

REFLEXIONES
ACADÉMICAS

SOBRE **DELITOS
DE ODIO**

Juan Alberto Díaz López
(Coordinador)



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL
Y MIGRACIONES

SECRETARÍA
DE ESTADO
DE MIGRACIONES





Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

© Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones

Autores: Juan Alberto Díaz López, Karoline Fernández de la Hoz Zeitler, Enrique Peñaranda Ramos, Marta Pantaleón Díaz, Puerto Solar Calvo, Leopoldo Puente Rodríguez

Edita y distribuye: Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia

José Abascal, 39, 28003 Madrid

Correo electrónico: oberaxe@inclusion.gob.es

Web: www.inclusion.gob.es

NIPO PDF: 121-22-008-X

La información y opiniones contenidas en este documento son responsabilidad de sus autores/as y no necesariamente reflejan la posición oficial del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

ÍNDICE

Presentación
Karoline Fernández de la Hoz Zeitler..... 4

Delitos de odio y Derecho Penal de la Culpabilidad
Enrique Peñaranda Ramos..... 7

**Discriminación Económica en el art. 22.4.^a CP:
aporofobia ¿y plutofobia?**
Marta Pantaleón Díaz..... 22

“Cláusula abierta” y delitos de odio
Juan Alberto Díaz López..... 31

Extranjeros en prisión. Algunas vicisitudes penitenciarias
Puerto Solar Calvo..... 44

**Sobre la necesidad de replantear las relaciones entre
inmigración y delincuencia: profundizar en una verdad para
rechazar una mentira**
Leopoldo Puente Rodríguez..... 59

PRESENTACIÓN

La obra que tengo el placer de presentar contiene las ponencias que fueron impartidas como parte de las *Jornadas Académicas sobre Delitos de Odio* organizadas por el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) de la Secretaría de Estado de Migraciones, los días 18 y 26 de mayo de 2021. Las jornadas se llevaron a cabo con la colaboración de juristas de reconocido prestigio y con la coordinación del profesor Juan Alberto Díaz López, Profesor Dr. de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid.

La realización de las Jornadas se enmarca en las actividades que venimos realizando junto a las instituciones de la administración pública y a las organizaciones de la sociedad civil para combatir los delitos de odio y la discriminación a través del *"Acuerdo para cooperar institucionalmente contra el racismo, la xenofobia, la lgbtifobia y otras formas de intolerancia"*.

En el año 2020 reeditamos el *"Informe de delimitación conceptual sobre delitos de odio"* revisado y en un nuevo formato para facilitar su divulgación. El informe fue inicialmente publicado en 2018, pero como se establecía en su presentación "en el actual contexto de crisis sanitaria, económica y social provocada por la pandemia de COVID-19, se agrandan las desigualdades y es necesario prestar especial atención a aquellas personas o colectivos en situación de vulnerabilidad y asegurarnos de que nadie queda atrás, ni es discriminado. Por ello, consideramos que es una buena aportación facilitar conceptos importantes sobre el discurso de odio para hacerle frente de una forma consistente".

Es más, desgraciados acontecimientos como el asesinato de Samuel Luiz ocurrido en julio de 2021 en la Coruña, su repercusión mediática y el amplio debate sobre la calificación penal de delito de odio, nos recuerdan que es de vital importancia seguir ofreciendo a las instituciones y a la sociedad en general herramientas de reflexión, análisis, diagnóstico y conocimiento que fortalezcan la respuesta penal ante los delitos de odio.

Por ello, creemos que la edición de estas ponencias de las *Jornadas Académicas sobre Delitos de Odio* trasciende al necesario debate académico y doctrinal

aportando nuevas perspectivas. En este sentido la colaboración estrecha con la academia y algunos de los especialistas de referencia en la materia, a los agradezco su inestimable colaboración, nos ayuda en la evaluación continuada de la respuesta que la sociedad española reclama ante los delitos de odio y el acompañamiento y apoyo a las víctimas.

Debido a las restricciones impuestas por la pandemia de COVID-19, las jornadas se celebraron telemáticamente, lo cual no fue óbice para que tuvieran una gran acogida y fueran destacables tanto la afluencia de asistentes como la participación durante las mismas, que aprovecho para agradecer.

Las ponencias correspondientes a la primera sesión de las Jornadas (y que se presentan en el mismo orden en el que fueron impartidas) versan todas ellas sobre la agravación penal de los delitos de odio atendiendo a las motivaciones del autor, con particular atención a la reforma hoy ya operada en nuestro Código Penal por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

PEÑARANDA RAMOS parte en su trabajo, que reviste una importantísima profundidad teórica, de las dudas expresadas por un sector doctrinal respecto de la legitimidad del tratamiento agravado de algunos delitos de odio y la compatibilidad de esta agravación con un Derecho penal liberal regido por los principios del hecho y de la culpabilidad. El autor sostiene que esa toma en consideración -como factor de determinación de la pena en un sentido agravatorio de esa clase de motivos del agente- no implica la adhesión a un Derecho penal del ánimo o de autor, ni tampoco la adscripción a una concepción de la culpabilidad o la responsabilidad personal basada en un reproche de la actitud interna del sujeto que vaya más allá de la culpabilidad o responsabilidad por el propio hecho antijurídico cometido, sino precisamente en la posibilidad de una plena atribución o imputación personal de ese hecho al sujeto que lo perpetró sin poder distanciarse siquiera mínimamente del mismo.

PANTALEÓN DÍAZ se ocupa de una cuestión de suma actualidad: la reciente incorporación de las «razones de aporofobia o exclusión social» como uno más de los motivos discriminatorios o prejuiciosos a los que se refiere el art. 22.4.^a CP. La autora analiza tanto esa inclusión como la posibilidad de que agravar la responsabilidad penal cuando el móvil sea aporófobo pero no cuando sea –empleando otro interesante neologismo- “plutofóbico” pueda resultar (paradójicamente) discriminatoria.

No menos actual, por ser objeto de debate periódico cada vez que se opera una reforma legislativa en este ámbito, es la cuestión que analiza DÍAZ LÓPEZ (coordinador de esta obra): la introducción de una “cláusula abierta” en los listados de condiciones personales/causas de discriminación que contienen los delitos de odio. Centrándose en el artículo 22.4ª CP, plantea el autor que, dependiendo de cómo fuera dicha cláusula, quizás su introducción no vulneraría necesariamente los principios de taxatividad y tipicidad penales.

En cuanto a las ponencias que tuvieron lugar durante la segunda sesión de las Jornadas, en este caso versaron sobre la situación que padecen los extranjeros, colectivo tradicionalmente objeto de delitos de odio, en el contexto de la justicia penal. SOLAR CALVO nos presenta el régimen penitenciario especialmente severo que padecen los extranjeros en prisión, que proyecta su incidencia en cuestiones tan básicas como la obtención de permisos de salida. La autora presenta una aproximación muy práctica a la Tabla de Variables de Riesgo e incluye unas interesantes propuestas de mejora amparándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Por último, finalizando tanto las Jornadas como esta obra, PUENTE RODRÍGUEZ parte, tras elaborar unos utilísimos cuadros estadísticos, de una tesis voluntariamente provocadora: la población migrante delinque en mayor medida que la población autóctona. Negar este hecho, prosigue este autor, no es pese a lo que pudiera parecer la mejor estrategia para luchar contra los discursos xenófobos que padece ese colectivo. Si la población migrante delinque más, concluye, no lo hace por su condición de migrante, sino por su condición de excluida, y es a esta realidad “completa” a la que habrá que atender para seguir luchando contra aquellos discursos.

Karoline Fernández de la Hoz Zeitler

Directora del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia

Secretaría de Estado de Migraciones

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones

1

DELITOS DE ODIO Y DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD

*Enrique Peñaranda Ramos**

1.1. Introducción

La incorporación a los distintos ordenamientos jurídicos y en particular al nuestro de agravaciones de la responsabilidad penal basadas en una motivación que se juzga especialmente censurable, en particular la basada en el odio o el desprecio hacia determinadas condiciones o características personales de la víctima, como pueden ser, entre otras, su ideología, sus creencias o convicciones religiosas, su pertenencia a un grupo étnico, racial o nacional, su género, sexo o su identidad u orientación sexual, su discapacidad o el padecimiento de una enfermedad (así el art. 24.4ª CP), así como la proyectada ampliación de tales agravaciones a la comisión del delito por otros motivos semejantes suscita importantes dudas u objeciones respecto de la propia legitimidad de ese tratamiento agravado y su compatibilidad con un Derecho penal liberal regido por los principios del hecho y de la culpabilidad.

En esta ponencia se pretende salir al paso de esos reparos. Como en ella se tratará de mostrar, la toma en consideración -como factor de determinación de la pena en un sentido agravatorio de esa clase de motivos del agente- no implica la adhesión a un Derecho penal del ánimo o de autor, ni tampoco la adscripción a una concepción de la culpabilidad o la responsabilidad personal basada en un reproche de la actitud interna del sujeto que vaya más allá de la culpabilidad o responsabilidad por el propio hecho antijurídico cometido, sino que puede fundarse precisamente en la posibilidad de una plena atribución o imputación personal de ese hecho al sujeto que lo perpetró, al no poder distanciarse siquiera mínimamente del mismo.

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

En relación con ello se harán explícitas, de forma muy sucinta, las líneas generales del concepto de culpabilidad propuesto, su consistencia con los fundamentos de la responsabilidad penal en un Derecho penal democrático de signo liberal y sus ventajas frente a otros conceptos alternativos de la culpabilidad o responsabilidad personal.

1.2. Acerca del concepto de delitos de odio

Por ser el caso en el que se plantea de un modo más intenso la cuestión de su compatibilidad con el principio de culpabilidad, bajo la denominación de delitos de odio incluiré aquí cualquier infracción penal cometida por alguno de los motivos a los que se refiere la circunstancia cuarta del artículo 22 del Código Penal, cuya lógica responde, como ha señalado de forma convincente mi discípulo Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ, a un determinado modelo de definición de tales delitos: el que se ha dado en llamar el “modelo del ánimo” (o *“animus model”*)¹.

Esto no significa que los delitos de odio no puedan ser configurados también de otro modo, siguiendo, por ejemplo, el “modelo de la selección discriminatoria” (o *“discriminatory selection model”*), en el que la tensión con el Derecho penal de la culpabilidad de la que se habla a continuación podría ser más reducida o quedar incluso excluida de antemano. De hecho, en el delito previsto del artículo 510 del Código Penal y en los delitos de violencia de género introducidos en dicho Código por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género, se apunta más bien a ese otro modelo de regulación de los delitos de odio, sustancialmente distinto del acogido en la agravante cuarta del art. 22 del Código Penal².

Para explicar la distinción entre ambos modelos me remitiré brevemente a lo que brillantemente expuso DÍAZ LÓPEZ en su fundamental monografía sobre esta materia. Como allí se explica con mucho más detalle, cuando en los años 70 y 80 del pasado siglo los legisladores de distintos Estados de Norteamérica se plantearon traducir a fórmulas legislativas precisas las iniciativas que diferentes movimientos sociales y políticos en pro de la igualdad de derechos civiles de las minorías étnicas y raciales y de la erradicación de otras formas de discriminación venían impulsando para sancionar de forma agravada los delitos cometidos por

¹ Vid. DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4º CP*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 208 ss. y *passim*.

² De esta opinión son también, entre otros, DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto (n.1), pp. 370 ss.; y PANTALEÓN DÍAZ, Marta, «¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia», LA LEY Penal nº 147 (2020), p. 3.

el odio y el prejuicio hacia determinadas características personales de la víctima, hubieron de enfrentarse a un dilema fundamental: tomar como elemento distintivo de estos delitos el hecho de que se cometan contra alguna víctima perteneciente a colectivos tradicionalmente discriminados (los que se designan en general como minorías étnicas, raciales, religiosas, etcétera) o atender más bien a que los hechos de que se trate se ejecuten precisamente por un motivo discriminatorio hacia una determinada condición o cualidad personal de la víctima.

La tipología de los crímenes de odio, propuesta por LAWRENCE³ y acogida entre nosotros por el propio DÍAZ LÓPEZ, atiende a la opción que en cada caso haya seguido el legislador en relación con ese dilema. Los delitos de odio configurados a partir del “modelo de la selección discriminatoria” atienden a una característica objetiva de la conducta: su aptitud o idoneidad para provocar *efectos discriminatorios* sobre el colectivo al que pertenece la víctima o para perpetuar la discriminación de tal colectivo. De esta forma, la agravación se restringe a aquellos casos en los que el sujeto activo forma parte del grupo dominante y la víctima pertenece al grupo tradicionalmente discriminado, pasando así los motivos que el infractor tuviese para cometer el delito a un segundo plano. En cambio, cuando los crímenes de odio se configuran desde el punto de vista del “modelo del ánimo” lo decisivo no es una cualidad objetiva de la conducta delictiva, ni tampoco la finalidad del autor de provocar o mantener con ella una efectiva discriminación, sino que el sujeto activo del delito en cuestión cometa el delito de que se trate por *motivos discriminatorios* hacia la víctima, basados en determinados rasgos o características personales que identifica en ella, sin importar que esos rasgos o características concurren realmente en la víctima, ni que esta pertenezca objetivamente a un colectivo históricamente discriminado.

Como ya he anticipado, aun reconociendo el valor que tienen los diversos intentos efectuados en nuestra doctrina para interpretar la circunstancia agravante cuarta del artículo 22 del Código Penal en un sentido más o menos próximo al del modelo de la selección discriminatoria, creo que cabe interpretar dicha circunstancia como una manifestación en nuestro ordenamiento jurídico del modelo del ánimo en la definición de los delitos de odio. Así viene a indicarlo la propia forma en que dicha circunstancia ha sido literalmente establecida en la

³ LAWRENCE, Frederick M., *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, pp. 34 ss. y *passim*.

ley⁴, que muestra un gran parecido con la establecida en 1992 en el Estado de Wisconsin, una de las formulaciones más puras de dicho modelo⁵.

Ciertamente, un entendimiento diferente de la circunstancia agravante (en la línea apuntada por el modelo de la selección discriminatoria) parecería dejarla menos expuesta a objeciones derivadas de la vigencia del principio del hecho o del principio de culpabilidad (aunque podría traer consigo otros inconvenientes, que podemos dejar ahora fuera de nuestra atención). Pero lo que aquí se trata de aclarar es si una agravación de la pena centrada en la motivación del agente puede tener cabida en un ordenamiento jurídico de inspiración liberal, como es el nuestro, y en particular si es compatible con la exigencia, a él inherente, de una culpabilidad por el hecho como presupuesto indispensable de la responsabilidad penal; o si, por el contrario, una agravación basada en la motivación discriminatoria (como la inspirada en el modelo del ánimo) sería en todo caso incompatible -como algunos autores sostienen- con tales principios, hasta el punto de constituir nada menos que "una inconstitucional y paradójica resurrección del rechazable Derecho penal de autor nacionalsocialista"⁶.

Como ya tuve ocasión de señalar en otro lugar⁷, creo que tiene razón DÍAZ LÓPEZ cuando sostiene que, en un Estado que tome en serio los principios liberales de la responsabilidad penal, la actitud interna del autor y, más en concreto, los motivos de su conducta han de carecer por sí mismos de cualquier relevancia. En concreto, la motivación referida en la circunstancia cuarta del artículo 22 del Código Penal no puede añadir un especial reproche moral a la comisión del delito

⁴ Así lo reconoce incluso DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Motivos racistas o similares», en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.), *Memento Práctico Penal*, Madrid: Ed. Francis Lefebvre, núm. marg. 4440, quien admite la redacción "subjetivizante" dada por el legislador a esta circunstancia, aunque propone no obstante una "interpretación objetivadora" de la misma, basada en la exigencia, no establecida expresamente en la Ley, de "un efecto comunicativo intimidante" (o el propósito de producirlo) sobre el individuo inmediatamente afectado por el delito o sobre otras personas: en su opinión, es este "efecto supraindividual" (y por ende un "plus de antijuridicidad"), lo que justificaría el incremento de pena, "de un modo similar a como ocurre en el delito de incitación al odio y la violencia racial" del art. 510.2 CP.

⁵ Acerca de la similitud de ambas regulaciones vid. DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto (n. 1), pp. 105 s., quien señala no obstante una importante diferencia entre ellas, pues la del Estado norteamericano permite superar el límite superior de la pena prevista para el delito cometido, mientras que la agravante del art. 22.4-º CP español en sí misma solo da lugar a la imposición de pena en el marco inicialmente previsto, aunque en su mitad superior.

⁶ Vid. en este sentido ABEL SOUTO, Miguel, «Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios», *Revista Penal*, 2010, núm. 25, pp. 8 ss., con otras referencias. Así también DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (n. 3), núm. marg. 4442: "Debería parecer evidente que, más allá del debate de si el Derecho penal debe o no promover valores, lo que no es admisible es que el Estado sancione más a quien comete un delito guiado por una determinada idea, por perversa que sea, pues tal cosa significaría la represión de las ideas, Nos encontraríamos en el campo de un «Derecho penal de autor», constitucionalmente proscrito".

⁷ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, Prólogo a DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto (n. 1), p. 20.

que legitime una agravación de la pena y constituiría un grave peligro para la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos que los jueces pudiesen vincular arbitrariamente a los motivos que personalmente tengan por más detestables cualquier incremento de esa responsabilidad. Pero creo que acierta igualmente ese autor cuando señala que no todos los motivos son iguales a este respecto y que en cualquier caso tampoco el Derecho penal liberal ha podido dejar nunca de tomar en consideración algunos de esos motivos, bien para excluir o atenuar la responsabilidad criminal (allí donde constituyan, al menos en parte, una razón aceptable para la acción cometida) o bien para facilitar la imposición de las penas más altas de entre las previstas para el delito de que se trate (cuando, lejos de ser ese el caso, la razón para la acción del sujeto se revele como completamente inaceptable desde el punto de vista del propio ordenamiento jurídico).

1.3. Acerca del concepto de culpabilidad

A los efectos que aquí interesan, podemos convenir con PERALTA⁸ en que, más allá de los múltiples matices que cabría mencionar en cada una de ellas, existen tres formas básicas de entender la culpabilidad, que se relacionan a su vez de maneras muy diferentes con la cuestión de la relevancia que en este plano puedan tener los motivos que hayan llevado al sujeto a cometer un hecho delictivo: 1) la culpabilidad como reproche de la actitud interna; 2) la culpabilidad como trasunto de la necesidad de prevención del delito a través de la pena; y 3) la culpabilidad como atribución o imputación de responsabilidad.

1) La forma de entender la culpabilidad que permite una más amplia consideración de los motivos del agente como factores de modulación de la responsabilidad criminal es aquella cuyo objeto es precisamente la censura de su actitud interna por no haber atendido o acatado al cometer el hecho las valoraciones ético-sociales que subyacen a las normas jurídico- penales. Ciertamente, una concepción de la culpabilidad de esta clase, como advierte el propio PERALTA, "puede fundamentar espacios o montos de pena de manera independiente" a los que corresponden en sí al hecho antijurídico cometido y operar así como "un elemento que se puede *sumar* al injusto como elemento determinante de la pena", pero lo hace al precio de "*agregar*" a la norma jurídica que prohíbe realizar el comportamiento antijurídico otra norma que prohíbe también "tener ciertas motivaciones" y, una vez admitido esto, no habría ya un límite para prohibir también "modos de vida o modos de ser antijurídicos (...) si

⁸ Cfr. PERALTA, José Milton, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 175 ss.

el Derecho (...) un día decide desvalorarlos de esa forma”⁹. Frente a ello, hay que rechazar en todo caso un concepto de culpabilidad que, identificándola sin más con la censura de la actitud interna del individuo, termine por hacerla coincidir con una condena moral en blanco que cada juez pueda luego completar con sus personales concepciones acerca de lo bueno y de lo malo, pues “en una sociedad pluralista no hay ninguna autoridad moral que regule los asuntos ético-sociales de un modo para todos vinculante”¹⁰.

Ciertamente, ello implica también que el problema así planteado no se puede resolver sencillamente trasladando esos elementos de la actitud interna que se consideran inadmisibles para el concepto de culpabilidad de una sociedad pluralista al plano de lo ilícito y, menos aún, identificando el núcleo mismo del ilícito penal, entendido en la línea del llamado “injusto personal”, en la negación simbólica del Derecho o de los bienes o valores por él protegidos¹¹. Con ello se corre manifiestamente el peligro de que, de ese modo, se produzca también - pero ahora sin la menor resistencia- una vasta moralización o eticización de la antijuridicidad y asimismo, mediatamente, de la culpabilidad que a aquella está necesariamente referida, al presentarse como legítima para la fundamentación de lo ilícito, mediante ese juego de prestidigitación conceptual, una desvaloración ético social de la actitud interna del agente que se excluye, en cambio, como contenido legítimo de la culpabilidad. En ello consiste una de las versiones de la “falacia de remisión” que, con toda razón, PERALTA critica¹².

2) Considero asimismo equivocados aquellos otros planteamientos que tratan de derivar directamente la categoría de la culpabilidad de las necesidades de prevención, en sus distintas facetas, y, muy particularmente, aquellos que se basan en una versión psicológico-social de la prevención general positiva conforme a la cual la pena sería un instrumento destinado a canalizar o aplacar estados de indignación o de irritación social (que podrían presentarse de una forma intensificada cuando el delito se comete por motivos especialmente abyectos o despreciables) o a promover la vigencia de determinados valores ético-sociales (que podrían ser puestos en cuestión también de un modo más intenso a través de una actuación por tales motivos).

⁹ PERALTA, José Milton (n. 8), p. 181.

¹⁰ WOESNER, Horst, «Moralisierende Mordmerkmale», NJW 1978, p. 1026.

¹¹ Vid. en este sentido, por ejemplo, MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 10ª ed., Barcelona: Reppertor, 2016, 26/7 y 32, para quien la agravante de motivos racistas o discriminatorios tiene como fundamento una “motivación particularmente indeseable”, que “aumenta el injusto subjetivo del hecho” porque “añade al injusto propio del delito realizado la negación del principio de igualdad que consagra la Constitución”.

¹² Cfr. PERALTA, José Milton (n. 8), pp. 151 ss.

Desde mi punto de vista, tales planteamientos conducen a un concepto de culpabilidad expuesto a una moralización tan extensa como el que se advierte en las concepciones antes criticadas, que, asumiendo más bien un punto de vista retributivo, se centran inmediatamente en un reproche de la actitud interna contraria a los valores éticos sociales asumidos por el Derecho.

Aparte de ello, aunque -como luego diré- no es posible formular el concepto de culpabilidad jurídico-penal sin tomar también en cuenta, en alguna medida, la función preventiva de la pena, eso no implica que dicho concepto pueda quedar reducido simplemente a la constatación de la necesidad puramente utilitaria de mantener la vigencia del propio orden normativo hasta el punto de hacer coincidir la culpabilidad con las necesidades preventivas así entendidas. La culpabilidad constituye antes de ello un límite a la persecución irrestricta de las necesidades de prevención del delito y es por lo tanto una categoría de la teoría del delito en la que se debe tratar de conciliar tales necesidades con la exigencia de justificar la asignación de responsabilidad penal y la consiguiente imposición de la pena frente al propio infractor, en su condición de persona o sujeto de Derecho¹³.

3) Si se respeta este carácter de la culpabilidad como límite y se admite que en una sociedad basada en la libertad y el pluralismo no hay otra prevención legítima (ni, probablemente, tampoco útil en verdad a la larga) que la que opera frente a quien, por haber actuado de forma responsable (culpable) al cometer el delito, ha puesto *con ello* en cuestión la norma infringida como pauta general de comportamiento, nos hallamos ya en el marco de la tercera forma básica de concebir la culpabilidad, esto es, como presupuesto de atribución o imputación de la responsabilidad penal por el hecho antijurídico cometido.

Esta concepción de la culpabilidad es la que personalmente comparto. De acuerdo con ella, en la culpabilidad lo que se imputa al autor es únicamente el hecho antijurídico por él realizado y no un desvalor adicional de cualquier otra clase.

¹³ Cfr. en este sentido, PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel, Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, estudio preliminar a la obra de Jakobs, Günther, Estudios de Derecho Penal, Madrid: Civitas-UAM, pp. 33 s. y 52 ss.; y PEÑARANDA RAMOS, Enrique, Sobre la influencia del funcionalismo en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho 23 (2000), pp. 313 y 319 ss. Una crítica a la identificación de culpabilidad y prevención se encuentra también en PERALTA, José Milton (n. 8), pp. 185 ss., aunque de un modo más radical que como aquí se plantea pues tiende a negar que cualquier consideración preventiva pueda tener relevancia en la configuración del concepto de culpabilidad.

Esta idea fue expresada de un modo muy gráfico por MIR PUIG, precisamente en relación con las circunstancias agravantes, como la de que aquí se trata. Según este autor, en “la imputación personal”, que es como él prefería denominar a la culpabilidad, lo que se examina “es ... si las condiciones en que tuvo lugar la motivación son normales y permiten atribuirle plenamente el injusto penal al sujeto o si son parcialmente anormales, y entonces no puede atribuírsele en absoluto o solo parcialmente. Así entendida como condición de atribución del injusto penal, la imputación personal puede no ser posible en absoluto e impedir la atribución o no ser plenamente posible y permitir solo una atribución parcial. No puede en cambio *crear* un nuevo desvalor que no provenga ya del injusto, porque no puede más que atribuir el injusto penal que concurra. *Toda* la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, la imputación personal solo condiciona la atribución total o parcial de dicha gravedad. O impide por completo la atribución o funciona como un *filtro* que solo deja pasar (atribuir) una parte del desvalor del injusto penal”¹⁴.

Si se parte de tal entendimiento, parecería excluida la posibilidad misma de una circunstancia agravante de motivos discriminatorios que no presuponga un incremento de la antijuridicidad del hecho, esto es, un contenido de injusto añadido al que es propio del delito (el homicidio, las lesiones, las amenazas, los daños, etc.) sobre el que esa circunstancia está dispuesta a operar. Sirviéndose muy inteligentemente de esta imagen para oponerse a quienes consideran que los motivos y, en concreto, los de carácter racista o discriminatorio pueden incrementar la culpabilidad, DOPICO GÓMEZ-ALLER ha formulado en ese sentido la siguiente pregunta: “si se entiende que la categoría sistemática de la culpabilidad opera como un filtro ... ¿cómo se puede *filtrar* algo y obtenerlo incrementado? Si un hecho cometido sin estos ‘motivos discriminatorios’ es plenamente imputable a su autor, no se entiende cómo la concurrencia de dichos motivos puede hacer que le sea *más* imputable (¿más que *en su totalidad*?)”¹⁵

Precisamente en las expresiones en cursiva se encuentra la clave para resolver la paradoja apuntada por DOPICO de un modo diferente al que él apunta, pues no es cierto que la pena prevista para un determinado delito, que está comprendida entre un mínimo y un máximo (por ejemplo, en el homicidio del art. 138.1 CP, entre los diez y los quince años de prisión), implique necesariamente la imputación de *todo* el injusto realizado por el sujeto. Por eso mismo, también desde la perspectiva de una concepción de la culpabilidad limitada a la

¹⁴ MIR PUIG, Santiago (n. 11), 26/2 (con cursivas en el original).

¹⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», RGDP n.º 4 (2005), p. 12 (también con cursivas en el original).

imputación o atribución de responsabilidad personal por el hecho antijurídico cometido, cabe imaginar la posibilidad de circunstancias de graduación de dicha culpabilidad y, en particular, de circunstancias agravantes que atiendan a situaciones en las que se suponga en el sujeto una especial capacidad para atender al mandato normativo (como sucedía, por ejemplo, con la premeditación, mientras esta figuró, hasta 1995, entre las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal) o en las que se venga a expresar con una formulación positiva un contexto en el que, de antemano, quede descartada la concurrencia de una causa de exclusión o limitación de la culpabilidad¹⁶.

Vistas de este modo las cosas, no es que, al filtrarse el injusto del hecho a través del tamiz de la culpabilidad, ese contenido de injusto pueda verse incrementado. Eso sería ciertamente imposible. En mi opinión, la explicación de la existencia de circunstancias agravantes de la culpabilidad es más bien ésta otra: los delitos, desde los daños hasta los homicidios y asesinatos, se cometen en muy variados contextos de interacción social y denotan grados de responsabilidad (también en el plano de la culpabilidad) muy distintos. En unos casos, el filtro de la imputación personal es muy tupido porque la acción del sujeto se presenta como (al menos, hasta cierto punto) comprensible o disculpable en atención al contexto en que el sujeto lo realizó: el filtro deja pasar entonces solo una parte del contenido disvalioso del hecho a la responsabilidad del agente. En otras ocasiones, en cambio, ese contexto no da pie a ninguna disculpa y sobre la responsabilidad del sujeto recae por tanto todo ese desvalor¹⁷.

1.4. Los motivos discriminatorios como indicadores de la ausencia de cualquier justificación o excusa

Las consideraciones precedentes las expuse por primera vez en mi escrito de habilitación del año 2006, que quedó inédito hasta que fue finalmente publicado, sin modificación alguna, en 2014¹⁸; y estaban referidas entonces tan solo a la distinción entre el homicidio y el asesinato a través de las circunstancias cualificativas de la alevosía y del precio recompensa y promesa.

Desde mi punto de vista, la circunstancia de alevosía, de acuerdo con los criterios restrictivos de su alcance establecidos en la propia jurisprudencia del

¹⁶ Cfr. ya en este sentido PEÑARANDA RAMOS, Enrique, Estudios sobre el delito de asesinato, Buenos Aires-Montevideo: Editorial BdeF, pp. 272 s., n. 10.

¹⁷ Vid. al respecto también PEÑARANDA RAMOS, Enrique (n. 16), p. 292, respecto de los delitos de homicidio y asesinato.

¹⁸ En la monografía citada *supra* en la nota 16.

Tribunal Supremo español, podría ser interpretada como el resumen de un conjunto de indicadores de que el contexto en que se realiza la acción de matar y, en particular, las relaciones existentes en su caso entre el autor y la víctima, no permiten proyectar una luz mínimamente favorable sobre la acción injusta que aquél ha realizado, sino, por el contrario, imputarle plenamente el desvalor del hecho de matar a otra persona. Y para la circunstancia del precio valdría, aún más claramente, una explicación semejante. El precio, la recompensa o la promesa, como móvil de la acción de matar indican, a mi juicio, la existencia de un caso en el que esa acción carece de cualquier justificación o excusa. Así, en una pelea por conseguir un objeto de valor (por ejemplo, con ocasión del reparto del botín de un atraco) puede estar presente la codicia, del mismo modo que lo está en el deseo del heredero de que se acelere el curso de la herencia. Pero en el precio no es la codicia lo que en verdad importa, sino lo artificial de la decisión de matar a una persona con la que previamente no mediaba conflicto alguno. En ninguno de esos dos casos, ni el precio, ni la alevosía añaden ningún desvalor al hecho que vaya más allá de la muerte, sino que son condiciones o requisitos legales relativos al contexto del hecho para que pueda abrirse paso la imputación completa del injusto de matar¹⁹.

En su monografía sobre los delitos de odio, DÍAZ LÓPEZ advirtió, acertadamente, que mi planteamiento podría tener un alcance más general y ofrecer una explicación "asumible en un Derecho penal de la culpabilidad" del fundamento de la circunstancia agravante de obrar por motivos discriminatorios del art. 22.4ª CP. A su juicio, tomar en cuenta tal circunstancia para imponer la pena en la mitad superior del marco previsto para un delito cometido por tales motivos no implica sancionar de forma ilegítima meros pensamientos, ni una motivación aisladamente considerada, sino castigar al autor por el hecho, pero prestando atención al contexto en el que el delito se cometió y al grado de implicación personal del sujeto en su perpetración; pues, así como puede haber motivos que indiquen la existencia de un contexto que permite al sujeto distanciarse del hecho cometido o sean neutrales a tal efecto, hay otros que denotan que el contexto del hecho le pertenece completamente y le es, por ello, también plenamente atribuible su comisión. Este, precisamente, sería el caso de los motivos discriminatorios, que -por constituir una motivación absolutamente inviable, desde la perspectiva del propio ordenamiento jurídico, para disculpar el hecho- carecen de cualquier validez para impedir que su contenido de injusto se impute plenamente a quien haya actuado movido por ellos. Así pues -concluye DÍAZ LÓPEZ- si se sigue este punto de vista, "la motivación discriminatoria no se sanciona en sí misma como un desvalor añadido, sino que se tiene en cuenta

¹⁹ Cfr. *ibidem* pp. 292 s.

proyectada en el hecho, en tanto que motivo nulo para poder filtrar el desvalor del injusto típico” al pasar por el tamiz de la culpabilidad²⁰.

A juicio de DÍAZ LÓPEZ, junto a ese posible fundamento de la agravante de obrar por motivos discriminatorios, podría haber también otro igualmente asumible en un Derecho penal de la culpabilidad de inspiración liberal. Este fundamento alternativo sería el que había propuesto PERALTA en su excelente investigación sobre los motivos reprochables, publicada en 2012²¹.

En opinión de PERALTA, los “motivos reprochables” (uno de cuyos casos paradigmáticos sería el de los motivos discriminatorios) pueden ya afectar al injusto objetivo, pero no porque impliquen un contenido de desvalor que se añada al que es propio del hecho sobre el que se proyectan, sino porque son indicativos de que ese hecho tiene una especial gravedad, al estar ausente una situación que pudiese justificarlo, ni siquiera de un modo parcial. La motivación del autor no es, por tanto, para PERALTA, en sí misma, relevante (pues “los motivos *reales* del autor no pueden ser objeto de valoración penal”), sino que cumple meramente una “función heurística”: el papel del motivo es el de ser un “epifenómeno de la ausencia de reducción objetiva del hecho” por estar excluida la concurrencia en él de cualquier justificación. Los motivos reprochables operarían, pues, como “causas de justificación a la inversa”²².

Son evidentes los puntos de contacto entre ambos planteamientos, a pesar de haber sido desarrollados independientemente el uno del otro.²³ Es mérito también de DÍAZ LÓPEZ haber destacado lo que, más allá de sus diferencias, tienen en común. De acuerdo con ambas propuestas, cuando se aplica un precepto como el establecido en el artículo 22.4ª del Código Penal español no se añade una sanción por la motivación del autor, por más que haya que atender a ella (o a lo que esa motivación representa) para aplicar la agravación allí dispuesta. Tampoco es que se acumulen dos sanciones por haberse producido algo así como un atentado contra dos bienes distintos (el del delito de que en cada caso se trate y el derecho a la igualdad de trato contradicho o negado por la motivación discriminatoria del agente): el único injusto que a éste se imputa es el correspondiente a aquel delito y la especial intensidad de la imputación se basa

²⁰ Cfr. DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto (n. 1), pp. 385 ss. y 389.

²¹ Vid. al respecto DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto (n. 1), pp. 380 ss.

²² Cfr. PERALTA, José Milton (n. 8), pp. 199 ss., 311 s y *passim*. Al punto de vista de Peralta se ha adherido recientemente Bustos Rubio, Miguel, Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4ª CP), Barcelona: Bosch, 2020, pp. 235 ss.

²³ Así lo advierten también, aunque de un modo un tanto indiferenciado, ROXIN, Claus/GRECO, Luis, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. I. Grundlagen -Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5ª ed., Munich: C.H. Beck, §§ 82c y 82d, con n.154.

en la ausencia de cualquier justificación o excusa para ese hecho, en atención a que el motivo del agente no puede ser tomado en cuenta por el ordenamiento jurídico, sin incurrir a su vez en una grave contradicción, ni siquiera como una razón mínimamente atendible para cometerlo²⁴.

DÍAZ LÓPEZ dejó abierta la cuestión de cuál de esas dos interpretaciones resultaría en definitiva preferible, pero yo no creo que pueda terminar esta ponencia sin tomar nuevamente posición al respecto.

El planteamiento de PERALTA tropieza a mi juicio con algunas dificultades. La primera y, en principio, más teórica de ellas, es que no resulta sin más evidente que los supuestos en que no se da una justificación completa de la conducta y, a partir de ahí, se plantea (o se rechaza, por concurrir "motivos reprochables", como el de odio discriminatorio) la posibilidad de una reducción de la responsabilidad sean precisamente casos de "justificación parcial" (o, en su caso, de "justificación inversa") y no de exculpación parcial (o en que, por el contrario, haya que entender que el agente carece de cualquier posible disculpa respecto del hecho en cuestión).

Como reconoce el propio PERALTA²⁵, la tesis de que las causas de justificación (en particular, las de legítima defensa o estado de necesidad, que ocupan el centro de su atención) son graduables y, en caso de exceso respecto de sus requisitos objetivos, pueden conducir a la apreciación de eximentes incompletas por "justificación parcial" (esto es, basadas en una disminución del injusto del hecho) ha sido y continúa siendo objeto de una importante discusión. En mi opinión, esa tesis es ciertamente muy problemática, pues conduciría a admitir que el propio grado de ilicitud de cualquier delito (desde el hurto hasta

²⁴ Cfr. DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto (n. 1), pp. 389 ss

²⁵ Vid. PERALTA, José Milton (n. 8), pp. 203 s. y 252 ss. (en referencia al punto de vista contrario, mantenido por HÖRNLE, Tatjana, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlín: Duncker & Humblot, 1999, pp. 294 ss., de que la causa de justificación de estado de necesidad o existe, porque concurren todos sus presupuestos, o no existe, cuando esos presupuestos faltan, de modo que la atenuación en casos de exceso en el estado de necesidad solo podría deberse a una reducción de la culpabilidad). En otro lugar (PERALTA, José Milton, *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), p. 617, n. 94) este autor había dejado todavía abierta esta cuestión e indicando algunos de los criterios que podrían servir para decidirla: "Si esto (sc. que no se hayan cumplido todos los requisitos exigidos para justificar plenamente la conducta, sino solo algunos de ellos) debe repercutir en el injusto o en la culpabilidad y en qué medida es algo que depende, en gran parte, del fundamento de la justificación de la conducta en estado de necesidad. Si su fundamento es puramente utilitarista, entonces, al haber un daño menor cuando el hecho tiene una justificación parcial, esto implica una disminución de la dañosidad social del hecho. Si, en cambio, su fundamento radica en un deber de solidaridad por parte del tercero que ve, por ejemplo, un detrimento de su patrimonio, la fundamentación de la atenuación se deberá buscar en la culpabilidad o no encontrará justificación alguna. Pues el deber de solidaridad sólo nace cuando el riesgo para el bien jurídico del autor es realmente intenso".

el asesinato) dependería, al menos tendencialmente, pero de un modo generalizado, del valor de los intereses con los que en cada caso concreto los bienes jurídicos respectivamente afectados estuviesen en conflicto²⁶.

Por otra parte, aún más discutibles me parecen las razones que aduce PERALTA para rechazar, paralelamente, que la presencia de motivos reprochables excluya la existencia de cualquier exculpación. Ciertamente PERALTA admite que la exculpación es (también) graduable, pero entiende que en este caso los motivos solo pueden desplegar un efecto de reducción de la culpabilidad “y no por su valor”, sino, precisamente, por su *fuerza* coactiva, esto es, por la intensidad con que apremien a cometer el hecho de que se trate. En cambio, supone PERALTA que “si la reducción de la culpabilidad que eventualmente (sc. esos motivos) pueden indicar se quiere negar con el argumento de que nunca un motivo reprochable puede ser valorado positivamente, por oposición a otras situaciones en las que la reducción se debe a razones más comprensibles, se abandona la idea de culpabilidad como centro de imputación que es neutral frente a las valoraciones individuales y se cae en una culpabilidad preventiva o en una culpabilidad de ánimo con todos sus problemas”²⁷.

Esta suposición de PERALTA se vincula a una concepción puramente mecanicista e individualista del papel de las causas de exculpación, que se hace particularmente explícita cuando afirma, en discusión con KINDHÄUSER, que las únicas razones que pueden disculpar no haber adoptado un motivo para actuar de acuerdo con lo establecido en la norma son aquellas que “desde el punto de vista del sujeto actuante”, esto es, del propio autor del delito, lo apremian a cometerlo. Y así, “si para él el color de piel es una razón para cometer el hecho y lo siente como un apremio, esto reduce su culpabilidad”²⁸.

A mi juicio, un entendimiento de “la culpabilidad como centro de imputación” no impide, en contra de lo que PERALTA supone, que en su evaluación (y no solo en la del injusto) se opere también con valoraciones sociales de tipo general. Que el ordenamiento jurídico de un Estado que promueve la igualdad y la no discriminación entre sus ciudadanos excluya una motivación racista como posible fuente de atenuación de la responsabilidad penal, por muy intensa que sea la convicción del sujeto y, por tanto, su inclinación a seguir un motivo de esa índole, no implica imponer al sujeto qué es lo que debe pensar o sentir, sino

²⁶ Así parece admitirlo PERALTA, José Milton (n. 8), p. 254.

²⁷ PERALTA, José Milton (n. 8), p. 195.

²⁸ *Ibidem*.

simplemente rechazar de un modo pragmáticamente consistente que ese motivo tenga cualquier validez a tal efecto atenuatorio, declararlo nulo en ese sentido.

Así lo entiende también PERALTA, pero solo en lo que afecta al plano de la ilicitud del hecho. Aquí, -advierte- “la disposición a atenuar la pena cuando el autor no realiza ningún interés jurídicamente reconocido es prácticamente nula aunque él se considere a sí mismo compelido a esa acción”. Y, para mostrar que eso es así, alude al caso, mencionado por ASHWORTH, “de un racista que reacciona violentamente ante el diálogo espontáneo de un hombre de color, debido a que considera irrespetuoso que éste hable sin que se le haya dado la correspondiente autorización. Aceptar esto como una atenuación del ilícito sería -concluye PERALTA- inaceptable, aunque el sujeto lo experimente como una necesidad”²⁹. Pero ¿podría ser otra la conclusión si hablásemos de una atenuación de la culpabilidad? A mi juicio y, a salvo acaso de que un extremo déficit de socialización aquejase a ese sujeto de un modo del que él mismo no fuera responsable, la respuesta debe ser negativa, pues supondría también una grave incongruencia admitir una atenuación en el plano de la imputación personal.

La razón de ello se encuentra en que también el concepto y el contenido material de la culpabilidad dependen necesariamente de las relaciones y valoraciones sociales y, por tanto, no pueden configurarse simplemente a través de una consideración aislada del sujeto en su completa individualidad. La culpabilidad constituye una categoría inevitablemente relacional, sensible a las necesidades de pervivencia del propio orden normativo, y exige tan solo la máxima individualización de la responsabilidad que resulte aún conciliable con la vigencia de dicho orden³⁰.

En conclusión, una agravación por motivos discriminatorios como la que se establece en el art. 22.4ª CP es compatible con un Derecho penal de la culpabilidad, si esta se entiende como aquí propongo: como un juicio de atribución del hecho antijurídico al sujeto que cabe formular si -y en la medida en que- este no pueda distanciarse de su comisión por el carácter anómalo de los procesos mentales cognitivos y afectivos implicados en la comisión del delito, por el desconocimiento de las características y significado del hecho constitutivo del mismo o por la anormalidad de las circunstancias o el contexto en que se

²⁹ PERALTA, José Milton (n. 8), p. 203

³⁰ Al menos en esto cabe dar la razón a CÓRDOBA, Fernando J., «De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad», En Letra: Derecho Penal, Año II, número 4 (2017), p. 56, cuando advierte que “si se permitiese que el individuo invocara su realidad motivatoria individual para eximirse de responsabilidad, la vigencia de la norma quedaría condicionada a que el autor, subjetivamente, encontrase sentido y valor, esto es, buenas razones, para actuar conforme a sus exigencias”.

cometió. Desde esta perspectiva, cuando un sujeto comete un hecho delictivo por motivos racistas o discriminatorios hacia su víctima no puede distanciarse siquiera mínimamente de ese hecho y su contenido de injusto se le imputa personalmente en toda su extensión³¹

³¹ Como de forma muy gráfica señala PANTALEÓN DÍAZ, Marta (n. 2), p. 6, “cuando la única explicación que el autor de un delito puede ofrecer de su comportamiento es que lo cometió movido por el desprecio que le generaba la víctima por su condición de negra, mujer, homosexual, etc., el hecho típicamente antijurídico aparece como algo de lo que el autor no puede distanciarse en absoluto. Y de ahí que, en estos casos, esté justificada, *ceteris paribus*, la imposición de la pena en su mitad superior (art. 66.1.3ª CP), al contrario de lo que ocurriría si tales motivos faltasen”. Esta autora agudamente encuentra un antecedente de esta forma de entender la culpabilidad en DAN-COHEN, Meir, «Responsibility and the boundaries of the self», 105(5) Harv. L. Rev. 959 (1992), p. 990, quien sostiene en efecto que “las causas de exención de la responsabilidad pueden ser vistas como *dispositivos de distanciamiento* ... que sitúan los posibles constituyentes (sc. de la responsabilidad) ... fuera de los límites del yo”; y que la “inclusión y la exclusión (sc. respecto de esos límites) no son, sin embargo, las únicas posibilidades en este contexto. Dada la escalaridad del yo, podemos pensar en causas de exención en términos continuos y relativos: pueden consistir en el decrecimiento del grado de identificación con un elemento particular, sin erradicarlo del todo, lo que atenuaría, pero no evitaría del todo la responsabilidad”. Si, más allá de ello, existen otras similitudes (y diferencias) entre los puntos de vista de DAN-COHEN y los míos, puede quedar para otra ocasión.

2

**DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA EN EL ART. 22.4.^a
CP: APOROFOBIA ¿Y PLUTOFOBIA?***Marta Pantaleón Díaz****2.1. Introducción**

El artículo 22.4.^a del Código Penal vigente hasta hace unos días establecía como circunstancia agravante la de “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”. Desde la introducción del precepto en el Código Penal de 1995, la lista de móviles discriminatorios a los que se refiere no ha parado de crecer. De hecho, dos grandes reformas recientes del Código han venido acompañadas por la introducción de nuevos “motivos discriminatorios” en la agravante: la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, añadió la identidad sexual, y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incluyó las razones de género.

No obstante, buena parte de la doctrina había puesto críticamente el foco sobre una gran ausente en el listado de la circunstancia 4.^a del artículo 22: la discriminación económica³². El fenómeno que preocupaba era aquí, sobre todo, lo que la filósofa Adela CORTINA bautizara muy gráficamente en 1995 como “aporofobia”: el rechazo hacia las personas económicamente desfavorecidas o en situación de exclusión social³³. La Real Academia Española incluyó el término en su diccionario en 2017. También el Ministerio del Interior lleva tiempo

* Ayudante en el Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

³² LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, 1996, p. 246; HORTAL IBARRA, J.C., «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4a CP): una propuesta restrictiva de interpretación», *Cuadernos de Política Criminal*, 2012, 108-3, pp. 64-66; BUSTOS RUBIO, M., *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4^a CP)*, Barcelona, Bosch, 2020, passim, esp. pp. 241-246; o GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Salamanca, Ratio legis, 2020, pp. 62-73, 97.

³³ CORTINA, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Barcelona, Paidós, 2017, pp. 22-27.

contemplando la aporofobia como categoría autónoma en sus informes anuales sobre la evolución de los delitos de odio en España³⁴. Sin embargo, la situación económica de la víctima como móvil discriminatorio seguía brillando por su ausencia en el articulado del Código Penal: no estaba en el artículo 22.4.^a, y tampoco en el catálogo de colectivos que pueden tener como objeto las diferentes modalidades de los delitos tipificados en el artículo 314, ni en los artículos 510 y siguientes del Código Penal; colectivos que coincidían, aproximadamente, con los contemplados en la circunstancia 4.^a del artículo 22.

Con todo ello en mente, y calificando con razón este fenómeno como uno “tan extendido en la sociedad como invisibilizado”, el Grupo Parlamentario Unidos Podemos (hoy, *Unidas Podemos*) en el Senado presentó el 11 de julio de 2018 una Proposición de Ley para introducir las “razones de aporofobia o exclusión social” como uno más de los motivos discriminatorios a los que se refería la agravante del artículo 22.4.^a del Código Penal³⁵; aunque, sorprendentemente, sin proponer una reforma paralela de los artículos 314 y 510 y siguientes del Código, que extendiera la protección de estos preceptos al colectivo de personas económicamente desfavorecidas. Pese a que la toma en consideración de la Proposición fue aprobada con un solo voto en contra por el Pleno de la Cámara el 24 de octubre de 2018³⁶, su tramitación parlamentaria se paralizó y la reforma no llegó a salir adelante.

La iniciativa, sin embargo, ha sido retomada con éxito por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIA), cuya entrada en vigor se produjo el 27 de junio de 2021³⁷. La disposición final sexta de la Ley incorpora una serie de importantes modificaciones del Código Penal, entre las que destaca, a los efectos que aquí interesan, la reforma de los artículos 22.4.^a y (esta vez sí) 314 y 510 y siguientes, para incorporar, entre los factores de discriminación enumerados por los diferentes preceptos, la edad y —de paso— las “razones de aporofobia o de exclusión social”; reforma que, de acuerdo con el Preámbulo de la LOPIA,

³⁴ Disponibles en <<http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas>>. De acuerdo con los datos publicados, a ella pertenecieron 11 de los 1.419 incidentes registrados en 2017, 14 de los 1.518 registrados en 2018 y 12 de los 1.706 registrados en 2019. Un completo estudio estadístico de esta tipología criminal puede encontrarse en GARCÍA DOMÍNGUEZ, 2020, pp. 49-56, y BUSTOS RUBIO, 2020, pp. 67-113, cuyos análisis permiten, por lo demás, apreciar la existencia de una importante cifra negra en esta clase de delitos, como consecuencia de su infradenuncia.

³⁵ Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal (622/000025): BOCG, Senado, XII legislatura, núm. 270, 11 de septiembre de 2018, pp. 18-20.

³⁶ Diario de Sesiones del Senado, XII legislatura, núm. 86, 24 de octubre de 2018, pp. 119-128.

³⁷ De acuerdo con su propia disposición final vigésima quinta, que establece que los preceptos aquí analizados entraron en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 6 de junio de 2021.

“responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Otros dos cambios importantes que se producen en la redacción del artículo 22.4.^a llevada a cabo por medio de la LOPIA ni siquiera se reflejan en su Preámbulo. Por un lado, se aprovecha también la reforma para dar una penúltima vuelta de tuerca a la regulación de la discriminación sexual en sentido amplio, incluyendo —junto con el sexo, la orientación sexual, la identidad sexual y las “razones de género”— la “identidad de género” como factor discriminatorio. Por otro, y más relevante para lo que aquí va a ser objeto de análisis, se añade un inciso final al precepto, aclarando que la agravante resultará aplicable siempre que el autor actúe por los motivos discriminatorios enumerados, “*con independencia* de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”.

El objeto de esta ponencia no es analizar críticamente todas estas reformas, sino uno mucho más modesto: reflexionar sobre hasta qué punto la reciente incorporación de las «razones de aporofobia o de exclusión social» en el artículo 22.4.^a del Código Penal resulta una reforma adecuada y evaluar posibles alternativas de mejora. En este punto, hay, en primer lugar, dos aspectos que me parecen suficientemente claros, por lo que no voy a entrar a discutirlos. Estoy convencida, por un lado, de que la aporofobia era (y sigue siendo) una forma de discriminación lo suficientemente frecuente y —lo que es más importante— lo suficientemente grave como para dejar de ser penalmente invisible: contemplarla en el catálogo de “delitos de odio” previstos en el Código Penal merecía, sin duda, una reforma legislativa. Por otro lado, creo que la situación económica de la víctima no se distingue del resto de móviles discriminatorios contemplados en el artículo 22.4.^a del Código Penal en nada lo suficientemente relevante como para justificar su tradicional ausencia en este catálogo: que sirvieran para agravar la pena los móviles basados, por ejemplo, en la ideología o las creencias de la víctima, pero no los basados en su situación económica, me parecía una clara discriminación legislativa³⁸.

Lo que me resulta más discutible es que el catálogo de la circunstancia 4.^a debiera ampliarse con las “razones de aporofobia o exclusión social” y no con una

³⁸ Vid., en el mismo sentido, BUSTOS RUBIO, 2020, pp. 206-207. Cfr., no obstante, DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4^a CP*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 223-227, 237-239.

referencia *genérica* a la “situación económica” de la víctima, sea esta o no desfavorecida. Creo que esto segundo habría sido mucho más coherente con el fundamento de la agravante de móviles discriminatorios; fundamento con el que, por cierto, concuerda la redacción actualmente vigente de la circunstancia. Incluir el odio a los pobres como motivo agravante, sin incluir a la vez el odio a los ricos podría también —paradójicamente— resultar discriminatorio.

2.2. El sentido de una agravación basada en móviles discriminatorios

Para tratar de demostrar lo anterior, voy a comenzar exponiendo mi punto de vista sobre el fundamento de la agravante de móviles discriminatorios contemplada en el artículo 22.4.^a. Toda mi exposición partirá, en este sentido, de una premisa. Frente a lo que han sostenido algunos autores, creo que una interpretación correcta de la agravante ha de partir de la base de que cuando el precepto dice, “por *motivos* racistas, antisemitas, etcétera”, se refiere precisamente a eso: a los *motivos* que han conducido al autor a cometer el delito, con independencia de que, de hecho, la víctima *pertenezca o no* a un colectivo discriminado por su raza, su sexo, sus creencias, etc.; algo que, por cierto, la propuesta de reforma del inciso final del precepto se encarga de dejar meridianamente claro. Como señala el Profesor DÍAZ LÓPEZ³⁹, el legislador español parece haber optado claramente, en la configuración del art. 22.4.^a CP, por el “modelo de la animosidad” —*animus model*⁴⁰—, centrado en la motivación del autor al cometer el hecho, en detrimento del “modelo de la selección discriminatoria”, que pone el foco en los efectos que el delito dirigido contra un miembro de un colectivo discriminado tiene para la propia víctima o el colectivo en su conjunto.

Con ello no pretendo en absoluto expresar una preferencia personal de un modelo de incriminación frente al otro. Me parece ciertamente plausible afirmar que la pertenencia de la víctima a un colectivo discriminado puede incrementar el desvalor penal de ciertos delitos, atentando especialmente contra el honor o la dignidad de la víctima⁴¹ y/o contribuyendo a consolidar la discriminación

³⁹ 2013, pp. 115-116, siguiendo la clasificación de modelos legislativos de LAWRENCE (1999).

⁴⁰ O, en la terminología de FUENTES OSORIO, J.L., «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27, 2017, p. 3, *hostility model*.

⁴¹ LAURENZO COPELLO, 1995, pp. 281-285; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, J.M. Bosch, 2001, pp. 739-740; HORTAL IBARRA, 2012, p. 46; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? (A propósito de la reforma del Código Penal chileno)», *Perspectiva Penal Actual*, 2012, 1, pp. 81, 85, 92.

histórica del colectivo al que pertenece⁴². Es más, creo que no responden al modelo de la animosidad, sino al de la selección discriminatoria, tanto el delito del artículo 510 del Código Penal —que habla de “fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia *contra un grupo*, una parte del mismo, o *contra una persona determinada* por razón de su pertenencia a aquél”—⁴³, como los delitos de violencia de género introducidos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre⁴⁴, sobre todo si se tiene en cuenta la interpretación de los segundos defendida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 20 de diciembre de 2018⁴⁵.

En definitiva, el modelo de la animosidad no es necesariamente preferible al de la selección discriminatoria; ni siquiera es el que ha preferido en todo caso el legislador español en su tipificación de los delitos de odio. Pero es, a mi juicio, el modelo al que responde la circunstancia 4.^a del artículo 22: se trata de una agravante centrada en la *motivación discriminatoria* del autor, no en la *efectiva discriminación* de la víctima. Y esto, como ya he dicho, queda todavía más claro con el inciso final del precepto introducido por medio de la LOPIA.

Llegados a este punto, lo siguiente que hay que clarificar es si los móviles discriminatorios incrementan el contenido de *injusto* del hecho o, más bien, la posibilidad de atribuírselo personalmente al autor, es decir, su *culpabilidad*. Y aquí me inclino, en la línea defendida por el Profesor PEÑARANDA RAMOS, por la segunda vía de fundamentación⁴⁶. La teoría de este autor permite insertar sin fricción alguna la agravante de motivación discriminatoria en una teoría general de la culpabilidad como un juicio que permite situar el hecho típicamente antijurídico

⁴² LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia*, Granada, Comares, 2001, pp. 188-194, 259-262; ALONSO ÁLAMO, M., «La circunstancia agravante de discriminación», en Díez Ripollés, José Luis. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 538-539; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004, 57, pp. 163-173; HORTAL IBARRA, 2012, pp. 46-48; LASCUARÍN SÁNCHEZ, 2012, pp. 81, 84-85, 92.

⁴³ Así, DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 370-372; cf., no obstante, FUENTES OSORIO, 2017, n. 38.

⁴⁴ Artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 173.2 del Código Penal. En esta línea los interpretan autores como PÉREZ MANZANO, M., «En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2018, pp. 105-109; y BUSTOS RUBIO, 2020, p. 173.

⁴⁵ STS 2ª 677/2018, de 20 de diciembre (FD 2.º).

⁴⁶ Vid. PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 291-293, con un planteamiento que entronca, según creo, con las reflexiones en torno a la exculpación desarrolladas por autores como JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1991, pp. 497-499, 509-512; y DAN-COHEN, M., «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, 1992, 105-5, p. 990.

en algún punto del espectro entre aquello que se considera totalmente ajeno al autor —y, por tanto, no le es atribuible en absoluto (inimputabilidad, error invencible, miedo insuperable, etc.)— y aquello que, dada la imposibilidad de este último de *distanciarse* de su hecho⁴⁷, solo puede interpretarse como una *negación frontal* por su parte del carácter vinculante del Derecho penal y del valor de los bienes que este considera dignos de protección.

Esto último es precisamente lo que caracteriza a los hechos cometidos por motivos discriminatorios: cuando la única explicación que el autor de un delito puede ofrecer de su comportamiento es que lo cometió movido por el desprecio que le generaba la víctima por su condición de negra, mujer, homosexual, etc., el hecho típicamente antijurídico aparece como algo de lo que el autor *no puede distanciarse* en absoluto. Aquí, el filtro de la culpabilidad deja pasar a la esfera del autor *todo* (o casi todo) el contenido de injusto del hecho⁴⁸.

2.3. ¿Una agravación restringida a los móviles aporófobos?

Desde el punto de vista que acaba de exponerse, la aporofobia no se distingue en nada relevante del resto de móviles discriminatorios enumerados en el artículo 22.4.^a del Código Penal. Una motivación aporófoba es una explicación del hecho que permite distanciar de él a su autor igual de poco (o nada) que una motivación racista, sexista, homófoba, transfóbica o de odio hacia determinadas ideologías o creencias religiosas. Si aduce su odio hacia el colectivo de personas pobres como motivación del hecho cometido, el autor no lo presenta como nada distinto a una *negación frontal* por su parte de todo lo que el Derecho valora y protege; su culpabilidad por el hecho no puede ser más que plena. Pero la pregunta es: ¿acaso ocurre algo diferente cuando la *única explicación* que el autor puede dar a la comunidad de su hecho radica en su odio al colectivo de personas *ricas*?

Este es el punto en el que la reciente reforma del artículo 22.4.^a del Código Penal llevada a cabo por medio de la LOPIA me parece discutible. Lo que los *motivos* discriminatorios dicen de la culpabilidad del autor es independiente del

⁴⁷ DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 380.

⁴⁸ DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 387-388; PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292; PANTALEÓN DÍAZ, M., «¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia», *La Ley Penal*, 2020, 147, pp. 5-6.

sentido en el que se discrimine⁴⁹: el odio a los negros distancia al autor igual de poco de su hecho que el odio a los blancos, el odio a las mujeres lo distancia igual de poco que el odio a los hombres, el odio a los pobres lo distancia igual de poco que el odio a los ricos. En dos de estos casos, la redacción de la circunstancia 4.^a no distingue: agrava la pena de quien actúa por motivos relativos a la etnia —no necesariamente a la *minoría* étnica— a la que pertenece la víctima, o al sexo —no necesariamente al sexo *femenino*— de esta. ¿Por qué únicamente debería hacer lo mismo con quien delinque por razones de aporofobia y exclusión social, y no con quien lo hace por razones de plutofobia, o cualquier otro motivo discriminatorio relacionado con la situación económica de la víctima? ¿Por qué, por cierto, cuando el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —al que, como hemos visto, se refiere expresamente el Preámbulo de la LOPIA— no prohíbe solo la discriminación por razones de exclusión social sino, de forma más amplia y genérica, la discriminación «por razón de patrimonio»?

Es evidente que no tiene el mismo significado social un delito perpetrado contra el miembro de una minoría históricamente discriminada por el hecho de pertenecer a ella, que el mismo hecho cometido —por móviles igualmente discriminatorios— contra alguien que no pertenece a uno de tales colectivos. En el primero de los casos, el hecho tiene un *contenido de injusto adicional*, en la medida en que contribuye a consolidar las estructuras históricas de discriminación hacia el colectivo en cuestión: no es lo mismo, *a estos efectos*, destruir un poblado de chabolas con móviles aporófobos que incendiar la casa de vacaciones que un millonario tiene en la playa con móviles plutofóbicos. Casi nadie negaría que lo primero es *más grave* que lo segundo, y yo tampoco estoy diciendo nada distinto.

Pero hay un aspecto en el que ambos hechos son idénticos y esto (solo esto) es lo relevante para el artículo 22.4.^a del Código Penal: lo que los *móviles* del delito dicen de la *culpabilidad* del autor en ambos casos es exactamente lo mismo. Ninguno de los autores puede distanciarse siquiera mínimamente de su hecho, y de ahí que ambos merezcan la mitad superior del marco penal aplicable; marcos penales que, por cierto, nada impediría que fueran *distintos* para uno y otro delito, precisamente en virtud del mayor injusto por el que se caracteriza el hecho dirigido contra la minoría discriminada. Si el legislador optara por esto último, estaría acogiendo, en este punto, el modelo de la selección discriminatoria. Pero, como dije al principio, este no es el modelo al que responde la agravante de móviles discriminatorios: aquí no se trata de los *efectos*

⁴⁹ Vid., en este sentido, DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 208-227.

discriminatorios del hecho para la víctima y el colectivo al que pertenece, sino de la *motivación* del autor, y el papel que esta juega a la hora de imputarle personalmente su hecho.

2.4. Conclusión: una propuesta *de lege ferenda*

Recapitulando lo sostenido hasta este punto, la aporofobia es un problema existente y lo suficientemente grave para contribuir a atajarlo con la *ultima ratio* del poder punitivo estatal. La agravante del artículo 22.4.^a del Código Penal era uno de los puntos de la regulación en los que la ausencia de este fenómeno resulta más llamativa, pero la propia lógica del precepto —que atiende a la *motivación* reprochable del autor como factor determinante de su plena culpabilidad por el hecho— no permite colmar satisfactoriamente esta laguna sin incluir en su seno todas las formas de motivación discriminatoria en atención a la situación económica de la víctima: tanto la aporofobia como la plutofobia. Por el contrario, tal y como se ha llevado a cabo a través de la LOPIA, la reforma podría resultar (paradójicamente) discriminatoria: no, por supuesto, en relación con el colectivo de personas acaudaladas —que no necesitan protección alguna frente a la discriminación—, sino por conducir a castigar de forma diferente a sujetos cuya culpabilidad por el hecho es (*ceteris paribus*) idéntica. Quien solo puede aducir como explicación de su hecho el odio hacia los ricos no puede distanciarse más de él que quien solo puede aducir, a los mismos efectos, su aversión a las personas económicamente desfavorecidas.

Así pues, la referencia a las “razones de aporofobia o exclusión social” recientemente introducida en el art. 22.4.^a del Código Penal debería sustituirse, a mi juicio, por una más genérica a la “situación económica” de la víctima, de manera que quedasen cubiertos por la agravante tanto los casos —sin duda, más frecuentes, y sin duda más graves *desde el punto de vista del contenido de injusto*— de delincuencia por rechazo al pobre, como los supuestos de delincuencia plutofóbica. Ni que decirse tiene que, conforme a la propia lógica del precepto (que queda todavía más clara con la reforma) ello no conduciría a imponer penas más duras en todos los supuestos en los que la víctima fuera una persona socialmente excluida o, en el extremo contrario, una especialmente rica, sino solo en aquellos en los que el delito viniese *motivado por el rechazo* que la víctima le generase al autor por su situación económica.

Esta restricción sería particularmente importante cuando se tratase de decidir sobre la aplicación de la agravante en delitos dirigidos contra (por así decirlo) la “élite económica” de la sociedad. Los delitos patrimoniales cometidos

en aras de la propia subsistencia —en el extremo, el llamado “hurto famélico”— o con fines de redistribución —piénsese aquí en el caso de un “Robin Hood” contemporáneo— no son delitos motivados por la plutofobia. Aquí el móvil del delito no es el rechazo a la víctima por su condición de rica, sino *otro* que, por muy reprobable que resulte el hecho desde el punto de vista jurídico (y, al menos en el caso del hurto famélico, incluso esto podría cuestionarse con buenos argumentos), que permite en cierto modo *distanciar* al autor del injusto típico: el autor no manifiesta aquí su *rechazo frontal* del valor de los bienes protegidos por el ordenamiento —en el ejemplo, el patrimonio de las personas acaudaladas— sino que se limita a *priorizar* su propia subsistencia o la de otros sobre el respeto a estos valores.

Muy distinto es el caso, por ejemplo, de quien espera a la salida de un colegio privado para dar una paliza a un “niño rico”. Si, en este supuesto, la única explicación que el autor puede ofrecer para su hecho es que la víctima “se lo merecía por niño de papá”, esto no sirve en absoluto para distanciarlo jurídicamente de él. El injusto típico le resulta tan plenamente atribuible como si se hubiera ido a la puerta de un centro de menores socialmente excluidos a pegar a quien considera que lo merece por “rata callejera”. Desde el punto de vista del artículo 22.4.^a del Código Penal, ambos supuestos merecen el mismo tratamiento, aunque el segundo de los hechos tenga —por razones bien distintas, legislativamente reconocidas o no— un mayor contenido de injusto.

3**“CLÁUSULA ABIERTA” Y DELITOS DE ODIO***Juan Alberto Díaz López****3.1. Principio de taxatividad versus infrainclusión.**

Como es sabido, la mayor parte de los tipos penales que comúnmente denominamos “delitos de odio”⁵⁰ se caracterizan por contener una enumeración

* Doctor en Derecho. Profesor Asociado del Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado.

⁵⁰ Por razones de espacio a la hora de plasmar por escrito esta breve ponencia, me remito con carácter general a lo expuesto en materia de delitos de odio en DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Civitas, Cizur Menor, 2013, 496 pp.; DÍAZ LÓPEZ, “Réplica a J.-M. Landa Gorostiza, Recensión a Juan Alberto Díaz López, El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP, Civitas, Cizur Menor, 2013 (496 páginas)”, en *InDret*, Nº 3/2014, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/10060.pdf>; DÍAZ LÓPEZ, “Una aproximación a las circunstancias agravantes por motivos discriminatorios”, en *Perspectiva Penal Actual*, Nº 3, Chile, 2014, pp. 37-84; DÍAZ LÓPEZ, “Una agravante por motivos discriminatorios referidos al género de la víctima”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, Nº 54, Colombia, 2016, pp. 5-54; DÍAZ LÓPEZ, “A Generic Aggravating Circumstance to Punish Hate Speech. The Spanish Case”, en CORTESE/PELACANI, *Il Diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Nº 30, Università degli Studi di Trento, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017, pp. 625-649; “Delitos de odio y “turismofobia””, en *Legal Today*, 7 de agosto de 2017, disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/delitos-de-odio-y-turismofobia>; DÍAZ LÓPEZ, “El artículo 22.4ª CP y la motivación discriminatoria online”, en MIRÓ LLINARES (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 107-129; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/PÉREZ MANZANO/CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ et al., *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia 2014-2016*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones), 2018, 191 pp., disponible en: http://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/analisis_casos_sentencias.pdf; DÍAZ LÓPEZ, “Selección genética de la “raza” por motivos racistas”, en CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen II*, UAM Ediciones, 2019, pp. 993-1007; DÍAZ LÓPEZ, *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, OBERAXE, Madrid, 2ª ed., 2020, 72 pp., disponible en: http://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/publicaciones/documentos/documento_0125.htm; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiños y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 275 pp.; DÍAZ LÓPEZ, “Terrorism as a hate crime?”, en CANCIO MELIÁ/LLOBET ANGLI/WALKER (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism: The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, en prensa para Edward Elgar Publishers, Reino Unido (12/2018); y a la bibliografía que allí se cita.

de (dependiendo del fundamento que queramos atribuirles) "causas de discriminación" o "condiciones personales". Ya desde la STS, Sala 2ª, Nº 1160/2006, de 9 noviembre, se puso de manifiesto el principal problema que generaba el hecho de que los listados de los delitos de odio se articularan conforme a un *numerus clausus*: *"En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. [...] En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia"*.

Siguiendo la estela de este pronunciamiento, la Memoria del año 2010 del pionero Servicio de Delitos de Odio de la Fiscalía Provincial de Barcelona planteó la pertinencia de finalizar el listado del artículo 22.4ª CP (y esto es importante: lo planteó únicamente en relación con el listado de la circunstancia agravante, no en relación con los tipos de la Parte Especial del Código) optando por un *numerus apertus*: *"Además, estas y otras omisiones podrían evitarse de forma sencilla, sin convertir el art. 22.4ª CP en un farragoso catálogo de motivos discriminatorios, utilizándose una cláusula de cierre. [...] Por coordinación sistemática con el precepto constitucional que sirve de base a todos los preceptos penales relativos a la prohibición de discriminación, el art. 14 CE, se recomienda la utilización en el art. 22.4ª CP de la cláusula de cierre recogida en este artículo: "o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"."*

El principal argumento a favor de lo que ha venido llamándose con posterioridad la "cláusula abierta", como puede apreciarse, es la lucha contra la infrainclusión. Entienden quienes defienden la cláusula que resulta irónico (especialmente si asumimos, como establece su Exposición de Motivos, que nuestro Código Penal es una "Constitución en negativo") que unos preceptos del Código Penal que tienen su fundamento en la prohibición de discriminación y/o en el principio de igualdad entre todos sean cuales sean nuestras condiciones o circunstancias personales cuenten con un *numerus clausus*, mientras que el artículo 14 de nuestra Constitución (del mismo modo que el artículo 14 CEDH: "...o cualquier otra situación"), que consagran dichos principios, incluyan la cláusula abierta. Dicen quienes defienden la cláusula abierta en los delitos de odio

que el *numerus clausus* siempre excluirá alguna condición personal o causa de discriminación de análoga significación que las que sí se encuentran enumeradas, de modo que no se sancionará penalmente con la misma intensidad (o no se sancionarán en absoluto) hechos igualmente graves: se estaría paradójicamente discriminando, e.g., a un pelirrojo⁵¹ (condición personal no incluida en el listado del artículo 22.4ª CP) frente a un enfermo de COVID-19⁵² (la enfermedad sí está incluida en ese listado). Parece que la cláusula abierta permitiría al Código Penal brindar una mayor protección a todas las víctimas de todos los delitos de odio al evitar, sin necesidad de ulteriores reformas legislativas, que existieran colectivos o condiciones infraincluidos.

El argumento relativo a la infrainclusión y a la consiguiente “discriminación” de las víctimas caracterizadas por condiciones personales de análoga significación a las sí presentes en estos listados es potente, pero no es el único que se esgrime a favor de la cláusula abierta. Se aduce que la cláusula abierta coadyuvaría igualmente a evitar las continuas reformas que padece nuestra legislación penal en la materia, que en los últimos años ha experimentado cómo se modificaban algunas condiciones (e.g., discapacidad por minusvalía) y se añadían otras (e.g., razones de género, identidad sexual, identidad de género) a cuentagotas, dejándose arrastrar por tendencias simbólicas o por la actualidad política, lo cual desde luego afecta –como toda reforma penal concatenada exenta del debido debate– a la seguridad jurídica.

También serviría esta cláusula para solventar los problemas derivados de la falta de homogeneización de estos listados (quizás querida en ocasiones, en otras derivada de la falta de sosiego del Legislador al modificar un delito de odio para incluir una nueva condición y olvidar hacer lo propio en el listado de otro delito de odio). Por ejemplo, actualmente, el artículo 314 CP menciona la situación familiar o la representación sindical de los trabajadores, que no menciona el listado del artículo 510 CP, pero al mismo tiempo obvia el género, que como concepto diferenciado del sexo sí menciona el artículo 22.4ª CP: si entendemos que *género* no es *sexo*, de cometerse un delito del artículo 314 CP motivado el autor por el prejuicio basado en la intolerancia hacia el género (pro no el sexo) de su víctima (de sexo mujer) entonces podría no operar el principio de inherencia del artículo 67 CP en ese caso y sería posible condenar por el delito del artículo

⁵¹Sobre los lamentables incidentes del conocido como “kick a ginger day”: <https://bc.ctvnews.ca/kick-a-ginger-day-has-redheads-running-scared-1.344620#:~:text=The%20movement%20was%20started%20after,%22born%20with%20a%20disease.%22>

⁵² La Guía de la ONU sobre discurso de odio relacionado con el COVID-19 se encuentra disponible en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/Guidance%20on%20COVID-19%20related%20Hate%20Speech.pdf>

314 CP agravado ex artículo 22.4^a CP. De darse ese supuesto, ello no parece que obedeciera a algo querido o meditado por el Legislador, sino más bien derivado de esa profusión de reformas para incluir, donde se ha acordado de hacerlo, la flamante condición personal que las últimas tendencias aconsejaban insertar.

En este mismo sentido, es preciso recordar que la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, afirmaba que no era posible la plena armonización comunitaria en materia de crímenes de odio entre los Estados miembro por sus diferentes “tradiciones culturales”. La inclusión de esta cláusula abierta en los delitos de odio de *todos* los ordenamientos ciertamente permitiría mejorar la lucha contra determinadas formas de discurso de odio cometidos a través de Internet⁵³, en el que las principales plataformas tienen que operar conforme a la legalidad de muchos Estados que tipifican sus delitos de odio con listados muy distintos.

Con todos estos argumentos a favor, nuestro cada vez menos “nuevo” (LO 14/2015, de 14 de octubre) Código Penal Militar, en sus artículos 48 y 50, tipificó dos delitos de odio que cuentan con una “cláusula abierta” (“...o *cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”). No por ser militar es menos penal la naturaleza del precitado Código, y sin embargo no generó polémica la introducción de dicha cláusula en esos dos delitos. Tampoco, por el momento, la ha generado especialmente el hecho de que idéntica cláusula se contenga en la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación presentada al Congreso de los Diputados el pasado 29 de enero de 2021⁵⁴ (artículo 2.1): huelga señalar que al prever la norma propuesta un régimen sancionador (artículos 42 y siguientes) le son de aplicación los mismos principios que limitan la sanción penal.

Tampoco la LO 10/1995, de 23 de noviembre, está a salvo del uso de cláusulas abiertas. Nuestro Código Penal prevé el empleo de una cláusula abierta incluso para determinar la concurrencia de un tipo agravado, como se desprende de la existencia desde hace ya más de diez años de una de ellas en el catálogo del uso de llaves falsas en el robo con fuerza (artículo 239 CP). Del mismo modo, también contempla delitos que suelen catalogarse como “de odio” que cuentan con una formulación típica abierta, como el artículo 170.1 CP (amenazas dirigidas

⁵³ Especialmente a la vista de la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión Europea, de 1 de marzo de 2018, y del Protocolo para combatir el discurso de odio ilegal en línea, aprobado el 18 de marzo de 2021, que desarrolla sus previsiones a efectos del *illegal hate speech* en España. Disponible en: <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/ejes/discursoodio/index.htm>

⁵⁴ Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-146-1.PDF

a atemorizar “a los habitantes de una población [...] o a cualquier otro grupo de personas”) o el artículo 174 CP (delito especial de torturas “por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación”).⁵⁵ Así las cosas, parecía sólo cuestión de tiempo que en los listados enumerando motivaciones discriminatorias respecto de condiciones personales de los delitos de odio de esta misma Ley Orgánica también se introdujera una cláusula abierta en el sentido que propusiera el Servicio de Delitos de Odio de la Fiscalía Provincial de Barcelona hace lustros.

Sin embargo, cuando el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia del año 2019 quiso introducirla en la circunstancia agravante genérica del artículo 22.4ª CP (“...cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio”), recibió el rechazo del CGPJ apelando a la quiebra de los principios de tipicidad y taxatividad penales⁵⁶, de modo que para el Anteproyecto de la llamada “Ley Rhodes” aprobado el 9 de junio de 2020 la cláusula ya había desaparecido. La reflexión de aquel informe del CGPJ fue la siguiente: *“En la misma circunstancia 4ª del artículo 22 se incorpora como circunstancia genérica «cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio», ampliándose así el espectro de situaciones que pueden dar lugar al rechazo de una persona, más allá de las expuestas anteriormente, con lo que el prelegislador opta por superar el carácter cerrado de los motivos discriminatorios penalmente relevantes, adoptando una cláusula abierta. Esta amplitud conceptual y esa finalidad tuitiva, si bien podrían entenderse abrigadas por el principio constitucional de igualdad, que supondría la protección de otros colectivos distintos de los expresamente relacionados pero también susceptibles de protección, al configurarse como una circunstancia que puede suponer una agravación de la pena, y dada la naturaleza propia del Derecho Penal, plantea dudas desde el punto de vista de los principios de tipicidad y taxatividad, pues resulta inevitable que sea el aplicador de la norma quien por vía interpretativa determine las concretas circunstancias discriminatorias que integran la agravante genérica, sin poder apoyar el juicio interpretativo en una previa desvalorización del legislador de la específica motivación delictiva de la que se trate. De acuerdo con la doctrina constitucional, la garantía material del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), «comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (lex certa), en virtud del*

⁵⁵ Formulación abierta que un sector doctrinal ya ha abogado por suprimir en salvaguarda del principio de seguridad jurídica, *vid.* OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, “Los sujetos pasivos en los delitos por discriminación”, en *RGDP*, N° 35, 2021, p. 27.

⁵⁶ Informe de 30 de mayo de 2019, del que fue ponente D. Juan Manuel Fernández Martínez, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Organica-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia>

cual el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales, promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8). El grado de indeterminación y apertura con que se ha tipificado la agravante resulta, pues, incompatible con las exigencias constitucionales de predeterminación y certeza en el ámbito de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, por lo que se propone la supresión de este último inciso del artículo 22.4 CP en la redacción proyectada."

En efecto, la afectación al principio de taxatividad (y la consiguiente inseguridad jurídica que derivaría de no saber cuándo una conducta sería típica y cuando atípica, por ejemplo) venía erigiéndose en la principal crítica a la cláusula abierta formulada desde hacía tiempo por un sector de nuestra doctrina⁵⁷. Mas el debate sigue, como la cláusula, abierto: quienes defienden su inclusión siguen invocando la redacción actual de los artículos 48 y 50 CPM, 170.1 CP o 174 CP como "evidencia" de que tal quiebra del principio de taxatividad no se produciría (en tanto en cuanto no se reformen tales preceptos por tal motivo).

FUENTES OSORIO refleja muy adecuadamente el dilema. Reflexionando sobre el *numerus clausus* de estos listados, de un lado, afirma que la limitación en la inclusión de más motivos discriminatorios puede ser consecuencia de una imposibilidad fáctica *"que puede ser resuelta mediante la creación de cláusulas abiertas"* y que la *"no inclusión de un motivo traslada el mensaje de que ciertas formas de discriminación son menos reprochables y que ciertos colectivos merecen una menor protección"*. Pero, por otra parte, también advierte que, aunque *"[s]e pueden crear cláusulas abiertas referidas a «cualquier otro motivo reprochable»"*, siguiendo a VERKHOVSKY, tales *"cláusulas generan dudas a propósito del principio de legalidad ya que su contenido será variable y dependerá del rechazo social a un motivo en un determinado momento histórico, lo que genera una evidente inseguridad jurídica"*.⁵⁸

⁵⁷ Pronunciándose sólo respecto del artículo 510 CP, REBOLLO VARGAS, "Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas", *RDPCV*, 2006, p. 230: *"me parece destacable que la referencia a los motivos no finalice con una cláusula abierta o indeterminada. [...] en consecuencia, se desprende una cierta seguridad jurídica"*. Más recientemente, también en relación con el artículo 510 CP y con alusión a *"la consecuente falta de taxatividad"* que puede derivarse de la *"utilización de cláusulas generales"*, CORRECHER MIRA, "La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?", *InDret*, N° 2, 2021, p. 112; vid. también EL MISMO, *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 477.

⁵⁸ FUENTES OSORIO, "El odio como delito", en *RECPC*, 19-27, 2017, cit. p. 5.

Hace ya tiempo, al ocuparme de esta cuestión⁵⁹, realmente no consideré que el principio de taxatividad fuera, *stricto sensu*, el principal argumento en contra de la cláusula abierta. Más bien obedecía mi principal reparo, siguiendo lo ya manifestado por PERALTA⁶⁰, a la desconfianza hacia la interpretación de quienes habrían de valorar el alcance de la cláusula abierta. El problema es que la cláusula abierta que venía proponiéndose por un sector (análoga a la del artículo 14 CE) podría llevar a una expansión desmesurada del alcance del precepto, atentando así a su fundamento y convirtiendo el artículo 22.4ª CP en una agravante general cuando concurriera cualquier clase de móvil abyecto como razón para la comisión del delito. Si entonces expuse mi postura respecto de la introducción en el artículo 22.4ª CP de una cláusula abierta partiendo de la redacción que venía proponiendo ese importante sector (del estilo "... o cualquier otra condición personal de la víctima"), ahora voy a retornar a esta problemática para analizar la viabilidad teórica, en general, de una cláusula abierta, quizás admitiendo alguna que pudiera contar con otra clase de redacción.

3.2. ¿La cláusula vulneraría el principio de taxatividad en todo caso?

Creo que es muy importante distinguir la incidencia de la cláusula abierta dependiendo de que se pretenda incluir en un delito de odio de la Parte Especial del Código o de que se haga lo propio en la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP. En el caso de la circunstancia agravante genérica, partiendo de que aun en ausencia de cláusula abierta *cualquier móvil* se toma en consideración de una u otra manera (también, por lo que aquí interesa, como "ausencia de excusa") por parte del juzgador a la hora de individualizar la pena y de que la naturaleza jurídica de tal agravante no afecta *necesariamente* a la gravedad del *hecho* (al injusto objetivo) sino a la ausencia de excusa siquiera atendible por parte de un Estado liberal democrático para la comisión de ese injusto típico (podemos estar ante una afectación a la culpabilidad del autor, que además no se construya como un "plus de culpabilidad", como ha expuesto *ut supra* de forma inmejorable el Profesor PEÑARANDA RAMOS⁶¹), no parece que la potencial afectación para el principio de taxatividad sea de idéntica entidad en ambos casos. Por ello, voy a centrar este análisis únicamente en el artículo 22.4ª CP (que es, como hemos

⁵⁹ DÍAZ LÓPEZ, *El odio*, 2013, *op. cit.*, pp. 231-233.

⁶⁰ Así PERALTA, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 304.

⁶¹ Partiendo de PEÑARANDA RAMOS, *Estudios sobre la distinción homicidio-asesinato*, 2006, *passim* (trabajo de investigación presentado a las pruebas de Habilitación nacional para el acceso al Cuerpo de Catedrático de Universidad del Área de conocimiento de Derecho Penal).

visto, donde exclusivamente se propuso por parte de un sector en un primer momento la introducción de aquella cláusula abierta refleja a la del artículo 14 CE), desde la doble perspectiva de la afectación al principio de taxatividad y al fundamento de este precepto que podría suponer la introducción de una cláusula abierta.

Como punto de partida, conviene traer a colación las interesantes reflexiones de OSSANDÓN WIDOW, partiendo de NAUCKE⁶², sobre esta cuestión⁶³. Como bien señala esta autora, el lenguaje que emplea el Código Penal no debería entenderse como meramente descriptivo, sino más bien prescriptivo, partiendo de la lógica comunicativa que existe entre la norma penal y sus destinatarios, a quienes prohíbe o permite determinadas conductas. Prosigue OSSANDÓN su razonamiento argumentando que la idea de que el empleo de elementos descriptivos en la norma penal proporciona mayores cotas de certeza y seguridad jurídica y facilita la comprensión por parte de sus destinatarios debe matizarse, entre otras razones, porque los elementos descriptivos de la norma penal siempre están provistos de un matiz valorativo y el carácter descriptivo del tipo puede ser más aparente que real (a veces la descriptividad conseguida en el plano lingüístico no se compadece con realidades sociales bien delimitadas). Y para lo que aquí nos interesa, concluye: *"La limitada extensión que normalmente poseen [esos elementos], esto es, su reducida capacidad para abarcar conductas diversas, implica una reducción del perímetro de lo prohibido –de lo normativizado–, que puede dejar fuera del precepto penal conductas lesivas para el bien jurídico que se pretende proteger [...] Sin pretender agotar el tema, bastará sólo con referirnos a algunos de los elementos normativos que parecen más conflictivos. Por ejemplo, los términos elásticos, cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados. El empleo de estos términos con elasticidad y capacidad de síntesis aparece como más idóneo para obtener una certeza (casuística) potencial, preferible a la imposible certeza de una casuística absoluta, siempre y cuando se remitan a principios valorativos o pautas extralegales objetivas y convencionales, sin quedar sometidos al mero arbitrio judicial, pues entonces podrían satisfacer adecuadamente las exigencias de seguridad jurídica. Más todavía, las cláusulas generales permiten una aplicación del Derecho ligada a principios superiores de justicia material, conciliándolo con la estabilidad normativa y su no fosilización. Naucke ha destacado cómo la imprecisión propia de esta clase de elementos ha sido generalmente interpretada por la jurisprudencia a favor del reo. De esta forma, la inseguridad que podría emanar de expresiones poco claras o determinadas se*

⁶² NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1973, *passim*.

⁶³ OSSANDÓN WIDOW, "Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza", en *Revista de Derecho*, Vol. 22, N° 1, 2009, pp. 159-183.

traduce en una ampliación del espacio de libertad frente a las pretensiones punitivas del Estado, sin contravenir el fundamento garantístico sobre el que se apoya la exigencia de seguridad. [...] Ahora bien, los supuestos en que el tipo contiene una ejemplificación explicativa de un género de hipótesis ya completamente definido en la ley no deben confundirse con aquellos que incluyen una lista o registro sustitutivo de la definición legislativa. Mientras la primera constituye una legítima técnica de normación sintética, en la segunda el género de las hipótesis reguladas en la ley quedaría incompletamente representado en el listado ejemplificativo, obligando a individualizar los supuestos típicos a través de un verdadero razonamiento analógico que resulta inconstitucional. Esto último es lo que generalmente sucede cuando se emplean expresiones como en casos similares o análogos, que no se puedan completar por aplicación de un criterio unívoco legislativamente prefijado; entonces estas referencias se configurarían como cláusulas abiertas que extienden excesivamente el marco típico".

Partiendo de estas consideraciones, creo que no se puede afirmar que la introducción de una cláusula abierta en el artículo 22.4^a CP suponga *necesariamente* una vulneración del principio de taxatividad. Siguiendo el precitado razonamiento de OSSANDÓN, probablemente el principal problema para la introducción de la cláusula abierta tenga su origen en haber pretendido extrapolar sin más la redacción de un precepto constitucional (artículo 14 CE) a uno de naturaleza sancionadora. Era la opción que, por inercia, resultaba más sencilla, pero no parece oportuno admitir una cláusula abierta con una redacción consistente, sin más, en: "cualquier otra circunstancia personal de análoga significación a las anteriores". No puede admitirse una redacción que se base, literalmente además, en la pura analogía (*in malam partem*). Será preciso delimitar claramente en la redacción del propio artículo 22.4^a CP el alcance de esta cláusula para que sea admisible.

3.3. Una cláusula abierta asumible.

Precisamente en esta línea, a la hora de analizar en otro lugar el fundamento del artículo 22.4^a CP desde la óptica de las teorías de Justicia, propuse cuatro criterios⁶⁴ que habrían de cumplir las condiciones que se quisieran incluir en el listado de esta agravante para que se respetara su fundamento (entendido como el principio de igualdad *in totum*: todos somos iguales sean cuales sean nuestras condiciones personales, nuestra identidad personal). Estos cuatro criterios se pueden erigir también en los que habría de recoger esa

⁶⁴ DÍAZ LÓPEZ, *El odio*, 2013, *op. cit.*, pp. 224-227.

hipotética cláusula abierta en el artículo 22.4ª CP, a fin de delimitar correctamente el alcance de la cláusula (evitando así una redacción vetada por el principio de taxatividad). Algunos autores que han efectuado brillantes aportaciones recientes a la discusión de los delitos de odio (PANTALEÓN⁶⁵, BUSTOS⁶⁶) han señalado que mis dos últimos criterios serían demasiado estrictos y superarían las exigencias de nuestro Tribunal Constitucional, de modo que incluso algunas de las condiciones (o circunstancias) enumeradas hoy por el artículo 22.4ª CP no cumplirían con ellos. Razón de más para mantenerlos, por restrictivos y en salvaguarda de posibles alusiones a la quiebra del principio de taxatividad, a la hora de redactar, describir y prescribir el alcance de una hipotética cláusula *abierta*.

Para entender la lógica subyacente a esos criterios, hay que partir de que todas las condiciones que enumera el artículo 22.4ª CP configuran la identidad personal del individuo. Estas condiciones permiten que dilucide los elementos que, a título individual, definen su persona. Por lo tanto, son las condiciones necesarias tanto para el análisis introspectivo como para la interrelación con otras personas; tanto para la autonomía personal como para la realización del pluralismo democrático. Son las condiciones necesarias para la existencia del por qué de la igualdad (somos iguales con independencia de *lo que seamos*). Conforme al fundamento que yo sostengo respecto del artículo 22.4ª CP (y que no necesariamente comparten todos los “delitos de odio” de nuestro Código Penal), no se trata de reconocer una especial protección a “la raza blanca” o a “la raza negra”, sino a todos los individuos sea cual sea “su raza”⁶⁷, en tanto que parámetro para determinar la identidad de la persona. Pero, evidentemente, existen muchos parámetros que sirven para definir nuestra identidad, como por ejemplo nuestro color favorito, y el artículo 22.4ª CP no enumera como una de las condiciones para su aplicación que el odio discriminatorio vaya referido a todos y cada uno de ellos. Para que uno de estos parámetros conformadores de nuestra identidad pueda acceder a este listado, no basta por lo tanto con que sirva para definir nuestra identidad. Atendiendo al fundamento que aquí se sostiene para el artículo 22.4ª CP, será necesario que se encuentre en una vinculación estrecha con el principio de igualdad. A eso nos referimos al afirmar que el artículo 22.4ª CP enumera “condiciones personales”, que son aquellas a las que el principio de igualdad exige un mayor respeto. No bastará por lo tanto

⁶⁵ PANTALEÓN DÍAZ, “¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia”, en *La Ley Penal*, Nº 147, 2020; LA MISMA, “La aporofobia como móvil discriminatorio: ¿Derecho penal de autor?”, en *Sistema Penal Crítico*, Nº 1, 2020, pp. 153-164.

⁶⁶ BUSTOS RÍOS, “Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4a CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria”, en *RECPC* 23-04, 2021, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>.

⁶⁷ Sea cual sea ese racista concepto de “raza” que sigue empleando nuestro Código Penal.

cualquier vinculación con el principio de igualdad, aunque se trate de un elemento relacionado, si no reviste también una estrecha vinculación con la identidad personal.

Partiendo de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, arribaríamos a los dos primeros criterios para considerar una condición personal "digna" de considerarse incluida en este listado obrante en el artículo 22.4ª CP:

a. Que haya sido fuente, históricamente, de prejuicios y discriminación. Nótese que ello, con independencia de la pertenencia a colectivo alguno: es un indicio que, si alguien fue alguna vez discriminado por "x" condición, significa que estábamos ante una condición personal. Así, por ejemplo, aunque no exista una minoría con una identidad colectiva "discapacitada" análoga a la que puede existir con base en una determinada "raza", no cabe duda que la enfermedad y la discapacidad (enfermos de lepra, de SIDA, ciegos, etc.) han sido fuente histórica y vigente de prejuicios y discriminación.

b. Que se reconozca como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos o los Tratados y acuerdos internacionales en materia de igualdad ratificados por España. Así, se admitió la identidad sexual como una de esas condiciones personales, a pesar de que el artículo 14 CE no la menciona expresamente⁶⁸.

Asumiendo también algún criterio proveniente del *hate debate* estadounidense⁶⁹, deberíamos añadir a los dos requisitos anteriores que, para que una condición pueda entenderse incluida en esa hipotética cláusula abierta del artículo 22.4ª CP, debe tener igualmente, precisamente para diferenciarla de otras *circunstancias* y *condiciones sociales*:

⁶⁸ STC, Sala 1ª, nº 176/2008, de 22 de diciembre: "es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, exart. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE."

⁶⁹ Vid. KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes: Victimizing the Stigmatized", en KELLY (Ed.), *Bias Crimes: American Law Enforcement and Legal Responses*, 1993, pp. 23-47.

c. Vocación de *permanencia*. Aunque la identidad sea mutable, existen ciertos elementos que perduran y que sirven de hilo conector entre nuestro Yo de ayer y el de mañana. Las condiciones personales que nos ocupan han de cumplir, desde luego, este criterio: ser en su dimensión general *absolutas* (todas las personas tienen *una* "raza", *una* orientación sexual, etc., sea cual sea ésta), con *límites* suficientemente identificables en lo que a la condición personal en concreto se refiere (siendo factible afirmar que alguien es de etnia *gitana*, o de orientación *bisexual*, etc.).

d. Encontrarse desligada en cierta medida de la libre elección (de lo que se hace o de lo que elige) o, al menos, entender que *no se trata de una elección circunstancial*.

Por ello, *de lege ferenda*, entiendo que sí podría incluirse una cláusula abierta, siempre que su redacción estuviera bien delimitada y no nos remitiera sin más a la analogía (*in malam partem*), sorteando así las críticas del mentado informe del CGPJ y respetando también el fundamento del artículo 22.4ª CP. No escapará a nadie que la redacción de tal cláusula puede llegar a ser muy poco "ligera", introduciéndose además en un precepto que no se caracteriza por su claridad gramatical: "... o cualquier otra característica de la víctima que haya sido fuente histórica de prejuicios basados en la intolerancia, que se encuentre reconocida como causa de discriminación en la Declaración Universal de Derechos Humanos o los Tratados y acuerdos internacionales en materia de igualdad ratificados por España, que tenga vocación de permanencia y no derive de una elección meramente circunstancial de la persona".

A partir de aquí, podrá sin duda aducirse que se exigirá una loable labor interpretativa del tribunal sentenciador (precedida de una no menos encomiable justificación por parte de la acusación) para entender incluida en el listado una determinada condición personal por la vía de esta cláusula. También que, ante la duda, los tribunales seguramente optarán por no incluir por la vía de la cláusula una condición y que, por ello, se cumplirán las mentadas previsiones de NAUCKE: en la práctica no tendrá una incidencia excesiva, lo cual puede resultar positivo para impedir la expansión injustificada del alcance del artículo 22.4ª CP y la desnaturalización de su fundamento. Sin embargo, tanto por lo anterior como por el carácter simbólico de muchas de las reformas legislativas que han afectado al artículo 22.4ª CP, lo que parece menos evidente es que una cláusula abierta que considero asumible desde el respeto al principio de taxatividad y al fundamento del artículo 22.4ª CP, como la que aquí propongo, sirviera realmente de freno al Legislador para futuras incorporaciones explícitas en el propio

precepto de nuevas circunstancias o condiciones personales conforme la actualidad política las fuera demandando.

4

EXTRANJEROS EN PRISIÓN. ALGUNAS VICISITUDES PENITENCIARIAS

Puerto Solar Calvo*

4.1. El enfrentamiento normativo como punto de partida⁷⁰

El régimen jurídico de los extranjeros en prisión resulta especialmente complejo, en tanto se trata de un colectivo sobre el que recaen dos cuerpos normativos con finalidades diferentes⁷¹. De un lado, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social (LOE), que, a pesar de su eufemística denominación, se dedica principalmente a determinar el régimen de su regularización y, de no alcanzarse esta, de su inevitable expulsión. De otro, la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), que tiene como finalidad principal la reinserción de todos los condenados en los términos del art. 25.2 CE, sean estos nacionales o extranjeros. Así, mientras que la LOE, sobre las premisas establecidas por el Tribunal Constitucional⁷², escoge el concepto de regularización como eje básico

* Doctora en Derecho. Jurista de Instituciones Penitenciarias.

⁷⁰ El presente trabajo se vincula con el Proyecto de I+D+i "Exclusión social y sistema penal y penitenciario: Análisis y propuestas acerca de tres realidades (Inmigración y refugio, Enfermedad mental y prisión)". PID2019-105778RB-I00. Se presentan resumidas y actualizadas algunas de las ideas expuestas en SOLAR CALVO, P., *El sistema penitenciario en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, Colección de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial BOE, 2019, pp. 391-442 y 475 y ss.

⁷¹ Destaca esta contradicción, García García, J., "Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria", 17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo, Pamplona 17 a 19 de mayo 2007, pp. 3-4. Por su parte, resume los motivos de lo que denomina "intersección entre el derecho penal y el administrativo" y, por ende, el derecho administrativo y el penitenciario, Larrauri Pijoan, E., "Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes", *Indret*, n. 2, 2016, p. 5, incluyendo entre ellos no sólo los diferentes tipos de expulsión penal y administrativa que se abordan en estas páginas, sino también la conversión de sanciones administrativas en condenas y la mayor criminalización de conductas ligadas a la inmigración.

⁷² El TC, en interpretación del art. 13 CE diferencia los derechos que por desprenderse de la dignidad humana siempre pertenecen a los extranjeros como el derecho a la vida, integridad física y moral, libertad de ideología y religión, o derecho a la tutela judicial efectiva; aquellos que nunca les pertenecerán como el

en la asignación de derechos a los extranjeros, la norma penitenciaria, además de proveerlos de derechos específicos⁷³, proclama en su art. 3 el principio de igualdad sin reservas en cuanto a la asignación y disfrute de los derechos que contempla⁷⁴.

El conflicto normativo se agrava si tenemos en cuenta que lo que es presupuesto de hecho para la aplicación de la LOGP, la entrada en prisión por comisión de un delito, también lo es para la aplicación del régimen de expulsión de la LOE y el consiguiente decaimiento del título habilitante para ser portador de derechos conforme a la normativa de extranjería. En concreto, para el caso de los extranjeros que hayan cometido un delito, la LOE establece en su redacción actual y a pesar de lo que interesadamente se pueda transmitir a la opinión pública, un régimen de expulsión administrativa severo y prácticamente inevitable, basado normalmente en dos motivos. De un lado, el del art. 57.2 LOE, que nos dice que es causa de expulsión "que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados". De otro lado, suele acompañar a la causa de expulsión del art. 57.2 LOE, el de haber cometido el extranjero la infracción del art. 53.1, a) LOE por encontrarse irregularmente en territorio español, bien por no haber realizado los trámites de renovación una vez en prisión, bien por contar con antecedentes penales que impiden la

derecho a participar en asuntos públicos del art. 23 CE; y aquellos otros que les pertenecerán o no según lo que establezcan las leyes y tratados, siendo estos últimos los de libertad personal, educación, asistencia sanitaria, trabajo, reunión, asociación, sindicación. La LOE es la que ha venido a establecer la manera en la que los extranjeros pueden acceder a la titularidad de estos últimos derechos, escogiendo como criterio su situación de regulares o no. Destacan entre otras, las SSTC 107/84, 99/85, 130/95, 95/2000, 95/2003. Analizan la cuestión, Tajadura Tejada, J., "Los Derechos y Libertades de los Extranjeros en el Ordenamiento Constitucional Español", *Anuario da Facultade de Dereito*, marzo 2014, pp. 876-885; Ríos Martín, J. C., Etxebarria Zarrabeitia, X., Pascual Rodríguez, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, pp. 812-813.

73 Especialmente, el art. 15.5 RP sobre el derecho de los extranjeros a comunicar su ingreso en prisión a las autoridades diplomáticas y consulares, el art. 41.7 RP sobre el derecho a que sus comunicaciones se organicen en igualdad con las de los internos nacionales, el art. 49.3 RP del derecho a comunicar con las autoridades diplomáticas y consulares en locales adecuados, y los apartados 2 a 5 del art. 52 RP sobre el especial derecho a información de los internos extranjeros.

74 Fernández Arévalo, L., Nistal Burón, J., *Derecho Penitenciario*, 3ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 929-930; Andrés Laso, A., Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, p. 401, quienes se remiten al art. 3 LOGP que proclama que: "La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza".

regularización⁷⁵. Infracción que en consonancia con el art. 57.1 LOE conlleva igualmente la expulsión⁷⁶. Por tanto, en referencia a los extranjeros en prisión, nos encontramos con un colectivo sobre el que la LOE y la LOGP tienen objetivos marcadamente diferenciados.

No es fácil resolver esta tensión legal. Dentro de los centros penitenciarios se apela a la relación de sujeción especial que vincula a internos y Administración Penitenciaria (A.P.) y que otorga primacía a la normativa penitenciaria⁷⁷. Paradójicamente, este vínculo que habitualmente perjudica a los privados de libertad en sus derechos, sitúa a los internos extranjeros en un estatus normativo mejor que el que les correspondería de no estar sometidos a la A. P. De este modo, un interno extranjero no regular tiene el mismo acceso a la educación, asistencia sanitaria y trabajo en el centro penitenciario que un interno nacional⁷⁸. No obstante, la utilidad de este concepto decae en cuanto el interno comienza a relacionarse más intensamente con el exterior, pues la relación de sujeción especial no sirve para solventar los problemas que la irregularidad administrativa plantea a la hora de acceder, por ejemplo, al mercado laboral. Y es que el progresivo acercamiento de los internos a la vida social normalizada pierde sentido con un colectivo concreto sobre el que recae una decisión previa de irregularidad en el medio social al que la norma penitenciaria pretende reintegrarlos. Conforme a esta lógica diabólica, la igualdad en el acceso a los permisos de salida y el tercer grado se ve también muy comprometida⁷⁹. ¿Si estos vienen a configurar y dar sentido al derecho al tratamiento del art. 4 d) RP, de qué sirve el acceso a los mismos si el fin último que pretenden, la reintegración

75 Se trata de lo que Larrauri Pijoan, E., Indret, 2016, p. 5, denomina expulsión directa e indirecta y en las que la autora expone cómo los antecedentes penales tienen una presencia reiterativa, bien para provocar la expulsión directa del art. 57.2 LOE o por la vía indirecta, impidiendo o dificultando la regularización.

76 Según este último precepto: "Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción". Por su parte, el art. 53.1 a) establece que: "Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente".

77 Sobre el concepto y sus relevantes consecuencias en el medio penitenciario, Solar Calvo, P., *"Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma"*, ADPCP, 2019, Tomo 72, conmemorativo de la LOGP, octubre 2019.

78 Específicamente para la educación, el art. 118.2 RP: "Los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales. Con este fin, la Administración Penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario".

79 Andrés Laso, A., 2016, p. 403.

social, es de partida imposible?⁸⁰ Se crea así *otro estatus* de los internos que lleva a situaciones materiales siempre o casi siempre injustas⁸¹. Veamos a qué nos referimos a través de un significativo ejemplo.

4.2. Consecuencias prácticas de esta contradicción

Como ejemplo de las disfunciones generadas por el enfrentamiento normativo expuesto, destaca muy especialmente la práctica penitenciaria habitual en lo relativo a la concesión de permisos de salida a este colectivo de internos. En un reciente estudio, LARRAURI, ROVIRA y ALARCÓN muestran que la media de internos extranjeros que acceden a un permiso a lo largo de su condena es del 20%, frente al 73% que arroja la media de permisos disfrutados por internos nacionales⁸². Esto es, el número de permisos disfrutados por internos extranjeros es muy inferior al correspondiente a internos nacionales. El menor acceso de los extranjeros que han delinquido a uno de los principales instrumentos de reinserción social –los permisos ordinarios– indica hasta qué punto la contradicción entre normativa penitenciaria y de extranjería genera ese *otro estatus* durante el cumplimiento de la condena. Esta conclusión no sólo tiene la base empírica expuesta, sino que parte de las propias técnicas de valoración actuarial que utiliza la Administración Penitenciaria.

4.2.1 Breve descripción de la técnica actuarial penitenciaria

La Tabla de Variables de Riesgo (TVR) y la Concurrencia de Circunstancias Peculiares (CCP) fueron introducidas en la Instrucción 22/96 después de la realización de diversos estudios estadísticos que establecían los factores con más peso en el éxito o fracaso de las salidas de permiso⁸³. Sucesivas instrucciones y

80 Larrauri Pijoan, E., Indret, 2016, pp. 5-12, expone la importante influencia de los antecedentes penales en la obtención de cada uno de los regímenes de residencia y autorización de trabajo y el difícil y tortuoso procedimiento administrativo y judicial al que avocan a los condenados que quieran obtener o recuperar su condición de ciudadano regular.

81 Así lo destacan Van Zyl Smit, D., Snacken, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 289, quienes exponen ese estatus diferenciado (pp. 196-199) al hilo de las Reglas Penitenciarias Europeas -Regla 13 de la no discriminación-, el art. 14 del CEDH y el Protocolo 12 que protege el disfrute de cualquier derecho establecido por ley.

82 Larrauri, E., Rovira, M., Alarcón, P., "La concesión de permisos penitenciarios", REPC, n. 20-02, 2018, pp. 15 y 19.

83 El estudio de validación y depuración de la Tabla de Variables de Riesgo en el disfrute de Permisos Penitenciarios de Salida fue dirigido en 1993 por Manuel Clemente Díaz, y se resume en Clemente Díaz, M., Validación y depuración de una tabla de variables de riesgo en el disfrute de permisos penitenciarios de salida, Madrid: Facultad de Psicología, Dep. de Psicología Social en colaboración con la Subdirección General de Gestión Penitenciaria de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, 1993. En el estudio

órdenes de servicio posteriores han tratado su corrección y actualización, siendo las Instrucciones 3/2008 y 1/2012 las que abordan de manera más intensa dicha tarea⁸⁴. En lo que nos interesa, mantienen la TVR en la extensión aplicativa que le daba la norma originaria. Es decir, para el estudio por parte de los Equipos Técnicos de las primeras salidas de permiso⁸⁵.

Comenzando por la TVR, en ella se contempla un listado de variables consideradas estadísticamente influyentes en el éxito de los permisos. Con su empleo se analiza la concurrencia o no de los factores siguientes: extranjería, drogodependencia, profesionalidad, reincidencia, quebrantamiento, aplicación de art. 10 LOGP, ausencia de permisos, deficiencia convivencial, lejanía en las fechas de cumplimiento, concurrencia o no de presiones internas. Como vemos, todos ellos guardan relación con alguno de los factores subjetivos que fundamentan la concesión o denegación de la salida de permiso y que se recogen en el art. 156.1 RP. Esto es, de alguna manera, ayudan a concretar el mayor o menor riesgo de quebrantamiento -como ejemplo, la lejanía del lugar de disfrute del permiso, la existencia de quebrantamientos previos, la apreciación de presiones internas-; el buen uso que se pueda hacer de la salida -la presencia de drogodependencia y/o presiones internas-; y el que la misma favorezca el tratamiento del interno como, por ejemplo, el fortalecimiento de los lazos familiares y sociales en caso de no existir déficit convivencial o ser éste reparable. Sin embargo, no todas las variables de la TVR tienen el mismo peso relativo en el resultado global de riesgo. Su diferente relevancia no sólo se establece de manera externa entre todos los conceptos señalados, sino que internamente, según la realidad concreta en que cada variable se manifiesta, el peso específico de la misma es mayor o menor. En concreto para la variable de extranjería, su descripción y valoración se realiza conforme a la siguiente tabla 1.

de validación se utilizó una muestra de 912 casos distribuidos en dos grupos -sujetos que no regresaron tras el permiso y sujetos que sí regresaron-. La predicción media fue de 69,52%. Asimismo el modelo clasificó correctamente un 64,52% de los sujetos que no regresaron tras el permiso y un 74,40% de los que sí regresaron. Analizan su contenido y concreta aplicación, Cervelló Donderis, V., *Derecho Penitenciario*, 4ª ed., Tirant lo Blanc, 2016, pp. 290-293. Fernández Arévalo, L., Nistal Burón, J., 2016, pp. 828-832; Daunís Rodríguez, A., "Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario", CPC, n. 120, 2016, pp. 248-271.

84 Vigente la Instrucción 1/2012, SG.II.PP., sobre salidas de permiso y salidas programadas, disponible en www.institucionpenitenciaria.es

85 En la valoración de las siguientes, y a pesar de la adaptación que pueda realizarse de la TVR a la situación del interno que ya ha salido de permiso, lo normal será la pérdida de peso de este instrumento, pues se dispone de un dato adicional que pesará mucho más en la concesión de cada nueva salida. Esto es, el uso concreto y comprobado que se haya hecho de la salida inmediatamente anterior.

Tabla 1. Extranjería, descripción y valoración	
I. Extranjería	0. <i>Tener nacionalidad española/ No nacional casado con nacional, con 3 años de convivencia en territorio nacional de forma normalizada, en situación de libertad/ No nacional asentado en territorio nacional con permisos de trabajo y residencia durante 5 años.</i> 1. <i>Perteneciente a país de la CE con buena vinculación y apoyo institucional.</i> 2. <i>No nacional que durante el permiso presenta una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelen durante el mismo.</i> 3. <i>Sin vinculación en el territorio y sin tutela acreditada, ni solvente.</i>

En segundo lugar, en cuanto al informe CCP, trata de objetivar las variables que el propio art. 156 RP destaca como especialmente determinantes en la valoración sobre la oportunidad o no de proponer una salida de permiso -peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o, en general, existencia de variables cualitativas desfavorables-⁸⁶. En concreto, se consideran circunstancias peculiares que el tipo delictivo cometido lo sea contra las personas, de violencia de género o contra la libertad sexual; que el interno pertenezca a organización delictiva, banda armada u organización de carácter internacional; que el delito tenga trascendencia social por apreciarse especial ensañamiento, pluralidad de víctimas o que éstas sean menores de edad o personas desamparadas; que resten más de cinco años para las tres cuartas partes de condena; que el interno sufra algún trastorno psicopatológico con mal pronóstico de reinserción social o ausencia de apoyo exterior; y, especialmente relevante en el análisis que realizamos, que exista expediente administrativo de expulsión en caso de que el interno sea extranjero -circunstancia añadida por la Instrucción 1/2012-. De este modo, la valoración conjunta de los resultados ponderados de la TVR y la presencia o no de alguna de las circunstancias descritas es la que finalmente sirve de fundamento para motivar o denegar la salida de permiso.

El mecanismo actuarial descrito tiene de positivo que permite objetivar el proceso de decisión que se sigue para la concesión o denegación a un interno de una salida de permiso. Las técnicas actuariales ayudan a restringir la amplitud de la norma penitenciaria y aportan parámetros conforme a los que aplicar los

⁸⁶ LARRAURI, E., ROVIRA, M., ALARCÓN, P., *RECPC*, 2018, p. 4.

criterios tan ampliamente subjetivos que contempla⁸⁷. Sin embargo, se trata de un mecanismo que impone cierto automatismo valorativo, que encaja mal con la filosofía de fondo que inspira nuestro sistema penitenciario y que no es otra que el análisis individualizado de la situación de cada condenado⁸⁸.

4.2.2. El peso de la variable de extranjería

El máximo exponente de este automatismo valorativo que la técnica actuarial penitenciaria impone, lo constituye el caso del empleo de la variable de extranjería en la TVR. Su concurrencia, en cualquiera de sus variables, aumenta considerablemente el riesgo de quebrantamiento o mal uso del permiso, con un peso relativo muy superior al del resto de los factores. De manera que, irremediablemente, de tenerse en cuenta esta variable, el resultado total de la tabla se moverá entre el 85 y el 100% de riesgo de quebrantamiento. Lo anterior con independencia de que la concreta situación de arraigo del interno extranjero en nuestro país pueda no sólo minimizar, sino incluso anular cualquier intento de fuga. Como ejemplo prototípico, imaginemos el caso de un interno al que la TVR le asigna un 2 por ser no nacional que durante el permiso presenta una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelan durante el mismo, y que no cuenta con arraigo en su país. Al introducir el número 2 en la variable de extranjería, el resultado de la TVR será de 95% de riesgo de quebrantamiento. Sin embargo, analizada la realidad del caso, el riesgo de que el interno huya durante el permiso a su país de origen es mínimo. Es decir, la TVR y el informe CCP se construyen en torno a una parte de los datos que definen la situación del interno y les adjudican un riesgo de manera automática, sin permitir matizaciones capaces de plasmar la verdadera situación en la que dichos internos se encuentran. Y ello, no olvidemos, con efecto doble en cuanto a la extranjería, que se valora tanto para la obtención del resultado de la TVR, como en el informe CCP, en tanto que circunstancia adicional a dicho resultado en caso de concurrir expediente administrativo de expulsión.

⁸⁷ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, p. 245. Según la definición de MARTÍNEZ GARAY, L., "La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad", *InDret*, n. 2, 2014, p. 7, "El enfoque centrado en la valoración del riesgo, que es el propio de los procedimientos de predicción estructurados (ya sean actuariales o de juicio clínico estructurado), se basa en las correlaciones existentes entre factores de riesgo claramente establecidos, y el criterio a predecir, también definido con precisión: determinado tipo de comportamiento, violento y/o delictivo, relaciones que estarían demostradas empíricamente o, al menos, serían estadísticamente significativas. Como cada tipo de conducta tiene sus propios predictores específicos, se afirma que la capacidad predictiva cuando se procede de esta manera aumenta considerablemente".

⁸⁸ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 131 y ss., sobre la aplicación de esta técnica actuarial a las penas de larga duración.

El análisis crítico expuesto adquiere mayor relevancia si tenemos en cuenta la falta de fiabilidad predictiva de estas técnicas actuariales⁸⁹. A pesar de que se destaca la mayor precisión alcanzada por las mismas en los últimos años en la detección y prevención de la peligrosidad o el riesgo de comisión de delitos violentos⁹⁰, el estudio realizado por MARTÍNEZ GARAY alerta sobre la altísima tasa de falsos positivos que implican. Así, "lo que se observa en esta tabla es que los pronósticos de peligrosidad tienen un grado elevado de acierto cuando concluyen que el sujeto es poco peligroso, mientras que yerran mucho más cuando afirman la elevada peligrosidad del sujeto"⁹¹. Esto es, sobre la base de su condición de extranjeros, se limita enormemente que estos participen de los instrumentos de reinserción que la normativa penitenciaria contempla, cuando sin embargo, el verdadero riesgo que ello supone para la seguridad, es también muy limitado.

En este contexto, cada vez son más los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que valoran esta variable de extranjería considerando el verdadero arraigo del interno. Así, el AAP de Córdoba de 13.10.15, que concede un permiso a un interno extranjero en situación irregular y con expulsión decretada, teniendo en cuenta su arraigo familiar en España⁹²; y el AJCPV de 14.4.16 (Recurso de Apelación n. 223/2016, Expediente n. 543/ 11-1), que autoriza la salida de permiso a un interno que cuenta con el apoyo social de Pastoral Penitenciaria, a pesar de concurrir el 100% de riesgo de quebrantamiento en la TVR. Igualmente, y en relación con los resultados de la TVR, destacan resoluciones judiciales como el AAP Santander Secc. 1ª de 22.09.17 (Expediente n. 454/17), que, en la línea doctrinal que exponemos al profundizar su estudio, avisan de los falsos positivos que estas tablas estadísticas conllevan.

En definitiva, se impone una modificación de las técnicas actuariales descritas y su excesivo automatismo en materia de extranjería. Las propuestas que a continuación se enumeran tratan de contribuir a ello.

⁸⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, p. 256.

⁹⁰ ANDRÉS-PUEYO, A., ILLESCAS REDONDO, S., "Predicción de la Violencia: Entre la Peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia", *Papeles del Psicólogo*, 28 (3), 2007, pp.157-173.

⁹¹ MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, 2014, p. 24.

⁹² *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, SG.II.PP., Madrid, 2016, pp. 319-321. En términos similares el AAP Madrid, Secc. 5ª de 20.01.11; AJVP de Ciudad Real de 30.10.14 y el AJVP de Ceuta de 15.12.06, disponibles en *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2015. Volumen dedicado a los permisos penitenciarios*, SG.II.PP., Madrid, 2016, pp. 261-262, 314 y 320-321, respectivamente.

4.3. Propuestas de mejora. El regreso a la sociedad en igualdad de condiciones

4.3.1. Avances en el ámbito europeo

El automatismo valorativo tendente a la expulsión de quienes han sido condenados a pena privativa de libertad no sólo se opone, en los términos descritos, a la lógica de individualización del sistema penitenciario, sino que se enfrenta a la propia jurisprudencia europea especialmente activa en esta materia. El repaso de las resoluciones más relevantes emitidas tanto por el TEDH como por el TJUE al respecto, nos va a permitir alcanzar una mejor idea del grado de la contradicción a la que hacemos referencia.

En el ámbito más amplio del Consejo de Europa destaca el *Caso Albarracín*. El supuesto de hecho presentaba a una exinterna argentina a la que se le había decretado la expulsión vía art. 57.2 LOE, a pesar de tener una hija española. La STC 186/2013, de 4 de noviembre, no tuvo en cuenta las circunstancias de arraigo que concurrían en el caso para revocar dicha expulsión. Finalmente, nuestro Gobierno, frente a la condena que preveía, se vio en la obligación de realizar la Declaración Unilateral del Reino de España de 27 de noviembre de 2014 ante el TEDH, en la que reconocía el error y la desproporcionalidad de su decisión por infracción del art. 8 del Convenio Europeo. En el contexto europeo más concreto de la Unión, se está produciendo una evolución jurisprudencial muy interesante y progresiva en el nivel de protección del extranjero irregular. Por su importancia, destacamos la STJUE de 13 de septiembre de 2016, en el *Caso Rendón*, la STJUE de 10 de mayo de 2017 que profundiza en la anterior y la STJUE de 8 de mayo de 2018.

En el *Caso Rendón*, la STJUE de 13 de septiembre de 2016 declaró contraria a los arts. 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento la normativa nacional que permite una decisión automática de no renovar la residencia a extranjeros que tengan antecedentes penales si, como sucedía en el supuesto concreto, el extranjero condenado cuenta con hijos nacionales de Estados miembros dependientes del mismo. Ello al considerar que dicha normativa conculca el derecho a residir y circular libremente en el territorio de la UE del menor europeo dependiente económicamente de dicho extranjero. Avanzando en el mismo camino, la STJUE de 10 de mayo dio un paso más y estableció que esa dependencia puede apreciarse incluso en los casos en que el progenitor comunitario contribuya a la manutención del menor. Por su parte, la STJUE (Asunto C-82/16 contra Bélgica), de 8 de mayo, consolida con paso firme la

senda jurisprudencial de reconocimiento del derecho a la libre circulación e, indirectamente, el derecho a la intimidad y vida familiar de los ciudadanos europeos, pues establece la obligación de realizar dichas valoraciones de dependencia, arraigo e intimidad familiar, no sólo para los supuestos de irregularidad administrativa y/o comisión de delito, sino incluso en los casos en los que se ha llevado a cabo la medida de expulsión, concurre prohibición de entrada y esta puede deberse a motivos de orden público. El interés de la resolución merece una mayor profundización.

El proceso parte de la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de lo Contencioso-Administrativo para Asilo e Inmigración de Bélgica. En el supuesto de hecho que se presenta, se habían dictado decisiones de retorno a sus países respectivos, acompañadas de decisiones de prohibición de entrada en territorio belga, contra una serie de nacionales de países de fuera de la UE que residían en Bélgica. Posteriormente, los afectados presentaron solicitudes de permiso de residencia amparándose en su condición de familiares de nacionales belgas. Las autoridades belgas no examinaron dichas solicitudes basándose en que las resoluciones de prohibición de entrada en el territorio aún estaban vigentes. La cuestión prejudicial plantea si esta práctica nacional atenta contra el Derecho de la Unión –especialmente, el art. 20 TFUE, sobre la ciudadanía de la Unión-. De acuerdo con la STJUE de 8 de mayo, la obligación de los nacionales de países de fuera de la UE de abandonar el territorio de la Unión puede poner en peligro el efecto práctico de la ciudadanía de la Unión. Es lo que sucede cuando, por la existencia de una relación de dependencia familiar entre una persona de fuera de la UE y un ciudadano de la UE, el cumplimiento de esa obligación lleva a que el segundo se vea obligado en la práctica a acompañar al primero y a abandonar él mismo el territorio de la unión. El Tribunal precisa que esa relación de dependencia habrá que valorarla a la luz de cada caso, estableciendo en términos generales una diferencia a razón de si los ciudadanos de la Unión son adultos o niños.

Sin embargo, lo que supone un auténtico avance respecto de otras resoluciones anteriores, son los siguientes razonamientos. En concreto, resulta indiferente que la relación de dependencia haya surgido después de que se adoptara la decisión de prohibición de entrada en el territorio; no es relevante que la decisión de prohibición de entrada en el territorio sea ya definitiva en el momento en que se solicite la reagrupación familiar; y tampoco es determinante que la prohibición de entrada en el territorio de la Unión se halle en el incumplimiento de una obligación previa de retorno. Es más, tampoco las razones de orden público pueden llevar automáticamente a la denegación a los

nacionales de países de fuera de la UE del derecho de residencia derivado. En estos casos, sólo se podrá denegar el derecho a la residencia cuando el análisis concreto de cada asunto indique que los nacionales de fuera de la UE constituyen una amenaza real, actual y lo suficientemente grave para el orden público. Sin duda, una interpretación del máximo órgano judicial europeo que hace tambalear los criterios utilizados por el legislador español al redactar el art. 89 CP vía LO 1/2015. Mientras que el TJUE considera cada vez más relevante el arraigo como criterio definitorio de la viabilidad de una expulsión, nuestro legislador prescinde de la traducción normativa de ese arraigo –la concurrencia o no de regularidad administrativa– para permitir la expulsión de quien es regular.

Por último, en el contexto de esta evolución protagonizada por el TJUE, pero de relevancia mayor por afectar a una norma nacional, destaca la STJUE de 7 de diciembre de 2017. Como apuntamos al inicio, el art. 57.2 LOE nos dice que es causa de expulsión “que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”. A simple vista, se trata de un precepto controvertido por la posible infracción del principio *non bis in ídem* que plantea⁹³. Pero más allá de este aspecto, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Pamplona planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE⁹⁴, por la falta de encaje del precepto con la normativa europea. La misma se basa en la contradicción del art. 57.2 LOE con el art. 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Ello en la medida en que el precepto nacional no permite tener en cuenta cuestiones de arraigo en la valoración sobre la

⁹³ MOYA ESCUDERO, M. (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares. Granada, 2001, p. 854, critica la posible infracción que supone del *non bis in ídem*, pues se castiga penal y administrativamente concurriendo identidad de sujeto, hecho y fundamento. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Top manta, ayuda a la inmigración irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311bis, 318bis, 89 y 108 CP” en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), ANTÓN BOIX, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 92, apunta que: “Si bien el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 236/2007 declaró que la expulsión por antecedentes una vez cumplida la condena no supone una vulneración de la prohibición constitucional de doble sanción por la supuesta diferente finalidad de la pena y de la expulsión administrativa por antecedentes, no cabe duda de que esta previsión y la práctica actual de expulsar tras el cumplimiento, niegan toda posibilidad de reinserción en nuestro país y, de facto, se percibe como una doble condena”. De una manera crítica similar, LARRAURI PIJOAN, E., *Indret*, 2016, pp. 12-16, quien además, destaca lo inadecuado de que por la vía de la expulsión administrativa se alcance lo que en sede penal no se ha decretado (p. 13). Con carácter general, sobre la prohibición de *bis in ídem* en el ámbito mixto administrativo/penal, DÍAZ LÓPEZ, J.A., “Non bis in ídem: difusa garantía del orden jurídico penal tras los atentados del 11-M”, *Diario La Ley*, n. 7018, 2008, pp. 1-8.

⁹⁴ *Diario La Ley*, n. 8902, Sección Jurisprudencia, 17.01.17.

expulsión de dicho tipo de residentes, que la norma europea exige valorar. En la línea que hemos descrito, la STJUE de 07.12.17 resolvió que efectivamente un Estado miembro no puede expulsar a los extranjeros residentes de larga duración por el simple hecho de haber cometido un delito castigado con pena de prisión superior a un año, sino que el Estado habrá de valorar "la duración de la residencia en su territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen"⁹⁵. Con ello, y a diferencia de los supuestos anteriormente descritos, la confrontación normativa no es de carácter interpretativo, sino que se basa en una contradicción directa que el TJUE aprecia entre la normativa europea y un precepto de nuestra normativa nacional.

De hecho, así lo recoge la última de las resoluciones europeas que destacamos. Volviendo al principio del apartado, al ámbito específico del Consejo de Europa, y esta vez sí, habiendo incurrido en la condena que quiso evitar en el *Caso Albarracín*, la STEDH 135/2018, de 27 de noviembre, en el Caso S. y B. contra España, condena a esta última por violación del art. 8 del Convenio Europeo. Lo anterior teniendo en cuenta el contenido literal del art. 57.2 LOE, pues, tal y como refiere el TEDH "el Tribunal no puede aceptar la tesis del Gobierno según la cual el equilibrio entre el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el respeto del orden público ya fue realizado por el poder legislativo con la aprobación del art. 57.2 LOE, que prevé al expulsión en el caso de condena penal por un delito intencional castigado con una pena de prisión de más de un año. En este sentido, el Tribunal recuerda que la naturaleza y gravedad del delito cometido por un extranjero sólo es uno de los criterios que deben ser considerados por las autoridades nacionales en la valoración de la necesidad de una orden de expulsión en relación con los derechos protegidos por el art. 8 del Convenio".

Como no podía ser de otro modo, las resoluciones comentadas han provocado importantes consecuencias en el ámbito judicial nacional. Así, cada vez son más las resoluciones judiciales que exigen que las resoluciones de expulsión, aún las motivadas por comisión de delito del art. 57.2 LOE, han de tener en cuenta la concreta situación de arraigo de los extranjeros afectados⁹⁶. No

⁹⁵ *Diario La Ley*, n. 9098, Sección Jurisprudencia, 12.12.17, p. 2.

⁹⁶ Como ejemplo de resoluciones nacionales, destacan la STSJ de Galicia n. 127/2015, de 04.03.15 y la STSJ de Canarias Tenerife n. 42/2015, de 13.03.15, disponibles en *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, ob. cit., pp. 233-248 y 248-250, respectivamente. En términos similares el AAP Madrid, Secc. 5.ª de 20.01.11; AJVP de Ciudad Real de 30.10.14 y el AJVP de Ceuta de 15.12.0624. Igualmente, en aplicación específica de la STJUE de 10 de mayo de 2017 antes comentada, la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo n. 1 de Cantabria de 13.12.17 obliga a la Delegación de Gobierno de Cantabria a admitir a trámite la solicitud de revocación de la resolución de expulsión administrativa decretada vía art. 57.2 LOE, a pesar de encontrarse ya firme y para valorar si en el caso concreto se dan las circunstancias de dependencia económica que el

obstante, la normativa en materia de extranjería, en especial el art. 57.2 LOE, no ha sido modificado en los términos que esta evolución jurisprudencial requiere. Lejos de ello, si atendemos a las últimas modificaciones del CP en la materia, entre las que el art. 89 CP es la máxima referencia, la tendencia del legislador es la de continuar primando la expulsión de quien ha delinquido por encima de otras valoraciones relativas al arraigo que, a fecha de hoy, se siguen considerando secundarias por los operadores jurídicos.

4.3.2. La necesaria adaptación nacional

Dentro del contexto descrito, y en tanto no se producen las modificaciones normativas oportunas y los necesarios cambios en los instrumentos de trabajo de los operadores jurídicos –especialmente, la técnica actuarial antes abordada–, es fundamental que la práctica penitenciaria asuma los postulados de la jurisprudencia europea marcando un modo de trabajo con los internos extranjeros que supere la antinomia que define su régimen jurídico⁹⁷. Para ello, se realizan las siguientes propuestas.

En primer lugar, en el momento de valorar por parte de una Junta de Tratamiento si un interno aporta garantías suficientes para realizar una salida de permiso, es prioritario que en todos aquellos casos de internos extranjeros con arraigo, se minimice el resultado de la aplicación de la variable de extranjería en la TVR. Sólo de este modo los internos extranjeros podrán participar de los instrumentos de reinserción en igualdad de condiciones con los internos nacionales. En segundo lugar, de acuerdo con la Instrucción 1/2012 "cuando el informe final sea discordante con los resultados obtenidos en la TVR se motivará especialmente el acuerdo". De modo que, cuando concurren circunstancias de arraigo en el interno (familia o tutela suficiente comprobada), se habrá de adjuntar informe correspondiente que explique la sobrerrepresentación de la variable de extranjería en cada caso concreto y que aporte elementos de juicio suficientes a quien decide sobre la definitiva concesión del permiso.

TJUE reconoce como determinantes. Repasan parte de esta evolución, PALOMAR OLMEDA, A., "La reformulación de la doctrina en materia de derechos de los extranjeros en España: los avances de la jurisprudencia", *Diario La Ley*, n. 9064, Sección Doctrina, 19.10.17; SOLAR CALVO, P., "¿Expulsión automática de extranjeros delincuentes?", *AJA*, n. 932, 2017, p. 10; "Europa y extranjeros peligrosos: reflexión acerca de la reciente STJUE de 8 de mayo", *AJA*, n. 941, 04.06.18. De manera más extensa en "Expulsión de extranjeros versus arraigo en la UE", *Revista Aranzadi Unión Europea (RUE)*, n. 12, diciembre 2018.

⁹⁷ La nota orientativa emitida por la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social, de 23.09.20, sobre la interpretación de la variable de extranjería de la TVR, camina en esta dirección.

Avanzando en las fases de cumplimiento, y los restantes mecanismos penitenciarios tendentes a la reinserción, es necesario recuperar la vigencia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 para la regularización administrativa de los internos a efectos de trabajo durante el cumplimiento de la condena en los términos que establece la reciente Instrucción 3/2019, sobre normas generales sobre internos extranjeros⁹⁸. Lo anterior aplicado no sólo a la regularización que permite a los internos trabajar en los talleres productivos de un centro penitenciario, sino incluyendo también la regularización necesaria para que puedan trabajar durante el tercer grado y el periodo de libertad condicional.

A su vez, para el tiempo posterior al cumplimiento, se propone dar auténtica relevancia normativa al pronóstico de inserción social que se emite en el momento del acceso a la libertad condicional (art. 67 LOGP). De tal manera que, de ser este pronóstico favorable, el mismo se tenga en cuenta en los procesos de regularización administrativa de los internos extranjeros una vez cumplida la condena⁹⁹. De este modo, se daría una solución a la situación de expulsabilidad en la que actualmente se encuentran los internos extranjeros con arraigo en España, que permanecen en nuestro país tras el cumplimiento de condena. A la par, la labor que los Equipos Técnicos hubieran desarrollado teniendo en cuenta el arraigo del extranjero en nuestro país, adquiriría pleno sentido una vez accediera a la libertad. La propuesta que realizamos no resulta tan descabellada si tenemos en cuenta las previsiones de la propia LOE y la nueva naturaleza que la libertad condicional parece adquirir tras la LO 1/2015. En este sentido, el art. 31.7 a) LOE establece que para la renovación de la residencia temporal, se valorará la concurrencia de "antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad". Por ello, dado que la libertad condicional se transforma en suspensión de condena, parece que es la propia LOE la que invita a que un periodo de libertad condicional satisfactorio, con cumplimiento de las condiciones impuestas y sin comisión de nuevo delito, pueda tenerse en cuenta a efectos de regularización administrativa. De manera que, una vez se remita la condena definitivamente por haberse satisfecho las medidas impuestas durante la libertad condicional, se considere que efectivamente

⁹⁸ Instrucción 3/2019, sobre normas generales sobre internos extranjeros, pp. 22 y ss.

⁹⁹ Idéntica propuesta en ORTIZ GONZÁLEZ, A. L., "Prisión, Extranjería, Reeducación y Reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles", (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional), *CDP*, n. 16, 2008, p. 24-29; SOLAR CALVO, P., "Globalización y Derecho Penitenciario", *Revista La Ley Penal*, n.º 74, septiembre 2010, p. 64 y "Régimen Penitenciario de Extranjeros (...)", *Legal Today*, 2015; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 402; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 933.

concorre el pronóstico de inserción favorable emitido y éste se dé por bueno a efectos de regularización.

Por último, y ante las dificultades de proponer indultos relativos a los antecedentes penales¹⁰⁰, pensamos en la posibilidad de indultos penales o penitenciarios (art. 206 RP) del tiempo legalmente requerido para la cancelación de dichos antecedentes. La base normativa para ello es la misma que la de la anterior propuesta, el art. 31.7 a) LOE y la importancia que otorga al mecanismo del indulto. Sin duda, aunque seguiría siendo complicado obtener la regularización generalizada de los extranjeros que hubieran cumplido condena en términos satisfactorios desde el punto de vista de su reinserción social, esta propuesta ayudaría a conseguir la renovación de las autorizaciones de regularización de aquellos internos que ya hubieran contado con alguna carta de regularización¹⁰¹.

La idea general que subyace a todas estas propuestas consiste en apostar por el estudio individualizado de la situación de los internos extranjeros, que evite generar ese *otro estatus de cumplimiento* al que el inicio aludimos. Ello en plena concordancia no sólo con la jurisprudencia europea descrita, sino también con la filosofía de base de nuestro propio sistema penitenciario.

¹⁰⁰ La STS 165/2012, de 20.02.13, pone en cuestión esta posibilidad.

¹⁰¹ Propuesta que se desarrolla en SOLAR CALVO, P., "Teoría y práctica del indulto penitenciario", en *El indulto: pasado, presente y futuro*, MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), B d F, 2019, pp. 567-611.

5

SOBRE LA NECESIDAD DE REPLANTEAR LAS RELACIONES ENTRE INMIGRACIÓN Y DELINCUENCIA: PROFUNDIZAR EN UNA VERDAD PARA RECHAZAR UNA MENTIRA

*Leopoldo Puente Rodríguez**

5.1. Introducción

Resulta complejo y delicado abordar la relación existente entre la población migrante y la delincuencia. Solamente declarar el propósito de hacerlo, como se hace en el título de este trabajo, despierta ya un cierto, y probablemente inevitable, recelo. Sin embargo, la razón de que estas páginas hayan sido escritas reside en que ceder a la incomodidad en este punto solo sirve para convertir el tema en un tabú. Sucede, no obstante, que rehuir un tema delicado e importante como este, paradójicamente, no solo no evita la estigmatización del colectivo migrante por parte de algunos discursos malintencionados, sino que cierra la puerta a una de las estrategias más prometedoras para hacer frente a esta clase de ideas más o menos racistas y xenófobas: conocer la verdad y explicarla. Quien, como el autor de estas páginas, se encuentre firmemente convencido de que no hay un «fondo maligno» en la población migrante y de que el delito es originado (muy esencialmente) por la sociedad en la que se produce no debe tener miedo a profundizar en esta verdad y estudiarla. Solo quien, en el fondo, teme encontrar una realidad difícil de explicar puede rechazar esta estrategia.

En un trabajo anterior defendí que, por supuesto, la población migrante delinque en mayor medida que la población nacional¹⁰². Ello, claro está, no por

* Doctor en Derecho. Ayudante en el Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹⁰² PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Inmigración y delincuencia: medias mentiras frente a medias verdades», *Sistema Penal Crítico*, n.º 1, 2020, pp. 165-178 [disponible en abierto en: <https://multisite.usal.es/wp-content/uploads/spc2020/164/>].

una *natural* tendencia al delito, sino como consecuencia de una exclusión *social* que, inevitablemente, conduce a que la población migrante, en mayor medida que la nacional, se vea empujada a delinquir¹⁰³. En el mencionado trabajo se defendía, en síntesis, la idea que se esbozará ahora brevemente (y se suministraban también algunos datos para sostenerla). El pensamiento político criminal progresista se sustenta, hoy en día, en un pilar compuesto, entre otros, por tres axiomas: la exclusión social y económica es una de las principales causas de la delincuencia, todas las personas (con independencia de nuestra nacionalidad) somos *esencialmente* iguales y la población migrante es excluida en mayor medida que la población nacional. Si estas tres afirmaciones son ciertas (y quien firma este artículo lo cree intensamente) es inconsistente, desde una perspectiva lógica, defender que la población migrante no delinque más. El precio de sostener esta última afirmación no es otro que poner en tela de juicio, al menos, una de las tres afirmaciones precedentes. Y no se alcanza a ver qué hay de progresista en negar que la pobreza empuje fuertemente al delito, que todos los seres humanos seamos esencialmente iguales o que, por desgracia, la población migrante en nuestro país esté excluida de un modo inaceptable.

Las siguientes páginas no pretenden ser una reiteración del trabajo citado, sino una profundización en él. En el anterior se sostenía que no había nada de raro en que la población migrante (que, como la nacional, delinque más cuanto más excluida se halla, pero que se encuentra más excluida que la nacional) cometiera más delitos. De lo que se trata ahora es de suministrar algunos datos que confirman la idea de que la causa de la mayor tasa de delincuencia en la población migrante no obedece a la nacionalidad de quien comete el delito, sino a otras variables, y de ofrecer alguna línea de investigación que, si fuera desarrollada por alguna institución pública, podría constituir una vía interesante para luchar frente a los discursos racistas que, aún hoy, se encuentran presentes en nuestra sociedad.

Para todo ello, este trabajo se encuentra compuesto por otros cuatro apartados. El último no son más que unas conclusiones recopilatorias. Los otros tres, por orden, se dedican a constatar que el hecho de la mayor delincuencia de la población migrante no es discutible (sí, sin duda, el dato concreto que pretenda

¹⁰³ Tiene razón, por tanto, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», *InDret*, n.º 3, 2009, p. 14, cuando sostiene con precisión que «[e]l inmigrante irregular se ve atrapado en las redes del Derecho penal en primer lugar por inmigrante y por irregular, pero también por pobre y por excluido social. O quizá hubiera que invertir los términos, pues en último extremo no es la extranjería sino la pobreza el hecho diferencial» [disponible en abierto en: <https://indret.com/inmigracion-derechos-humanos-y-politica-criminal-hasta-donde-estamos-dispuestos-a-llegar/>].

reflejarlo), a profundizar en este hecho para mostrar algunos datos consistentes con la hipótesis de este trabajo y, por último, a señalar lo lamentablemente poco estudiada que se encuentra la cuestión del sujeto migrante como víctima del delito (y no como su autor).

5.2. Un hecho incontrovertible y razonable

La población migrante delinque más. Si el colectivo migrante, como la población española, delinque más cuanto más excluido está y se encuentra más excluido, no puede ser de otra forma¹⁰⁴. Lo extraordinario (e ilógico) sería lo contrario. Sin embargo, es evidente que esta realidad resulta incómoda y delicada. No es extraño que, con malintencionados propósitos, se defienda ese dato bruto con la intención clara de vincular el delito a la mera condición de ser migrante. Seguramente por ello, con el propósito de hacer frente a estos discursos, suele rechazarse este hecho¹⁰⁵. La negación de esta realidad es, en definitiva, una vía abreviada para evitar alimentar posibles discursos indeseables. Sin embargo, es una vía errada por la sencilla razón de que la verdad es bastante evidente en este punto.

La doctrina (y lo digo con un propósito meramente descriptivo, en ningún caso peyorativo) ha adoptado en el marco de este debate una estrategia, que se emplea en otras ocasiones en el ámbito político o jurídico, que puede calificarse de «trilerismo dogmático» (en alusión al juego en el que se debe encontrar una «pelotita» escondida en uno de varios cubiletes que se mueven sin parar). Para rechazar la respuesta afirmativa a una pregunta (¿delinque, obviamente, en términos relativos, en mayor medida la población migrante que la nacional?), se responde negativamente a una pregunta distinta (¿comete, en términos

¹⁰⁴ Y ocultar ese hecho produce también un pernicioso efecto: se desplaza del centro del debate la lamentable situación en la que buena parte de la población migrante se encuentra en nuestro país. Al reconocer a su situación marginal un papel esencial a la hora de explicar su pauta de criminalidad, se pone sobre la mesa un problema que, de otro modo, permanece bajo la alfombra.

¹⁰⁵ La forma más extrema de negación de esta realidad se puede encontrar en GARCÍA ESPAÑA, E., «Más inmigración, menos delincuencia», *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18, 2019, pp. 197 y ss., que sostiene, justamente, la idea contraria a la que se defiende en este trabajo: que la población migrante no solo no delinque más que la nacional, sino que lo hace en menor medida [disponible en abierto en: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30493>]. Apunta también en esta dirección MIRÓ LLINARES, F., «Política comunitaria de inmigración y política criminal de España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10, 2008, p. 8 [disponible en abierto en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-05.pdf>]. Vid., para una crítica de sus razonamientos que, por razones de espacio, no puedo ahora reproducir, PUENTE RODRÍGUEZ, L., 2020, notas 9 y 10.

absolutos, más delitos la población migrante que la población nacional?)¹⁰⁶. Lo cierto, como parece claro expuesto en estos términos, es que no hay ninguna contradicción entre sostener que los migrantes cometen más delitos y que, sin embargo, no cometen la mayor parte de los delitos. Ello por la sencilla razón, fácilmente aprehensible, de que la población migrante constituye solo una pequeña parte de la población de nuestro Estado¹⁰⁷.

Veamos algunos datos que refuerzan esta idea. En el año 2019 (último año, en este momento, para el que hay datos oficiales al respecto sobre los ámbitos que vamos a comparar) la población extranjera en España constituía un 10,7% del total¹⁰⁸. Por su parte, ese mismo año el porcentaje de población penitenciaria extranjera en prisiones españolas era un 28,14%¹⁰⁹. En cualquier caso, se ha señalado por la doctrina que, por diversas razones (muchas compartibles), el dato de la población penitenciaria no es quizás el más adecuado para efectuar una valoración de la tasa de delincuencia de la población migrante¹¹⁰. Comparemos,

¹⁰⁶ En ocasiones esta segunda pregunta se formula de modo distinto: ¿siempre que aumenta la inmigración aumenta la delincuencia en general? A los efectos que ahora nos ocupan, el problema es el mismo. Se trata de una pregunta distinta cuya respuesta no condiciona a la de la primera pregunta. Es perfectamente posible que la población migrante delinca más y que no siempre un aumento de la población migrante repercuta en un crecimiento generalizado de la delincuencia. La razón es clara: la nacionalidad no es el único factor relevante para explicar la delincuencia (de hecho, no es uno especialmente importante). Si se analizan distintos períodos históricos en los que hay una diversa situación económica o una pauta distinta de consumo de droga en una sociedad (pensemos en momentos de consumo especialmente abundante de heroína), la delincuencia en términos generales crecerá o disminuirá con independencia de la población migrante. Pero eso no dice nada acerca de «qué parte» de esos delitos «corresponde» a la población autóctona y cuál a la extranjera.

¹⁰⁷ A 1 de enero de 2021, según datos del Instituto Nacional de Estadística, la población extranjera constituye un 11,4% del total de la población inscrita en el Padrón Continuo. [Información disponible en el siguiente enlace: https://www.ine.es/prensa/pad_2021_p.pdf].

¹⁰⁸ Avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2021. Instituto Nacional de Estadística [Información disponible en el siguiente enlace: https://www.ine.es/prensa/pad_2021_p.pdf].

¹⁰⁹ *Anuario Estadístico del Ministerio de Interior, 2019*. [Información disponible en el siguiente enlace: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario+Estad%C3%ADstico+del+Ministerio+de+Interior+2019/81537fe0-6aef-437a-8aac-81f1bf83af1a>]. Esta tendencia, por cierto, es la misma (incluso más pronunciada) en otros muchos países. La sobrerrepresentación del migrante en prisión no es un «hecho diferencial» español, más bien se podría decir que disponemos aquí de una sobrerrepresentación bastante menos pronunciada que la que existe en otros países como, Austria, Suiza, Grecia, etc. Vid., al respecto, PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, nota 11. Conviene alertar, en cualquier caso, de que la comparación de las distintas poblaciones penitenciarias de distintos países es una tarea metodológicamente muy compleja y que se debe desarrollar con cautela. Así lo señalan PÉREZ CEPEDA, A. I. y BENITO SÁNCHEZ, D., «Estudio de los instrumentos existentes para medir la delincuencia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15, 2013, p. 28 [disponible en abierto en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-08.pdf>].

¹¹⁰ Señala BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Pamplona, Aranzadi, 2016, Capítulo 2, apartado II, que «la tasa de preventividad, la mayor duración de las penas de prisión impuestas a las personas extranjeras o la mayor propensión a la prisión por impago de multa son condicionantes que, aunque no los agoten, influyen en los motivos por los que mientras que los extranjeros representan poco más del 10% de los habitantes de España, suponen más del 30% de las personas privadas de libertad en las prisiones españolas. A ello hay que añadir otros elementos como la

pues, con un dato diferente: el de las condenas firmes que recayeron ese mismo año. Vemos así que en 2019 (recordemos, año en el que la población extranjera constituye un 10,7% de la residente en España) de todas las condenas firmes el 25% del total recayeron sobre personas extranjeras¹¹¹. Prescindiremos ahora de mostrar estos mismos datos en relación con el número de detenciones policiales y ello porque, por distintas causas, estos datos parecen menos fiables¹¹². En cualquier caso, la sobrerrepresentación en ellos de la población extranjera sería todavía mayor¹¹³. Por ello, y con independencia de las causas que lo expliquen, se puede concluir con MONTERO PÉREZ DE TUDELA que «los extranjeros son más a menudo detenidos por la policía, más a menudo condenados y más frecuentemente condenados a penas privativas de libertad»¹¹⁴.

dificultad para obtener permisos penitenciarios o acceder al tercer grado». [En esta y las siguientes referencias a esta obra no se referencia la página concreta porque ha sido consultada en un formato electrónico sin paginar. En cualquier caso, se indica en capítulo y apartado en el que se encuentran las palabras e ideas reseñadas].

¹¹¹ Datos obtenidos de «Estadística de Condenados. Año 2019» (Instituto Nacional de Estadística) [información disponible en el siguiente enlace: https://www.ine.es/prensa/ec_am_2019.pdf].

¹¹² En cualquier caso, conviene dejar señalado que, como apunta BOZA MARTÍNEZ, 2016, Capítulo 2, apartado II, «las posibilidades de ser detenido por la Policía sin que de la detención resulte posteriormente una condena penal son superiores para una persona extranjera que para una persona española, lo que podría poner en evidencia que las detenciones de inmigrantes se practican con bases probatorias más débiles». Todo ello podría guardar relación con lo señalado por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Los requerimientos de identificación racistas y detenciones en el control migratorio», *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18, 2019, p. 2, «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en frecuentes ocasiones hacen un uso incorrecto de las potestades coercitivas del Estado en el desarrollo de las políticas de control de inmigración irregular. Son claras manifestaciones de ese incorrecto uso los requerimientos de identificación y las detenciones de personas en atención a su supuesta condición de inmigrante en situación de irregularidad que recaen sobre personas seleccionadas en atención principalmente a su perfil étnico». Lo cierto es que esa práctica, de existir (aunque hay indicios de que ello pueda ocurrir en ocasiones, no hay datos oficiales al respecto desde hace años), se compadecería mal con el marco normativo vigente, ya que, como recuerdan estos mismos autores, p. 7, «el art. 16.1, párrafo tercero, LOPSC 2015 (...) ha proscrito expresamente este tipo de actuaciones selectivas, estableciendo que “en la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”». [Disponible en abierto en: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30410/30683>].

¹¹³ Vid., sobre los resultados que se obtendrían empleando tales datos, GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 304.

¹¹⁴ MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., «La sobrerrepresentación del extranjero en las estadísticas de la criminalidad española», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 133, 2021, p. 223.

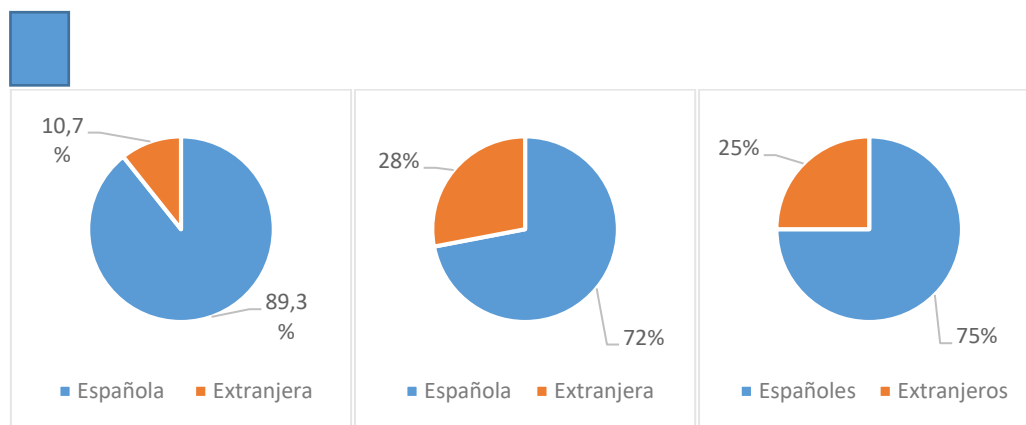


Gráfico 1. 1) Porcentaje de población española y extranjera; 2) porcentaje de población penitenciaria española y extranjera; 3) porcentaje de condenas firmes a población española y extranjera, 2019

Frente a este «hecho», como se ha dicho ya, la doctrina suele optar por una estrategia de negación. Y la negación pasa por rechazar el «dato». Sin embargo, creo que es preciso no confundir lo uno con lo otro. Por supuesto, el *concreto dato* en el que cristaliza ese hecho es discutible. Pero lo erróneo del dato no desvirtúa lo cierto del *hecho*. En otros términos, no importa demasiado el concreto dato en el que esta realidad se manifieste, lo que importa para este trabajo es conocer si la afirmación de que la población migrante delinque más es cierta o no¹¹⁵. En este sentido, se deben admitir los muchos sesgos que, de uno u otro modo, contaminan el dato concreto¹¹⁶. HARCOURT, por ejemplo, ha señalado con perfecta precisión uno de ellos (al que denomina *ratchet effect*) y que consiste en que, simplificando ahora, la sobrerrepresentación se retroalimenta¹¹⁷. Si los datos estadísticos (ya sesgados) se toman como base para decidir cómo destinar recursos policiales, se termina por destinar recursos de esta clase de una forma desproporcionada a determinados ámbitos y para concretos colectivos; de este modo, y partiendo de que donde se busca más, más se encuentra, se termina por sobrerrepresentar en mayor medida (una vez más) a determinados colectivos, sobrerrepresentación que volverá a ser valorada a la hora de decidir cómo destinar recursos policiales. Y así se podría reproducir indefinidamente este ciclo. Con todo, lo cierto es que este (y cualquier otro) sesgo sirve para rechazar *una parte* de la sobrerrepresentación, pero no la sobrerrepresentación toda. Y ello por la sencilla razón de que en alguna medida (de difícil o imposible determinación) es perfectamente normal que la población

¹¹⁵ Este trabajo carece de una pretensión criminológica. Por eso, los datos que en él se ofrecen, que, por supuesto, pretenden ser fiables, no invalidarían la idea principal incluso aunque no fueran del todo exactos.

¹¹⁶ Profundizan en esta idea, entre otros, MARTÍNEZ GARAY, L., «La relación entre culpabilidad y peligrosidad», *La culpabilidad*, Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, 2018, pp. 175 y ss. y CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*, Zaragoza, Reus 2019, pp. 98 y ss.

¹¹⁷ HARCOURT, B. E., *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, Chicago, University of Chicago Press, 2006, p. 154.

migrante se encuentre sobrerrepresentada en las estadísticas que tienen que ver con el sistema penal por las razones ya expuestas.

En definitiva, es cierto que los datos mencionados se encuentran viciados. Sin embargo, aunque pueda parecer paradójico, ello no es especialmente importante por dos razones. En primer lugar, y como ya se ha apuntado, porque que un dato esté sesgado puede ser crítico para valorar su específica concreción, pero quizás no sea tan relevante para valorar la tendencia que encarna. En segundo lugar, porque la afirmación de que la población migrante delinque más no se sustenta solo en esos datos, sino en las tres afirmaciones que ya hemos reiterado antes y que parecen suficientemente probadas: la exclusión empuja al delito, todos somos esencialmente iguales y los extranjeros están excluidos en mayor medida¹¹⁸.

5.3. Profundizar en la realidad para desmontar prejuicios

Hasta ahora, la estrategia mayoritaria para hacer frente a determinados discursos ha sido la de negar esta realidad incómoda. Sin embargo, es una realidad tan incómoda como evidente y, por ello, su negación solo puede alimentar la convicción de que la verdad está siendo escondida porque hay algo que esconder. Pese a ello, lo cierto es que no hay ninguna razón para seguir este camino. El riesgo de estigmatización de las personas migrantes solo existe, en mi opinión, si nos «quedamos ahí», en esa primera estación. Si nos limitamos, en definitiva, a discutir si delinquen más, igual o menos. Si, por el contrario, profundizamos en esa realidad y tratamos de comprenderla, podemos encontrar datos interesantes que pueden ser de gran utilidad a la hora de combatir esos discursos. En este epígrafe se van a indicar algunos de estos datos que pueden contribuir a explicar esta sobrerrepresentación de la población migrante en el ámbito que ahora nos ocupa. Así veremos que parece cierta la hipótesis de que la delincuencia de la población extranjera constituye, en muy buena medida, una consecuencia de la exclusión que sufre.

En primer lugar, y antes de establecer esta conexión entre la marginalidad y la delincuencia de los migrantes, es preciso resaltar otro dato de no menor importancia. Junto con los recursos económicos, un factor que parece muy asociado a la comisión de delitos es el de la edad¹¹⁹. Y resulta que la población

¹¹⁸ Acerca de la realidad empírica de estas afirmaciones, vid. PUENTE RODRÍGUEZ, L., 2020, pp. 169 y ss.

¹¹⁹ El 52,2% de la población penitenciaria en nuestro país tenía cuarenta años o menos en 2019 (*Anuario estadístico del Ministerio del Interior, 2019*). Por otra parte, en la estadística de condenados 2019 se aprecia

extranjera en España presenta rasgos muy señalados en este punto¹²⁰. Mientras que solo el 33,1% de los españoles se encuentran, en «edad de delinquir» (16 a 44 años), en el colectivo extranjero ese grupo de edad comprende al 54%. Mientras que la edad media de los españoles es de 44,7 años, la de los extranjeros en España es de 36,6 años¹²¹. Todo ello es consecuencia de una inmigración que pretende ser económicamente productiva. El precio, expuesto en fríos términos económicos, de disponer de migrantes jóvenes que puedan contribuir a la producción nacional y al sostenimiento del Estado de bienestar es precisamente contar con sujetos que, *por razón de edad*, se encuentran más predispuestos al delito. Lo uno no puede ir sin lo otro.

En cualquier caso, prescindiendo de este factor de edad (como vemos, enormemente importante) se analizarán brevemente algunos otros datos que pueden resultar interesantes. Para empezar, profundizar en la verdad permite diferenciar también entre distintos colectivos de extranjeros, encontrándonos con que los extranjeros de nacionalidad rumana, especialmente estigmatizados, que constituían un 13,3% de la población extranjera en España en 2019, suponían solo un 10,5% de los extranjeros en prisión, por lo que están infrarrepresentados en comparación con otras nacionalidades¹²². Reflexionar acerca de qué podría explicar este dato probablemente arrojará luz a otros problemas que permanecen en la oscuridad.

cómo los tres grupos de edad que presentan una mayor tasa de condenas en el caso de varones por cada 1.000 habitantes son: de 21 a 25 años (25,9), de 18 a 21 años (25,7) y de 26 a 30 años (23,8). Estas tasas de condenados por cada 1.000 habitantes se encuentran muy alejadas de la de los grupos de edad de 41 a 50 años (12,6) o 51 a 60 años (7,1). En el caso de las mujeres, aunque con tasas mucho más bajas, se reproducen los mismos patrones.

¹²⁰ Vid., para un análisis más detallado en este punto, MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., 2021, pp. 220 y ss.

¹²¹ Datos obtenidos del «Avance de la estadística del padrón continuo a 1 de enero de 2021» (Instituto Nacional de Estadística). [Información disponible en: https://www.ine.es/prensa/pad_2021_p.pdf]. En puridad, es evidente, las edades de 16 y 17 años no son, propiamente, «edad para delinquir» (a los efectos que ahora analizamos), pero el Instituto Nacional de Estadística desglosa la información por bloques y este (que comprende también estas edades) es el que más nos interesa ahora.

¹²² Datos de población en España (año 2019) obtenidos del Instituto Nacional de Estadística y los registros del Padrón Continuo [información disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177012&menu=ultiD atos&idp=1254734710990] y datos de la población rumana en prisión obtenidos del *Anuario Estadístico del Ministerio de Interior*, 2019. En cualquier caso, es cierto que, en términos más amplios, la población rumana está sobrerrepresentada en prisión: constituían en la fecha indicada y consultando las mismas fuentes un 2,73% de población penitenciaria, pero un 1,42% de la población en el Estado. En cualquier caso, es evidente que es una sobrerrepresentación sensiblemente menor que la de otros colectivos y esto merecería un análisis más detallado. A modo de ejemplo, en idénticas fechas, la población originaria de Marruecos suponía un 1,73% de la población del Estado, pero un 6,78% población penitenciaria; y la de Colombia: un 0,43% de la población del Estado y un 2,36% de la población en prisión.

Avanzando en la línea de este trabajo, cabe apuntar que una vía prometedora para tratar de comprobar si es la marginación social y económica que los migrantes sufren en mayor medida un factor esencial para explicar la mayor propensión al delito es abandonar lo estrictamente cuantitativo (cuántos delitos) para introducir algunas notas cualitativas (qué delitos). En este punto, encontramos también datos sumamente interesantes. Por ejemplo, ateniéndonos a los registros de condenas firmes que proporciona el Instituto Nacional de Estadística, podemos apreciar que en un grupo de delitos que preocupan especialmente como son los del «Homicidio y sus formas» los resultados son tranquilizadores. Solo un 0,27% de las condenas impuestas a ciudadanos españoles lo fueron por alguno de estos delitos. Pero resulta que son un porcentaje aún menor de los delitos cometidos por extranjeros de origen americano (0,26%) y de los de las personas de origen africano (0,16%)¹²³.

Si seguimos analizando esta clase de datos nos topamos con tres grupos de delitos que sí cuentan, si comparamos sus datos con los de la población española, con una especial sobrerrepresentación. Estos son: hurtos, delitos contra la salud pública y falsedades documentales. Ello se percibe con claridad en las tablas 2 a 4, en las que se refleja «cuánto pesan» determinados delitos dentro del conjunto de ellos por el que se ha condenado a un colectivo, «cuánto pesan» las condenas concretas del colectivo en el total de condenas por tal delito y el porcentaje que cada colectivo supone en el total del Estado.

¹²³ Los datos del INE no permiten, en este punto, discriminar más por nacionalidad.

Tabla 2. Distribución de condenas por delito de hurto y país de procedencia (nacionalidad) en el año 2019

Nacionalidad	Número de condenas firmes por delito de hurto	Porcentaje sobre el total de las condenas impuestas al colectivo	Porcentaje sobre el total de las condenas por hurto	Porcentaje de cada nacionalidad sobre el total de la población en España
Española	45.193	14,70	63,56	89,3
País de la UE28 sin España	9.943	30,10	13,98	3,90
País de Europa menos UE28	3.562	46,47	5,01	0,60
África	6.271	20,76	8,82	2,39
América	6.123	20,10	8,61	2,81

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la Estadística de Condenados, año 2019, y Estadística del Padrón Continuo, año 2019 (INE).

Tabla 3. Distribución de condenas por delito contra la salud pública y país de procedencia (nacionalidad) en el año 2019

Nacionalidad	Número de condenas firmes por delitos contra la salud pública	Porcentaje sobre el total de las condenas impuestas al colectivo	Porcentaje sobre el total de las condenas por delitos contra la salud pública	Porcentaje de cada nacionalidad sobre el total de la población en España
Española	7.776	2,52	68,28	89,3
País de la UE28 sin España	744	2,25	6,53	3,90
País de Europa menos UE28	91	1,18	0,79	0,60
África	1.782	5,90	15,64	2,39
América	995	3,26	8,73	2,81

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la Estadística de Condenados, año 2019, y Estadística del Padrón Continuo, año 2019 (INE).

Tabla 4. Distribución de condenas por delito de falsedad documental y país de procedencia (nacionalidad) en el año 2019

Nacionalidad	Número de condenas firmes por delitos de falsedad documental	Porcentaje sobre el total de las condenas impuestas al colectivo	Porcentaje sobre el total de las condenas por falsedad documental	Porcentaje de cada nacionalidad sobre el total de la población en España
Española	4.361	1,41	55,05	89,3
País de la UE28 sin España	665	2,01	8,39	3,90
País de Europa menos UE28	709	9,20	8,95	0,60
De África	1.753	5,80	22,13	2,39
De América	433	1,42	5,46	2,81

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la Estadística de Condenados, año 2019, y Estadística del Padrón Continuo, año 2019 (INE).

La explicación de estos datos no parece requerir, ciertamente, demasiado desarrollo. Resulta claro que los dos primeros grupos de delitos (hurtos y delitos contra la salud pública) se encuentran especialmente asociados a la marginalidad socioeconómica. Se trata de delitos para cuya ejecución no se requiere ni una especial cualificación, ni demasiados recursos de ninguna clase, pero que comportan beneficios económicos suficientes para garantizar, al menos, la subsistencia. Por otra parte, el tercer grupo de delitos (falsedades documentales) parece estar estrechamente vinculado con la situación de clandestinidad e ilegalidad en la que se encuentra parte de la población migrante en nuestro país¹²⁴.

Con todo, resulta francamente difícil profundizar en este ámbito por varias razones. Una de las principales es, sin duda, la falta de estudio en la materia por parte de las Administraciones e Instituciones Públicas. Como habrá notado el lector, los datos de condenas a ciudadanos extranjeros están muy poco desagregados. Categorías como «África» o «América» incluyen en su interior realidades absolutamente heterogéneas, que quedan ocultas bajo una misma etiqueta. Dentro de la categoría «América», por ejemplo, habrá condenas a ciudadanos procedentes de Estados Unidos, Canadá, Cuba, Chile, Colombia, Surinam, etc. Intuitivamente, parece que los nacionales de estos países que emigran a España pueden tener pautas delictivas muy distintas que, sin

¹²⁴ Así lo apunta también BOZA MARTÍNEZ, 2016, Capítulo 2, apartado IV, punto 2.

embargo, con los datos que proporciona el Instituto Nacional de Estadística, es imposible conocer.

De este modo, resulta complicado diseñar una política criminal que permita, simultáneamente, reducir la estigmatización (al desdramatizar la realidad criminológica de la población migrante) y prevenir el delito (al conocer mejor alguno de los factores que parece conectarse con su comisión). Sirva de muestra el siguiente, y último, ejemplo de este epígrafe. En la población penitenciaria de nuestro país hay dos grupos claramente sobrerrepresentados: los nacionales de Marruecos y de Colombia (un 24,8 y un 9,4% de la población penitenciaria extranjera respectivamente)¹²⁵. ¿Es casualidad que se trate de nacionales de dos países que forman parte claramente de las rutas de la droga hacia España y Europa? Es sencillo suponer que no, pero es imposible saberlo con certeza. Como ya hemos dicho, no hay datos de modalidad delictiva por nacionalidad (más allá de la española). Contar con dicha información sería muy importante porque ayudaría a saber cuántos de estos condenados no son en puridad migrantes, sino lo que se ha llamado «población flotante»: personas que entran puntualmente al país (para hacer turismo o para introducir droga, por ejemplo), y que luego vuelven a salir¹²⁶. Conocer estos datos en mayor detalle permitiría reducir también el número de delitos que «le toca» al colectivo migrante. Pero si no queremos descender en la realidad, si tenemos miedo de hacerlo, es imposible valorarlo. Y quedándonos en la superficie de la realidad, o limitándonos a negarla, el único dato que tendríamos es que marroquíes y colombianos están sobrerrepresentados en prisión.

5.4. El (y, especialmente, la) migrante como víctima

Por último, es preciso realizar un breve comentario acerca de otra cuestión que suele ser olvidada y que, seguramente, ayudaría a complementar la argumentación precedente y a llevar a cabo una interpretación más cabal de la realidad criminológica de la población migrante en España. Analizar al migrante solo como autor del delito supone obviar una realidad que no se debería pasar

¹²⁵ Ello conforme a los datos recogidos en el ya mencionado *Anuario estadístico del Ministerio del Interior, 2019*. Por otra parte, conforme a los datos del Instituto Nacional de Estadística y los datos del Padrón Continuo, la población marroquí en España en el año 2019 comportaba un 16,15% del total de la población extranjera y la colombiana un 4,1%.

¹²⁶ Vid., a este respecto, BOZA MARTÍNEZ, 2016, Capítulo 2, apartado III y apartado IV, punto 2, y, también, ACALE SÁNCHEZ, M., «Preámbulo estadístico y jurisprudencial», *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, Comares, 2015, p. 126. Razona en esta línea también, aunque empleando otros términos, MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., 2021, p. 217.

por alto: el papel del migrante como víctima¹²⁷. Es posible, y esto lo aventuro aquí como mera hipótesis, que al resultar tan costoso asociar migración y delincuencia para analizar la comisión de delitos, perdamos de vista también, inconscientemente, la sobrerrepresentación de este colectivo no solo entre los autores, sino también entre las víctimas.

Es fácil suponer (y, de nuevo, difícil de constatar) que por la especial vulnerabilidad en la que se encuentra buena parte de la población migrante, esta va a hallarse también sobrerrepresentada en el colectivo de las víctimas de los delitos (y no solo en el de los autores)¹²⁸. En palabras de GARCÍA ESPAÑA, DURÁN DURÁN y CEREZO DOMÍNGUEZ, el colectivo migrante es «un colectivo especialmente vulnerable a la victimización»¹²⁹.

En cualquier caso, un primer punto de partida inevitable en el análisis de esta cuestión pasa por reconocer la escasa base empírica con la que contamos en este campo para hacer juicios de valor al respecto. Buena parte de la doctrina más cualificada en esta materia ha denunciado el escasísimo esfuerzo de nuestro país por desarrollar con seriedad un estudio de la victimización que nos permita disponer de datos especialmente interesantes. De este modo, existen algunos puntuales estudios en la materia que arrojan conclusiones como las siguientes:

1. Contamos con un «escaso conocimiento existente sobre la victimización de la población migrante»¹³⁰. La investigación en esta materia se

¹²⁷ Vid., en este mismo sentido, BOZA MARTÍNEZ, 2016, Capítulo 2, apartado III.

¹²⁸ En este sentido, apuntan con claridad TAMARIT SUMALLA, J., et al., «La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 13, 2011, p. 3, que «[l]os estudios de victimización ponen de manifiesto que el riesgo de ser víctima no se distribuye de manera uniforme entre la población, sino que existen determinados colectivos que tienen un riesgo diferencial, por razones diversas, que la victimología acostumbra a distinguir entre factores estáticos, como la edad y el género, y factores dinámicos, como el estilo de vida. Algunos estudios han reflejado que los migrantes tendrían un riesgo más alto de ser víctima. La diferencia se podría explicar por circunstancias intrínsecas a la condición de migrante, como el hecho de tener un estatus jurídico diferenciado, en que no disfrutan de los mismos derechos que la población autóctona. Otras circunstancias que pueden incidir en este posible riesgo diferencial pueden relacionarse con el estilo de vida —como sucede respecto a las personas que ejercen la prostitución en Europa, que en su mayor parte son inmigrantes, siendo ésta una actividad con un alto riesgo de victimización— o derivar de factores estáticos, como la edad (la población migrante es más joven) o la raza» [disponible en abierto en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-11.pdf>]. Vid., también, SALINERO ECHEVARRÍA, S., *El inmigrante como víctima de delito y su protección penal*, Tesis doctoral inédita, 2013, p. 103 [disponible en abierto en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/120149/Tsse1de1.pdf?sequence=2&isAllowed=y>].

¹²⁹ GARCÍA ESPAÑA, E., DURÁN DURÁN, A. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A., «Victimización de mujeres inmigrantes en Málaga», *Boletín Criminológico*, n.º 33, 1998, p. 1 [disponible en abierto en: <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/33.pdf>].

¹³⁰ Según TAMARIT SUMALLA, et al., 2011, p. 2, esta situación supondría una «deficiencia universal, que tiene mucho que ver con la posición social de las personas migrantes y con las características de las fuentes de

encuentra en un indudable «estado embrionario»¹³¹. En buena medida, aunque no solo, ello se debe a que «[e]n España la disponibilidad de encuestas de victimización nacionales ha sido siempre muy limitada, ya que ningún organismo oficial ha asumido hasta el momento la tarea de realizarlas de modo sistemático»¹³².

2. A nivel europeo, parece constatado que las tasas de victimización de la población migrante se encuentran «muy por encima» de las de la población autóctona¹³³.
3. A nivel español, los estudios realizados apuntan en una dirección parecida¹³⁴.
4. Algún estudio realizado en España demuestra que esta victimización superior se encuentra más presente en delitos como los de lesiones o agresión sexual¹³⁵.

conocimiento de la delincuencia, tanto las de carácter oficial como las no oficiales (...) puede constatarse fácilmente como la forma en la que normalmente se llevan a cabo las encuestas permite presuponer que no llegan a las personas migrantes de la misma manera que a la población general».

¹³¹ SALINERO ECHEVARRIA, 2013, p. 104.

¹³² GARCÍA ESPAÑA, E., et al., «Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuestas de victimización», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 8, 2010, p. 2 [disponible en abierto en: <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/52>].

¹³³ TAMARIT SUMALLA, et al., 2011, p. 5.

¹³⁴ TAMARIT SUMALLA, et al., 2011, p. 19. Una excepción lo constituye el trabajo de GARCÍA ESPAÑA, DURÁN DURÁN y CEREZO DOMÍNGUEZ, 1998, en el que defienden que un concreto colectivo (mujeres de origen marroquí residentes en Málaga) sufre una victimización más baja de lo esperado. Ahora bien, la explicación que ofrecen a esta menor victimización, p. 3, parece convincente y poco reconfortante: «puede explicarse si atendemos al tipo de vida que llevan. Son mujeres que salen poco de casa, tienen pocos bienes materiales y no frecuentan lugares de diversión, en definitiva, no reúnen las características típicas de los grupos de riesgo».

¹³⁵ TAMARIT SUMALLA, et al., 2011, p. 20. Este lamentable dato no debería, sin embargo, sorprender. En primer lugar, y más importante, resulta claro que la situación de especial vulnerabilidad de la mujer migrante puede propiciar una mayor victimización en este ámbito. En segundo lugar, si partimos de que la población migrante está excluida y marginada en gran medida y de que, como parecen señalar los estudios al respecto (GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., et al., *Agresores sexuales con víctima desconocida*, Madrid, Ministerio del Interior, 2018, pp. 12 y ss. [disponible en abierto en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/Informe+sobre+agresores+sexuales+con+v%C3%ADctimas+desconocidas.pdf/29132a85-3811-4d1c-a618-04dd1d55d932>] y DÍAZ GÓMEZ, A. y PARDO LLUCH, M. J., «Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 2017, pp. 19 y ss. [disponible en abierto en <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-11.pdf>]) la mayor parte de los agresores sexuales conocía con anterioridad a su víctima, que las mujeres migrantes, recluidas a un contexto en el que, por las razones esbozadas en este trabajo, la propensión a delinquir es mayor, fácilmente serán víctimas de estos delitos con mayor probabilidad. El lector más crítico observará, y no le faltará razón, que la conexión entre la delincuencia y la marginalidad socioeconómica no se antoja en los delitos contra la libertad sexual tan estrecha como en otros. Desde luego, es ese mismo el planteamiento que albergan las diversas declaraciones de responsables e instituciones públicas cuando sostienen que para determinados delitos (especialmente, delitos de violencia de género y contra la libertad sexual) la «educación en igualdad» (o expresiones parecidas) constituye uno de los mejores antídotos. Si eso es cierto, y creo que en alguna medida lo es, no podría ser irrelevante que un sujeto se haya socializado, o no, en un contexto en el que tales medidas educativas pueden tener lugar. Con otras palabras, ¡claro que algunos delitos están

5. Existe un bajo nivel de denuncias formales por parte de las víctimas migrantes ante las autoridades del país en el que residen¹³⁶.
6. En parte como consecuencia de ello, «las cifras oficiales no reflejan la victimización de la población migrante en la misma medida que la de la población autóctona»¹³⁷.

Toda esta cuestión merecería, además, un cuidadoso enfoque que prestara también atención al sexo de las personas migrantes¹³⁸. Así, todo parece apuntar en la dirección de que, aunque esta diferencia de sexo no se aprecia en la tasa de encarcelamiento (hay un reparto similar de hombres/mujeres ya miremos a la población nacional o a la extranjera en prisión, en ambos casos la presencia masculina es muy superior)¹³⁹, sí que repercute en la tasa de victimización, de modo que las mujeres migrantes son víctimas de delitos con una preocupante frecuencia¹⁴⁰. Además, «las mujeres inmigrantes son víctimas especialmente

culturalmente condicionados! Y en estos delitos no se podría negar, entonces, que el entorno de culturización de cada sujeto pueda llegar a ser relevante. En definitiva: no es coherente sostener que los delitos machistas se evitan con la educación y después afirmar que en la comisión de estos delitos no incide el hecho de que un sujeto se haya educado en un contexto o cultura más o menos machista.

¹³⁶ TAMARIT SUMALLA, et al., 2011, p. 5.

¹³⁷ TAMARIT SUMALLA, et al., 2011, p. 19 y SALINERO ECHEVARRIA, 2013, p. 234.

¹³⁸ En este sentido, ha señalado acertadamente ACALE SÁNCHEZ, M., «Planteamientos metodológicos y epistemológicos», *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, Comares, 2015, p. 5, que «la suma del factor “género” y del factor “nacionalidad” determina una clase de discriminación con matices propios, que no tiene en consideración aisladamente al género y a la nacionalidad, sino a ambos de forma aleada como si de dos metales se tratara. La conjunción de sendos factores —género y nacionalidad— amplía la huella discriminatoria hasta el punto de que puede afirmarse que genera una nueva clase de discriminación, que es la que sufren mujeres de nacionalidad extranjera cuando se encuentran en España».

¹³⁹ Pueden encontrarse datos al respecto en el ya referenciado *Anuario estadístico del Ministerio del Interior, 2019*. Llama la atención sobre este hecho ACALE SÁNCHEZ, M., «Preámbulo estadístico y jurisprudencial», *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, Comares, 2015, p. 121. En cualquier caso, resulta interesante la relación entre la condición de mujer extranjera y los delitos contra la salud pública. Vid., a este respecto, GONZÁLEZ AGUDELO, G., «La mujer inmigrante en prisión por tráfico de drogas», *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, Comares, 2015, pp. 307 y ss. y ACALE SÁNCHEZ, M., «Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho penal», *Revista penal*, n.º 47, 2021, pp. 17 y ss.

¹⁴⁰ A modo de ejemplo, señala ACALE SÁNCHEZ, M., «La *vis atractiva* del Derecho penal para las mujeres inmigrantes en España», *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, Comares, 2015, p. 288, que «[l]os datos estadísticos que proporcionan las instancias oficiales españolas durante los últimos años constatan que entre el 30 y el 40% de las mujeres muertas a manos de sus maridos o compañeros sentimentales era de nacionalidad extranjera, lo que determina una sobrerrepresentación dentro de las cifras globales: este dato es de naturaleza objetiva e irrefutable». Con carácter más general y de modo más reciente, ha señalado esta misma autora (ACALE SÁNCHEZ, 2021, p. 9, que «las mujeres inmigrantes pobres se encuentran en una situación de extremo peligro y de especial vulnerabilidad, encerradas en un callejón sin salida, lo que las coloca en una posición propicia para ser victimizadas, en la medida en que en muchos casos, al encontrarse en situación administrativa irregular, temen más al Estado, que puede terminar expulsándolas del país, que a la violencia que reciben de su marido, del jefe de la organización criminal o de su jefe en el trabajo, por lo que prefiere guardar silencio y no denunciar los episodios violentos de los que son víctimas, con el riesgo que corren. Sus vidas se convierten, en definitiva, en auténticas bombas de relojería».

vulnerables de delitos triplemente condicionados en razón de su género, de su nacionalidad y de su situación administrativa en España»¹⁴¹.

En definitiva, y como ha dicho ACALE SÁNCHEZ, la mujer migrante es «una mina» para el Derecho penal, ya que esta sufre en mayor medida el delito como víctima, pero es impulsada por sus circunstancias con mayor intensidad a su comisión¹⁴².

Profundizar en todas estas cuestiones podría contribuir a una comprensión más completa de las relaciones entre inmigración y delincuencia, que no mire solo al inmigrante como agresor, sino también como víctima. Paradójicamente, cerrar los ojos ante la primera de estas dimensiones (el inmigrante como autor de delitos) suele comportar, con la conversión del tema en tabú, la invisibilización de la segunda de las dimensiones (el, y especialmente «la», inmigrante como víctima). De modo menos paradójico, y menos reconfortante, sucede con frecuencia que se mire únicamente la primera dimensión y se obvie la segunda. Es preciso analizar globalmente la situación. Y el reconocimiento de la mayor tasa de delincuencia en la población migrante puede contribuir al mejor conocimiento y prevención del delito que sufre, en buena parte, esa misma población.

5.5. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha partido de una idea clara y sencilla: la población migrante delinque más y no podía ser de otro modo. Pero no es la «naturaleza» del migrante, que, parecen creer algunos, esconde alguna clase de «gen maligno», la que provoca esta situación, sino, como en la inmensa mayoría de ocasiones, la propia configuración de nuestra sociedad la que lleva a ello. ¿Si la exclusión lleva al delito y el migrante está más excluido, cómo no va a delinquir más?

Cuando no hay nada que esconder, no hay nada que temer. Y aquí no hay ni una cosa ni la otra. Es preciso profundizar en el estudio de todas estas cuestiones. No hacerlo supone, aunque no se pretenda, abandonar a la vulnerable población migrante. Rechazar un hecho evidentemente cierto solo alimenta tendencias conspiranoicas y no ofrecer una explicación de esta realidad desde las instituciones públicas es abandonar a su suerte a todo un colectivo que será

¹⁴¹ ACALE SÁNCHEZ, M., «La *vis atractiva* del Derecho penal para las mujeres inmigrantes en España», *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, Comares, 2015, p. 287.

¹⁴² ACALE SÁNCHEZ, 2021, p. 21.

estigmatizado si no somos capaces, entre todos, de explicar la realidad en términos no estigmatizantes.

En las páginas anteriores se han explorado algunas posibles vías para analizar esta realidad y comprobar que, de modo nada sorprendente, la delincuencia de la población migrante, como la de la autóctona, se encuentra condicionada enormemente por su situación social y económica. Los datos que se han ofrecido pueden ser más o menos precisos, pero ponen de manifiesto algunas tendencias que merecen ser atendidas. Por mi limitada competencia, me resulta imposible profundizar más en un ámbito que requeriría un cuidadoso diseño y un exquisito tratamiento de los datos. Deben ser otros los que, capaces de hacer lo que para mí es imposible, encaren este reto. Por ello, recalco una vez más que mi oposición al discurso doctrinal dominante no es de carácter empírico (donde poco o nada tengo que decir), sino argumental. Todas las afirmaciones que se hagan que pretendan explicar de manera correcta una realidad han de ser compatibles entre sí. En caso contrario, por mucho que los datos parezcan respaldar todas las afirmaciones, ello no puede ser cierto: algo debe estar fallando en el tratamiento de los datos.

En este ámbito del análisis de la delincuencia del migrante el «fallo», creo, ha sido optar por una estrategia incoherente para combatir el racismo y la xenofobia. La posición mayoritaria ha sido la de vetar cualquier peligro de que estas tendencias emerjan negando una realidad compleja. A partir de esa premisa innegociable se empezaban a tratar los datos. Sin embargo, no cabe duda de que en todos estos autores no hay racismo o xenofobia alguno. Pero, entonces, ¿qué nos detiene en la profundización de la realidad si sabemos que la realidad está de nuestra parte? No tengo, lógicamente, respuestas, pero sí intuiciones. La principal intuición aquí es que, en el fondo, muchos de estos autores parten de que sería una materia demasiado compleja para la ciudadanía, que estaría estructuralmente incapacitada para comprender que el delito y la pobreza van de la mano, como van de la mano la pobreza y la inmigración. La negación del enunciado «los migrantes delinquen más» sería una especie de «heurístico» para evitar toda una serie de razonamientos más complejos sobre la materia. Ahora bien, ¿de verdad es ese el camino que un demócrata debe seguir? Cuando se tiene razón, y aquí la razón está de parte de quien se opone a cualquier atisbo de racismo o xenofobia, combatir la media mentira con la media verdad es una concesión equivocada. Es preciso partir de que los ciudadanos debemos, al menos, ser capaces de entender un mensaje como este. Si no lo somos, el racismo y la xenofobia no serán ni nuestro único, ni nuestro más grave problema. Los

migrantes delinquen más. Pero no delinquen más por ser migrantes, sino por ser más pobres.



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL
Y MIGRACIONES

SECRETARÍA
DE ESTADO
DE MIGRACIONES



Cofinanciado por
la Unión Europea