corte Suprema de política eugenésica es *Buck v. Bell*, donde el Juez Holmes votó a favor de la medida.²⁰

Hecha esta advertencia sobre el grave peligro de las argumentaciones sobre genética y delito, cabe realizar también una seria reflexión sobre el papel de los medios de comunicación para consolidar determinados estereotipos y tópicos, que refuerzan y consolidan el prejuicio antigitano. De esta forma, Fuentes Osorio señala que el pueblo gitano afirma que es presentado en los medios de comunicación especialmente vinculado al terreno artístico o al de la delincuencia.²¹ Se presenta una imagen parcial y distorsionada de las personas gitanas. Los medios de comunicación tienen una responsabilidad social y una ética y deontología profesional que cumplir. Como muestra el estudio *Barañí*, actualmente en los medios de

²⁰ *Buck v. Bell* 274 US 299 (1927) ROBERTS, D. E.; “Crimen, Race and Reproduction”, *Tulane Law Review*, 67, 1992-1993, p. (1945-1977) 1962.

²¹ FUENTES OSORIO, Juan L.; “Los medios de comunicación y el Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005, p. (1-51) 21

comunicación existe: a) Una tendencia a primar noticias morbosas y sensacionalistas por parte de los medios de comunicación en general; b) Falta de contacto y conocimiento de la comunidad gitana por parte de un gran número de periodistas; c) Un reducidísimo grupo de gitanos y gitanas que trabajan en los medios de comunicación; d) Extensión de muchos prejuicios sociales al ámbito periodístico.²² Es importante señalar la existencia del *Manual de estilo sobre minorías étnicas del Colegio de Periodistas de Cataluña*²³ donde

²² Equipo BARAÑI, *Mujeres gitanas y sistema penal*, Ediciones MEYTEL, Madrid, 2001, p. 283.

²³ Los enunciados de este Manual de estilo sobre minorías étnicas afirman: a) No hay que incluir el grupo étnico, el color de la piel, el país de origen, la religión o la cultura si no es estrictamente necesario para la comprensión global de la noticia; b) Es necesario evitar las generalidades, los maniqueísmos y la simplificación de las informaciones. Los residentes extranjeros no comunitarios son tan poco homogéneos como los autóctonos; c) No deben potenciarse las informaciones negativas ni las sensacionalistas. Hay que evitar crear inútilmente conflictos y dramatizarlos. Hay que potenciar la búsqueda de noticias positivas; d) Ecuanimidad en las fuentes de información. Es necesario contrastar las versiones institucionales. Hay que potenciar las propias de las minorías étnicas y tener especial cuidado en las informaciones referidas a los países de origen. La publicación de las rectificaciones como elementos que inciden en la calidad del medio informativo; e) Responsabilidad de los profesionales. La importancia de la ubicación física de la información “el efecto dominó”. Utilización del material gráfico; f) Militancia periodística: hacia una multi-interculturalidad enriquecedora para todos. La potenciación de las informaciones en positivo. *Manual de estilo sobre minorías étnicas del Colegio de Periodistas de Cataluña*.

propone una serie de medidas concretas para eliminar prejuicios y estereotipos desde el compromiso de los profesionales del periodismo.

La primera constatación es que existe un prejuicio antigitano que ha tenido y tiene diversas manifestaciones. Este prejuicio va desde el lenguaje y la Real Academia, pasando por los medios de comunicación, hasta determinadas visiones del Derecho Penal que asocian la genética, o incluso la personalidad, del individuo con su consideración como delincuente. Que los prejuicios sociales se transformen en leyes es un mal precedente para una sociedad pluralista e inclusiva de la diferencia.

2.- La justicia como inclusión, redistribución y reconocimiento

Existen enfoques de las Teorías de la Justicia que reducen su ámbito a la Economía o, bien, a la Cultura. Las visiones de Young²⁴ y Fraser²⁵

²⁴ YOUNG, I. M.; *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000, traducción de Silvana Álvarez.

defienden un modelo bivalente de justicia que comprenda redistribución y reconocimiento. En otros trabajos²⁶, he defendido una Teoría de la justicia que se basa en tres paradigmas: inclusión, redistribución y reconocimiento. Estos paradigmas son irreductibles, están imbricados e interrelacionados, pero los tres ámbitos deben formar parte de la justicia. La relevancia de este análisis, para los derechos de la minoría gitana en las cárceles españolas, es clara si se quiere tener un panorama que incluya diversos factores y, especialmente, muestre sus interrelaciones. De esta forma, la justicia se concibe a partir de tres paradigmas:

²⁵ FRAZER, N., "Social justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and participation", en FRAZER, N. HONNETH, A., *Redistribution or recognition? A philosophical exchange*, Londres, Verso, 2003, pp 7-109.

²⁶ Vid. PÉREZ DE LA FUENTE, O.; "Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza", *Universitas*, ISSN 1698- 7950, número 7, enero 2008, pp. 109-146, PÉREZ DE LA FUENTE, O.; "Escalas de justicia y emancipación: inclusión, redistribución y reconocimiento", *Astrolabio*, Revista internacional de filosofía, num. 11, 2011, pp. 378-391, PÉREZ DE LA FUENTE, O.; "Inclusión, redistribución y reconocimiento: Algunas paradojas sobre los inmigrantes." En CAMPOY, I. (ed), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos e inmigración*, Colección Debates, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 239-270.

1.- *El paradigma de la Inclusión*: Tiene como valor central la igual dignidad de los seres humanos. El paradigma de la *inclusión* se centra en la tricotomía inclusión/exclusión/participación y se articulará en el ámbito de la Política. El primer nivel es el reconocimiento de la igual dignidad, se vincula con la noción de ciudadanía, el *derecho a tener derechos*. El segundo nivel, a que las condiciones para el ejercicio de la igual dignidad sean efectivas en los diferentes ámbitos. El tercer nivel, significa que el ámbito de la inclusión supone el respeto de la igual dignidad en el proceso democrático deliberativo. Las injusticias de la inclusión también están interrelacionadas con redistribución y reconocimiento, pero afirman un ámbito propio de la justicia que es necesario tener en cuenta. Son injusticias en el ámbito político que parten de cuestiones como quiénes forman –y quiénes no- la comunidad política –*demos-*, quiénes pueden – y quiénes no- ejercer efectivamente sus derechos

y quiénes participan –y quiénes no- en la toma de decisiones públicas.

2.-El paradigma de la Redistribución: Tiene como valor central la igualdad. El paradigma de redistribución se basa en la dicotomía igualdad/desigualdad y se articula en el ámbito de la Economía. Son situaciones en las cuales se deberían compensar las desigualdades, políticas de acción positiva, o casos de discriminación positiva o inversa. Según Fraser, la aproximación de la redistribución considera que las injusticias son socio-económicas. Se trata de situaciones que comprenden las situaciones de *explotación* (los beneficios del trabajo son apropiados por otros), *marginación económica* (ser confinado a un trabajo indeseable o poco remunerado) y *privación* (es negado un adecuado nivel material de vida).²⁷

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

²⁷ FRAZER, N.; “Social justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and participation”, op. cit, pp. 12-13.

estereotipadas culturales públicas y/o en la interacciones de cada día).²⁸

La situación de los miembros de la minoría gitana está vinculada con la inclusión ya que si bien ostentan la ciudadanía legal, no son inmigrantes, no ejercen los derechos en condiciones de igual dignidad y no participan como iguales en el proceso participativo deliberativo. Esto se relaciona con casos de discriminación directa e indirecta, la formación de prejuicios y estereotipos sociales y relevancia de la xenofobia. Como se ha dicho, los gitanos son una *minoría étnica marginada* en el sistema social. En este sentido, muchas de sus reivindicaciones tienen como base la inclusión, la afirmación de su igual dignidad, y evitar su exclusión social²⁹.

Precisamente la exclusión social está fuertemente interrelacionada con redistribución y

²⁸ FRAZER, Nancy; “Social justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and participation”, op. cit, pp 12-13.

²⁹ Vid. PEREZ DE LA FUENTE, O., “Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza”, Universitas, número 7, enero 2008, pp. 109-146.

reconocimiento. En el caso de la minoría gitana, es importante señalar que los niveles educativos, o su carencia, influyen en la capacitación para el mercado laboral. A este respecto, Del Pozo señala “un dato fundamental que marca negativamente a la población gitana es el nivel de estudios. El nivel educativo de la población gitana es más bajo que el de ningún otro grupo social.”³⁰ Una explicación es que la educación formal se percibe como algo ajeno para los miembros de la minoría gitana. Como señala Ayuste González, la escuela se percibe como una oportunidad para superar la exclusión, mientras que, a la vez, se rechaza por miedo a perder la propia identidad.³¹ Es necesaria

³⁰ Continúa afirmando “sus niveles de analfabetismo y el escaso número de gitanos que completan la educación obligatoria les sitúan en un nivel equivalente a los países más pobres del mundo. Obviamente, este bajo nivel educativo contribuye a reproducir y acentuar muchos problemas. Más del 70% no tiene estudios primarios y una mayoría significativa presenta serias dificultades para realizar las tareas básicas de lectura escritura y cálculo” POZO, J. del; “El sistema ocupacional de los gitanos en España: entre la resistencia a la asimilación y su acomodación a un mercado laboral en constante cambio”, *Zerbitzuan*, 40, 2006, pp. (43-50) 44.

³¹ Ayuste González afirma que “Las mujeres gitanas perciben la educación como una oportunidad para superar la exclusión económica y social que sufre el pueblo gitano, especialmente las mujeres. (...) El rechazo a la escuela que, en ocasiones, ha podido mostrar la cultura gitana tiene que ver con el miedo a perder su identidad y se relaciona, por tanto, con un tipo de escuela más que con la educación en sí misma.” AYUSTE GONZALEZ, A., PAYA SANCHEZ,

una escuela intercultural e inclusiva, que la convierta en un *ascensor social* para todos.

En su artículo “Algunos aspectos sociológicos de la población gitana”, Vázquez afirma que el 94 por 100 de las actividades de los gitanos están consideradas como *bajas*. Entre las profesiones “cañís” figuraban las de esquilador, herrero, calderero, afilador, soldador, chatarrero, trabajador agrícola y artesano (mimbre, flores artificiales, decoración de cristales, tallado a madera a navaja). Hoy en día los gitanos trabajan también en actividades menos “típicas”: cargador de camiones, repartidor de guías telefónicas, basurero, taxista, camarero, empapelador, panadero, mozo de carga, botones, pescador, relojero, cocinero, desmontador de pista, chapista, venta de trapos, cartones, lotería, etc. En consecuencia, el gitano tiene una consideración *muy baja* en la escala del *prestigio social*.³² En el

M.; “Mujer gitana y educación: un camino hacia los Derechos Humanos”, *Encounters of Education*, 5, 2004, pp (101-124) 112.

³² VAZQUEZ, J. M.; “Algunos aspectos sociológicos de la población gitana”, en SAN ROMAN, T. (ed.), *Entre la*

mismo artículo, Vázquez afirma que tan sólo el 1,7 por 100 de la población gitana ejerce profesiones *liberales*, y en lo que respecta a la imagen tópica de los gitanos folklóricos o metidos en el mundo de los toros, ésta apenas tiene índices representativos: 1,37 %. Resulta sumamente significativo que el 95 % de los gitanos desempeñe actividades de bajo nivel profesional y económico.³³ La idiosincrasia del Pueblo gitano se muestra en su inserción en el mercado laboral, de esta forma, sostiene Del Pozo, “la economía gitana ha sido por tanto tradicionalmente autónoma, doméstica e informal. Se puede afirmar que sus ocupaciones mayoritarias comparten entre otros rasgos su flexibilidad, independencia y movilidad.”³⁴

marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos, Madrid, Alianza, 1994, pp (109-120) 115-116.

³³ VAZQUEZ, J. M.; “Algunos aspectos sociológicos de la población gitana”, op. cit, p. 114.

³⁴ Del Pozo continúa afirmando “en la actualidad muchos de estos elementos subsisten aunque de forma más parcial y recompuesta. La integración laboral de los gitanos en la economía formal y asalariada es compleja y heterogénea” POZO, J. del; “El sistema ocupacional de los gitanos en España: entre la resistencia a la asimilación y su acomodación a un mercado laboral en constante cambio”, op. cit, p. 47.

Entre los rasgos específicos de la exclusión social se pueden destacar, según Moreira y Muguerza, que es un proceso *estructural* (implica fracturas en el tejido social y ruptura de parámetros básicos de integración social), *dinámico* (asociado a la estructura económica y al cambio social, pudiendo presentarse en diferentes momentos de la vida de las personas), *multidimensional* (no sólo hace referencia a los aspectos económicos sino también a los sociales, políticos y culturales) es *involuntaria* (no es elección de los individuos, procede de las instituciones y de las políticas sociales) es *colectiva* (las causas que la producen afectan a todo un grupo social), es *marginadora de derechos* (los que la sufren o son vulnerables a la misma, o no suelen acceder los derechos en igualdad que el resto de la ciudadanía.)³⁵

Dadas estas características socioeconómicas de la situación de la minoría gitana, que están

³⁵ MOREIRA PACHECO, M.; MUGUERZA MARTINEZ, Ma E.; “La investigación en el practicum de trabajo social. Una experiencia con la comunidad gitana”, X Symposium internacional sobre el prácticum y las prácticas en empresas en la formación universitaria. “Buenas prácticas en el prácticum”, Pontevedra, 2007, pp. (921-932) 924.

estrechamente vinculadas, además, a cuestiones de reconocimiento, se podría decir que se produce, como lo denomina Caselles, un *círculo vicioso de la pobreza*. Lo explica en estos términos: “el elemento base viene configurado por el padre (y madre) de familia analfabeto que ve, en base a este condicionante, drásticamente limitadas sus posibilidades laborales y obligado a ejercitar, para subsistir, trabajos marginales insuficientemente remunerados. Ello deriva en un contexto familiar marcado por una intensa debilidad económica, que se proyecta en la imposibilidad de acceder a unas mínimas condiciones de hábitat, alimentación, cuidados y otras necesidades familiares. Esta situación repercute directamente en sus hijas e hijos que deben incorporarse precozmente al trabajo (edad media 11,5 años) para ayudar a la familia, obstaculizándose su formación escolar y convirtiéndoles a corto plazo en persona adulta analfabeta que cierra y perpetúa el círculo vicioso. Ello conduce, la mayoría de las veces, a un reforzamiento idiosincrático caracterizado por la automarginación y la escasa participación social.

Todo este universo de dinámica interna se ve agravado por un conjunto de influencias externas de peso (proceso histórico, racismo, subdesarrollo socioeconómico, clasismo y marginación).”³⁶

Este *círculo vicioso de la pobreza* puede explicar algunas cosas respecto de la desigualdad y exclusión y también en términos de mal reconocimiento. Los tres paradigmas se interrelacionan y finalmente dificultan, cuando no imposibilitan, concebir la ciudadanía en términos de igual dignidad. Se puede concluir que las personas gitanas, por términos generales, suelen tener dificultades de inclusión en la sociedad – igual dignidad-, no tienen acceso a recursos y derechos en iguales condiciones –redistribución- y no ven respetada su identidad específica – reconocimiento-. Es una minoría sin poder, que trabaja en la economía informal y sobre la que ancestralmente recaen prejuicios y estereotipos.

³⁶ CASELLES PEREZ, J. F.; “Factores sociales de la exclusión social del pueblo gitano”, en HERNANDEZ PEDREÑO, M. (Coor.), *Exclusion social y desigualdad*, Edit.um, Universidad de Murcia, 2008, pp. (229-252) 234.

3.- Minoría gitana y proceso judicial penal

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

Una interesante aproximación a esta realidad la ofrece el estudio *Barañi* sobre mujeres gitanas y

Derecho penal³⁷, que se analizará a través de tres perspectivas: a) El *prejuicio como una profecía que se autocumple*; b) *El Derecho penal como un caso de discriminación indirecta*; c) *El prejuicio como falacia de la generalización*.

La *profecía que se autocumple* consiste en realizar una predicción sobre el futuro en la que el hecho de su mera formulación comporta finalmente su cumplimiento. El estudio *Barañi* pone de manifiesto que algunos mecanismos de actuación de la policía y algunas decisiones de los jueces parten de ideas preconcebidas, estereotipos y prejuicios acerca de los miembros de la minoría gitana, que acaban por condicionar de forma sesgada el resultado de su labor. Los datos que aporta el mencionado estudio parten de considerar que: 1.- Aproximadamente 1 de cada 4 reclusas españolas es gitana. De las cerca de cuatro mil reclusas en territorio español, aproximadamente el 20% lo constituyen las extranjeras y las reclusas gitanas representan más o menos una cuarta parte

del total de reclusas españolas. 2.- La población gitana se estima que representa en torno al 1,4% del total, lo que implica que las mujeres gitanas alcanzan una representación en las cárceles españolas que puede ser hasta 20 veces superior a su presencia en la sociedad. 3.- La sobrerrepresentación de las gitanas en el circuito legal-penitenciario, supera con creces la que sufren otros colectivos históricamente discriminados, como la población negra en EEUU o los aborígenes en Australia. Esta superioridad numérica contrasta con la invisibilidad social de las mujeres gitanas y con el profundo desconocimiento por parte de la población de esta realidad discriminatoria.³⁸

La explicación de este fenómeno se debe buscar entre otros factores, según este estudio, en las técnicas del *targeting* policial y el *sentencing* judicial. Es decir, el sistema penal realiza una profecía que se autocumple sobre quienes serán los delincuentes. En concreto, el control y la

³⁷ Equipo BARAÑI; *Mujeres gitanas y sistema penal*, Madrid, Ediciones MEYTEL, 2001.

³⁸ Equipo BARAÑI; *Mujeres gitanas y sistema penal*, op. cit., p. 14.

vigilancia policial más intensos sobre determinados barrios suponen la elección de un *target* que preconditiona el resultado. Un trabajador social que trabaja en lugares de residencia de mayoría gitana ha llegado a calificar la vigilancia de “estado de excepción” en algunos casos³⁹. Algo similar ocurre con la predisposición de determinados jueces frente a los miembros de la minoría gitana lo que redundará en un resultado sesgado en sus actuaciones. El estudio *Barañi* propone acabar con la discriminación “por el apellido o por la pinta”⁴⁰ como elementos que pudieran condicionar el ejercicio de la discrecionalidad judicial.

³⁹El estudio afirma que “El control policial, mayor en unas zonas que otras y, dentro de ellas, más intenso frente a los grupos sociales, es una decisión política que afecta de modo significativo a la sobrerrepresentación de determinados grupos en el proceso. A partir de las entrevistas realizadas a trabajadores sociales de los lugares de residencia de un buen número de gitanos en Madrid, hemos podido conocer la gran presión policial que soportan los habitantes de estos asentamientos. Vigilancia que ha sido calificada por uno de los profesionales entrevistados de “estado de excepción” en algunos casos”. Equipo BARAÑI, *Mujeres gitanas y sistema penal*, op. cit., p. 24

⁴⁰ Equipo BARAÑI; *Mujeres gitanas y sistema penal*, op. cit., p. 282.

Lo que se pone en evidencia es que los prejuicios, respecto a los miembros de la minoría gitana, tienen un papel en el proceso judicial penal, en determinadas decisiones ya sea de la policía o de los jueces. El punto relevante es que el criterio obedece a un prejuicio que estigmatiza a una minoría. A este respecto, Duff sostiene que “lo hace ciertas prácticas de la policía ilegítimamente excluyentes es no el hecho de que sean selectivas, sino que la selección esta basada en un criterio inapropiado que implícitamente niega la ciudadanía plena de ciertos grupos.”⁴¹ En el esquema sobre Teorías de la Justicia, el criterio de selección de la policía, dificulta el paradigma de la Inclusión, que supone la efectividad del ejercicio de los derechos de la ciudadanía, como parámetro de la igual dignidad.

Comentando el estudio Barañi, Martín Palomo sostiene que “el centro del análisis se ha situado en los *procesos* y no en los sujetos

⁴¹ DUFF, R.A.; “Inclusion, Exclusion and the Criminal Law”, *Policy Futures in Education*, 1, 4, 2003, p. (699-715) 706.

criminalizados. La visibilización del proceso de exclusión, criminalización y encarcelamiento de las mujeres gitanas ha permitido poner sobre la mesa la necesidad de un debate sobre el fracaso penal, judicial y social que supone esta situación para la sociedad española, así como la urgencia de encontrar soluciones alternativas al tratamiento penal de los problemas sociales.⁴² Lo que hay tras esta situación es un problema de inclusión, redistribución y reconocimiento y la cuestión que se debería plantear una sociedad democrática es si el Derecho penal es la solución adecuada para estos conflictos.

Los resultados de algunas investigaciones ponen de manifiesto que frente a una infracción igual, las personas pertenecientes a las etnias minoritarias tienen mayores probabilidades de recibir una sanción más severa y estigmatizante como la prisión.⁴³ Algunos factores que podrían

⁴² MARTIN PALOMO, T.; “Mujeres Gitana y el sistema penal”, *Revista de estudios de género. La ventana*, II, 15, 2002, pp. (149-174) 170.

⁴³ Equipo BARAÑI; *Mujeres gitanas y sistema penal*, op. cit, p. 73

explicar esta situación, según el citado estudio, son: En primer lugar, personas con pocos recursos y capacidad de defensa. En segundo lugar, son personas no muy bien vistas por la sociedad, que despiertan rechazo y no provocan solidaridad o identificación. Personas con quienes no tenemos mucho contacto, lo que facilita la construcción de una identidad mítica y fortalece la idea de que el “enemigo” o el criminal es un ser anónimo, que nos hace daño aleatoriamente, sin racionalidad. En tercer lugar, personas que despiertan miedo.⁴⁴

A esta situación se debería añadir el estigma de haber sido presa que supone otro *círculo vicioso*, que dificulta gravemente hablar en términos de rehabilitación. En este sentido, Ribas Mateos plantea respecto de las mujeres extranjeras que se “permite observar que el proceso de explotación y de exclusión se desencadena a partir de dos mecanismos básicos: a) estigmatización social (como extranjeras y como reclusas –*como gitanas*–); y, b) de producción de una fuerza de trabajo

⁴⁴ Equipo BARAÑI; *Mujeres gitanas y sistema penal*, op. cit, p. 79-80

altamente explotada, ya sea en la prisión recogiendo la migajas de los procesos productivos más precarios del sistema industrial, ya sea un su salida de la calle al ser percibida y categorizada por los otros como una “ex reclusa sin papeles –o gitana-.”⁴⁵

La segunda perspectiva de análisis es la consideración del *Derecho penal como un mecanismo de discriminación indirecta* para las mujeres gitanas. En Derecho antidiscriminatorio, se conoce como discriminación indirecta las situaciones en las que se da una medida aparentemente neutra que tiene un impacto adverso para un determinado colectivo, aunque no exista intencionalidad. El ejemplo típico es analizar por qué, por lo general, sólo individuos pertenecientes a minorías raciales aguardan en el corredor de la muerte el cumplimiento de su sentencia de pena de muerte en Estados Unidos. La cuestión es analizar cómo determinadas

decisiones de política criminal, aparentemente neutras, tienen un impacto especialmente adverso para las minorías por su origen racial o étnico.

Un ejemplo de esta perspectiva la ofrece Roberts cuando afirma que, en Estados Unidos, “aunque los negros son el 20% de los consumidores de drogas, entre el 80 y 90% de los arrestados por delitos de drogas son hombres jóvenes negros.”⁴⁶ En esta línea, este autor sostiene que “no sólo la raza es utilizada para identificar a los criminales, está incrustada en los fundamentos de nuestro Derecho Penal. La raza ayuda a determinar quiénes son los criminales, que conduce a constituir un crimen, y qué crimen la sociedad trata más seriamente.”⁴⁷ Los prejuicios raciales juegan un papel en esta situación que “justifica” determinadas medidas legislativas y policiales. En este sentido, Roberts afirma que “contener a los negros está justificado por un sistema de creencias que construye el crimen en

⁴⁵ Los añadidos entre guiones y en cursiva son míos. RIBAS MATEOS, N.; “Mujeres extranjeras en las cárceles españolas”, *Revista Sociedad y Economía*, 5, 2003, p. (65-88) 67.

⁴⁶ ROBERTS, D. E.; “Crime, Race and Reproduction”, *Tulane Law Review*, 67, 1992-1993, p. (1945-1977) 1956.

⁴⁷ ROBERTS, D. E.; “Crime, Race and Reproduction”, op. cit, p. 1945.

términos de raza y raza en términos de crimen. La ocupación de la policía de las comunidades negras y el sistemático encarcelamiento de los ciudadanos negros no parece una opresión para la sociedad dominante, porque cree que esta gente es peligrosa.”⁴⁸

Según los datos del estudio *Barañi*, las reclusas gitanas cumplen una condena media de 6,7 años de prisión, lo que puede considerarse una larga condena.⁴⁹ La magnitud de las penas se debe a varias causas, pero sobre todo a tres: a) El tipo de delito, precisamente aquellos delitos cuya pena se ha endurecido en el nuevo Código penal, contra la propiedad y contra la salud pública; b) La reincidencia, que como hemos visto, es muy alta en este grupo; c) La falta de alternativas y eximentes, en particular las asociadas con la desintoxicación.⁵⁰ La idea de la discriminación

indirecta se plasmaría en la consideración de penas agravadas para los delitos contra salud pública o propiedad y penas, proporcionalmente leves, para delitos de cuello blanco como la estafa, la evasión de impuestos o los paraísos fiscales. Estos últimos, al alcance de unos pocos.

Esta perspectiva del Derecho penal como mecanismo de discriminación indirecta no es un enfoque inexplorado. Frente al reconocimiento de la igualdad formal, Bonet Esteva plantea que “lo que cabe preguntarse en estos momentos es si el Derecho penal es neutro es cuanto a género, es decir, si realmente se encuentra a salvo de las desigualdades estructurales en cuanto a las construcciones de lo masculino y lo femenino que se han aposentado en nuestras culturas desde la noche de los tiempos.”⁵¹ Esta es una perspectiva interesante que, en el caso de la minoría gitana, llevaría a plantear si el Derecho penal es neutro en términos étnicos. En esta línea, Bodelón

⁴⁸ ROBERTS, D. E.; “Crime, Race and Reproduction”, op. cit., p. 1947.

⁴⁹ Equipo BARAÑI; *Mujeres gitanas y sistema penal*, op. cit, p. 18

⁵⁰ Equipo BARAÑI; *Mujeres gitanas y sistema penal*, op. cit, p. 117

⁵¹ BONET ESTEVA, M.; “Derecho Penal y mujer: ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?” en HEIM, D.; BODELON GONZALEZ, E.(eds.); *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, vol. I, Grupo Antígona Universitat Autònoma de Barcelona, pp. (27-38) 30-31.

sostiene que “en las reflexiones contemporáneas sobre la eliminación de la discriminación sexual y étnica existe un punto en común: la crítica al modelo liberal de igualdad formal. (...) Los procesos históricos sociales han construido diferencias étnicas que el modelo de la igualdad abstracta y de los derechos individuales silencia.”⁵² La conclusión es que el Derecho penal no es neutro con determinados grupos sociales, lo que comporta que se convierta en un mecanismo de discriminación indirecta.

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

1.- Incremento de lo que se ha denominado la feminización de la pobreza (entre los pobres una

gran mayoría son mujeres solas con cargas familiares).

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

3.- El endurecimiento de la política antidroga, que golpea fundamentalmente a los últimos eslabones de la cadena de venta de droga. La gran mayoría de las reclusas mujeres esta presa por este tipo de delito.⁵³

Señala el estudio *Barañí*, que se muestra una tendencia a una “criminalización” no sólo de ciertos individuos sino de familias enteras. Las cifras son tan altas que puede hablar de “ilegalización” del núcleo familiar. Da una idea de las terribles consecuencias que pueden tener el proceso descrito para ciertas familias o barrios en

⁵² BODELON, E.; “Pluralismo, derechos y desigualdades. Una reflexión desde el género”, *Derechos y Libertades*, 5, 1995, p. (201-213) 203.

⁵³ NAREDO MOLERO, M.; “¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas”, *Humanismo y Trabajo Social*, 3, 2004, pp. (67-94) 70.

que una cuarta parte de los miembros adultos están en prisión.⁵⁴ Hay ciertas teorías que explican el aumento de la tasa de mujeres reclusas como resultado de los efectos del proceso de emancipación de las mujeres. Sin embargo, parece más conveniente relacionar este aumento con la feminización de la pobreza, y en el caso de la mujer gitana, además con una actitud de lealtad a los compromisos y obligaciones asumidos por la familia, sean los que sean.⁵⁵ Según el estudio, el 63% de las reclusas gitanas posee familiares encarcelados y el 74,1% de ellas tiene a su compañero preso. Esta es una de las características específicas de las reclusas gitanas y evidencia una desestructuración importante del núcleo familiar.⁵⁶

⁵⁴ Equipo BARAÑI; *Mujeres gitanas y sistema penal*, op. cit., p. 119

⁵⁵ Equipo BARAÑI; *Mujeres gitanas y sistema penal*, op. cit., p. 37

⁵⁶ Equipo BARAÑI; *Mujeres gitanas y sistema penal*, op. cit., p. 37

Como apoyo de la tesis del Derecho Penal como discriminación indirecta para la minoría gitana estaría el enfoque de la criminología crítica del Derecho penal y su categoría de ‘clases subalternas’⁵⁷. Cabe recordar además el enfoque de análisis de Foucault en su obra *Vigilar y castigar*. Desde esta perspectiva, el filósofo francés afirma “que en esas condiciones sería hipócrita o ingenuo creer que la ley se ha hecho para todo el mundo en nombre de todo el mundo; que es más prudente reconocer que se ha hecho para algunos y recae sobre otros; que en principio obliga a todos los ciudadanos, pero se dirige principalmente a las clases más numerosas y menos ilustradas; que a diferencia de lo que ocurre con las leyes políticas o civiles, su aplicación no concierne por igual a todo el mundo, que en los tribunales la sociedad no juzga a uno de sus miembros, sino que un categoría

⁵⁷ ZAFFARONI; E.R.; *Origen y evolución del discurso crítico en el Derecho Penal*, Lectio Doctoralis. EDIAR, Argentina, 2004, BARATTA, Alessandro; *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Siglo Veintiuno Editores Argentina, Buenos Aires, 2004.

social encargada del orden sanciona a otra que está dedicada al desorden.”⁵⁸

La tercera perspectiva de análisis es el *prejuicio como falacia de la generalización*. La conocida como *falacia de la generalización* es un error argumentativo que consiste en considerar que el todo tiene las propiedades de una parte. En palabras de San Román, “no hay ninguna razón responsable para negar que existen jóvenes gitanos delincuentes, como también mafias poderosas que en todo el mundo rebuscan en la desesperación y la ignorancia para encontrar braceros. Pero ni todos los gitanos son delincuentes, ni el problema de la delincuencia se soluciona con brotes racistas. Es necesario tomar medidas sociales urgentes, y parece que algunas instituciones políticas locales comienzan a

vislumbrarlo. Pero son pocas. Hay que hacer más y tienen que ser todas”⁵⁹

Una muestra más del *prejuicio como falacia de la generalización*, la expone Fuentes Osorio cuando afirma que “los gitanos son considerados un grupo de riesgos, normalmente por que el imaginario colectivo los asocia a la idea de amenaza contra la seguridad. No obstante, la comunidad gitana mantiene que se le imputa al conjunto de sus miembros lo que en la inmensa mayoría de las ocasiones es tan sólo responsabilidad de unos pocos. Además, sostienen que tanto cuantitativa como cualitativamente son muchos más los payos que delinquen.”⁶⁰ Es la relevancia del prejuicio antigitano en los medios de comunicación, del sistema judicial y de la policía algo que se refuerza mutuamente y que dificulta la inclusión redistribución y reconocimiento de los miembros

⁵⁸ FOUCAULT, M.; *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo veintiuno editores Argentina, Buenos Aires, 20003, traducción de Aurelio Garzón del Camino, p. 281.

⁵⁹ SAN ROMAN, T.; “Reflexiones sobre marginación y racismo” en SAN ROMAN, T., *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*, Madrid, Alianza, 1994, pp. (185-239) 237.

⁶⁰ FUENTES OSORIO, J. L.; “Los medios de comunicación y el Derecho Penal”, op. cit, p. 21.

de la minoría gitana. Curiosamente, también existe un tópico positivo sobre los gitanos como artistas. Como afirma Bandrés Molet, “como a los negros en Estados Unidos, se les aprecia mucho en los ambientes artísticos, Sus problemas empiezan cuando dejan el escenario y tratan de integrarse en la sociedad.”⁶¹ La cuestión es salir de tópicos, ya sea como artistas o delincuentes, situando a los gitanos y gitanas como ciudadanos, donde se dan individualidades diversas, y no generalizando características –habitualmente negativas- aplicables a todo un colectivo.

En este apartado se ha tratado de establecer una vinculación entre el efecto desigual del Derecho Penal para las minorías y las características y finalidades de este proceso. En primer lugar, mostrando que la práctica policial y el proceso judicial predeterminan, en cierta forma, *quiénes* serán los delincuentes. En segundo lugar, se sostiene que al aplicación del Derecho penal no es

⁶¹ BANDRES MOLET, J, M.; “En las fronteras del derecho: extranjeros”, *Jueces para al democracia*, 24, 1994, p. (26-31) 31.

neutra para las minorías y actúa como mecanismo de discriminación indirecta. En tercer lugar, existe un peligro de generalización de connotar las características de un parte, que pueda cometer delitos, con los del conjunto de personas gitanas.

4.- Minoría gitana y teorías del castigo

La cárcel es un castigo que la sociedad prevé para aquellas personas que han cometido un delito. El artículo 25.2 de la Constitución española de 1978 establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.”⁶² Esta previsión constitucional encuentra dificultades para su implementación efectiva. Pertenece al análisis sociológico precisar las circunstancias que vinculan el modelo de castigo basado en prisiones con la tasa de reincidencia o su

⁶² Continúa afirmando el artículo 25,2 CE “y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

particular incidencia respecto de elementos como la clase social o el origen racial o étnico. Pero las conclusiones no suelen ser muy alentadoras. Como sostiene Baithwaite, “las cárceles son escuelas para el delito, los delincuentes aprenden nuevas habilidades para el mercado de trabajo ilegítimo en la cárcel y se convierten en más implicados en las subculturales criminales.”⁶³

Desde el ámbito de la Filosofía del Derecho⁶⁴, la perspectiva de análisis es mostrar los argumentos, a favor y en contra, de las justificaciones del castigo, que subyace al debate sobre propuestas a favor de un sistema alternativo al actual. En la

⁶³ BAITHWAITTE, J.; “A future punishment is marginalized: Realistic or utopian?”, *UCLA Law Review*, 46, 1998-1999, p. (1727-1750) 1738.

⁶⁴ Desde el punto de vista del Derecho Penal hay una muy abundante bibliografía. Es destacable el artículo de Jackobs “Sobre la pena estatal” donde explica la noción de pena en los autores ilustrados. JACKOBS, G.; “La pena estatal: significado y finalidad”, *XXVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Universidad de Guayaquil, Ara Editores, Ecuador, 2005, MUÑOZ CONDE, F.; *Introducción al Derecho Penal*, Euros Editores, Argetina, 2001, MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte general*, Reppetor, Barcelona, 1998, MUÑOZ GOMEZ, J.; *El concepto de pena. Un análisis desde la criminología crítica*, Ediciones Forum Pacis, Bogotá, 1992, ZAFFARONI, E.R.; *En busca de las penas perdidas*, EDIAR, Argentina, 1998.

línea de cuestionar los principios tras las políticas sobre el delito de las democracias, Pettit se plantea: “¿El sistema penal de justicia está designado para la reducción del delito como principal razón?; ¿Se supone que el sistema rehabilita a los delincuentes?; ¿El sistema quiere proteger a la sociedad de peligrosos delincuentes?; ¿Se intenta distribuir las penas en un criterio que es proporcional a los delitos?; Pero ¿esto quiere decir, ojo por ojo, diente por diente, como la ley de Talió?”⁶⁵

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

⁶⁵PETTIT, Ph.; “Is criminal justice politically feasible?”, *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 2002, p. (427-450) 427-428.

posición política que llama a las víctimas de esa injusticia a responder de sus crímenes.”⁶⁶ Esta afirmación está en la línea de argumentación de Gargarella⁶⁷ que vincula, de esta forma, injusticia social e ilegitimidad del castigo. A favor de este enfoque menciona las visiones de Von Hirsch⁶⁸ y Murphy⁶⁹. Estas reflexiones suponen un toque de atención para las perspectivas habituales sobre el castigo y conforman una premisa de análisis que una sociedad democrática debería tener en cuenta a la hora de concebir y justificar una política punitiva, especialmente para aquellas penas que comportan la privación de libertad.

Las principales teorías del castigo son la *retribucionista*, la *utilitarista* y la *restaurativa*. En las siguientes líneas, se caracterizarán brevemente estas visiones y se ofrecerán argumentos que

⁶⁶ DUFF, R.A.; “Inclusion, Exclusion and the Criminal Law”, *Policy Futures in Education*, 1, 4, 2003, p. (699-715) 710.

⁶⁷ GARGARELLA, R., *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 78-79.

⁶⁸ HIRSCH, A.V.; *Doing Justice*, Nueva York, Hill and Wang, 1976.

⁶⁹ MURPHY, J.; “Marxism and retribution”, *Philosophy and Public Affairs*, 2, 1973, pp. 217-243.

debaten su idoneidad. El propósito es mostrar cómo las teorías del castigo podrían proveer alternativas, y en qué casos, al sistema carcelario.

El *retribucionismo* es una teoría del castigo que aboga por el justo merecimiento –*just desert*– de la pena para el culpable del delito. Desde esta perspectiva, Hart caracteriza esta visión de esta forma: primero, una persona debe ser castigada si, y solo si, ha realizado voluntariamente algo moralmente malo; segundo, que su castigo debe, de alguna forma, corresponder, o ser el equivalente de, la maldad de su delito; y tercero, que la justificación de castigar personas, bajo esas condiciones, es que la correspondencia del sufrimiento por el mal moral voluntariamente realizado, es en sí mismo justa o moralmente buena.⁷⁰ Como defensor de esta visión se puede mencionar a Von Hirsch que añade a la caracterización estos elementos: a) *Comensurabilidad de la severidad del castigo con la importancia de la conducta criminal*; b)

⁷⁰ HART, H.L.A.; *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 2008, p. 231.

Este enfoque se basa en la gravedad de conductas *pasadas*, no probabilidad de un comportamiento futuro; c) El castigo supone culpa; es una característica definitoria del castigo que no es meramente desagradable, sino que, también, se caracteriza por que la persona castigada es vista como un malhechor que es censurado o reprendido por su acto delictivo.⁷¹ Esta visión tendría influencia kantiana.⁷²

La segunda teoría del castigo es el utilitarismo que lo justificaría en términos de aquello que produzca las mejores consecuencias para la sociedad. Como defensor de una versión cualificada de este enfoque estaría Hart⁷³, que se

⁷¹ HIRSCH, A. Von; “Commensurability and crime prevention: evaluation formal sentencing structures and their rationale”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 74, 1, p. (209-248) 211.

⁷²Es de destacar que Nino se separa de retribucionismo y utilitarismo y promueve una teoría consensual de la pena, que también tendría inspiración kantiana. De esta forma el castigo se justificaría en estos términos: “El individuo que realiza un acto voluntario –un delito-, conociendo que la pérdida de sus inmunidad jurídica el castigo es una consecuencia necesaria de ese acto consiente a esta consecuencia normativa en la misma forma que una parte contratante consiente en las consecuencias normativas que se siguen del contrato.” NINO, C.S.; “A Consensual Theory of Punishment”, *Philosophy and Public Affairs*, 12, 4, 1983 p. (289-306) 298.

⁷³ HART, H.L.A.; *Punishment and Responsibility*, op. cit,

inspiraría en Bentham. Caracterizando la visión de Hart, Gardner sostiene que “existen las consecuencias del castigo para la incidencia del ilícito –*wrongdoing*-, que explican (para la mayoría) porqué debemos tener esa práctica en realidad y, entonces, existen las consecuencias del castigo para la incidencia de la libertad, que explica (para la mayoría) porque la práctica debe discriminar entre culpables e inocentes.”⁷⁴ El análisis propuesto se basa en las consecuencias para la sociedad de determinadas acciones y en la mejor forma de prevenirlas. De esta forma, Kirsch y Ashworth sostienen que “el tradicional cálculo utilitarista pretendió decidir los castigos pesando los datos en el agregado: la lesión causada por el delito (y miedo del delito) era “ponderada” contra los sufrimientos del castigo sufrido por aquellos castigados (y el coste financiero y social de la aplicación el Derecho)”⁷⁵ Esta es una visión prospectiva, mirando al futuro, *-looking-foward-*

⁷⁴ GARDNER, J.; “Introduction” en HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, op. cit. , p.(xiii-liii) xviii.

⁷⁵ HIRSCH, A. Von; ASHWORTH, A.; “Not Not Just Deserts: A response to Braithwaite and Pettit”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 1, 1992, p. (83-98) 84.

que se opone a la visión, mirando al pasado, - *backward-looking*- del retribucionismo.

Dentro del utilitarismo se podrían delimitar dos versiones, de acuerdo con Ferrajoli: una primera versión es aquella que compara el fin con la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría de los no desviados. Una segunda versión es la que parangona el fin con el mínimo sufrimiento necesario a infligirse a la minoría de los desviados. De esta forma Ferrajoli se decanta por la segunda versión, donde el fin es el mínimo suficiente necesario para la prevención de males futuros, y así, estarán justificados únicamente los medios mínimos, es decir, el mínimo de penas como también de las prohibiciones.⁷⁶ Es la defensa del Derecho Penal mínimo frente a las alternativas retribucionistas y abolicionistas.

La tercera teoría del castigo es la restaurativa, que es la propuesta republicana sobre política criminal. Como defensores de esta visión se

⁷⁶ FERRAJOLI, L., "Derecho penal mínimo" en VV.AA., *Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. (25-48) 31-32.

pueden destacar, entre otros, a Pettit, Baithware y Gargarella. Es relevante que Pettit parte de su noción central de libertad como no-dominación como base de las medidas sobre el delito y busca fundamentar, de esta forma, una auténtica alternativa a retribucionismo y utilitarismo. Este enfoque, según Pettit, se basa en tres pilares: Reconocimiento, Compensación y Seguridad - *Reassurance*-.

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

víctima o familiares o amigos de la víctima u obteniendo una evaluación de cómo de objetable era el delito.

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

c) *Seguridad -Reassurance-*: El tercer mal asociado a delito trata a la comunidad como un

todo, no sólo con la víctima: consiste en el más general desafío a la *no-dominación* del pueblo que está implícito en casi cualquier delito. Lo que se requiere para rectificar este mal es en parte proveído por el acto de reconocimiento de la víctima, ya que el reconocimiento tiene implicaciones más generales. Pero mientras el reconocimiento no sea una rectificación completamente convincente, puede claramente requerir una respuesta que provea seguridad a la comunidad en su conjunto, la víctima y terceros incluidos. En la medida que sea posible debe quedar claro que, cualquiera que sean las bases, la comunidad no es peor en términos de *no-dominación*, no es peor en términos de exposición a la interferencia criminal, arbitraria, que era antes del delito en cuestión. Este principio, requerirá sentencias de prisión en caso de delincuentes peligrosos, incluso si es poco probable que hagan algo para facilitar reconocimiento y compensación.⁷⁷

⁷⁷ PETTIT, Ph.; “Republican Theory and Criminal Punishment”, *Utilitas*, 9, 1, 1997, pp. (59-79) 75-77.

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

a) El objetivo del castigo:

Para el retribucionismo, el castigo es el justo merecimiento por una acción moralmente condenable, donde la intensidad de la condena se corresponde con la gravedad del mal realizado. Para el utilitarismo, según Nino, el castigo está justificado por su capacidad para disminuir daños futuros a la sociedad en forma de delitos, ya sea como prevención general o especial.⁷⁸ Para la perspectiva restaurativa, según Pettit y Braithwait, sentenciar a un criminal convicto supone que los tribunales deben buscar el reconocimiento por el delincuente del status de dominio de la víctima, la compensación por el delincuente a la víctima del daño que ha hecho y la seguridad *-reassurance-* a la comunidad de tal forma que pueda deshacer el

⁷⁸ NINO, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 224.

impacto negativo del delito en su disfrute del dominio.⁷⁹

b) El castigo como bien intrínseco o como rectificación:

La visión retribucionista sostiene que, para la justificación del castigo, la correspondencia del sufrimiento por el mal moral voluntariamente realizado, es en sí mismo justa o moralmente buena. En otras palabras, la experiencia del castigo –la cárcel– es un bien moral intrínseco, un justo merecimiento. Frente a esta visión, Gardner critica que reivindicar que el sufrimiento-del culpable es un bien intrínseco es inmoral porque considerado intrínsecamente (aparte de sus consecuencias) sufrir es siempre y sólo un mal.⁸⁰

Contrastando las dos perspectivas, Pettit y Braithwait explican que la visión retribucionista busca, en general, alguna forma de hacer pagar por el delito, buscando una pena que es

⁷⁹ PETTIT Ph.; BRAITHWAIT, J.; “No just deserts, even in sentencing”, *Current Issues in Criminal Justice*, 4, 1992-1993, pp. (225-239) 232.

⁸⁰ GARDNER, J.; “Introduction” en HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, op. cit, p. xvii.

proporcional al mal producido, los teóricos republicanos buscan, en cambio, lo que se requiere para rectificar el delito. En cierto sentido, una perspectiva está en un nivel de abstracción y la otra, estaría vinculada más a lo concreto.⁸¹ Es relevante que ambas posiciones manejan un sentido distinto de conmensurabilidad entre mal moral y daño, por un lado, y castigo por el otro. Esto se debe a que el objetivo y estrategia del castigo es concebido de forma distinta. En el caso de la propuesta republicana, según Braithwaite, “el objetivo es restaurar a las víctimas, restaurar a los victimarios, y restaurar comunidades en una forma en que las partes interesadas pueden estar de acuerdo que es justo. El castigo aumenta la cantidad de heridas en el mundo, la justicia tiene más el significado de curar que de herir. La justicia restaurativa es reacia a recurrir al castigo. “El crimen hiere, la justicia cura”⁸²

⁸¹ PETTIT Ph.; BRAITHWAIT, J.; No Just Deserts, even in Sentencing”, op. cit, p. 238.

⁸² BAITHWAITE, J.; “A future punishment is marginalized: Realistic or utopian?”, *UCLA Law Review*, 46, 1998-1999, p. (1727-1750) 1743.

b) El castigo como conmensurable al mal moral producido o al daño específico:

La idea central del retribucionismo es que el castigo debería ser conmensurable –como equivalente- en términos del mal moral producido. Como apunta Kahan, el castigo no es sólo una forma de hacer a los delincuentes sufrir, es una convención social especial que expresa condena moral.⁸³ Este punto de vista es peligroso y plantea la cuestión de los límites de Derecho penal. Esto fue objeto de controversia entre Stuart Mill y Stephens, y más recientemente, la polémica entre Hart y Devlin sobre la imposición de la moral por el Derecho. Según el liberalismo, el Derecho penal debe sancionar únicamente acciones que produzcan daño a terceros –*harm principle*- y no está justificada la condena de delitos basada en juicios sobre la degradación moral de sus autores. De esta forma, Nino sostiene que “el Derecho no debe endosar ideales de excelencia humana, discriminando a la gente

⁸³ KAHAN, D.M.; “Punishment Incommensurability”, *Buffalo Criminal Law Review*, 1, 1997-1998, p. (691-708) 693.

por su virtud o valor moral o por la calidad de su modo de vida; el Derecho debe tratar por igual al moralmente puro y al depravado, juzgándolos sólo por el valor de sus acciones.”⁸⁴

Para los principios inspiradores del Derecho Penal, en un Estado democrático, es relevante la distinción entre pecados y delitos y, más allá, la teoría del castigo no debe basarse en caracteres morales, sino en acciones concretas, que produzcan daño a terceros. El peligro de otras visiones, que ya se ha advertido, es el que se planteaba en la Ley nacionalsocialista de Extraños a la comunidad, la condena penal de personalidades, disposiciones y modos de vida. Volviendo a la perspectiva retribucionista, si ésta implica una condena de la sociedad por acciones que comportan un mal moral, el problema de esta visión del justo merecimiento –*just desert*– es que adopta una perspectiva que puede acabar perjudicando a los miembros de las minorías, ya sea en base a la clase social o el origen racial o

étnico. Al establecer el delito en términos morales, como mal moral que es condenable por parte de la sociedad, esto podría redundar en la consolidación de estereotipos y prejuicios respecto de las personas que forman parte de las minorías. La condena moral del delito, cometido por algunos pocos, se convierte en un refuerzo del estigma de la diferencia, que afecta a todos los que pertenecen al colectivo. Esto es particularmente relevante en el caso de la minoría gitana.

La idea central de la justicia restaurativa, en cambio, es la rectificación del delito, donde, según Pettit, se daría una prueba de reconocimiento sincero, se mostraría como el delincuente puede ofrecer compensación a la víctima y se intenta asegurar que es poco probable que el delincuente reincida en el delito.⁸⁵ La propuesta republicana de la teoría del castigo es una vía interesante, que necesitaría de mayor explicitación de sus estrategias, para mostrarse

⁸⁴ NINO, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 287.

⁸⁵ PETTIT, Ph.; “Republican Theory and Criminal Punishment”, op. cit, p. 78.

como un proyecto con vocación de aplicabilidad y una alternativa viable. Presenta algunas cuestiones que merecen atención.

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

Es relevante que el delincuente debe confrontarse con el daño que ha realizado y esto podría conseguirse con un diálogo con la víctima o sus familiares o amigos. Este punto podría ser positivo en determinados tipos de delitos y no tanto en otros.

En este sentido, Robinson defiende los procesos de justicia restaurativa en los casos de: a) delitos de menores, b) delitos menores cometidos por adultos, c) delitos graves cometidos por adultos para quienes existan atenuantes significativas, d) delitos cometidos por entidades jurídicas no humanas.⁸⁶ Es destacable que la justicia

⁸⁶ Robinson considera justificada la justicia restaurativa en los casos de: *Delitos de menores*: Incluso para delitos graves, los delincuentes juveniles es más probable que

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

tengan significativamente reducida su culpabilidad debida a su madurez limitada. Esto es, (a) no apreciarán completamente las consecuencias de daño que causan, (b) no han tenido una oportunidad para apreciar completamente la norma social que han violado, y (c) son demasiado jóvenes para esperar que ellos hayan desarrollado el control de impulsos que se puede esperar de un adulto a responder a situaciones difíciles o tentaciones o conductas provocativas.

Delitos menores cometidos por adultos: Los delitos menores están llamados a merecer castigo en niveles suficientemente bajos que puedan ser satisfechos por la disposiciones que están típicamente en la autoridad de los procesos restaurativos.

Delitos graves cometidos por adultos para quienes existen significativas atenuantes: Si existen argumentos fuertes para la justificación o la excusa, el nivel último de castigo merecido debería estar en la gama de sanciones disponibles en el proceso restaurativo.

Delitos cometidos por entidades jurídicas no humanas: Las entidades, como corporaciones, son seres morales para las que la noción de justicia tenga sentido” ROBINSON, P. H., “The Virtues of Restorative Processes, the Vices of ‘Restorative Justice’”, *UTAH Law Review*, 1, 2003, pp. (375-388) 384-385.

naturaleza terapéutica, pero escasa transcendencia para la víctima.⁸⁷

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

Desde la perspectiva retribucionista, Kahan argumenta que la pena de cárcel supone la condena moral de los delincuentes, pero que las alternativas convencionales de multas y servicios a la comunidad no la expresan, son

⁸⁷ BELLOSO MARTIN, N.; “El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 20, 2010, p. (1-20) 13.

inconmensurables a la pena de prisión en la dimensión de significado. Su propuesta es combinar esas medidas alternativas con penas avergonzantes, que sí cumplen con el significado social de condena moral.⁸⁸ En este sentido, los mecanismos de las penas avergonzantes consistirían en apelar al papel de la comunidad como sancionadora, en forma de medidas, como explica Pérez Triviño, que magnifican la desaprobación moral inherente en la condena a través de la comunicación de la situación del delincuente a un público numeroso, ya sea publicación de condenados en periódicos, boletines oficiales o programas de televisión, o la estampación de algún tipo de marca o símbolo,

⁸⁸ Kahan sostiene que “debido al valor de la libertad en nuestra cultura, el encarcelamiento inequívocamente expresa la denuncia de la sociedad de los malhechores. Las alternativas convencionales, no obstante, expresan la condena de forma ambivalente. La multa, cuando son utilizadas en vez de la prisión, suelen implicar que la sociedad está meramente poniendo un precio no sancionando, el comportamiento de los delincuentes. Los servicios comunitarios parecen sugerir que la sociedad no cree sinceramente que el delincuente es vicioso o, aun peor, que no respeta genuinamente la virtud de aquellos que voluntariamente sirven al público. Cualquiera que sea la equivalencia que pueda existir entre esas sanciones y la pena de prisión en las dimensiones del efecto regulatorio y el sufrimiento, éstas frecuentemente parecerán inconmensurables con la pena de prisión en la dimensión de significado.” KAHAN, D.M.; “Punishment Incommensurability”, *Buffalo Criminal Law Review*, 1, 1997-1998, p. (691-708) 707.

como camisetas donde aparezca el delito cometido, del tipo: “Estoy en libertad vigilada por hurto”, “Soy un ladrón”, o “Estoy condenado por molestar a niños”.⁸⁹ A este respecto, desde la perspectiva de la justicia restaurativa, Baithware considera que el papel de la penas avergonzantes podría ser peligroso ya que avergonzar a personas, teniendo como mejor razón el que se lo merezcan, en una forma que aumenta la cantidad de opresión en el mundo, es moralmente malo.⁹⁰ En el caso de la minoría gitana, las penas avergonzantes, obviamente, reforzarían el estigma y la exclusión social, es más, lo convertirían en algo que las autoridades institucionales promueven con sus medidas.

Respecto de la seguridad *–reassurance–*, Pettit considera que, de los tres, es el elemento más difícil de la teoría restaurativa del castigo, que busca volver al *status quo* anterior al delito, no requiere la máxima seguridad alcanzable para la

⁸⁹ PEREZ TRIVIÑO, J.L.; “El renacimiento de los castigos avergonzantes”, *Isonomía*, 15, 2001, p. (193-207) 195-196

⁹⁰ BAITHWAIT, J.; “Shame and criminal justice”, *Canadian Journal of Criminology*, 42, 3, p. 282-298) 295.

comunidad. Estas medidas están generalmente designadas para impedir más crímenes del delincuente y en la medida que tienen un carácter disuasorio, por otros también.⁹¹ Este tercer elemento de la justicia restaurativa debería explicitarse en mecanismos que supongan una alternativa sobre la prevención del delito. Como se ha señalado, en los casos de delincuentes peligrosos, la condena de prisión sería necesaria. Por tanto, la justicia restaurativa tiene un interesante campo de aplicación por explorar, que puede cumplir una importante función social, en las políticas preventivas de la delincuencia.

En un informe para el Ministerio del Interior británico, Marshall define la justicia restaurativa como un proceso donde las partes en cuestión, en un delito específico, resuelven colectivamente cómo tratar las repercusiones del delito y sus implicaciones para el futuro.⁹² Los objetivos de la justicia restaurativa son: a) Atender

⁹¹ PETTIT, Ph., “Republican Theory and Criminal Punishment”, op. cit, p. 77.

⁹² MARSHALL, T.E.; *Restorative justice: An overview*, A report by the Home Office, Research Development and Statistics Directorate, 1999, p. 5.

completamente a las necesidades de las víctimas, ya sean materiales, económicas, emocionales y sociales (incluyendo aquellos personalmente cercanos a la víctima que pueden estar afectados de forma parecida); b) Prevenir la reincidencia en el delito, reintegrando a los delincuentes en la comunidad; c) Permitir a los delincuentes asumir una responsabilidad activa por sus acciones; d) Recrear una *comunidad de trabajo* que apoye la rehabilitación de los delincuentes y ser activa previniendo los delitos; e) Proveer medios de evitar el aumento del sistema judicial y los costes y retrasos asociados.⁹³

Me parece interesante explorar las vías de la justicia restaurativa para la prevención del delito. Desde este enfoque, ampliaré las sugerencias que hace Baithwaite sobre este tema.⁹⁴

1.- *La prevención tiene que ver con la motivación:*

⁹³ MARSHALL, T.E.; *Restorative justice: An overview*, op. cit, p. 6.

⁹⁴ BAITHWAIT, J.; “A future punishment is marginalized: Realistic or utopian?”, op. cit, p. 1749.

La clave de la justicia restaurativa es que el delincuente tome conciencia y asuma el daño que ha hecho a personas concretas y a la comunidad, con su acción delictiva. En este sentido, escuchar a víctimas y familiares del delito, que se ha cometido, puede colaborar a ponerse en el lugar del otro y ser conmovido por las consecuencias de la acción. De esta forma, son positivos los rituales de remordimiento-rectificación-clemencia⁹⁵ que implican la asunción de una responsabilidad activa del delincuente por su acción. Desde esta perspectiva, se destaca que para prevenir delitos es necesario motivar a las personas a través, por ejemplo, de Programas específicos de *Conferencias*, donde se incorporen perspectivas de víctimas, victimarios, familiares, amigos, miembros de la comunidad y profesionales. Se trataría de convencer, más de que buscar vías coactivas.

2.- *Intervención de la comunidad:*

⁹⁵ Es la traducción de *remorse-apology-forgiveness*.

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

Un ejemplo del papel de la comunidad en la justicia restaurativa lo ofrecen las denominadas “sentencias circulares”, que tienen su origen en rituales de los pueblos indígenas, donde es la comunidad la que provee una respuesta, a la que se llega por consenso, ante una acción delictiva. Como explican Merino y Romera, en las “sentencias circulares”, el círculo se constituye a partir del acusado, la víctima, los familiares del acusado y de la víctima, los ancianos (encargados de transmitir el bagaje cultural y tradicional, incluyendo el Derecho consuetudinario) y otros

miembros de la comunidad: un juez, el abogado defensor y un fiscal y/o policía también participan en el círculo, así como otros miembros comunitarios que estén vinculados al caso (trabajadores sociales, educadores de calle, representantes de asociaciones de prevención y asistencia en drogodependencias).”⁹⁶ La idea es que estos círculos también deberían estar motivados en la prevención del delito y comprometidos con buscar alternativas sociales viables en contextos de minorías con riesgo de exclusión social.

3.- Pluralidad perspectivas: Otra característica de la justicia restaurativa es que para que funcione la prevención del delito es necesario incorporar la pluralidad de perspectivas de todos los implicados. Es relevante que este enfoque supone que intenta comprender todas las dimensiones del delito (desde la perspectiva de la víctima, del delincuente, de los familiares, de los amigos, de la

⁹⁶ MERINO ORTIZ, C.; ROMERA ANTÖN, C.; “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, *Egukilore*, 12, 1998, p. (285-303) 293.

comunidad, de los profesionales implicados). Esto ha sido adoptado, en determinadas condiciones, en forma de procesos de mediación penal. De alguna forma, supone aplicar el bagaje y la metodología de la resolución alternativa de conflictos a la cuestión de los delitos. Lo cual puede tener sus ventajas por los costoso, burocrático y lento de la justicia penal ordinaria. En el campo de la prevención del delito, esta solución alternativa de conflictos, puede proveer mecanismos que supongan el desaliento de determinadas conductas. La base podrían ser *Conferencias* que tengan como objetivo mostrar las caras del problema y las consecuencias que pueden comportar actuar como delincuente.

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

Esto comporta que el Estado se ha de comprometer con medidas educativas, más que insistir en las medidas punitivas. Estas medidas pueden incluir campañas publicitarias, inclusión de contenidos en los curricula educativos, intervención social comunitaria y programas de *Conferencias* para prevención del delito. Este último punto ha sido explorado en algunos lugares del mundo, por ejemplo, las *Conferencias de Grupos Familiares* en Nueva Zelanda, que resuelven el 80% de casos de delincuencia juvenil y también se aplica en Australia.⁹⁷ En estos casos, las Conferencias, con todas las partes implicadas en el delito, buscan conjuntamente encontrar una solución adecuada. Pues bien, la cuestión es que el mecanismo de las *Conferencias* podría concebirse como mecanismo de prevención del delito.

5.-Vínculos sociales: Esto significa que para la justicia restaurativa es necesaria que la prevención del crimen sea gestionada a través de

⁹⁷ MERINO ORTIZ, C.; ROMERA ANTÖN, C.; “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, op. cit, p. 288-293.

vínculos de apoyo social. Se trata de casos que la familia, los amigos o los compañeros se comprometen a que alguien continúe con su programa de rehabilitación. La cuestión es que la red social ayude y cree un clima social necesario para que el delito no se produzca. Se trata de que participen y se impliquen en los procesos de la justicia restaurativa, ya sea la mediación penal, resolución alternativa de conflictos, sentencias circulares o conferencias.

Dejo apuntada la cuestión que este proyecto educativo que propone la justicia restaurativa, como teoría republicana del castigo, puede considerarse paternalista o perfeccionista y, desde otro punto de vista, que va más allá del individualismo ya que otorga un papel relevante a alguna noción de comunidad. La réplica podría ser que el republicanismo parte de bases filosóficas distintas del liberalismo individualista. La clave en este tema es el diferente papel de la educación y la coacción, como mecanismos legítimos de intervención estatal. La propuesta republicana pondría el acento en la educación, en

una descripción -no necesariamente individualista- de los conflictos sociales y una apelación a un sentido de pertenencia⁹⁸.

5.- A modo de conclusión

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

De esta forma, son condenables los intentos de explicar casualmente la criminalidad en la biología, en concreto en el origen racial.

⁹⁸ Vid. PEREZ DE LA FUENTE, O.; “Sobre las virtudes cívicas. El lenguaje moral del republicanismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 23, pp. 145-182.

Planteamientos similares fueron atendidos por los nacionalsocialistas con su Ley de extraños a la comunidad donde se consideraba delictivas las personalidades, los modos de vida y los caracteres. Desde esta visión, los países europeos que han llamado a la expulsión de todo un colectivo, definido en base a características étnicas, y no de personas concretas por acciones determinadas, van contra una noción coherente de Derechos humanos y los principios del Derecho penal moderno y democrático.

Dos elementos son relevantes para analizar la situación de los miembros de la minoría gitana: a) La situación de exclusión social que viene dada, entre otros factores, por su posición marginal, en términos generales, en el mercado de trabajo. Esto deriva en lo que se ha denominado el *círculo vicioso de la pobreza*, donde las posibilidades de ascensión social se ven socavadas gravemente por circunstancias económicas, sociales, culturales y de absentismo y abandono escolar. b) El prejuicio antigitano, que algunos consideran “petrificado”, que afecta a la situación de las personas gitanas,

donde se concibe la diferencia como un estigma. Este prejuicio consiste, ente otros mecanismos, en considerar que las características de unos pocos pertenecen a cualquiera que pertenezca al colectivo.

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

mayoría de las ocasiones es tan sólo responsabilidad de unos pocos.

Sobre la Teoría del castigo y minoría gitana, no parece adecuado el enfoque retribucionista, que combina el justo merecimiento y la condena del mal moral por parte de la comunidad, porque considera el castigo como un bien intrínseco e incorpora elementos de moralismo legal y perfeccionismo para castigar a los culpables. El enfoque utilitarista parece justificado en la versión del Derecho Penal mínimo, que defiende Ferrajoli, donde el fin se equipara el mínimo sufrimiento necesario a infligirse a la minoría que no cumple con la norma, pero no con el enfoque que busque la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría de que cumplen con la norma. La justicia restaurativa es una visión interesante a explorar, que debe desarrollar alternativas viables que se puedan desarrollar institucionalmente. En según qué casos puede ser algo productivo, que puede combinarse con formas de justicia más tradicional en otros casos. Me parece especialmente indicado este enfoque

restaurativo en la prevención del delito, en áreas en riesgo de exclusión social. En este sentido, se pueden defender la idoneidad de Programas de *Conferencias* para prevención del delito y prevención de las drogodependencias, donde se aporten visiones de diversas partes y se impliquen los representantes de la comunidad y profesionales relacionados.

De la panorámica expuesta se puede deducir que frente a lo prejuicios, que algunos califican en este caso de “férreos”, se debería promover un activismo multicultural. Enfocar las políticas públicas desde un esfuerzo de imaginación, como podría ser llevar adelante un plan de justicia restaurativa en determinadas comunidades. O promover decididamente esfuerzos para evitar la tasa de abandono de la escolarización de los niños y niñas gitanas. Y, en positivo, fomentar becas y premios para que las personas gitanas estudien en la Universidad. Este activismo multicultural parte de “ponerse en el lugar del otro” y intentar comprender la realidad desde la diferencia, teniendo en cuenta que no todas las personas han

tenido acceso a los mismos recursos y las mismas posibilidades desde su nacimiento.

Como sostiene Pettit, de todas las características de la organización social, la justicia penal ha demostrado ser la más resistente al efecto de la deliberación y discusión razonada sobre la naturaleza de la buena sociedad y la buena política.⁹⁹ En este sentido, la situación de las personas de la minoría gitana en las cárceles merece iniciar un debate, con argumentos, sobre los fines del castigo, sobre cómo afecta los prejuicios a la aplicación del Derecho penal y sobre qué implica la exclusión social para la legitimidad de la pena, entre otras cuestiones. Son debates necesarios en una sociedad democrática donde deberían participar los sectores implicados incluidos los miembros de las minorías. Me gustaría concluir con unas palabras de esperanza del Presidente Obama, que hace propias Juan de Dios Ramírez-Heredia: “Sí, si eres gitano, las posibilidades de crecer entre la delincuencia y las

⁹⁹ PETTIT, Ph.; “Is criminal justice politically feasible?”, *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 2002, p. (427-450) 427.

bandas son mayores; sí, si vives en un barrio pobre, te enfrentarás a dificultades que algunos en los barrios residenciales ricos no tienen que sortear. Pero eso no son razones para tener malas notas, eso no son razones para faltar a clase o para abandonar los estudios. ¡Basta de excusas! Nadie ha escrito tu destino por ti. Tu destino está en tus manos. ¡No hay excusas!”¹⁰⁰

¹⁰⁰ Juan de Dios Ramírez-Heredia es abogado y periodista. Fue el primer diputado gitano del Congreso español y, posteriormente, de la Eurocámara. RAMÍREZ-HEREDIA, J. de D.; “La hora del ‘poder gitano’”, *El Mundo*, 28-07-2009.

