

GRADO: Administración y Dirección de Empresas y Derecho

Curso 2022/2023

La discriminación por motivos socioeconómicos: la agravante de aporofobia (art. 22.4 del CP)

Autora: Izaskun Folgueira Hernández

Directora: María Pilar Nicolás Jiménez

Bilbao, a 13 de febrero de 2023



RESUMEN

El presente trabajo se centra en el estudio de la reciente inclusión de los motivos socioeconómicos en el listado de motivaciones discriminatorias que dan lugar a la aplicación de la agravante de discriminación del artículo 22.4 del Código Penal. Esta inclusión se ha llevado a cabo mediante la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y ha supuesto la inclusión en el citado precepto de la expresión “*por razones de pobreza o exclusión social*”.

El objetivo principal de este trabajo es llevar a cabo un análisis integral de esta circunstancia agravante. Para ello, se comenzará por el estudio de la situación de la aporofobia en España. Asimismo, se llevará a cabo un análisis jurisprudencial de distintos supuestos de discriminación socioeconómica. Finalmente, se estudiará el fundamento jurídico de la inclusión de esta agravante en el Código Penal, así como los aspectos clave en su aplicación.

Palabras clave: Discriminación, pobreza, exclusión social, circunstancia agravante, delito de odio, aporofobia y odio discriminatorio.

ABSTRACT

This paper focuses on the study of the recent inclusion of socioeconomic reasons in the list of discriminatory motivations that lead to the application of the aggravating circumstance of discrimination (article 22.4 of the Penal Code). This inclusion has been carried out through the Organic Law 8/2021, of June 4, and has led to the inclusion in the mentioned precept of the expression “*for reasons of poverty or social exclusion*”.

The main goal of this work is to carry out a comprehensive analysis of this aggravating circumstance. To achieve this, we will begin by studying the situation of aporophobia in Spain. In addition, a jurisprudential analysis of different cases of socioeconomic discrimination will be carried out. Finally, we'll study the legal basis for the inclusion of this aggravating circumstance on the Penal Code, as well as the key aspects in its application.

Key words: Discrimination, poverty, social exclusion, aggravating circumstance, hate crime, aporophobia and discriminatory hate.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. LA APOROFOBIA COMO DELITO DE ODIO	5
3. REALIDAD SOCIAL DEL FENÓMENO DE LA APOROFOBIA	7
4. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS TÉRMINOS “POBREZA” Y “EXCLUSIÓN SOCIAL”	11
5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: SUPUESTOS DE APOROFOBIA PREVIOS A LA TIPIFICACIÓN DE LA AGRAVANTE.....	13
5.1 Relevancia de la STAP de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008	13
5.2 La imposibilidad de aplicar la agravante genérica de discriminación. Postura del Tribunal Supremo.....	15
5.3 Aplicación de otras circunstancias agravantes	17
5.3.1 La agravante de alevosía.....	18
5.3.2 La agravante de abuso de superioridad.....	20
5.4 La aporofobia como delito contra la integridad moral	22
6. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA INTRODUCCIÓN DE LA AGRAVANTE	24
6.1. Mayor merecimiento de pena	24
6.1.1 Negación del valor superior de la igualdad.....	24
6.1.2 Ubicación del mayor desvalor.....	26
6.2 Mayor necesidad: Justificación desde las teorías de los fines de la pena	28
7. CUESTIONES PRÁCTICAS.....	31
7.1 La importancia de la prueba de la intención discriminatoria	31
7.2 Compatibilidad con otras figuras	32
8. CONCLUSIONES.....	34
9. BIBLIOGRAFÍA	37
10. ANEXO JURISPRUDENCIAL	39

ABREVIATURAS

RAE	Real Academia Española de la Lengua
LO	Ley Orgánica
CP	Código Penal
UE	Unión Europea
CE	Constitución Española
ONG	Organización No Gubernamental
CCAA	Comunidades Autónomas
STAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
AP	Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

El término aporofobia nace en el año 1995 de las manos de Adela Cortina Orts mediante una columna de opinión que escribe esta filósofa española en el diario “ABC cultural”. Sin embargo, el concepto no se populariza hasta el año 2017, cuando esta misma autora publica el libro titulado *“Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia”*. En diciembre de ese mismo año, e impulsados por el libro de Adela Cortina, la RAE adopta el término y, días después de su inclusión, ésta es nombrada palabra del año por la Fundación del Español Urgente.

El sustantivo aporofobia proviene del griego *á-poros*, pobre y *fóbeo*, espanto y se define como “Fobia a las personas pobres o desfavorecidas”. Se trata de un fenómeno que lleva mucho tiempo presente en nuestra sociedad y que en numerosas ocasiones ha desencadenado en la comisión de delitos contra personas que se encuentran en situaciones económicas especialmente desfavorecidas, traduciéndose principalmente en delitos cometidos contra personas en situación de sinhogarismo.

En las últimas décadas se ha producido un aumento de los delitos cometidos contra este colectivo, tal y como señalan distintas instituciones que han realizado informes al respecto. Con objeto de hacer frente a esta situación, lleva tiempo reclamándose la inclusión de una agravante de aporofobia en el art. 22.4 del CP, que originalmente dice *“Son circunstancias agravantes: (...) 4.ª 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”*.

Este precepto es conocido como la agravante genérica de discriminación, ya que en él se recoge un *numerus clausus* de motivos discriminatorios que agravan las penas de los delitos cometidos por esas razones.

La primera proposición de Ley Orgánica de reforma del Código Penal a este respecto fue impulsada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el año 2018. Esta proposición, que no llegó a aprobarse, planteaba la introducción de la motivación de odio aporóforo en el art. 22.4 del CP, a través de la inclusión en dicho precepto de la expresión *“las razones de aporofobia o exclusión social”*.

Posteriormente, en junio de 2020 se publicó la LO 8/2021, de 4 junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en la que tal y como se establece en su preámbulo se optó por incluir la agravante de aporofobia en el art. 22.4 del CP al considerar que *“dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que 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.”*

Así, este proyecto quedó aprobado con un amplio consenso el 6 de junio de 2020 y está ya en vigor en el ordenamiento jurídico español. La agravante de aporofobia encuentra su base normativa en el ya mencionado artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, así como en el art. 10.1 de la CE *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

El objetivo principal de este trabajo es la realización de un estudio íntegro sobre la agravante de aporofobia. Para ello, se comenzará haciendo referencia a los delitos de odio, por ser esta la categoría en la que se encuadran los delitos cometidos por una motivación aporófoba.

A continuación, se llevará a cabo un breve análisis de las cifras de aporofobia, con objeto de ilustrar la situación de este fenómeno en España y concluir si la introducción de esta agravante en el Código Penal está justificada desde una perspectiva de idoneidad político criminal. Además, se realizará una delimitación conceptual de los términos *“pobreza”* y *“exclusión social”*, ya que se ha suscitado un debate en torno a la idoneidad del uso de uno u otro término en sede penal.

Posteriormente, se procederá a un análisis jurisprudencial de supuestos de aporofobia previos a esta reforma del Código Penal. Así, se estudiarán una serie de sentencias que recogen supuestos de agresiones aporóforas, a través de las cuales se observarán las distintas respuestas jurídico penales otorgadas por los tribunales en estos casos y se estudiará la existencia o no de una necesidad por parte de los órganos jurisdiccionales de contar con esta agravante.

Para finalizar se pondrá el foco en el fundamento jurídico de la agravante, analizando si queda justificada su inclusión en el ordenamiento jurídico por una mayor necesidad y merecimiento de pena en supuestos de aporofobia. Asimismo, se estudiarán las cuestiones prácticas más relevantes en torno a esta figura.

2. LA APOROFOBIA COMO DELITO DE ODIO

Los delitos de odio se caracterizan por implicar un doble ataque. Por un lado, afectan a la propia víctima, quien ha sido seleccionada por el agresor por una motivación discriminatoria y, por otro lado, suponen un ataque hacia el conjunto del colectivo al que pertenece ese sujeto, sobre el cual se genera una sensación de miedo e inseguridad.¹

En el Código Penal español no existe ningún Título o Capítulo que recoja de manera estructurada los distintos delitos de odio. De hecho, en el CP no se produce ninguna mención expresa del concepto *“delito de odio”*. No obstante, la doctrina los ha delimitado

¹ Benito Sánchez, D., Pérez Cepeda, A.I. (2022). *Propuestas al legislador y a los operadores de la justicia para el diseño y la aplicación del Derecho Penal en clave anti-aporofoba*. Ratio Legis Librería Jurídica. p. 147.

conceptualmente, considerando que existen dos acepciones en el ordenamiento jurídico español.²

La primera de ellas corresponde al delito de odio en sentido estricto. Bajo esta acepción solo quedan englobados como delitos de odio los recogidos en los artículos 510.1 y 515.4 del CP. Estos son los únicos preceptos del CP en los que se hace una mención expresa del término “odio”.

El art. 510.1 CP tipifica la promoción o incitación al odio, la difusión de material que promueva o incite al odio y la negación o apología de delitos con el fin de incitar al odio. Por su parte, el art. 515.4 CP recoge como delito la asociación ilícita para promover, fomentar o incitar el odio o la discriminación.

La segunda acepción del término corresponde al concepto extenso o amplio de delito de odio. Desde este prisma, quedan englobados como delitos de odio todos aquellos supuestos en los que se aplica la agravante genérica de discriminación del art. 22.4 del CP y varios tipos penales.

Así, se recogen bajo esta acepción todos aquellos delitos cuya motivación conlleva una carga ofensiva, humillante o intimidatoria hacia un colectivo tradicionalmente discriminado. Por tanto, se consideran delitos de odio en sentido amplio, además de los recogidos en la definición estricta, los siguientes³:

- a) Todos los supuestos en los que sea de aplicación la circunstancia agravante genérica de discriminación del artículo 22.4^a CP.
- b) El delito de amenazas dirigidas a atemorizar un grupo étnico, cultural o religioso, o un colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas (art. 170.1 CP).
- c) El delito de tortura por razón basada en algún tipo de discriminación (art.174.1 CP).
- d) El delito de discriminación en el ámbito laboral (artículo 314 CP).
- e) El delito de denegación discriminatoria de prestaciones o servicios públicos (art. 511 CP).
- f) El delito de denegación discriminatoria de prestaciones en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales (art. 512 CP).
- g) Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos (art. 522 a 525 CP).
- h) Los delitos de genocidio y lesa humanidad (artículos 607 y 607 bis CP).

² Entre otros; Barranco, G. (2019). *Ciberterrorismo y delito de odio motivado por ideología*. Editorial Tirant lo Blanch. p. 220.

³ Díaz López, J.A. (2020). *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. p.43.

Los supuestos de aporofobia quedan enmarcados dentro de los delitos de odio en sentido amplio, ya que se aplica en ellos la agravante de discriminación recogida en el art. 22.4 del CP.

Este concepto amplio de delito de odio permite englobar de manera conjunta todas las conductas delictivas que se llevan a cabo por una motivación discriminatoria o intolerante. De modo que, recoge todos aquellos delitos que tienen en común la producción de un desvalor adicional hacia un determinado colectivo caracterizado como vulnerable.

No obstante, se trata de una acepción muy amplia que recoge bajo la denominación “delito de odio” a una pluralidad de conductas delictivas que presentan muchas diferencias entre sí, lo que tiene como consecuencia que se desdibuje el concepto. Así, se engloban bajo esta denominación delitos que versan exclusivamente sobre odio (como puede ser el tipificado por el art. 510.1 del CP) con delitos que tienen su propia calificación pero que están motivados por un odio (como puede ser un delito de lesiones agravado por la agravante genérica de discriminación del art. 22.4 del CP).

Además, la amplitud de esta segunda acepción es especialmente problemática si se tiene en cuenta que el concepto de “delito de odio” se utiliza a menudo en los medios de comunicación y las redes sociales de una manera imprecisa y con una finalidad persuasiva, de modo que se trata de un concepto que en su acepción estricta ya genera gran confusión.⁴ Por todo ello, considero más apropiado limitar el término “delito de odio” a su acepción en sentido estricto, evitando las alusiones a esta segunda definición.

3. REALIDAD SOCIAL DEL FENÓMENO DE LA APOROFOBIA

Se estima que en España hay más de 40.000 personas en situación de sinhogarismo. Esta es una cifra aproximada, aportada por las ONGs y entidades sociales que operan en este ámbito, puesto que no existe un registro normalizado y periódico que lleve a cabo un recuento. Habitualmente, son los entes locales o autonómicos quienes se ocupan de esta labor.⁵

En lo relativo a la aporofobia, existen diversos estudios que han analizado este fenómeno. Entre ellos destaca el trabajo realizado por el Observatorio Hatento en su “Informe de investigación sobre los delitos de odio contra personas sin hogar” del año 2015. Este estudio se basa en una muestra obtenida a raíz de entrevistar a 261 personas en situación de sinhogarismo.

⁴ Benito Sánchez, D., Pérez Cepeda, A.I. (2022). *Propuestas al legislador y a los operadores de la justicia para el diseño y la aplicación del Derecho Penal en clave anti-apórofofa*. Ratio Legis Librería Jurídica. p. 148.

⁵ Sosa Troya, M. (19 de octubre de 2022). *Personas sin hogar: El 40% lleva más de tres años sin casa y el 11% tiene estudios superiores*. El país.

Uno de los datos más destacables de este informe es que el 41'7% de los entrevistados afirma haber sido víctima de al menos un delito motivado por aporofobia, y el 83'3% confirma haber sufrido más de una vez estos ataques. Además, tras sufrir esa conducta aporófoa, más de la mitad de las víctimas no acudió a ninguna instancia, institucionalizada o no, dato que resulta del todo alarmante.

En cuanto al contenido de la agresión, lo más habitual son los insultos o el trato vejatorio, seguido del trato discriminatorio en general y de las agresiones físicas. En cuarto lugar se sitúan el acoso e intimidación y el robo de pertenencias.

En su mayoría, se trata de ataques que se producen de madrugada o por la noche y en la calle o en espacios cerrados a pie de calle, como pueden ser portales o cajeros. Los autores de los hechos son principalmente hombres en edades entre los 18-35 años. Es de recalcar que un preocupante 13% de los autores son menores de edad.

Asimismo, según los datos obtenidos por el Observatorio, las mujeres sin hogar presentan un mayor grado de vulnerabilidad respecto de los hombres. Esto se debe a que el 60'4% de las mujeres entrevistadas declaran haber sufrido al menos un incidente o delito de odio, mientras que solo el 44'1% de los hombres entrevistados coinciden con esta afirmación. El origen también es un factor discriminante, puesto que el 57'8% de las víctimas son españolas y el 33'3% extranjeras.

En el informe se concluye que cuanto más tiempo pase una persona en una situación de sinhogarismo mayores son las experiencias aporóforas sufridas. Esto puede deberse a que al pasar más tiempo en esta situación la probabilidad de sufrir esos ataques aumenta. Sin embargo, también puede ser consecuencia de que cuanto más tiempo se esté sin hogar mayor es el grado de deterioro del individuo, siendo así más fácilmente identificable como persona sin hogar y teniendo éste menor capacidad de prevención y protección.⁶

Otra de las fuentes de información más importantes en relación con los datos de la aporofobia es el informe de Assís sobre violencia contra personas sin hogar del año 2016. Se trata de un estudio que recoge y analiza todas las noticias nacionales relacionadas con violencia ejercida contra personas sin hogar emitidas desde el año 2006.

La conclusión más significativa de este informe es que la segunda causa de muerte en las personas en situación de sinhogarismo en España son las agresiones. Estas representan un 19'78% de las muertes, situándose solo tras las muertes de carácter natural que suponen el 21'36% de los fallecimientos.

Además, es de destacar que 380 de las 1032 noticias recogidas presentan como elemento común la violencia directa. En el gráfico 1 “*Consecuencias de las agresiones aporóforas*” se muestran los distintos resultados de estas agresiones y el porcentaje que representan sobre el total:

⁶ Observatorio Hatento (2015). *Informe de investigación sobre los delitos de odio contra personas sin hogar*. P. 43.

Gráfico 1. Consecuencias de las agresiones aporófobas.



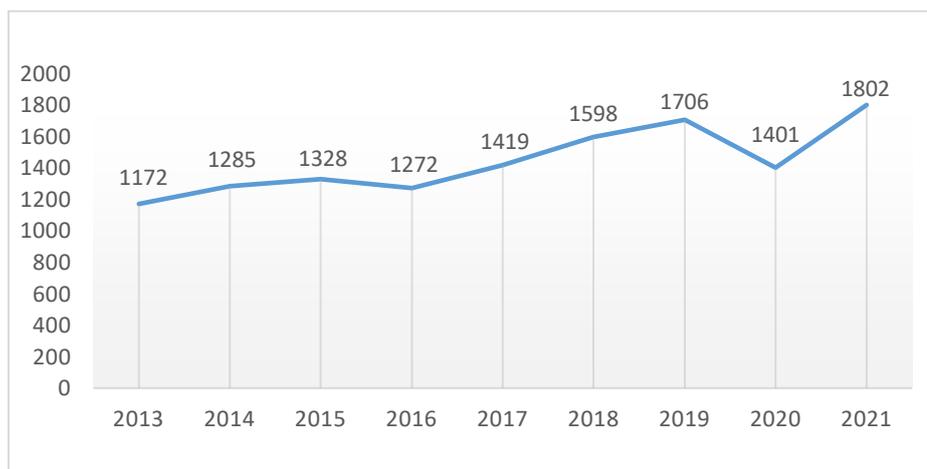
Fuente: Centro de Acogida Assís (2017). *Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar 2006-2016*. p. 21.

Como podemos observar un alarmante 32'89% de los ataques recogidos desencadenaron en un resultado de muerte.

Finalmente, debemos hacer referencia a los datos sobre aporofobia aportados por el Ministerio del Interior, quien publica anualmente un "Informe sobre la Evolución de los Delitos de Odio en España". El primer año de recopilación de datos fue el 2013, en el cual el total de delitos de odio recogido fue de 1172 incidentes, de los cuales tan solo 4 casos correspondían a una motivación de aporofobia, y consistían en dos delitos de lesiones, uno de maltrato de obra sin lesión y un hurto.

En los siguientes años, el número de delitos de odio registrado fue aumentando, salvo en los años 2016 y 2020 en los que hubo un descenso en los casos. En el año 2021 se llegó a alcanzar la cifra de 1802 casos registrados. En el gráfico 2 "*Evolución de los delitos de odio registrados en España*" se muestra la evolución de los delitos de odio en España en el periodo de 2013 a 2021:

Gráfico 2. Evolución de los delitos de odio registrados en España.

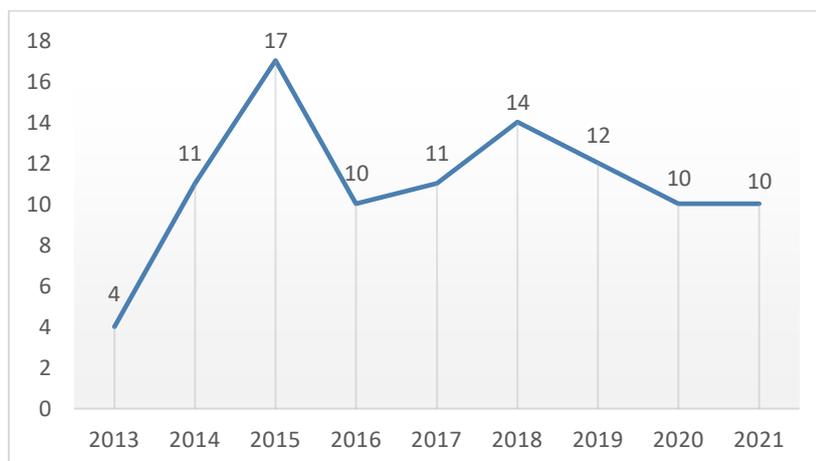


Fuente: Elaboración propia a partir de datos del “Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España” del Ministerio de Interior.

Paralelamente, el número de delitos de odio aporófobos registrados también ha seguido una ligera tendencia al alza, aunque con mayores fluctuaciones. La aporofobia se ha situado prácticamente todos los años como la penúltima circunstancia de odio, solo por delante del antisemitismo. En el año 2018, con objeto de ampliar el estudio, se incluyeron otras circunstancias o razones de odio. Esto supuso que la aporofobia pasara a situarse como la antepenúltima causa de odio, por encima de la discriminación por enfermedad y el antisemitismo.

En el gráfico 3 “Evolución de los delitos de odio aporófobos registrados en España” se refleja la evolución de los delitos de odio cometidos por razones aporófobas registrados por el ministerio:

Gráfico 3. Evolución de los delitos de odio aporófobos registrados en España.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del “Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España” del Ministerio de Interior.

Debemos destacar que los informes del Ministerio de Interior tan solo recogen aquellos casos que han sido judicializados o al menos puestos en conocimiento de las autoridades. Por tanto, se trata de informes que solo aluden a la realidad judicializada de la aporofobia, no teniendo en cuenta la elevada “cifra negra” presente en las agresiones con esta motivación.⁷

La cifra negra en los delitos de odio se sitúa en torno al 80%. En el caso de la aporofobia en concreto estaríamos ante una cifra mayor, que se sitúa en torno al 85%⁸. Así, se explica por qué las cifras de odio aporóforo recogidas por el ministerio son tan escuetas en comparación con las aportadas por otros estudios, como, por ejemplo, por el del Observatorio Hatento.

4. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS TÉRMINOS “POBREZA” Y “EXCLUSIÓN SOCIAL”

Es muy habitual el empleo indistinto de los términos “pobreza” y “exclusión social”. Sin embargo, se trata de conceptos que hacen referencia a realidades o situaciones distintas.

El término pobreza alude a un estado de carencia material de recursos suficientes para cubrir las necesidades consideradas como básicas en un entorno y momento determinado. Por tanto, es un concepto que se relaciona con factores materiales que son cuantificables y que constituyen el mínimo vital necesario para vivir dignamente.⁹

El concepto de exclusión social se presenta como el opuesto al de integración social y está fuertemente relacionado con la idea del Estado de Bienestar. Así, la exclusión social se define como el proceso multidisciplinar que separa a individuos y colectivos de derechos y libertades básicas de la persona relacionadas con su bienestar, como pueden ser, el trabajo, la salud, la cultura o la educación.¹⁰

El proceso de exclusión social surge a raíz de la confluencia de una serie de factores de exclusión. Estos factores de exclusión están encuadrados en distintos ámbitos, como puede ser el ámbito laboral (con factores de exclusión como el desempleo o la precariedad laboral), cultural (p.e. pertenencia a minorías étnicas), formativo (p.e. barreras idiomáticas o analfabetismo) o económico (p.e. carencia de ingresos o endeudamiento).¹¹

⁷ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante* (art. 22.4 CP). Editorial Bosch. p. 97.

⁸ Achutegui Otaolaurruchi, P. (2017). *Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social*. Revista de Criminología nº5. p. 36.

⁹ Jiménez Ramírez, M. (2008). *Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo*. Estudios Pedagógicos XXXIV, Nº1. p. 176

¹⁰ Jiménez Ramírez, M. (2008). *Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo*. Estudios Pedagógicos XXXIV, Nº1. p. 178

¹¹ Jiménez Ramírez, M. (2008). *Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo*. Estudios Pedagógicos XXXIV, Nº1. p. 180-182.

Como podemos observar estos dos conceptos tienen elementos comunes. De hecho, la pobreza es a menudo la forma a través de la cual se manifiesta la exclusión social. También puede pasar la situación contraria, en la que la pobreza sea el factor que culmine un proceso de exclusión social.

No obstante, no se trata de sinónimos. En la figura 1 “*Características diferenciales entre la pobreza y la exclusión social*” se muestran los principales aspectos que permiten diferenciar estos dos conceptos:

Figura 1. Características diferenciales entre la “pobreza” y la “exclusión social”.

Categorías de diferenciación	Pobreza	Exclusión social
Dimensión	Unidimensional (económica)	Multidimensional (incluye aspectos económicos, culturales, educativos, laborales ...)
Situación	Estado	Proceso
Carácter	Personal	Estructural
Noción	Estática	Dinámica
Afectados	Individuos	Colectivos

Fuente: Jiménez Ramírez, M. (2008). *Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo*. Estudios Pedagógicos XXXIV, nº1, p. 176.

La tipificación de la agravante de aporofobia se ha llevado a cabo a través de la inclusión de la expresión “por razones de aporofobia o exclusión social” en el art. 22.4 del CP. Esto ha sido objeto de crítica, ya que parte de la doctrina¹² considera más apropiado incluir únicamente la expresión “por razones de aporofobia”, evitando las referencias al término “exclusión social” .

¹² Fuziger, R. (2022). *Alternativas político-criminales frente al derecho penal de la aporofobia. Volumen 14*. Capítulo 2. Aporofobia y corresponsabilidad. Editorial Tirant Lo Blanch. P. 86.

Esta crítica está relacionada con el principio de legalidad penal, en su vertiente de taxatividad, certeza y determinación. Este es un principio básico del derecho Penal que opera como una garantía democrática para los ciudadanos y que prohíbe el uso de términos que puedan considerarse vagos o imprecisos en la redacción de normas penales.

El concepto “exclusión social” hace referencia a un proceso multicausal que es complejo y cambiante, de modo que, resulta complicado identificar esta realidad. Mientras tanto, el término “pobreza” al que alude el concepto de aporofobia está mucho más delimitado, ya que siempre está relacionado con unas determinadas condiciones económicas desfavorables. Es por ello por lo que gran parte de la doctrina¹³ se posiciona en contra de la inclusión del término “exclusión social” en la agravante de aporofobia.

5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: SUPUESTOS DE APOROFOBIA PREVIOS A LA TIPIFICACIÓN DE LA AGRAVANTE

Existen numerosas sentencias anteriores a la fecha de introducción de la agravante de aporofobia en las que se recogen supuestos de agresiones aporófobas. En ese momento previo, los tribunales carecían de una herramienta legal que les permitiera penar en concreto las motivaciones discriminatorias que daban lugar a la ejecución de esos delitos.

No obstante, los órganos jurisdiccionales tenían a menudo en cuenta la mayor vulnerabilidad que presentaban las víctimas a raíz de encontrarse en una situación de sinhogarismo. Esto dio lugar a que los tribunales aportaran generalmente dos respuestas jurídico-penales en casos de aporofobia: la aplicación de otras circunstancias agravantes o la apreciación de un delito contra la integridad moral.

En este apartado se estudiarán estas dos principales respuestas otorgadas por los órganos jurisdiccionales en supuestos de delincuencia aporófoba y la problemática que las mismas presentan. Asimismo, se analizarán algunas de las sentencias más destacables en esta materia.

5.1 Relevancia de la STAP de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008

El punto de partida del análisis de la jurisprudencia sobre delincuencia aporófoba puede situarse en la STAP de Barcelona (Sección 10ª), de 5 de noviembre de 2008. Esto se debe a que la misma supuso un punto de inflexión en la concienciación social sobre los delitos motivados por este tipo de odio discriminatorio.

De hecho, esta sentencia recoge el que es hoy en día el supuesto de aporofobia más conocido en España. La razón de esto es que los hechos de este caso son especialmente

¹³ Benito Sánchez, D., Pérez Cepeda, A.I. (2022). *Propuestas al legislador y a los operadores de la justicia para el diseño y la aplicación del Derecho Penal en clave anti-aporofoba*. Ratio Legis Librería Jurídica. P. 87.

alarmantes, motivo por el cuál captaron la atención de los medios de comunicación y motivaron la lucha de varios colectivos que actúan en defensa de las personas en situación de sinhogarismo.¹⁴

Se recogen como hechos probados de la sentencia que la víctima, Rosario Endrinal, acudió a un cajero de la entidad “La Caixa” con la intención de dormir en su interior dada su condición de persona sin hogar. Al cabo de unas horas, los dos acusados se encontraron con ella y comenzaron a insultarla y a lanzarle diversos objetos. Esto dio lugar a un forcejeo, en el cual la mujer consiguió cerrar la puerta del habitáculo y dejarlos fuera.

Sin embargo, un menor que era amigo de los acusados y que no había sido visto por Rosario, la convenció para que le dejara entrar al recinto, aprovechando en su salida para dejar la puerta de este cerrada pero franqueable. Así, los acusados pudieron volver a entrar al cajero provistos de objetos con los que golpearon a la víctima.

En un momento determinado los acusados y el menor se apoderaron de un bidón de disolvente que se encontraba en el andamio situado en el exterior de la entidad bancaria y vertieron su contenido a escasa distancia de la mujer, arrojando posteriormente una colilla encendida sobre el mismo. Esto provocó inmediatamente un incendio, que le causó a Rosario quemaduras en el 65% de su cuerpo, las cuales finalmente supusieron su fallecimiento por shock y fallo multiorgánico.

La AP condenó a los dos acusados como coautores de un delito de asesinato con alevosía, en concurso medial con el delito de daños. El tribunal basó la apreciación de la agravante de alevosía en dos aspectos. Por un lado, tuvo en cuenta el medio empleado por los autores, el fuego (y en concreto el incendio), el cuál es considerado por la jurisprudencia como un medio esencialmente alevoso.

Por otro lado, el tribunal también valoró el estado de Rosario. Así, se tuvieron en cuenta ciertos aspectos relacionados con su situación de sinhogarismo, estableciéndose en la sentencia que *“se desarrollaron los hechos, a altas horas de la madrugada, en el cobijo de un cajero automático en que la mujer no podía razonablemente esperar tal ataque y la propia posición de la misma, echada en el suelo adormilada (...) Resultado evidente que aunque el dolo de muerte pudo ser eventual lo que sí conocían los autores era la situación cuasi inerme de la víctima y lo sorpresivo, inmediato y devastador del ataque que efectuaron”*.

De esta forma, el tribunal tuvo en consideración de manera indirecta el hecho de que la víctima fuera una persona sin hogar, ya que la apreciación de la alevosía se basó en parte en que la víctima presentaba una mayor vulnerabilidad y falta de posibilidades de defensa por sus circunstancias personales.

¹⁴ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. p. 116.

Asimismo, es de mencionar que el tribunal descarta en este caso la agravante de abuso de superioridad planteada por la acusación particular de La Caixa al considerar que “*se hubiera podido producir igualmente con menos personas y lo que resultó especialmente transcendente fue el método comisivo usado, alevoso, en tanto que el uso de fuego aplicado a varios litros de un acelerante de la combustión en sitio cerrado, con inmediata deflagración elimino completamente las posibilidades de defensa de la víctima, a mayor abundancia tendida en el suelo semiadormecida, y no solo las disminuyó de un modo notable*”.

Finalmente, el tribunal también se pronuncia en relación con la aplicación de la agravante genérica de discriminación del art. 22.4 del CP, planteada por la acusación particular. Se establece que no cabe la apreciación de esta agravante, puesto que “*ni siquiera se ha concretado en que supuesto versaría, significándose que la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado, cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto son circunstancias agravantes*”.

Es de destacar que se ha observado en otras sentencias que versan sobre supuestos de aporofobia¹⁵ que es relativamente común el empleo del fuego por parte de los agresores y que una nota característica de esta discriminación es la agresividad que éstos emplean para atacar a la víctima. Además, también es habitual que los agresores sean personas jóvenes o incluso menores, como sucede en el supuesto tratado en este apartado, en el que los dos acusados acababan de alcanzar la mayoría de edad y el tercer involucrado era un menor.

5.2 La imposibilidad de aplicar la agravante genérica de discriminación. Postura del Tribunal Supremo.

Encontramos numerosa jurisprudencia previa a la tipificación de la agravante de aporofobia en la que las partes acusadoras solicitan a los tribunales la aplicación de la agravante genérica de discriminación del art. 22.4 del CP. Sin embargo, su aplicación era generalmente rechazada por parte de los órganos jurisdiccionales¹⁶.

En otros casos las partes ni siquiera llegaban a solicitar la aplicación de esta agravante, por ser conocedoras de la imposibilidad de los tribunales de aplicarla a supuestos de aporofobia.¹⁷ Esto se debe a que el art. 22.4 del CP establece un “*numerus clausus*” de motivos que dan lugar a su aplicación, dentro de los cuales no estaba originalmente prevista la aporofobia¹⁸.

¹⁵ Como, por ejemplo; la STS (Sala de lo Penal)129/1996, de 19 de febrero.

¹⁶ Entre otros; la ya analizada STAP de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008 o la STAP de Madrid (Sección 7ª), 34/2013, de 19 de marzo.

¹⁷ Por ejemplo; la STAP de Madrid (Sección 5ª), 61/2013, de 28 de mayo.

¹⁸ Galiana Gallach, L., Hernández De Alba Mir, V., Iranzo Sánchez, E., Pardo Gabaldón, R., Pitarch Alcón, B. (2021). *Informe jurídico sobre aporofobia, el odio al pobre*. RAIS Fundación.

La postura del TS a este respecto quedó delimitada por la STS 1160/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 9 de noviembre. En esta sentencia se recogen como hechos probados que los tres acusados acudieron al lugar donde pernoctaba el indigente, provistos de una barra metálica y una cadena antirrobo, y portando uno de ellos un casco con la intención de no ser reconocido. Los acusados comenzaron a propinarle múltiples patadas y golpes a la víctima, quien falleció poco después a causa de una hemorragia masiva provocada por la agresión.

Estos hechos fueron juzgados en primera instancia por el tribunal del jurado de la Audiencia Provincial de Madrid. Este tribunal condenó a los acusados como autores de un delito de asesinato con alevosía, concurriendo las agravantes de ensañamiento, aprovechamiento de circunstancias, disfraz y cometer el delito dada la condición de indigencia de la víctima.

En relación con ésta última circunstancia agravante el tribunal estableció que *“fue apreciada aquella circunstancia al haber estimado probado el Jurado que los acusados actuaban contra el indigente, del que sabían pernoctaba en el lugar del hecho, por el desprecio que les generaba”*.

Sin embargo, en el posterior recurso de apelación resuelto por el TSJ, se excluyó la aplicación de la agravante del art. 22.4 del CP estableciendo que *“Parece obvio que el desprecio hacia la pobreza no encaja en ninguno de los supuestos que trata de describir la norma jurídica en juego. Sería necesario un muy notable esfuerzo de flexibilidad o amplitud interpretativa para encuadrar la motivación que en la ocasión de autos tenían los hoy apelantes en los márgenes del diseño que ofrece nuestro legislador. Como quiera que según es criterio tradicional, que viene aceptándose de modo unánime y sin fisuras, la interpretación de las normas penales debe ser estricta, sin que en ningún supuesto resulte admisible la aplicación de criterios extensivos o elásticos cuando se trata de lograr resultados desfavorables para el reo, para incuestionable la procedencia aceptar este motivo de recurso y, en su consecuencia, excluir la agravante de que se trata de la punición de la conducta que en la ocasión de autos desplegaron los tres individuos que ahora apelan”*.

Finalmente, la Acusación Popular “Movimiento Contra la Intolerancia” presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Este contenía como motivo único la infracción por inaplicación de la agravante del art. 22.4 del CP.

En la doctrina fijada por la STS 1160/2016, que resuelve este recurso, se confirma la interpretación de este precepto establecida por el TSJ. En definitiva, el tribunal manifiesta su incapacidad de aplicar el art. 22.4 del CP a supuestos de aporofobia, por respeto al principio de legalidad y a la prohibición de analogía in mala partem.

Se establece en dicha sentencia que *“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. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato*

inhumano, por su condición de mendigo sin techo. 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, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad. Y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideologías o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía. En consecuencia el TSJ se ajustó al texto del art. 22.4^a cuando inaplicó la circunstancia agravante de discriminación.”

Como observamos, el TS manifiesta que la redacción original de la agravante genérica de discriminación deja fuera a determinados colectivos necesitados de protección. Esta sentencia, junto con el resto de jurisprudencia del TS sobre esta materia, han tenido una gran influencia en la reforma de los motivos de odio recogidos por el numerus clausus del art. 22.4 del CP.¹⁹

Asimismo, otros órganos jurisdiccionales también declararon la necesidad de una reforma legal a este respecto, como es el caso del voto particular del magistrado José Manuel Suárez Robledano en la Sentencia del TSJ de Madrid 19/2005 del 21 de octubre de 2005. En esta se establece que “*No se trata de dar aquí, en cuarto lugar, un alcance extensivo o desorbitado a la descripción punitiva que contiene la propia agravante, sino de darle el propio que realmente quiso el Legislador que, como no podía ser de otra forma, núcleo la acción alrededor de la discriminación como añadido a la reprochabilidad de las conductas delictivas comunes, y así se ha venido interpretando por la jurisprudencia de otros Tribunales*”.

5.3 Aplicación de otras circunstancias agravantes

Si bien los tribunales no podían agravar la pena por la motivación aporófoba que daba lugar a la elección de la víctima, éstos tenían a menudo en cuenta determinadas circunstancias derivadas de su condición de persona sin hogar para apreciar la concurrencia de otras agravantes.

Así, la mayoría de los órganos jurisdiccionales realizaron un mayor esfuerzo interpretativo para, previa solicitud de la parte acusadora o del Ministerio Fiscal, agravar la pena correspondiente en aplicación de otras circunstancias agravantes.

¹⁹ Magro Servet, V. (2021, diciembre). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio*. Diario La Ley.

Consecuentemente, en la mayoría de sentencias que recogen supuestos de aporofobia los tribunales aplican la agravante de alevosía o la de abuso de superioridad.

5.3.1 La agravante de alevosía

La alevosía es una circunstancia agravante genérica prevista en el art. 22.1 del CP. Hace referencia a una actuación que trata de eliminar las posibilidades de defensa de la víctima, con objeto de asegurar la ejecución del delito.²⁰ En la STS 51/2016 se establece que los requisitos para apreciar la concurrencia de esta agravante son:

1. Elemento normativo: debe tratarse de un delito contra las personas.
2. Requisito objetivo: los medios, modos o formas empleados por el autor en la ejecución del delito deben ser objetivamente adecuados para asegurarlo, mediante la eliminación de las posibilidades de defensa de la víctima. Así, no es suficiente el simple convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
3. Requisito subjetivo: el dolo del autor debe proyectarse no sólo sobre la utilización de determinados medios, modos o formas, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de la víctima.
4. Debe apreciarse una mayor antijuridicidad en la conducta derivada del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades.

La jurisprudencia²¹ distingue tres clases o modalidades de alevosía: proditoria o traicionera (se ejecuta la conducta delictiva mediante trampa, emboscada o a traición), sorpresiva (caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto) y alevosía por desvalimiento. Esta última hace referencia al aprovechamiento por parte del agresor de una especial situación de desamparo de la víctima, que impide cualquier reacción defensiva por su parte.

En relación con las agresiones aporófobas, encontramos diversas sentencias que han apreciado la concurrencia de la agravante de alevosía por desvalimiento. Como muestra de ello, analizaremos el caso de la STAP de Zaragoza 5/2002, de 11 de febrero²².

En la citada sentencia se relata que el acusado se encontró con la víctima, una persona sin hogar de 78 años que estaba dormida en la calle, cuando salía de un bar de madrugada.

²⁰ Fundación Wolters Kluwer. (s.f.). *Agravante de alevosía y premeditación*. Guías Jurídicas.

²¹ Entre otras; STS 1180/2010, de 22 de diciembre de 2010; STS 1035/2012, de 20 de diciembre de 2012 o STS 51/2016, de 3 de febrero de 2016.

²² Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. P. 136-140

En ese momento, comenzó a golpearla provocándole lesiones superficiales en la nariz y en la frente. Poco después una patrulla de policía acudió al lugar, dónde ya solo se encontraba la víctima, pero lo abandonó cuando éste se negó a ser trasladado a un hospital o albergue.

Posteriormente, el acusado volvió al lugar dónde sucedieron los hechos y comenzó de nuevo a patear a la víctima en el cráneo y la cabeza. Esto le causó varias lesiones que le provocaron una hemorragia cerebral intensa con pérdida de conocimiento suficiente para causar su muerte inminente, produciéndose finalmente su fallecimiento a causa de un golpe que le causó una hemorragia nasal grave que supuso su muerte por asfixia al ser tragada la sangre.

La AP de Zaragoza consideró probada la concurrencia de la agravante de alevosía por desvalimiento, lo que supuso que el hecho se calificara como un asesinato. En relación con esta agravante el tribunal establece que *“es constante la Jurisprudencia que entiende como alevosa la acción cuando se trata de personas indefensas o en nítida situación de inferioridad, junto a las formas traicioneras, súbitas o sorpresivas o cuando la indefensión es provocada por el propio agresor”*.

El tribunal apreció esta situación de indefensión o inferioridad de la víctima a la que se hace referencia en base a dos aspectos. Por un lado, se valoró la desproporción existente entre la fuerza de las partes involucradas, derivada de la propia diferencia de edad entre el agresor de 20 años y la víctima de 78. Por otro lado, también se tuvo en cuenta la propia posición de la víctima, que estaba tendida en el suelo y dormida cuando comenzó la agresión, y que al recibir los golpes finales que le causaron la muerte estaba ya inconsciente. De modo que, el tribunal entiende que se encontraba totalmente eliminada cualquier posibilidad de defensa por su parte.

Esta resolución fue recurrida ante el TSJ de Aragón, quien confirmó la concurrencia de la agravante de alevosía en la STSJ de Aragón de 28 de mayo de 2002. En esta sentencia el tribunal manifestó que los aspectos valorados por la sentencia recurrida para apreciar la situación de indefensión de la víctima eran correctos.

En definitiva, se observa en este caso cómo los tribunales tienen en cuenta determinadas circunstancias derivadas de la condición de persona sin hogar de la víctima para apreciar la concurrencia de la agravante de alevosía por indefensión.

Así, parte del fundamento de la aplicación de esta agravante se basa en que la víctima se encontraba en una situación de especial vulnerabilidad por estar dormida en la calle cuando se produjo el ataque, situación que no se habría producido si el sujeto pasivo no fuera una persona sin hogar.

5.3.2 La agravante de abuso de superioridad

La agravante de abuso de superioridad está recogida en el art. 22.2 del CP. Esta circunstancia agravante se fundamenta en la existencia de una disminución de la capacidad de defensa de la víctima y una mayor facilidad para cometer el hecho delictivo. De esta forma, la lesión producida al bien jurídico es mayor por estar la víctima más indefensa y, consecuentemente, más necesitada de protección²³. El TS ha establecido en la STS 5685/2015²⁴ los requisitos que deben concurrir para que sea de aplicación la agravante de abuso de superioridad:

1. Requisito objetivo: existencia de una situación de superioridad derivada de un desequilibrio de fuerzas a favor del agresor. Este desequilibrio puede ser consecuencia de diversas circunstancias, como los medios usados o la existencia de una pluralidad de atacantes.
2. Notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido a causa de esa superioridad, sin que lleguen a eliminarse por completo (en caso de que se eliminen estaríamos ante un supuesto de alevosía).
3. Requisito subjetivo: el agresor tiene que ser consciente del desequilibrio de fuerzas y aprovecharse de ello para facilitar la comisión del delito. Este requisito hace referencia a que la superioridad tiene que haberse buscado a propósito o al menos aprovechado. De esta forma, no se apreciará la concurrencia de esta agravante cuando la superioridad no haya sido ni buscada ni aprovechada, sino que simplemente haya surgido.
4. Requisito excluyente: la superioridad de la que se abusa no debe ser inherente al delito, lo que puede pasar porque sea uno de sus elementos típicos o porque el delito necesariamente tenga que llevarse a cabo así.

En la práctica, los órganos jurisdiccionales entienden el abuso de superioridad como una alevosía menor.²⁵ Esta agravante ha sido apreciada en muchos supuestos de delincuencia aporófoba. Un ejemplo de ello es la SAP de Madrid (Sección 17ª), 964/2006, de 29 de noviembre.

Se recogen como hechos probados de esta sentencia que los tres acusados y un menor estaban paseando por la calle de madrugada, cuando se encontraron con las dos víctimas; Víctor Manuel y Carlos Alberto. Las víctimas estaban acondicionadas en unos cartones con la intención de pasar sobre ellos la noche, por carecer de otro lugar donde dormir.

²³ Muñoz Conde, F y García Arán, M. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. P. 490.

²⁴ Esta sentencia sigue la doctrina jurisprudencial sentada por la sala al respecto en otras sentencias, como; la STS 93/2012, de 16 de febrero; la STS 1221/2011, de 15 de noviembre; la STS 1236/2011, de 22 de noviembre o la STS 1390/2011, de 27 de noviembre.

²⁵ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. p. 134.

Uno de los acusados empezó a reprocharle a las víctimas que no trabajaran y les indico que se marcharan de ahí porque “ensuciaban las calles”. A continuación, otro de los acusados, Joaquín, le propinó un golpe en el cráneo a Víctor Manuel. En ese momento, la otra víctima, Carlos Alberto, se incorporó y recibió entonces una cuchillada en el abdomen por parte de Joaquín. Los otros dos acusados y el menor vieron todo lo ocurrido y permanecieron quietos. Poco después, los cuatro se alejaron del lugar, sin prestar ninguna ayuda a los heridos.

El tribunal condenó a Joaquín por un delito de homicidio en grado de tentativa y por la ya desaparecida falta de maltrato físico. Además, se observó la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 del CP. El resto de los acusados fueron absueltos de estos delitos.

La apreciación de la agravante de abuso de superioridad se fundamentó en que *“Joaquín es mucho más joven que sus víctimas; sus fuerzas físicas son considerablemente superiores a las sumadas de aquellas. Víctor Manuel estaba debilitado por convalecencia de una lesión y Carlos Alberto fue sorprendido por el ataque cuando se encontraba totalmente desprevenido. Víctor Manuel se encontraba debilitado, convaleciente de una lesión padecida y al advertir la aproximación del grupo comprendió que era inútil enfrentarse a él si todos decidían intervenir. (...) La fuerza de Carlos Alberto, cumplidos los sesenta años, no podía compararse a la de Joaquín y, además, se hallaba totalmente desprevenido cuando se inició el incidente. Joaquín llevaba una navaja, mientras los dos acometidos estaban inermes; y la utilizó de una forma rápida, sorpresiva, al punto de aproximar el caso a la alevosía en su acepción legal estricta”*.

A modo ilustrativo, también podemos hacer referencia a otra sentencia condenatoria que recoge un supuesto de aporofobia. Es el caso de la STSJ de Andalucía 5/2012, de 20 de febrero, en la que se establece que *“la circunstancia de abuso de superioridad concurre de modo especialmente intenso, habida cuenta de la situación de indigencia de la víctima de la que de manera tan reproachable se aprovecha lo que incrementa el grado de desvalor de su conducta y aconseja una pena cercana al máximo legal”*.

De estas dos sentencias y del resto de jurisprudencia sobre delincuencia aporófoba analizada se observa un patrón común, consistente en la existencia de un estado de especial vulnerabilidad presente en el colectivo de personas sin hogar, que es tomado en cuenta por los tribunales a la hora de calificar los hechos.²⁶

Como ya se había adelantado, ante la inexistencia de motivos agravatorios concretos que pudieran concurrir para supuestos de aporofobia, se observa un especial esfuerzo por parte de los tribunales para aplicar la agravante de abuso de superioridad o la de alevosía. Además, para su aplicación se tiene en cuenta (entre otros aspectos) las condiciones

²⁶ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. p. 135.

personales de las víctimas, las cuales son reflejo de su situación de pobreza o sinhogarismo.²⁷

Parte de la doctrina²⁸ entiende que el hecho de que en la jurisprudencia se aprecie un mayor esfuerzo para agravar las penas en los supuestos de víctimas más vulnerables por su situación de pobreza o de sinhogarismo es una muestra del interés de los tribunales en que se construya una respuesta más adaptada al problema social de la aporofobia.

A pesar de que la solución de aplicar otras agravantes a casos de aporofobia puede llegar a ser materialmente justa, es insuficiente. Esto se debe a que acudir a otras agravantes que tienen su propia razón de ser desplaza la atención del problema real, que es la discriminación aporófoba. Así, no puede tener la misma calificación jurídica matar a alguien con alevosía que hacerlo por aporofobia.

Además, esta interpretación también plantea como problema que no habrá posibilidad de agravar la pena cuando no se aprecie una conducta alevosa (p.e. porque exista capacidad de defensa por parte del sujeto pasivo) o de abuso de superioridad (p.e. por ser los sujetos de la misma edad, compleción...), pero sí discriminatoria por ser una persona en situación de pobreza.

5.4 La aporofobia como delito contra la integridad moral

En algunas ocasiones la jurisprudencia no aplica las agravantes previamente analizadas y opta por calificar los hechos como un delito contra la integridad moral recogido en el art. 173.1 del CP.

La acción típica del delito contra la integridad moral consiste en infligirle a otra persona un trato degradante, menoscabando de manera grave su integridad o dignidad moral. La jurisprudencia del TEDH²⁹ ha definido el trato degradante como el trato susceptible de causarle a la víctima sentimientos de temor, angustia e inferioridad, que pueden humillarle, envilecerle y quebrantar su resistencia física y moral. El bien jurídico protegido por este tipo penal es el derecho a la integridad moral, recogido en el art. 15 de la CE “*todos tienes derecho a la vida y a la integridad física y moral*”.

La jurisprudencia³⁰ ha delimitado como elementos de este delito los siguientes:

1. Ejecución de un acto con contenido claramente vejatorio para la persona afectada por el delito.

²⁷ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante* (art. 22.4 CP). Editorial Bosch. p. 139.

²⁸ García Domínguez, I. (2020). *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Editorial Ratio Legis. P. 64.

²⁹ Entre otros; STEDH caso Irlanda contra Reino Unido e Irlanda del Norte, de 18 de enero de 1978; caso Price contra Reino Unido e Irlanda del Norte, de 10 de julio de 2001.

³⁰ Entre otras; STS 233/2009, de 3 de marzo; STS 663/2014, de 15 de octubre o STS 325/2013, de 2 de abril.

2. Producción de un padecimiento físico o psíquico para el sujeto pasivo.
3. Realización de un comportamiento degradante o humillante que incida en la dignidad de este sujeto. Se exige así que ese menoscabo sobre la integridad moral sea grave, de modo que se excluyen los supuestos de poca entidad.

A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a la STJP Barcelona de 16 de enero de 2017 [ARP/2017/27]³¹. Esta sentencia recoge como hechos probados que el acusado se encontró con una persona sin hogar, que estaba situada al lado de un cajero en el suelo y que *“de forma inopinada, aprovechando su extrema vulnerabilidad como persona que carece no solo de un techo sino de cualquier soporte familiar o social, actuando de forma absolutamente gratuita, movido por el desprecio que sentía hacia las personas sin hogar y con evidente voluntad de menoscabar su dignidad, se dirigió de forma sorpresiva hacia ella y tras escupirla, le propinó patadas en el cuerpo y puñetazos en la cara”*.

A raíz de la agresión, la víctima sufrió una fractura del tercio medio del radio izquierdo y una contusión ocular derecha. Para su recuperación, el sujeto precisó tratamiento médico-ortopédico consistente en inmovilización con yeso branquiopalmar y la administración de analgésicos. El agresor fue condenado por un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP en concurso ideal con una antigua falta de lesiones del art. 617.1 CP.

El tribunal considera que no concurren las agravantes de abuso de superioridad y alevosía. El abuso de superioridad es descartado porque no se produce un plus exigido por la agravante, consistente en un elemento adicional de prevalimiento o aprovechamiento de encontrarse en pie para agredir a la perjudicada. En relación con la alevosía, no se aprecia dicha circunstancia por no existir un plus exigible en el empleo de medios, modos o formas tendentes al aseguramiento del delito.

La apreciación por parte del tribunal del delito contra la integridad moral se basa en que *“No puede sino que reprobarse la actuación dentro del actual art. 173.1 del CP en donde con una clara posición de superioridad, al encontrarse de pie sobre una indigente que estaba en el suelo, ya tumbada ya sentada, le escupió y pateó, además de golpearla con las manos, en el cuerpo y en la cabeza con un claro menosprecio a su condición de persona sin techo que pernocta en la calle, con la intención de attentar contra la dignidad e integridad personal”*.

Así, el tribunal tiene en cuenta la vulnerabilidad de la víctima derivada de su condición de persona sin hogar, y establece al respecto que *“será, pues, trato degradante el que en uno o varios actos, humilla, envilece y rebaja, y, prescindiendo de la dignidad que acompaña y caracteriza a todo ser humano, trata a la persona como si fuera un ser equivalente a un objeto (...) Elementos que concurren en los hechos objeto de acusación tras las conclusiones definitivas, al attentar contra la dignidad de una persona que*

³¹ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. P. 140-143.

pernoctaba en la calle, con unos sencillos cartones para resguardarse de las inclemencias del tiempo y obtener intimidación, al escupirla y agredirla mediante patadas y puñetazos”.

El problema que plantea la aplicación de este tipo penal a supuestos de aporofobia es que no toma en consideración las concretas motivaciones (en este caso discriminatorias) que llevan al sujeto activo a cometer el hecho delictivo. Es decir, con la aplicación de este delito no se está penando el concreto odio discriminatorio que se manifiesta en la ejecución del delito, sino el trato degradante que se produce sobre la víctima, independientemente de los motivos que hayan guiado esa actuación.³²

6. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA INTRODUCCIÓN DE LA AGRAVANTE

En el comienzo de este estudio se han analizado las elevadas cifras de supuestos de discriminación por razones socioeconómicas en España. Estos alarmantes datos justifican la introducción de la agravante de aporofobia en el Código Penal, como herramienta para hacer frente a esta situación, desde una perspectiva de idoneidad político-criminal.

Asimismo, también se ha estudiado la realidad jurisprudencial de la delincuencia aporófoba, la cual refleja la dificultad de los tribunales de otorgar un tratamiento justo a estos casos y la necesidad de contar con un instrumento jurídico específico para ello.

En este apartado se analizará si, además de estas motivaciones, existe un fundamento jurídico para una mayor sanción penal en supuestos de aporofobia. Para ello, se estudiará si se produce una mayor necesidad y merecimiento de pena cuando concurre una motivación discriminatoria de este tipo.

6.1. Mayor merecimiento de pena

6.1.1 Negación del valor superior de la igualdad

El concepto de “*merecimiento de pena*” hace referencia a la realización de un juicio de valor sobre una determinada conducta. Dicho juicio tiene por objeto concluir la posible existencia de un mayor desvalor del hecho, por el que deba corresponder una sanción penal superior.³³

En este caso se analizará si los delitos cometidos por una discriminación aporófoba merecen una mayor sanción. Para ello, debe valorarse si al cometerse el hecho por ese

³² Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. p. 142.

³³ Luzón Peña, D. M. (1993). *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*. Dialnet. p. 2.

motivo discriminatorio se ve cuestionado un valor adicional. Es decir, si este móvil vulnera otro valor, además del propio bien jurídico afectado por el delito base.

Sobre esto existe un consenso generalizado de que, en los distintos supuestos a los que les es aplicable la agravante del art. 22.4 del CP, se produce un atentado contra la igualdad.³⁴ Esta es reconocida constitucionalmente como un valor o principio superior del Ordenamiento Jurídico (art. 1 de la CE) y un derecho fundamental del individuo (art. 9.2 de la CE, y en concreto, art. 14 de la CE).

Asimismo, también encontramos numerosa jurisprudencia que ha señalado que en los delitos cometidos por motivaciones discriminatorias se produce ese daño adicional al ya mencionado principio de igualdad. A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a la STC 12/2001, de 29 de enero o a la SAP de Barcelona 621/2002, de 26 de junio.

Por tanto, si se tiene en cuenta que en los supuestos de aporofobia se lesiona adicionalmente el bien jurídico de la igualdad, queda justificado un mayor merecimiento de pena en estos casos.

Es de destacar que esa mayor sanción penal debe quedar encuadrada dentro de los límites del principio del hecho. Este principio hace referencia a que el derecho penal actúa únicamente ante hechos visibles y concretos, y no contra meros pensamientos o deseos.³⁵

A este respecto debe tenerse en cuenta que la apreciación de la agravante de discriminación supondrá, según el art. 66.1.3 del CP, la aplicación de la pena correspondiente para el delito cometido en su mitad superior. Por tanto, la pena finalmente impuesta se moverá dentro del marco de sanción que el Código Penal haya asignado al hecho típico cometido por el sujeto activo.

De esta forma, la sanción penal aplicada se corresponderá con el hecho delictivo cometido. Así, no se sancionan de manera separada las motivaciones aporófobas del autor, sino que las mismas modulan la pena que finalmente resulta aplicable dentro del rango legalmente previsto para el delito.

En definitiva, dado que la motivación discriminatoria solo se tiene en cuenta a efectos penales cuando se proyecte con el hecho externo, quedará respetado en todo momento el principio del hecho.³⁶

³⁴ Entre otros; Landa Gorostiza, J.M. (2018). *Los delitos de odio*. Ed. Tirant lo Blanch o Tapia Ballesteros, S. (2021). *El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación*.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala segunda), 70/1985, de 31 de mayo.

³⁶ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. p. 219.

6.1.2 Ubicación del mayor desvalor

Uno de los aspectos que más debate genera en relación con la agravante del art. 22.4 del CP es el relativo a la ubicación del mayor desvalor del hecho que justifica un mayor merecimiento de pena.

A este respecto, encontramos dos principales interpretaciones o posturas que sitúan ese mayor desvalor en distintas categorías dentro del sistema de la teoría del delito: una que considera que el desvalor se produce en el ámbito de la culpabilidad y otra que lo encuadra dentro de la categoría de lo injusto.

Dentro de la postura que defiende que el fundamento de la agravante se sitúa en la categoría de la culpabilidad encontramos a autores como Gimbernat Ordeig, Cerezo Mir, Bernal del Castillo o Díaz-Maroto, entre otros. Estos consideran que la agravante de discriminación es una circunstancia subjetiva, cuyo fundamento reside en la mayor reprochabilidad de la acción dada la motivación discriminatoria del autor.

Por ello, quienes son partidarios de esta postura sostienen que la clave de la aplicación de la agravante es que el móvil o la motivación discriminatoria del autor haya sido la determinante para cometer el delito.

Así, Bernal del Castillo considera que *“en el caso de los motivos discriminatorios lo que se produce es un mayor reproche del autor de un delito en función de su actitud vital orientada en contra del respeto a la dignidad igual de los demás (...) son circunstancias no reconducibles al tipo del injusto, por estar desprovistas de propiedades que se refieran a la acción concreta cometida. Pertenecen, por tanto, a la culpabilidad”*.³⁷

No obstante, esta postura encuentra como principal crítica que la categoría de la culpabilidad hace referencia a la posibilidad de imputar al sujeto activo el ataque producido al bien jurídico. Por tanto, la mayor culpabilidad no aumenta la gravedad de la lesión, sino la posibilidad de imputarla, al completo o de manera parcial.³⁸

De esta forma, se plantea el problema de cómo un hecho cometido por un autor sin motivos discriminatorios le puede ser plenamente imputable, y que a su vez se defienda que de concurrir la agravante de discriminación la conducta delictiva le hubiera sido más imputable.

Por esta razón debe quedar descartado que las motivaciones aporófobas den lugar a una mayor culpabilidad del sujeto activo. Resulta así más adecuado situar el mayor desvalor del hecho aporóforo en la categoría de lo injusto, postura dentro de la cual encontramos tres posibles interpretaciones: injusto objetivo, subjetivo o mixto.

³⁷ Bernal del Castillo, J. (1998). *La discriminación en el derecho penal*. Editorial Comares. P. 65.

³⁸ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. p. 226.

Como partidarios de situar la agravante dentro del injusto objetivo tenemos a autores como Landa Gorostiza o Dópico Gomez-Aller. Estos defienden que el hecho cometido por el autor exterioriza un significado comunicativo de quebrantamiento de la norma, siendo esta exteriorización lo que conlleva una mayor gravedad de su conducta³⁹.

Por tanto, lo que vulnera el bien jurídico no es que el autor tenga una u otra motivación, sino que la misma se haya exteriorizado produciendo un efecto sobre un colectivo determinado. Por tanto, estos autores reinterpretan la alusión a los “*motivos*” realizada en el art. 22.4 del CP, y consideran que se hace referencia a situaciones objetivas en las que se produce un “*efecto*” concreto sobre un colectivo discriminado.

Esta interpretación tiene como principal crítica que, al ser la verdadera motivación del autor irrelevante, no podría aplicarse la agravante cuando el autor actúe por una motivación discriminatoria, pero no se produzca ese efecto sobre el colectivo. Además, supone que el fundamento de la agravante no sea la negación al principio de la igualdad, sino la protección a determinados colectivos discriminados. Por ello, debe quedar descartada.

Por otro lado, encontramos la teoría de lo injusto subjetivo. Esta postura está encabezada por Mir Puig y, al igual que quienes defienden su ubicación en la categoría de la culpabilidad, consideran que la agravante tiene un carácter subjetivo. Sin embargo, en esta postura se sostiene que lo que se sanciona es la intención discriminatoria hacia una persona o un colectivo y no el motivo discriminatorio.⁴⁰

Por tanto, plantean que la alusión al término “*motivo*” en el precepto legal debe entenderse como la “*intención*” que expresa dicho motivo, ya sea de negar el principio de igualdad o de causar daño al conjunto de sujetos que comparten la condición personal de la víctima.

Finalmente, encontramos las teorías mixtas objetivo-subjetivas, defendidas por autores como Alonso Álamo. Según esta interpretación para que resulte aplicable la agravante debe concurrir la motivación discriminatoria en el autor, elemento subjetivo, y el sujeto sobre el que recae la conducta debe pertenecer al colectivo discriminado en cuestión, elemento objetivo.⁴¹

Esta tesis supera la problemática que planteaba la tesis objetiva de aplicar la agravante, aunque no existiera intención discriminatoria. Sin embargo, presenta como problema que no sería aplicable en aquellos casos en los que hay una motivación discriminatoria, pero se produce una percepción errónea de la víctima por parte del autor y ésta no cumple el

³⁹ Díaz López, J.A. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Tesis doctoral. P. 378.

⁴⁰ Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte general. 8ª Edición*. Editorial Reppetor. Lección 26. P. 629-630.

⁴¹ Alonso Álamo, M. (2002). *La circunstancia agravante de discriminación*. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Editorial Tecnos. P. 533-549.

requisito de formar parte de un colectivo vulnerable, por lo que también descartamos esta postura.

Por todo lo anteriormente expresado, la categoría que mejor justifica el mayor desvalor producido en supuestos de aporofobia es la del injusto subjetivo. Esta es la única de las distintas teorías de lo injusto en la que queda justificada la aplicación de la agravante cuando el sujeto pasivo no forma parte del colectivo en cuestión, pero el autor actúa movido por un odio discriminatorio. Es decir, es la única de las teorías que no presenta esta laguna, por lo que, es la que debemos tomar como válida.

Por tanto, cuando el art. 22.4 del CP hace referencia a “*motivos*” discriminatorios, se está aludiendo a una “*finalidad*” o “*intención*” discriminatoria. De esta forma, lo que se sanciona con la agravante no es el motivo interno en sí, sino la intención que expresa dicho motivo cuando el autor comete el hecho delictivo.

6.2 Mayor necesidad: Justificación desde las teorías de los fines de la pena

El concepto de necesidad de la pena parte de presuponer el merecimiento de la pena. Así, se relaciona con el análisis de si un hecho merecedor de una pena necesita además ser penado, por no existir ningún otro medio eficaz y menos aflictivo⁴².

Ya hemos comprobado que es merecida una mayor sanción penal en supuestos de discriminación por razones socioeconómicas, pero ahora debe analizarse si existe además una mayor necesidad de respuesta penal en estos casos.

Para poder responder a si los delitos aporófobos necesitan más pena debemos analizar las posibles justificaciones que esto puede encontrar en las distintas teorías de los fines de la pena.

En primer lugar, debe comprobarse si la teoría retributiva de la pena, enmarcada dentro de las teorías absolutas, puede explicar la necesidad de mayor sanción penal. Según esta teoría, la pena se fundamenta por la retribución o el pago por el daño ocasionado. Se asocia con la ley del Tali3n: “*ojo por ojo, diente por diente*”. Así, la justificación de esta agravante sería la existencia de un mayor daño a reparar por una mayor inmoralidad u oposici3n a valores sociales o 3ticos.

Una de las principales cr3ticas a esta justifi3caci3n es que no existe un conjunto de valores que est3n compartidos por la sociedad, de modo que es muy complicado dar una calificaci3n moral uniforme a los motivos por los que actúan los sujetos. Así, “*el derecho*

⁴² Luz3n Peña, D. M. (1993). *La relaci3n del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*. Dialnet. p. 2.

*individual a pensar distinto no puede quedar sometido a que la mayoría acuerde que una minoría tiene ese derecho”*⁴³.

Además, esta justificación no es compatible con el principio de culpabilidad y del hecho, ni con la orientación de las penas hacia la reinserción social. Por ello, esta teoría debe quedar definitivamente descartada.

En segundo lugar, la agravación de la pena por motivaciones aporófobas puede fundamentarse en la teoría preventivo especial, ubicada dentro de las teorías relativas. El concepto de prevención especial se refiere a que el fin de la pena es evitar que el sujeto que ha delinquido vuelva a hacerlo.

Extrapolado a la agravante del art. 22.4 del CP, la mayor necesidad de sanción quedaría justificada por una mayor peligrosidad del autor que actúa por estos motivos. Se diferencia de la teoría retributiva en que en este caso la motivación del autor es relevante por reflejar una mayor potencialidad delictiva, no por una valoración moral de la misma.⁴⁴

Esta tesis como fundamento de la agravante encuentra críticas como la dificultad que conlleva medir la peligrosidad del sujeto y que supone la imposición de una pena mayor por algo que aún no se ha cometido, pero que se cree que es más probable que pase.

Dentro del conjunto de teorías relativas también encontramos las teorías de prevención general. Estas tienen dos vertientes, siendo la primera de ellas la de la prevención general negativa. En base a esta teoría la pena se fundamenta como una amenaza hacia los ciudadanos para que no cometan el delito. En el caso de la delincuencia aporófoba, la necesidad de una pena mayor estaría fundamentada por la existencia de un mal mayor del que se debe advertir.⁴⁵

Así, a diferencia de la teoría preventiva especial en la que se sigue una óptica ex post, esta teoría pretende que el sujeto en el presente cuente con razones suficientes para evitar la conducta delictiva. Una de las principales críticas que encuentra es que supone instrumentalizar al sujeto para lograr unos objetivos sociales determinados⁴⁶.

La otra vertiente es la de la teoría preventivo-general positiva, según la cual la finalidad de la pena es reafirmar la vigencia de la norma que se ha visto afectada por la comisión del delito.

Esta teoría considera que la pena tiene dos funciones o vertientes. Por un lado, tiene una función pacificadora, intentando paliar el estado de indignación de la ciudadanía. Así,

⁴³ Milton Peralta, J. (2012). *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Marcial Pons. P. 38-39.

⁴⁴ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. p. 159.

⁴⁵ Milton Peralta, J. (2008). *Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico*. In Dret, revista para el análisis del derecho. p. 22.

⁴⁶ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. p. 163.

como al haber actuado por motivos discriminatorios la indignación de la sociedad es mayor, quedaría fundamentada la agravante.

Por otro lado, también tiene una función pedagógica, por la cual la pena trata de inculcar determinados valores a los individuos. No obstante, esta teoría también encuentra críticas como que supone una moralización de la ciudadanía por parte del Estado.

Como observamos, ninguna de estas teorías es capaz de fundamentar la mayor necesidad de pena para estos supuestos sin encontrarse con fuertes críticas. Esto nos lleva a acudir a una teoría mixta como fundamento de mayor necesidad de sanción penal. Así, encontramos la teoría dialéctica de la unión patrocinada por Roxin.

Esta es una tesis unificadora que considera que la pena tiene distintos fines dependiendo del momento o la fase concreta que analicemos⁴⁷:

- Fase legislativa: El fin de la pena es la prevención general negativa. Al ser merecida una mayor sanción penal en supuestos de aporofobia es lógico que sea necesaria una mayor amenaza para hacer frente a este tipo de delincuencia.
- Fase judicial: la imposición de la pena en esta fase tiene una finalidad de prevención general positiva. En los delitos cometidos por una motivación aporófofa se vulneran dos normas o valores con un único acto. Por ello, queda justificada una mayor necesidad de reafirmar la norma en estos supuestos.
- Fase de ejecución o cumplimiento de la pena: en este momento el fin de la pena es la prevención especial. Resulta lógico que el sujeto que por motivaciones aporóforas ha lesionado diferentes normas y valores con un solo acto esté más necesitado de resocialización.

En definitiva, ninguna de las distintas teorías de los fines de la pena es capaz de justificar por sí sola la mayor necesidad de sanción penal en supuestos de aporofobia. Así, es necesario acudir a una teoría mixta, en la cual se analicen individualmente las distintas fases, con objeto de encontrar el fin que realmente justifique en cada una de ellas la existencia de una mayor sanción penal.

En los supuestos de discriminación por motivaciones socioeconómicas observamos que, en función del momento que analicemos, la pena responde tanto a fines de prevención general, positivos y negativos, como a fines de prevención especial.

⁴⁷ Castro Moreno, A. (2008). *El por qué y el para qué de las penas. Análisis crítico sobre los fines de la pena*. Editorial Dykinson, S.L. P. 118.

7. CUESTIONES PRÁCTICAS

7.1 La importancia de la prueba de la intención discriminatoria

Siguiendo con la interpretación del art. 22.4 del CP planteada por los defensores de la tesis del injusto subjetivo, uno de los aspectos más importantes para la aplicación de la agravante de aporofobia es la prueba de la intención discriminatoria del autor del delito.

Al situar la clave de la aplicación de esta figura en la intención del autor, se evita poner el acento en la víctima. De esta forma, no tiene que probarse en ningún momento que el sujeto pasivo del delito forma parte del colectivo discriminado al que se hace referencia en el texto legal.⁴⁸

Por tanto, no cabe la posibilidad de apelar como defensa a la discriminación por error.⁴⁹ Este concepto hace referencia a llevar a cabo una conducta discriminatoria hacia un sujeto por considerar erróneamente que pertenece a un determinado colectivo discriminado.

De esta forma, si un sujeto agrede a otro por creer que es una persona sin hogar, y resulta no serlo, seguiría siendo de aplicación la agravante de aporofobia, siempre que se demuestre la intención discriminatoria del autor.

Se debe mencionar que a pesar de que se haga referencia a colectivos discriminados, en sentido estricto el listado que recoge el art. 22.4 del CP son condiciones o circunstancias personales relativas a la identidad de cada individuo, no colectivos como tal.⁵⁰

En relación con la valoración de la intención del autor que deben realizar los jueces y tribunales se establece en la STS 677/2018, de 20 de diciembre de 2018, que “*Deberá inferirse en la prueba practicada en el plenario, habida cuenta las dificultades para acreditar la intención a la que se puede llegar desde la inferencia o deducción en la ejecución del hecho, por las dificultades probatorias de "fotografiar" la intención del sujeto activo del delito*”.

A modo de prueba, entre otros, podrá evaluarse la declaración de la víctima en confrontación con la del acusado o, si hubiera testigos, la narración y valoración de los hechos realizada por éstos.⁵¹ Al tratarse de la prueba de unos hechos internos o psicológicos, en la mayoría de los casos, no será posible acudir a la prueba directa, por lo que adquiere especial importancia la prueba indiciaria.

Debe recordarse que la prueba indiciaria puede ser igual de fiable que la directa, si bien el TC ha establecido que para que sustente una condena sin menoscabar el derecho a la

⁴⁸ Magro Servet, V. (2021, diciembre). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio*. Diario La Ley.

⁴⁹ Magro Servet, V. (2021, diciembre). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio*. Diario La Ley.

⁵⁰ Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch. p. 199-200.

⁵¹ Magro Servet, V. (2021, diciembre). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio*. Diario La Ley.

presunción de inocencia es necesario que “a) los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y b) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano”.⁵²

Pueden ser posibles indicios en supuestos de delitos de odio, y en concreto, en casos de aporofobia:⁵³

- i) Manifestaciones realizadas por el autor antes o durante la comisión del delito. Por ejemplo, insultos que denoten un desprecio hacia la condición personal de la víctima que originó el odio discriminatorio.
- ii) Antecedentes de comisión de otros delitos de odio por parte del autor.
- iii) Conocimiento real o percibido de que la víctima tenía la condición personal que dio lugar al odio discriminatorio.
- iv) Ausencia de un móvil alternativo.
- v) Elección al azar de la víctima, siendo desconocida (o apenas conocida) por el autor. Es decir, fungibilidad de la víctima respecto de cualquier otra persona con su misma condición personal.
- vi) Comisión de los hechos de manera especialmente violenta.

7.2 Compatibilidad con otras figuras

La interacción de la agravante de aporofobia con otras figuras que integran el Código Penal puede plantear distintas dudas. No se entrará a analizar todas las situaciones que puedan potencialmente producirse, pero sí las principales figuras con las que esta agravante puede encontrarse.

En relación con el resto de las circunstancias agravantes, la recogida en el art. 22.4 del CP es, en principio, compatible con todas ellas. No obstante, la agravante con la que más duda se plantea es la de precio, recompensa o promesa recogida en el art. 22.3 del CP.

Esto se debe a que, si una persona actúa motivada, aunque solo sea en parte, por un precio, no cabría en principio considerar que el móvil determinante para la comisión del delito ha sido el odio discriminatorio. Por tanto, se trataría de agravantes que en principio son incompatibles.

En lo relativo a las circunstancias atenuantes, podemos afirmar que a rasgos generales no existen problemas de compatibilidad con la agravante de discriminación. A este respecto la STS 11245/2016, de 23 de noviembre, establece que “*se admite doctrinalmente la compatibilidad de la agravante 22.4 con las atenuantes, si bien en supuestos de*

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional 267/2005, Sala 2ª, de 24 de octubre.

⁵³ Díaz López, J.A. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Tesis doctoral. P. 461.

perturbación psíquica o alteración emocional será necesario que se acredite que el acusado tuvo conciencia del móvil discriminatorio”.

Asimismo, es de destacar la interacción con la atenuante del art. 21.3 del CP, la cual hace referencia a “*obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*”. La duda que se plantea sobre ésta es si el odio discriminatorio puede generar arrebatos, obcecación u otro estado similar que motive la comisión del delito, de modo que, resulte aplicable a la vez una agravante y una atenuante.

En relación con esta se ha considerado que no será aplicable la atenuante de arrebatos a quien actúe bajo un móvil contrario a las normas de convivencia social, como ocurre en los supuestos de odio discriminatorio⁵⁴. Por ello, serán en principio consideradas circunstancias incompatibles.

⁵⁴ Díaz López, J.A. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Tesis doctoral. P. 434.

8. CONCLUSIONES

La aporofobia es un fenómeno que lleva varias décadas presente en la sociedad española. Si bien se han desarrollado muy pocas estadísticas sobre este tipo de discriminación, las que se han podido analizar en este trabajo reflejan la existencia de un alarmante número de discriminaciones aporófobas en el país, así como de un elevado número de infradenuncias en esta materia.

Además, a través del análisis empírico realizado sobre la situación de la aporofobia en España, se ha podido observar que las personas en situación de pobreza presentan un elevado grado de vulnerabilidad. Esta vulnerabilidad está especialmente presente entre el colectivo de personas en situación de sinhogarismo.

Por ello, esta reforma del Código Penal resulta del todo necesaria desde una perspectiva de idoneidad político-criminal y se presenta como un paso hacia delante, con el que se persigue otorgar una protección adecuada y efectiva ante este tipo de discriminación.

Asimismo, considero que la no inclusión de la aporofobia en el listado *numerus clausus* de odios discriminatorios previstos originalmente en el art. 22.4 del CP es una laguna por parte del legislador. Esto se debe a que en el texto original se preveían algunas motivaciones discriminatorias menos frecuentes que la aporofobia, como, por ejemplo; la discriminación por enfermedad o el antisemitismo.

Es decir, el hecho de no otorgar protección al colectivo de personas sin hogar, pero sí a otros colectivos que según las estadísticas son menos vulnerables, solo se explica como una omisión o un error, que debía ser corregido lo antes posible.

Uno de los aspectos que más críticas ha suscitado en torno a la agravante de aporofobia es la expresión que se ha empleado para introducirla en el Código Penal. Esto se debe a que el término “*exclusión social*” surgió con objeto de superar al de “*pobreza*” y hace referencia a un proceso por el cual los sujetos son discriminados de la sociedad por una serie de factores. Se trata así de un concepto muy dinámico y cambiante.

De esta forma, puede saberse con certeza quién es pobre en términos económicos, por ejemplo; tomando en consideración un determinado umbral de ingresos, pero no quién es un excluido social. Al no ser factible saber con exactitud qué sujetos encajan dentro de la categoría de excluido social, no resulta posible comprobar con la seguridad necesaria que el hecho delictivo cometido ha tenido una motivación discriminatoria relacionada con ese estado.

Así, si bien se trata de un término válido y necesario en otros campos (como pueden ser la política o la sociología), opino que se trata de un concepto demasiado impreciso. Consecuentemente, su empleo en el Código Penal choca con el principio de taxatividad en el orden penal, por lo que habría sido más adecuado excluirlo del art. 22.4 del CP y haber incluido en el citado precepto únicamente la referencia a la situación de pobreza.

Por otro lado, se ha observado que los órganos jurisdiccionales llevaban tiempo reclamando la necesidad de incluir la aporofobia en el ordenamiento jurídico. Así, existen una pluralidad de sentencias en las que los tribunales manifestaban esta carencia y, con la intención de otorgar una respuesta penal justa, acudían a la aplicación de otros preceptos legales (como la agravante de alevosía o el delito contra la integridad moral) con objeto de agravar las penas en supuestos de aporofobia.

Si bien esta solución podía llegar a ser materialmente justa, resultaba problemática, puesto que desplazaba el foco del problema real, al no centrarse el debate en la intención discriminatoria del autor sino en la mayor vulnerabilidad de la víctima dada su condición personal. Por esto, resulta sin duda necesaria esta reforma, mediante la cual los órganos jurisdiccionales finalmente cuentan con un instrumento jurídico que pena en concreto las motivaciones aporófobas del autor del delito.

Otro de los aspectos que más debate ha generado sobre esta circunstancia agravante es su naturaleza jurídica. Este es un debate de especial relevancia, ya que el fundamento jurídico bajo el que se entienda la agravante conlleva fuertes implicaciones en un plano práctico.

A este respecto considero que debe quedar descartado que la agravante de aporofobia se encuadre bajo la categoría de la culpabilidad, ya que no es una circunstancia que module la imputabilidad del hecho delictivo. Por tanto, debe situarse dentro de la categoría de lo injusto y, concretamente de lo injusto subjetivo.

Esto se debe a que la teoría del injusto subjetivo es la única que permite que la agravante se aplique en casos de discriminación por error. Por tanto, es la teoría bajo la cual se posibilita una mayor protección para este colectivo vulnerable, al poder aplicarse la agravante a todos aquellos hechos delictivos en los que se actúe motivado por aporofobia.

Siguiendo esta postura, debe considerarse que cuando el artículo 22.4 del CP hace referencia a motivos, no está sancionando un pensamiento interno del sujeto, sino la intención que proyectan esos motivos en el exterior al llevar a cabo el hecho para el que se prevé la pena.

Así, la clave en la aplicación de la agravante de aporofobia está en la prueba de la intención discriminatoria del autor, no siendo posible apelar como defensa a que la víctima no reúne la condición prevista en el art. 22.4 del CP.

En definitiva, la introducción de la aporofobia en el Código Penal es un avance positivo e imprescindible en la lucha contra este tipo de discriminación. Bajo mi punto de vista y tras el análisis realizado en el presente trabajo, opino que su introducción en el Código Penal está completamente justificada dado el contexto de aporofobia analizado, y es coherente con el ordenamiento vigente y los objetivos perseguidos por el art. 22.4 del CP.

Considero que la introducción de la discriminación por motivos socioeconómicos en el art. 22.4 del CP es importante, no solo porque es una demanda social y jurisprudencial, sino también porque es un reconocimiento social y político hacia la víctima que ha sufrido una discriminación.

9. BIBLIOGRAFÍA

Achutegui Otaolaurruchi, P. (2017). *Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social*. Revista de Criminología nº5.

Alcácer Guirao, R. (2001). *La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23.5 CP*. Revista del poder judicial, nº 63.

Alonso Álamo, M. (2002). *La circunstancia agravante de discriminación*. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Editorial Tecnos.

Assís Centro de Acogida. (2017). *Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar 2006-2016*.

Benito Sánchez, D., Pérez Cepeda, A.I. (2022). *Propuestas al legislador y a los operadores de la justicia para el diseño y la aplicación del Derecho Penal en clave anti-apórofoba*. Ratio Legis Librería Jurídica.

Bernal del Castillo, J. (1998). *La discriminación en el derecho penal*. Editorial Comares.

Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Editorial Bosch.

Castro Moreno, A. (2008). *El por qué y el para qué de las penas. Análisis crítico sobre los fines de la pena*. Editorial Dykinson, S.L.

Díaz López, J.A. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Tesis doctoral.

Díaz López, J.A. (2020). *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Fundación Abogacía Española. (2018). *Delitos de odio. Guía práctica para la abogacía*.

Fundación Wolters Kluwer. (s.f.). *Agravante de alevosía y premeditación*. Guías Jurídicas.

Fuziger, R. (2022). *Alternativas político-criminales frente al derecho penal de la aporofobia. Volumen 14*. Capítulo 2. Aporofobia y corresponsabilidad. Editorial Tirant Lo Blanch.

Galiana Gallach, L., Hernández De Alba Mir, V., Iranzo Sánchez, E., Pardo Gabaldón, R., Pitarch Alcón, B. (2021). *Informe jurídico sobre aporofobia, el odio al pobre*. RAIS Fundación.

García Domínguez, I. (2020). *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Editorial Ratio Legis.

Jiménez Ramírez, M. (2008). *Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo*. Estudios Pedagógicos XXXIV, N°1.

Landa Gorostiza, J.M. (2018). *Los delitos de odio*. Ed. Tirant lo Blanch.

Luzón Peña, D. M. (1993). *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*. Dialnet.

Magro Servet, V. (2021, diciembre). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio*. Diario La Ley.

Milton Peralta, J. (2008). *Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico*. InDret, revista para el análisis del derecho.

Milton Peralta, J. (2012). *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Marcial Pons.

Ministerio del Interior (2013-2021). *Informe sobre la Evolución de los Delitos de Odio en España*.

Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte general. 8ª Edición*. Editorial Reppetor.

Moya Guillem, C. (2020). *Alternativas a la aporofobia como circunstancia agravante. Apuntes a cerca del subtipo cualificado por la especial vulnerabilidad de la víctima y del abuso de superioridad en contextos de pobreza*. Revista sistema Penal Crítico, N°1.

Muñoz Conde, F. García Arán, M. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch.

Observatorio Hatento (2015). *Informe de investigación sobre los delitos de odio contra personas sin hogar*.

Sosa Troya, M. (19 de octubre de 2022). *Personas sin hogar: El 40% lleva más de tres años sin casa y el 11% tiene estudios superiores*. El país.

Tapia Ballesteros, S. (2021). *El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación*. Dialnet.

10. ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala segunda), 70/1985, de 31 de mayo [ECLI: ES:TC:1985:70].

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala segunda). 267/2005, de 24 de octubre. [ECLI:ES:TC:2005:267].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1), 1160/2006, de 9 de noviembre [ECLI:ES:TS:2006:7728].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1), 5685/2015, de 30 de diciembre [ECLI:ES:TS:2015:5685].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 51/2016, de 3 de febrero [ECLI: ES: TS: 2016:288].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 11245/2016, de 23 de noviembre. [ECLI: ES:TS:2006:7935].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 677/2018, de 20 de diciembre. [ECLI: ES:TS:2018:4353].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal), 19/2005, de 21 de octubre [ECLI:ES:TSJM:2005:10153].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17^a), 964/2006, de 29 de noviembre [ECLI:ES:APM:2006:15626].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10^a), de 5 de noviembre de 2008 [ECLI: ES:APB:2008:8218].