

LA APOROFOBIA COMO AGRAVANTE PENAL: ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS SIN HOGAR

APOROPHOBIA AS AN AGGRAVATING CIRCUMSTANCE: PARTICULAR REFERENCE TO HOMELESS PEOPLE

María Alberto Guerrero
Graduada en Derecho
Estudiante del Máster de Abogacía
Universidad de Cádiz (España)

Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2021.

Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2022.

RESUMEN

El tratamiento que otorga nuestro Derecho penal y la política criminal a las personas excluidas del sistema político, social y económico causa amplios efectos discriminatorios sobre determinados colectivos, si bien no de forma directa, sí indirectamente en multitud de ocasiones. Por este motivo, en este trabajo se analizará sucintamente cómo el excluido social recibe como víctima una respuesta penal diferenciada. Se realizará especial mención a la reciente reforma del catálogo de agravantes del art. 22. 4º del Código penal realizada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Asimismo, se analizará la cuestión desde la perspectiva de la teoría del delito y se mostrarán las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales que actualmente coexisten sobre el tema.

ABSTRACT

The treatment granted by the Spanish Criminal Law to people excluded from the political, social and economic system causes broad discriminatory effects on certain groups, although not directly but indirectly on many occasions. Hence, this research work will succinctly analyse how the socially excluded people receive a differentiated criminal response, with special emphasis on the recent legislative amendment of the catalogue of aggravating factors of art. 22.4º Spanish Criminal Code carried out by the «Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia». In addition, the issue will be analysed from the perspective of crime theory and will be explained the different doctrinal and jurisprudential positions that currently exist.

PALABRAS CLAVE

Delito de odio, circunstancias agravantes, discriminación, aporofobia, personas sin hogar.

KEYWORDS

Hate crime, aggravating factors, discrimination, aporophobia, homeless people.

ÍNDICE

1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA APOROFOBIA. 2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DELITOS CON MOTIVACIÓN APORÓFOBA. 3. LA APOROFOBIA EN LA LEY ORGÁNICA 8/2021. 4. PROPUESTA ALTERNATIVA DE MEJORA LEGISLATIVA. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.

SUMMARY

1. THE APOROPHOBIA CONEPTUAL FRAMEWORK. 2. APOROPHOBIA AND ITS JUDICIAL INTERPRETATION. 3. APOROPHOBIA IN THE «LEY ORGÁNICA 8/2021». MAYÚSCULAS NEGRITA EN INGLÉS. 4. PROPOSAL FOR AN ALTERNATIVE REGULATION. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAPHY AND CASE LAW.

1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA APOROFOBIA

La aporofobia, concepto introducido por CORTINA ORTS, y definido como rechazo o aversión al pobre¹, trata de poner nombre a una realidad social, pero no ha sido hasta la publicación de su libro “Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia” cuando este neologismo ha adquirido cierta notoriedad en el público en general². El término aporofobia procedente de la palabra griega *áporos*, que hace referencia a la persona sin medios económicos, indigente o pobre, fue concretado por CORTINA ORTS como “la repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado”³.

En el desarrollo y presentación de este neologismo, la autora analiza el rechazo que generan los pobres y cuál es su origen y fundamento, llegando a la conclusión de que el indigente o pobre es aquél que, más allá de cualquier nivel cultural o mérito pasado, ha quedado aislado y ha sido excluido de todo contrato social porque no tiene

¹ CORTINA ORTS, A. “Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia”, ed. Paidós, Barcelona, 2017, pp. 29-76.

² El término aporofobia saltó a la palestra por primera vez en el año 2017 y, en diciembre de ese mismo año, incluido en la Real Academia Española. Además, fue elegida palabra del año 2017 por la Fundación del Español Urgente (Fundéu).

³ CORTINA ORTS, A. “Aporofobia”, EL PAÍS, 2000. Disponible en: http://elpais.com/diario/2000/03/07/opinion/952383603_850215.html. Fecha de consulta: 28 de mayo de 2021.

ya nada que ofrecer y, por ello, carece de capacidad para contribuir a la sociedad⁴. Pero no es sólo que estas personas carezcan de recursos económicos, lo cual es condición necesaria pero no suficiente, es que, además, no pertenecen o no creen pertenecer a una comunidad que pueda acogerles

La aporofobia no supone solo la creación de una nueva palabra, porque con ella también se le ha dado forma a una idea. Además, se ha aportado un novedoso punto de vista a la hora de afrontar cualquier estudio que se centre en analizar los mecanismos de exclusión social. A partir de ahora, esa perspectiva y realidad social que ha sido plasmada en un concepto pasará a formar parte no solo de la praxis sociológica más habitual, sino también de la jurídica. Por consiguiente, resultará un término insoslayable a la hora de estudiar la exclusión y la marginación social desde cualquier óptica.

GEORGES PICCA analiza la cuestión social de la exclusión del “extranjero” y también incide en la problemática que presenta la discriminación de aquellos a los que denomina *exclus de l'intérieur*⁵, que pueden ser los inadaptados sociales, mentales, los marginados, los enfermos, y en definitiva, los “otros”. En esta línea, cabe mencionar la visión de BERGER y LUCKMANN en su obra fundamental “La construcción de la realidad social”. En ella ponen de manifiesto la relevancia de la comunicación lingüística y hablan de la socialización definida como la progresiva integración del individuo en la totalidad de los valores sociales, la cual encuentra en el lenguaje tanto su contenido más importante como su instrumento fundamental⁶. En consecuencia, no resulta desacertado afirmar que el lenguaje crea realidades, o más bien, tipifica experiencias, permitiendo así incluirlas en categorías amplias en cuyos términos adquieren significado para la persona y para sus semejantes.⁷

La necesidad de designar una realidad para poder hacerla visible se plasma en la obra de ELLISON “El hombre invisible”⁸. En ella se reflexiona sobre la problemática que algunos autores denominan “invisibilidad social”⁹, es decir, “no ser visto ni reconocido, ser invisible para los demás como la forma de desprecio más esencial”¹⁰. Y es que la aporofobia, como concepto amplio que hace alusión al rechazo a la pobreza, toma su máxima expresión en las personas invisibles, sin recursos, que viven en la calle. Este fenómeno social es conocido como *sinhogarismo*. Sobre este fenómeno expresaba VALIENTE MARTÍNEZ “el *sintecho* es la evidencia viviente del contraste entre tener algo, aunque sea poco, y no tener nada en absoluto y ser, en definitiva, una especie de apátrida social”¹¹.

⁴ CORTINA ORTS, A. “Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia”, ed. Paidós, Barcelona, 2017, pp. 29-76.

⁵ PICCA, G. “Integración social et exclusion sociale en Europe”, en *Racismo, minorías, cárcel. Soluciones desde la investigación y los derechos humanos*, ed. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Eguzkilore, 1995, pp. 175-180.

⁶ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T. “La construcción social de la realidad”, trad. Silva Zuleta, ed. Amorrortu editores, Argentina, 1977, pp. 52-66.

⁷ *Ibid.*

⁸ ELLISON, R. “El hombre invisible”, trad. Andrés Bosch, ed. Lumen, Barcelona, 1947, pp. 5-16.

⁹ HONNETH, A. “La sociedad del desprecio”, ed. Trotta, Buenos Aires, 2011, pp. 165-182.

¹⁰ EMCKE, C. “Contra el odio”, trad. Belén Santana, ed. Taurus, Barcelona, 2017, pp. 10-32.

¹¹ VALIENTE MARTÍNEZ, F. “La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión”, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 37-104.

En consecuencia, este trabajo se centrará en el concepto de aporofobia entendido como rechazo al pobre y al excluido, pero realizando especial hincapié en las personas sin hogar.

2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DELITOS CON MOTIVACIÓN APORÓFOBA

Antes de la reforma del art. 22.4º CP por la Ley Orgánica 8/2021, el Tribunal Supremo manifestaba sobre su aplicación que *“una vez que de forma clara e inequívoca se ha puesto de relieve en el relato fáctico la existencia de una palpable y evidente motivación ideológica en el sujeto activo que lleva a cabo la agresión, la agravante resulta claramente aplicable”*¹². Siguiendo esta tendencia, podría decirse que ya se entendía incluida la aporofobia dentro de la agravante de discriminación *prereforma*, si bien, nos encontramos con algunas divergencias en la jurisprudencia sobre esta cuestión que se expondrán en este apartado.

La jurisprudencia de nuestro entorno se debate sobre si el fundamento de esta agravación de la responsabilidad penal reside en una mayor ofensa a nuestros valores democráticos o si, por el contrario, se basa en el móvil abyecto que impulsa la conducta delictiva de los sujetos¹³. Por tanto, será imprescindible probar no solo la comisión del hecho delictivo sino también la intencionalidad discriminatoria del sujeto autor del delito. Y, esta injerencia o juicio de valor que realizará el juzgador a la luz de los hechos de cada caso debe estar necesariamente motivado¹⁴.

La regulación de las agravantes por motivos discriminatorios de nuestro Código penal se resume en un *numerus clausus*. Sin embargo, si se acude al tenor literal del artículo 22.4º CP, que declara en su primera línea *“u otra clase de discriminación”*, en cierto modo, dicha referencia podría entenderse como una puerta entreabierta que daría cabida a otros motivos discriminatorios diferentes a los tasados expresamente, no obstante, seguidamente manifiesta *“referente a...”* y enumera una serie limitada de categorías, dándole un portazo a todas aquellas que no se incluyan en las expresamente mencionadas¹⁵.

Siguiendo esta idea, el TS en su sentencia núm. 1160/2006, de 9 de noviembre, se planteó un dilema similar. En esta ocasión, ciertamente se valoró la posibilidad de aplicación de la agravante de discriminación del art. 22.4º CP en un caso de aporofobia, pues tal y como decía la resolución: *“los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo”*. Sin embargo, se descartó por parte del Tribunal Supremo que pudiera tener cabida dicha agravante debido a que la redacción en ese momento vigente del artículo, y el tenor literal del mismo, establecía una enumeración cerrada, y según la sentencia apreciarla en dicho caso iría en contra del principio de seguridad jurídica: *“y no cabe aseverar que*

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2002.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 abril de 2010.

¹⁴ Artículo 120.3 de la Constitución española. En este sentido puede citarse también la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2012; la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de diciembre de 2013 y, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 2015.

¹⁵ Afirmación similar se recoge en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP.

la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas (...)".

Resulta preciso mencionar, en relación con este mismo supuesto, que ya con anterioridad, la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, núm. 19/2005, de 21 de octubre, había considerado que el móvil criminal de los acusados fue esencialmente aporófono: *"parece, en suma, que lo que motivó que los tres imputados llevaran a cabo los hechos (...) fue la condición de indigente de la víctima, esto es, su falta de medios de vida o, en definitiva, su pobreza"*. Sin embargo, esta resolución razona en la misma línea que la jurisprudencia del Supremo anteriormente citada: *"parece obvio que el desprecio hacia la pobreza no encaja en ninguno de los supuestos que trata de describir la norma jurídica en juego"*. Esta sentencia hace referencia no solo al principio de seguridad jurídica, sino también al de legalidad y taxatividad de la ley penal, expresando que la interpretación de la norma penal debe ser estricta y, por este motivo, afirma que resulta inaplicable la agravante de discriminación a la conducta de los acusados.

Ahora bien, no es este el único supuesto en el que el juzgador se veía en la controvertida situación de toparse ante un caso en el que existía un claro motivo discriminatorio en el que no le era posible aplicar la agravante de discriminación. En supuestos de este calibre sería posible y conveniente que algún juez plantease activar el mecanismo establecido en el art. 4.2 CP que establece que:

2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

Las víctimas de los ataques discriminatorios por aporofobia son principalmente indigentes o personas que viven en la calle, que no solo tienen que hacer frente a la precaria situación en la que se encuentran, acrecentada por la pandemia del covid-19¹⁶, sino que también deben afrontar hostilidades y aversión, que en muchos casos se convierten en ataques contra su integridad física y moral, lesiones, o incluso, la muerte.

Esto mismo le sucedió a Rosario Endrinal Petite, indigente que fue quemada viva mientras dormía en un cajero automático¹⁷. En este último caso, a pesar de la gravedad y el claro móvil discriminatorio de los hechos, tampoco pudo apreciarse por parte del tribunal la concurrencia de la agravante por discriminación del art. 22.4.º CP impetrada por la acusación particular. Así lo afirma la propia sentencia: *"dado que no existe prueba que funde tal aserto, que por otro lado ni siquiera se ha concretado en qué 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"*.

¹⁶ Para las personas sin hogar los efectos de la pandemia del COVID-19 fueron mucho más devastadores pues al no tener ni un hogar en el que refugiarse se encontraban mucho más expuestos, desprotegidos y desabastecidos ante el virus. A título ilustrativo pueden citarse algunas noticias, como, por ejemplo: "El invierno y la segunda ola ponen contra las cuerdas a las personas sin hogar", RTVE, 2020. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20201114/sin-hogar-segunda-ola-frio-confinamiento/2054469.shtml>.

Fecha de consulta: 20 de mayo de 2021.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008.

En la otra cara de la moneda, se pueden encontrar sentencias más proclives a una interpretación más teleológica y menos estricta de la agravante de discriminación. En esta corriente se sitúa, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª), de 22 de abril de 2005, en la que tras haberse verificado que los acusados cometieron el delito por motivos aporófobos el juez consideró necesaria la aplicación de la agravante, expresándose en los siguientes términos: *“ha apreciado la circunstancia agravante de cometer el delito por motivos discriminatorios del art. 22-4º del Código Penal al dar por probado que se dirigieron a la víctima por su condición de indigentes y por el desprecio que esta circunstancia les generaba”*¹⁸. En este supuesto, al considerar el tribunal que era evidente el móvil discriminatorio que impulsó a los acusados a cometer el delito, no dudó en realizar una interpretación teleológica del artículo y aplicar la agravante por discriminación, pues de no haberse hecho, la pena a imponer no habría sido la que realmente abarcase el total del desvalor inherente de los hechos acaecidos.

Este es solo un breve repaso por algunas de las sentencias que nos muestran a título ilustrativo cuales eran los términos esenciales del debate a la hora de aplicar la aporofobia como agravante penal.

3. LA APOROFOBIA EN LA LEY ORGÁNICA 8/2021

Hace tan solo unos meses que fue aprobada definitivamente la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia¹⁹, cuyo objeto principal es, como su nombre indica, garantizar una infancia segura.

Sin embargo, ocupa un lugar en este trabajo por un motivo completamente diferente, pues lo relevante para esta investigación es que en el texto de la misma también se incluía y ha sido aprobada, la aporofobia y exclusión social como agravante penal del art. 22.4º CP, quedando el artículo redactado en los siguientes términos:

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, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.

Asimismo, se da una nueva regulación a los delitos de odio comprendidos en los artículos 314, 510, 511, 512 y 515.4 del Código Penal, incorporando también en ellos la aporofobia como causa de discriminación.

Esta reforma, que en palabras del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (121/000022), “se ha

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 22 de abril de 2005.

¹⁹ La LO 8/2021 también ha sido muy criticada en relación con la nueva regulación que ha introducido del artículo 94 del Código Civil que permite la suspensión del régimen de visitas de forma automática cuando el progenitor se encuentre incurso en un procedimiento penal o por la mera “existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

realizado aprovechando el espíritu de protección que impulsa este texto legislativo”, se considera bastante inadecuada. En primer lugar, se da una fundamentación incompleta del motivo de la reforma, basándose únicamente en la idea de que: “responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres”²⁰ y, citando al art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como única base jurídica.

Es preciso recordar que la modificación de un precepto penal es una operación de escaso coste político y económico si existe un consenso parlamentario en la materia. Sin embargo, antes de dar este paso habría que estudiar la viabilidad de la propuesta, su efectividad en la disminución del problema y, en suma, reflexionar y justificar el sentido y alcance de la reforma. Sin ánimo de menospreciar el interés legítimo que se persigue con ella, ni discutir las razones político-criminales que la informan, las cuales se consideran de bastante entidad, su fundamentación jurídica es bastante escasa pues el texto legislativo apenas le dedica unas líneas.

Como se desarrollará en los aparatos subsiguientes, existe una buena fundamentación sobre por qué ha de incluirse la agravante de aporofobia en nuestra legislación penal. No obstante, esta reforma realizada por la Ley Rhodes, que en parte cumple con ese vacío que existía anteriormente, se ha hecho a través de una estrategia política casi partidista, pues se ha incluido subrepticamente en una ley con la que apenas guarda relación. Más aún, teniendo en cuenta que no se incluye la modificación ni el propio cuerpo legislativo sino a través de la Disposición final sexta.

Si bien se perseguía un interés legítimo, hay que reparar en la cuestión de que esta falta de rigurosidad legislativa puede degenerar en una configuración legal pobre o incluso un desamparo o desprotección de los sujetos. De ahí que en este trabajo se incluya como propuesta de mejora algunas alternativas para la inclusión del concepto de aporofobia a la ley. Cabe mencionar que, anteriormente, una Proposición de Ley Orgánica formulada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea²¹, supuso el primer intento formal de inclusión de la aporofobia como agravante penal, si bien ésta no llegó a buen puerto. En dicha Proposición, que contemplaba las “razones de aporofobia o de exclusión social” como agravante del 22.4º CP, bien es cierto que se realizaba una justificación de la necesidad de la reforma algo más completa, pero seguía siendo insuficiente.

La modificación del art. 22.4º CP formulada por la Ley Orgánica 8/2021 resulta también desacertada en cuanto plantea una disyuntiva entre aporofobia y exclusión social, ya que en realidad, lo que busca es que ambos conceptos hagan referencia a una misma situación de vulnerabilidad, por consiguiente, resulta innecesario realizar dicha diferenciación. Por otro lado, el concepto de exclusión social tal y como plantea BUSTOS

²⁰ Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (121/000022). Véase también el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que repite dicha idea en términos similares.

²¹ Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal (622/000025).

RUBIO²², puede resultar problemático debido a que hace referencia a un proceso y no a una circunstancia concreta. Este autor se encuentra, a su vez, dentro del sector doctrinal que se mostraba a favor de incluir “razones de aporofobia”²³ o simplemente “aporofobia” dentro del elenco de agravantes penales.

Sin embargo, cabe mencionar que el término aporofobia, al ser de reciente creación y no estar suficientemente asentado en el lenguaje y cultura general, puede llevar a equívoco e incluso puede ser entendido, no como un rechazo u odio al pobre, tal y como planteaba Adela Cortina, sino como una *fobia a las personas pobres o desfavorecidas*, ya que así lo define la RAE expresamente²⁴. Y si se entiende según esta segunda opción, surgiría la duda de qué se considera una fobia, ya que la palabra fobia puede tener una doble acepción: “aversión exagerada a alguien o a algo” o “temor angustioso e incontrolable ante ciertos actos, ideas, objetos o situaciones, que se sabe absurdo y se aproxima a la obsesión”. Es decir, una fobia puede ser según la RAE un trastorno o patología incontrolable por el sujeto que la padece, por tanto, podría entenderse que queda mermada la responsabilidad penal del autor cuando comete el delito por este motivo si nos ajustamos a su definición literal.

Es por ello que, a diferencia de la homofobia o la xenofobia, que son ampliamente aceptados por el acervo popular como motivos de discriminación, y que, sin embargo, no son incluidos en el art. 22.4 CP de tal forma. Pues cabe recordar que el artículo alude a las cualidades personales o circunstancias sociales (orientación sexual, raza, etnia, etc.) que pueden ser motivos de discriminación y no a la fobia en sí, quizás incluir referencia al neologismo aporofobia podría ser desacertado y contraproducente.

En resumen, tomando en consideración a la escasa racionalidad legislativa de la inclusión de la aporofobia que se realiza a través de una disposición final, que no se fundamenta rigurosamente ni en datos ni cifras, y que tampoco cuenta con una base jurídica sólida, esta reforma del Código penal se presume bastante inadecuada.

4. PROPUESTA ALTERNATIVA DE MEJORA LEGISLATIVA

En palabras del profesor TERRADILLOS BASOCO: “la norma penal reflejaría, ya desde la positivación criminalizadora y sancionadora, sus filias y sus fobias, plasmadas en respuestas sancionadoras diferenciadas, más amigables o más hostiles dependiendo de la condición del sujeto o del colectivo receptor”²⁵.

Al hacer una revisión de la reforma operada en la Disposición final sexta de la LO 8/2021, se extrae la conclusión de que esta podría haberse llevado a cabo de una manera diferente. Si bien resulta muy complicado alcanzar la idoneidad conceptual en el proceso de tipificación, siempre debe buscarse la opción óptima en cada caso y justificar la decisión de una manera rigurosa.

²² BUSTOS RUBIO, M. “Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (Art. 22,4ª CP)”, ed. J.M.Bosch, Barcelona, 2020, p. 246.

²³ *Ibid.*

²⁴ Diccionario de la Real Academia Española.

²⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M. “Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea”, ed. J.M.Bosch Editor, Barcelona, 2020, p. 353.

La agravante de discriminación eleva el reproche de los actos y conductas, no de los motivos que lo impulsan. No puede, por tanto, equipararse el art. 22.4º CP a las denominadas medidas de “acción positiva”. En este sentido, ACALE SÁNCHEZ concluye que en Derecho penal no cabe hablar de acciones positivas ni de discriminación positiva porque esto no es más que una técnica de distribución de bienes y el Derecho penal carece de bienes que distribuir²⁶. El art. 22.4º CP no pone el foco de atención en la víctima en aras de mejorar su situación, sino que se dirige al sujeto activo sancionándole por lo abyecto de su conducta.

Para no dejar a colectivos vulnerables sin proteger, se propone en este trabajo otra posibilidad de tipificación legislativa, que se basa en optar por una cláusula de cierre abierta que permita englobar todas aquellas discriminaciones que no se contemplan en la actualidad.

Hay que tener en cuenta que la sociedad está en continuo proceso de cambio y es bastante posible que existan y surjan nuevas situaciones discriminatorias fruto del común devenir de la sociedad, a las cuales el Derecho penal tiene que dar respuesta. Esas situaciones o circunstancias no estarían incluidas en el precepto vigente y habría que ir modificando la agravante una y otra vez a medida que la sociedad avanza. De hecho, esto es lo que ha pasado hasta hoy, pues se han ido incluyendo modificaciones del art. 22.4 CP a medida que la sociedad avanzaba²⁷, aunque en la mayoría de ocasiones esa modificación llega tarde. Si se opta por una cláusula de cierre abierta de cierre se solventarían estos problemas de *infrainclusión* y se podría adaptar el art. 22.4º CP a las necesidades concretas de la sociedad de cada momento y a las nuevas formas de manifestarse “el trato discriminatorio”.

Asimismo, se cumpliría con lo solicitado por la parte de la doctrina que pedía una cláusula general o *numerus apertus*. En esta corriente se sitúan, por ejemplo, la Fiscalía de Delitos de Odio de Barcelona en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, o la STS 1160/06, de 9 de noviembre, en su Fundamento Jurídico número 23. Además, resulta pertinente recordar que, en nuestro anterior Código penal, el de 1973, se incluía en su art. 10 un listado de agravantes de la responsabilidad penal. En concreto, el punto decimosexto del artículo establecía como agravante “Ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso”. Esa referencia al desprecio del respeto que por la dignidad mereciese el ofendido puede entenderse, en cierta forma, como una cláusula abierta que debía ser valorada a la luz de los hechos de cada caso.

En consecuencia, la inclusión de una cláusula de cierre abierta permitiría cubrir los vacíos que se producen por la imposibilidad de aplicación de la agravante del 22.4º CP en ciertas situaciones merecedoras de su aplicación debido a la gravedad del móvil abyecto. A favor de esta postura se pronuncia también la Fiscalía en su Memoria de 2019: *con la finalidad de superar esta disfunción, se propone la inserción en este precepto de un inciso final que, a modo de cláusula abierta, permita acoger en su ámbito*

²⁶ ACALE SÁNCHEZ, M. “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal”, ed. Reus, Madrid, 2006, pp. 89-109.

²⁷ Esto es lo que ocurrió cuando se incluyó en 2015 la agravante de género a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

*de aplicación todas las posibles situaciones discriminatorias, sin necesidad de elaborar un listado que pudiera considerarse como insuficiente o quedar, en un momento determinado, desfasado por la propia realidad*²⁸.

Por este motivo, se considera oportuno y factible incluir una cláusula de cierre abierta, a título ilustrativo se propone el siguiente inciso: *“o por cualquier otra condición, circunstancia personal o social que determine una conducta discriminatoria”*

Bien es cierto que por cierto sector doctrinal podría argüirse que incluir una cláusula relativa a la discriminación otorgaría amplias licencias al juzgador a la hora de valorar su aplicación o inaplicación. Sin embargo, no sería este el único caso en el que el juez penal tiene un margen amplio de interpretación a la hora de aplicar un precepto. En este sentido podría citarse, por ejemplo, el art. 183 *quater* cuando hace referencia al “grado próximo de desarrollo o madurez”, o también, el art. 239 CP que deja abierto el catálogo de llaves falsas en el robo con fuerza.

Cuando se propone en este trabajo la inclusión de una cláusula abierta, no se desconoce el hecho de que delimitar que es un comportamiento discriminatorio es indudablemente una actividad algo espinosa, y conlleva sumergirse en un terreno en el cual el componente valorativo tiene un peso elevado. Pero la aparente complejidad en estos casos radica en que será a través de indicios la forma en que deberá determinarse el elemento motivacional del sujeto. En estos momentos es cuando adquiere mayor relevancia la exigencia del art. 120.3 de la Constitución Española, garantía de una tutela judicial efectiva, posicionándose la motivación como la vía más conveniente para determinar si de los hechos del caso se podía presumir razonablemente un móvil discriminatorio en la comisión del delito.

En consecuencia, para la legítima aplicación la agravante de discriminación será imprescindible probar no solo el hecho delictivo de que se trate y la participación del acusado, sino también, el ánimo o móvil del autor a la hora de cometerlo, siendo esto último una inferencia que necesariamente deberá ser desarrollada y motivada en la sentencia. Por tanto, aquellos supuestos en los que la motivación discriminatoria no pueda probarse o carezcan de suficiente relieve en la comisión del delito se inaplicará la agravante, pues cabe recordar que para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado se requiere una actividad probatoria de cargo cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial²⁹.

5. CONCLUSIONES

- I. La aparición del neologismo aporofobia en nuestro sistema ha vuelto visible un problema preexistente, el rechazo a las personas pobres o excluidas, en

²⁸ Memoria del año 2010 de la Fiscalía de Delitos de Odio de Barcelona, pp. 72 y ss.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 78/2013, de 8 de abril. En este mismo sentido, véase Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 185/2014, de 6 de noviembre.

- especial, a las personas sin hogar alcanza cifras importantes de criminalidad y merece una respuesta penal acorde a Derecho.
- II. Las normas jurídico-penales protegen bienes jurídicos, pero no su existencia misma sino su existencia frente a acciones humanas. Lo que se ha pretendido con la inclusión de la aporofobia en nuestra legislación penal es poner el acento en el plus de gravedad que se deriva de cualquier acto ejecutado en base a móviles abyectos que encuentran su fundamento en la idea de discriminación.
 - III. Conseguir una nítida distinción entre las motivaciones que impulsan a las personas a cometer delitos de odio es una labor muy compleja, puesto que estas responden a diversas variables, impulsos, sesgos ideológicos, etc. En consecuencia, siendo la trazabilidad de las motivaciones humanas algo inescrutable, lo más acertado es el análisis casuístico, que será el único que permitirá discernir a la luz de los hechos del caso las motivaciones que en el sujeto concurren.
 - IV. Una vez expuestas las evidentes lagunas jurídicas de la reforma llevada a cabo por la Disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se valora como mejorable la inclusión de la aporofobia como agravante penal. Si bien, el intento de homogeneización realizado a la hora de añadirla en el resto de delitos de odio y no solo en el art. 22.4º CP resulta aceptable.
 - V. La aplicación de la agravante de aporofobia será imposible en aquellos delitos en los que las conductas ya son expresión o manifestación de una conducta discriminatoria. Por ejemplo, este sería el supuesto de los delitos recogidos en los arts. 314 o 510 CP, en los que la apreciación de la agravante conllevaría una vulneración del principio *non bis in idem*.
 - VI. El tratamiento jurisprudencial de la aporofobia refleja la necesidad de inclusión de esta como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, pero también hace patente las insuficiencias del artículo 22.4º CP cuando se requiere su aplicación en nuevas formas de odio o discriminación.
 - VII. La propuesta realizada de inclusión de un *numerus apertus* o cláusula de cierre abierta permitiría cubrir las lagunas que se presenten como fruto del devenir de la sociedad y, a su vez, abarcar adecuadamente todos los supuestos discriminatorios que se pudieran dar en la práctica. Para su aplicación será ineludible la motivación jurídica de la sentencia en virtud del artículo 120.3 de la Constitución Española y, dicha motivación, deberá estar asentada en una prueba de cargo suficiente sobre el móvil del autor.
 - VIII. Los *nadie* de los que hablaba Eduardo Galeano, “los dueños de nada, los que no son, aunque sean”³⁰ necesitan estar protegidos frente aquellas lesiones de bienes jurídicos que sufren con una frecuencia cada vez mayor. El odio discriminatorio que sufren las personas pobres, las personas sin hogar, requiere de una legislación, no solo penal, que no los deje desprotegidos y los saque de la invisibilidad.

³⁰ GALEANO, E. “El libro de los abrazos”, ed. Siglo XXI, Madrid, 1989.

6. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal”, ed. Reus, Madrid, 2006.

BERGER, P. L. y LUCKMANN, T. “La construcción social de la realidad”, trad. Silva Zuleta, ed. Amorrortu editores, Argentina, 1977.

BUSTOS RUBIO, M. “Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (Art. 22,4ª CP)”, ed. J.M.Bosch, Barcelona, 2020.

Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP.

CORTINA ORTS, A. “Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia”, ed. Paidós, Barcelona, 2017.

ELLISON, R. “El hombre invisible”, trad. Andrés Bosch, ed. Lumen, Barcelona, 1947.

EMCKE, C. “Contra el odio”, trad. Belén Santana, ed. Taurus, Barcelona, 2017.

GALEANO, E. “El libro de los abrazos”, ed. Siglo XXI, Madrid, 1989.

HONNETH, A. “La sociedad del desprecio”, ed. Trotta, Buenos Aires, 2011.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Memoria del año 2010 de la Fiscalía de Delitos de Odio de Barcelona.

PICCA, G. “Integration sociale et exclusion sociale en Europe”, en *Racismo, minorías, cárcel. Soluciones desde la investigación y los derechos humanos*, ed. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Eguzkiloire, 1995.

Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal (622/000025).

Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (121/000022).

TERRADILLOS BASOCO, J.M. “Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea”, ed. J.M.Bosch Editor, Barcelona, 2020.

VALIENTE MARTÍNEZ, F. “La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión”, Dykinson, Madrid, 2020.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 200/2001, de 4 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 185/2014, de 6 de noviembre.

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 78/2013, de 8 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 abril de 2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de diciembre de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 2019.