

INFORME

SOBRE LA NECESIDAD DE INCORPORACIÓN DE LOS MOTIVOS APORÓFOBOS COMO FORMA DE ODIO DISCRIMINATORIO EN LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ART. 22,4ª DEL CÓDIGO PENAL

por

Miguel Bustos Rubio

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja*

FICHA TÉCNICA

Proyecto i+D: “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales” (RTI2018-095155-A-C22). Entidad Financiadora: Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades; Agencia Estatal de Investigación; Proyectos de I+D+i «Retos investigación» correspondientes al Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad (Proyecto Coordinado “Aporofobia y Derecho Penal”). 2019-2021



Autor del informe: Dr. D. Miguel Bustos Rubio

Investigadora principal subproyecto: Dra. D^a. Demelsa Benito Sánchez.

Investigadora principal proyecto coordinado: Dra. D^a. Ana I. Pérez Cepeda.

NOTA: las conclusiones que recoge este informe son fruto del contenido del estudio, más profundo y detallado, realizado por el autor en el marco de este proyecto i+D, que se publicará próximamente en forma de monografía, ahora en prensa, bajo el título: “Aporofobia y Delito. La discriminación socioeconómica como agravante”.

CONSIDERANDO

PRIMERO.- El aumento de hechos delictivos cometidos contra las personas en situación de pobreza, y especialmente de sinhogarismo, se ha puesto paulatinamente de relieve a distintos niveles y por distintas instituciones. En este sentido, entidades como el *Observatorio Hatento* en su estudio “Los delitos de odio contra las personas sin hogar. Informe de investigación” (Ed. RAIS Fundación, Madrid, 2015), ya alertaba sobre el porcentaje de personas en situación de sinhogarismo que afirman haber sufrido, al menos, una agresión presidida por motivaciones aporófobas, esto es, por odio o rechazo hacia ellos dada su propia situación, que ascendía al 47,1% de la muestra. De entre todas ellas, el 81,3% de las víctimas habría sufrido el ataque en más de una ocasión (de entre los cuales, hasta el 49% de las mismas acredita haber sufrido algún ataque aporóforo incluso en más de cinco ocasiones). En lo que se refiere a la consistencia o contenido de la agresión aporófora, en este informe se refleja cómo hasta un 36,4% de las personas acredita haber sufrido insultos y/o tratos vejatorios (lo que supone una de cada tres personas entrevistadas), un 27,2 % habla de trato discriminatorio, en general, y un 23 % afirma ser víctima de agresiones físicas (lo que supone que una de cada cinco personas entrevistadas habrían sido víctimas de algún tipo de lesiones). A todo ello hay que sumar los datos existentes sobre muertes ocasionadas a personas que se encontraban en situación de sinhogarismo. En el referido informe se acredita con suficiencia el perfil de las víctimas, reflejándose un importante aparato estadístico ordenado según sexo, nacionalidad, u otros factores personales (nivel educativo o laboral) y sociales (tiempo de pernocta en la calle o en albergues), así como el perfil del agresor (generalmente, varón joven).

SEGUNDO.- Otros informes y estudios publicados en los últimos años no solo avalan sino que, además, refuerzan la afirmación realizada relativa al aumento de delitos cometidos por razones aporófobas. Así, el estudio de la *Fundación Mambré*, “Violencia directa, estructural y cultural contra las personas en situación de sin hogar en España 2006” (Ed. Fundació Mambré, Barcelona, 2006), recopila informaciones significativas, en esta ocasión al albur de noticias de prensa atinentes a la delincuencia aporófora. Del estudio de estos datos (que, no obstante, al ser recogidos solo del ámbito de la prensa, son limitados) se desprende que en el año 2006 fallecieron 85 personas sin hogar en España, ocurriendo un 73 % de los sucesos en vía pública (la propia Fundación estima que el número real de muertes de personas sin hogar puede llegar a ser del doble). Siguiendo el camino iniciado por esta fundación, el *Centro de Acogida Assís* publicó, en colaboración con el Ayuntamiento de Barcelona, un “Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar 2006-2016” (Ed. Assís, Barcelona, 2016), que precisamente complementa algunas cuestiones todavía limitadas en el estudio de 2006 de Mambré, al

comprender un análisis comparativo de diez años. Entre las conclusiones más significativas del informe, cabe señalar que en el período de diez años comprendido en 2006-2016, de las noticias de prensa recogidas se deriva que han muerto un total de 633 personas sin hogar en España. Cuando se analizan las causas de la muerte, la principal causa es de carácter natural o sobrevenida (21,36%) mientras que la segunda causa son, precisamente, las agresiones o delitos aporófobos sufridos (19,78%).

TERCERO. Los Informes del Ministerio del Interior sobre la *Evolución de los delitos de odio en España* (cuyo último estudio data de 2018), si bien solo recogen los casos de los que se ha tenido *notitia criminis* (y teniendo en cuenta que estas personas se muestran normalmente reacias a la denuncia, tal dato es limitado) demuestra que la aporofobia, como forma de odio discriminatorio, se sitúa en número de casos registrados (un total de 12) por encima de otras circunstancias personales que refiere el actual art. 22,4º CP., como la de antisemitismo (3 casos) y la de discriminación por razón de enfermedad (6 casos), lo que permite concluir, desde un punto de vista comparativo, que también la circunstancia de aporofobia debe integrar el catálogo de condiciones agravatorias previstas en el art. 22,4º CP.

CUARTO.- Por razones que dimanar propiamente del principio de legalidad penal, que impide, a modo de garantía para el ciudadano, la aplicación analógica y extensiva del art. 22,4º CP. a otros motivos distintos a los actualmente comprendidos con los que, incluso, puede compartir fundamento, acontece que en la práctica jurisprudencial nuestros juzgados y tribunales no puedan aplicar aquella a los supuestos de delincuencia aporófoba. Se refleja esta imposibilidad tanto al nivel de los Juzgados de lo Penal como a nivel de las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia. El Tribunal Supremo en la importante *Sentencia (Sala de lo Penal, Sección 1ª), nº 1160/2006, de 9 de noviembre*, conociendo en fase de recurso de un caso derivado en condena por delito de asesinato a una persona sin hogar, en el que se apreciaron circunstancias como la alevosía, el ensañamiento, el aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo para favorecer la impunidad, y (es cita literal de la resolución) “la de cometer el delito por la condición de indigente de [la víctima]”, concluyó señalando la imposibilidad de aplicar el actual art. 22,4º CP. a supuestos como el referido, en atención a las motivaciones de odio contra la víctima indigente, que se declararon probadas: “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 *númerus 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". Antes de llegar al Tribunal Supremo, este caso fue conocido, también en fase de recurso, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que en su *Sentencia (Sala de lo Civil y Penal), 19/2005, de 21 de octubre*, clarificó lo siguiente: "parece, en suma, que lo que motivó que los tres imputados llevaran a cabo los hechos por los que después recibieron una severa condena fue la condición de indigente de la víctima, esto es, su falta de medios de vida o, en definitiva, su pobreza. Siendo ello así, cumple ahora preguntarse, como antes se expresaba, si esa singular motivación, objetivo o finalidad, justifican la aplicación de la circunstancia agravante que aquí consideramos. Aún desconociendo cual haya podido ser en último término el criterio que guiara al legislador cuando trató de configurar la circunstancia agravante que analizamos, resulta forzoso concluir que el resultado de su actividad normativa, que se plasma en los términos antes expresados, no permite en una interpretación prudente y responsable acoger dentro del ámbito de la agravante así diseñada el designio que marcó la acción de los ya condenados como asesinos. 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, parece incuestionable la procedencia de 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".

QUINTO.- Ante esta laguna de punibilidad, los juzgados y tribunales, en la práctica, han intentado reconducir los hechos al ámbito de otras circunstancias agravantes genéricas que, como puede ser el caso de la

alevosía o del abuso de superioridad, en algunos sucesos han resultado finalmente apreciadas y tomadas en cuenta para la correspondiente condena. No obstante, esta situación resulta criticable por dos motivos: (1º) porque con la misma se desprende, en la práctica, un alto grado de inseguridad jurídica, y (2º), relacionado con lo anterior, porque no en todos los casos en los que concurra un delito motivado por el odio a la persona pobre podrá resultar finalmente aplicable alguna de tales circunstancias. Este modo de proceder constituye un esfuerzo nada desdeñable por parte de nuestros jueces y tribunales a la hora de dar un tratamiento más justo (por más proporcional) ante este problema, pero absolutamente insuficiente, ni tampoco convincente, pues el hecho de recurrir a otras causas agravantes que ya poseen su propia razón de ser y fundamento desplaza, al fin, el foco del problema real que subyace tras este tipo de delincuencia: la discriminación aporófoba ante una realidad social que resulta hoy incontestable.

SEXTO.- Todo lo anterior conduce a una doble conclusión: (1) el patente estado de elevada vulnerabilidad en el que se encuentra actualmente el colectivo de personas en situación de pobreza, especialmente en situación de sinhogarismo, con su consiguiente elevado nivel de victimización, amén de (2) la falta de una respuesta penal adecuada y proporcionada (además de materialmente más *justa*) ante supuestos de delincuencia cometida por razones aporófobas, al no estarse proporcionando a los operadores jurídicos herramientas adecuadas a tal fin desde el Código Penal (en concreto, desde el marco de la aludida circunstancia genérica del art. 22,4ª CP.).

INTERPRETANDO

PRIMERO.- Que, a la luz del acreditado fundamento social del problema mediante los datos recogidos en el *CONSIDERANDO* de este informe, así como del problema jurisprudencial por el que nuestros operadores jurídicos están impedidos de tener en cuenta motivaciones aporófobas para agravar la pena en estas tipologías delictivas, es posible y pertinente, incluso absolutamente necesario ante la gravedad que acreditan los datos, construir un fundamento jurídico-penal que permita incluir dichas motivaciones entre el catálogo de condiciones del actual art. 22,4º CP.

SEGUNDO. Que tal fundamento penal existe, y se produce en términos de un mayor *merecimiento* y una mayor *necesidad* de sanción penal que dimana de los delitos cometidos por motivos aporófobos.

TERCERO. Que se acredita un mayor merecimiento de pena, toda vez que la delincuencia cometida por algún tipo de odio discriminatorio, al albur del art. 22,4º CP. y también por odio aporóforo, supone conculcar no sólo el derecho o bien jurídico protegido con el delito base a que la agravante aplica, sino también el valor superior de la igualdad entre todas las personas, fundamento de nuestro propio Estado Social y Democrático de Derecho (arts. 1, 9º, y 14 de la Constitución Española). Tales motivaciones manifiestan una negativa al “otro” (en este caso a la persona en situación de pobreza) a quien el autor del delito le niega un trato como “igual”, por lo que es posible alentar una modulación de pena que diferencie el delito genérico, sin la concurrencia de esta agravante, del *delito aporóforo*. Es, pues, la merma del principio de igualdad la que fundamenta en términos jurídicos la posibilidad de agravación.

CUARTO.- Que en un sistema penal de garantías como el nuestro *el pensamiento no delinque*; sin embargo, al proponerse la inclusión de los motivos de aporofobia en el seno de la circunstancia modificativa del art. 22,4º CP., y en atención a lo dispuesto en el art. 66,1,2ª CP., en el que la concurrencia de una sola agravante sitúa el marco de pena en la mitad superior del delito base al que se aplica, la valoración de las motivaciones odiosas es posible sin quebrantar los pilares de nuestro modelo jurídico-penal: los motivos no añaden desvalor adicional al hecho, pues la pena finalmente aplicable se moverá siempre y en todo caso dentro del marco penal abstracto previsto por Ley para el delito en cuestión. Dichos motivos aporóforos pueden finalmente aumentar una pena que es más merecida, al vulnerarse también el valor de la igualdad, sin exceder del marco de pena aplicable al *hecho exteriorizado*. Esta conclusión permite afirmar, *a sensu contrario*, que con la concurrencia de motivaciones aporóforas en el delito no será nunca posible una atenuación de pena que se sitúe en el marco de la mitad inferior de aquella que resulte aplicable por el delito cometido.

QUINTO.- Que la mayor sanción penal aplicable a supuestos de delitos presididos por motivaciones aporóforas, al ser más merecida, es también más *necesaria*. Dicha necesidad se acredita en términos eminentemente preventivos: más necesidad de sanción penal desde la óptica preventivo-general positiva, ante todo, pues ahora acontecen dos valores a reafirmar (el conculcado con el delito base y el valor de la igualdad) mediante la aplicación de la sanción penal. Tampoco pueden desecharse argumentos preventivo-generales negativos o, incluso, preventivo-especiales.

SE PROPONE

PRIMERO.- La inclusión de las motivaciones aporóforas como nueva forma de odio discriminatorio en el art. 22,4ª CP.

SEGUNDO.- Recuperar, como punto de partida para el ulterior trabajo depurativo en sede parlamentaria, la proposición que, en el año 2018, registró el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, para su toma en consideración por las Cortes, como *Proposición de Ley Orgánica de reforma de la LO. 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal* (nº 622/000025), en la que se anunciaba el siguiente texto como nuevo art. 22,4º CP.: “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, *razones de aporofobia o de exclusión social*, la enfermedad que padezca o su discapacidad” [cursivas añadidas].

TERCERO.- Sobre tal propuesta, resultará imprescindible que la misma filtre correctamente las exigencias (que no son otra cosa que *garantías*) que dimanar del principio de legalidad en Derecho penal, como exigencia de seguridad jurídica, en su vertiente de taxatividad, determinación y certeza, evitando el recurso a términos totalmente vagos o de elevada imprecisión. En este sentido, y aunque en los últimos tiempos, en el plano de la sociología, se ha evolucionado desde términos como el de “pobreza” hasta el de “exclusión social”, hay que tener en cuenta que este último refiere un *proceso complejo*, multicausal, que puede culminar, efectivamente, en un estado de pobreza (o en otros), mientras que aquél primero aparece más depurado en su significación, atinente siempre a consideraciones económicas desfavorables (pobreza absoluta y relativa), e incluso modulable según índices de diverso tipo. El concepto de “exclusión social”, por el contrario, es mutable, dinámico y cambiante, y depende de múltiples factores casuísticos (no solo en cuanto a la dimensión de la que pueda traer causa tal situación, sino también por dependencia del diverso tipo de sociedad, período histórico al que se refiere, etc.), por lo que no aparece como suficientemente delimitado como para hacerlo aterrizar en el seno del Código Penal.

CUARTO.- En atención a lo anterior, y con base en la inicial Proposición de Ley Orgánica del año 2018, se concluye con la siguiente propuesta de redacción para el art. 22,4ª CP.: “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, *razones de aporofobia*, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

En Madrid, a 25 de febrero de 2020.