

Isabel García Domínguez

**LA APOROFOBIA EN EL SISTEMA PENAL
ESPAÑOL: ESPECIAL REFERENCIA AL
COLECTIVO DE PERSONAS SIN HOGAR**

Ratio Legis

2020

Isabel García Domínguez

**LA APOROFOBIA EN EL SISTEMA PENAL
ESPAÑOL: ESPECIAL REFERENCIA AL
COLECTIVO DE PERSONAS SIN HOGAR**

Ratio Legis

2020

RATIO LEGIS EDICIONES

Paseo de Francisco Tomas y Valiente, Nº 14, Local 3

Teléf.: 923 227 037

37007 Salamanca; www.ratiolegis.net

© ISABEL GARCÍA DOMÍNGUEZ

© Ratio Legis

DEPÓSITO LEGAL: S.25-2020

ISBN: 978-84-17836-11-5

Este libro se ha desarrollado en el marco del proyecto Aporofobia y Derecho Penal, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

REFERENCIA: RTI2018-095155-B-C21

Imprime y Encuaderna:

IDEMDIGITAL

C./ Arapiles, 51; Teléf.: 923 120 937

37007 Salamanca

"Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida total o parcialmente, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea mecánico, electrónico, químico, óptico de grabación o de fotocopia, sin permiso escrito previo del editor y de los autores".

*A mi familia, en especial a mis padres y a los García Domínguez,
porque sin ellos no habría llegado tan lejos, les debo todo.*

A Diego, por su apoyo incondicional.

*A mis profesores, por su sabiduría y dedicación,
con una mención especial a Ana Isabel Pérez Cepeda,
por su confianza y ayuda infinita.*

PRÓLOGO

Este libro aborda un tema sobre el tratamiento que otorgan el Derecho Penal y la Política Criminal actuales a las personas excluidas del sistema político, social y económico, las personas sin hogar, con la finalidad de denunciar una realidad existente: la deriva del modelo de Derecho penal hacia la aporofobia.

Este estudio realizado por Isabel García Domínguez fue presentado como trabajo de fin del Master de Derecho Penal en la Universidad 2018-2019 obteniendo la calificación de sobresaliente cum laude.

La autora parte de un acercamiento a la exclusión social y las bases ideológicas que sustentan lo que en este proyecto se denomina Derecho penal de aporofobia. Esas bases ideológicas se hallan, especialmente, en el funcionalismo radical, el gerencialismo vinculado a la nueva gestión pública y el punitivismo, ofreciendo una crítica de las mismas para promover una vuelta a corrientes doctrinales de corte garantista, más respetuosas con los principios legitimadores del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho.

Posteriormente realiza un análisis sobre la victimización de las personas sin hogar, que basándose en un estudio estadístico, con las limitaciones encontradas, y jurisprudencial, decide focalizar su atención en la agravante genérica y los delitos de odio en la legislación penal española: especial referencia al artículo 22.4 y 510 CP. Con estas mimbres una vez que ha descrito y fundamentado la victimización de las personas sin hogar, que a su entender, existe en la actualidad, cabe destacar que, tras realizar un estudio jurisprudencial, con el objetivo de identificar las variables que influyen y determinan los fallos de los órganos sentenciadores, también aborda el análisis de las plasmaciones en la legislación actual como manifestaciones de la criminalización de la pobreza, centrándose en la eximente del hurto famélico y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Concluyendo que, "el Estado no sólo está incumpliendo su posición de garante del respeto a los derechos humanos de este colectivo, sino que está condenándolo por conductas que son generadas por las necesidades que él mismo ocasiona". En síntesis, la obra que tienen en sus manos ofrece una crítica al actual sistema penal en particular, y en la sociedad, en general, en relación con los parias del sistema.

Este comprometido, sistemático, minucioso y coherente trabajo que hoy ve la luz se trata de una significativa aportación de nuestro proyecto de Aporofobia y Derecho penal (RTI2018-095155-B-C21), financiado por el Ministerio de Ciencia, innovación y universidades. Ello, unido a su esfuerzo y al constatare trabajo realizado como alumna del Master, así como a los méritos de investigación que acredita, auguran que tendrá un brillante futuro

profesional, que esperemos esté vinculado a nuestra Área de Derecho penal de la Universidad de Salamanca con el fin de desarrollar la investigación e implementación de estudios de Criminología.

Salamanca, a 7 de octubre de 2019

Ana Isabel Pérez Cepeda

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
1. Primer Capítulo	
EXCLUSIÓN SOCIAL Y BASES IDEOLÓGICAS QUE SUBYACEN A LA	
APOROFOBIA.....	23
1.1. La exclusión social de las personas sin hogar: pobreza, género y estigma	23
1.2. Las bases ideológicas del Derecho penal de la aporofobia: funcionalismo radical, actuarialismo penal y punitivismo	30
1.2.1. Funcionalismo radical y Derecho penal del enemigo.....	30
1.2.2. Actuarialismo penal y gerencialismo	34
1.2.3. Punitivismo y expansión del Derecho Penal: especial mención al populismo punitivo	39
2. Segundo Capítulo	
VICTIMIZACIÓN APORÓFOBA Y LEYES PENALES.....	49
2.1. Las víctimas de aporofobia: estudio estadístico desde una perspectiva penal	49
2.2. La victimización aporófoba en la regulación penal: análisis jurisprudencial	56
2.3. La agravante genérica y los delitos de odio en la legislación penal española: especial referencia al artículo 22.4 y 510 del Código Penal Español	62
3. Tercer Capítulo	
LA CRIMINALIZACIÓN DE LA POBREZA.....	75
3.1. La autoría de las personas sin hogar: análisis de la reciente jurisprudencia española	76
3.2. Circunstancias que modifican la responsabilidad penal de las personas sin hogar	81
3.2.1. La eximente del hurto famélico.....	81
3.2.2. Otras circunstancias modificativas de la responsabilidad penal	90
4. CONCLUSIONES.....	95
5. BIBLIOGRAFÍA.....	99

INTRODUCCIÓN

Cuando realizaba una investigación sobre aporofobia, en Salamanca, una persona sin hogar me contó: *"Antes de navidad, yo dormía en un club abandonado de aquí de Salamanca y me quemaron todo: el colchón, las sábanas, las mantas, la maleta con toda la ropa, todo el calzado, me lo quemaron todo. Bueno, salió en la gaceta y todo. Y me quedé con lo puesto. Y menos mal que lo hicieron a mediodía, a la una de la tarde, porque igual si hubiese estado durmiendo me hubiese quedado allí, igual no me hubiese enterado. Pero no sé quién, porqué sí o por qué no, pero me lo quemaron todo, me dejaron con lo puesto... al perro flaco todo son pulgas"*¹

La aporofobia², que significa el odio, desprecio o rechazo hacia el pobre, fue un término acuñado por Adela Cortina a causa del anonimato existente en los sufrimientos de los sujetos más desfavorecidos económicamente. Estos padecimientos, le instaron a otorgar un nombre a esta realidad presente en la sociedad española³ en aras a contribuir a su reconocimiento, al estudio de los motivos que subyacen a ella, y en último término, a luchar por su erradicación.⁴

En la actualidad, las "súplicas" de la autora han sido escuchadas, y se han desarrollado diferentes trabajos y estadísticas que profundizan en esta temática, la cual tiene un alcance universal y hunde sus raíces en el ámbito

¹ GARCÍA DOMÍNGUEZ, I, "Aporofobia: una investigación cualitativa al colectivo de personas sin hogar en Salamanca", trabajo de fin de grado de Criminología en la Universidad de Salamanca, 2018.

² El neologismo aporofobia proviene del griego, más específicamente de los vocablos *áporos* y *phobia* que hacen alusión a las palabras pobre y fobia, cuya inspiración provino, especialmente, de la palabra xenofobia. CORTINA, A, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, 2017, pp. 22-23.

³ A pesar de que su conceptualización se produjo en el año 1996, el protagonismo de este concepto se ha producido en los últimos años gracias a acciones como la de Fundeu BBVA que la eligió como palabra del año en el año 2017 o la inclusión en el diccionario digital de la RAE a finales de ese mismo año. FUNDEU BBVA, "Aporofobia, palabra del año 2017 para la Fundeu BBVA", 2017. Recuperado de: <https://www.fundeu.es/recomendacion/aporofobia-palabra-del-ano-para-la-fundeu-bbva/>. (Consultado el 10 de mayo de 2019) y EUROPAPRESS, "Posverdad, aporofobia, buenismo y postureo, nuevas palabras del diccionario digital de la RAE", 2017. Recuperado de: <https://www.europapress.es/cultura/exposiciones-00131/noticia-posverdad-aporofobia-buenismo-postureo-nuevas-palabras-diccionario-digital-rae-20171220134544.html>. (Consultado el 10 de mayo de 2019)

⁴ CORTINA, A, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Op. cit, pp. 14-25.

social,⁵ contribuyendo al conocimiento de un fenómeno que había sido silenciado.

En este acontecimiento, las personas sin hogar se constituyen como el colectivo más susceptible de sufrir el desprecio, por su condición de elevada vulnerabilidad y exclusión social. Por este motivo, el objeto de estudio central será constituido por las personas en situación de sinhogarismo, que son la expresión más extrema de la pobreza, y por ende, el grupo que *a prima facie* resulta más afectado por la aporofobia.

En cuanto al ámbito de aplicación del estudio, será el territorio nacional español, por lo que en aproximación al sinhogarismo, el cual está consolidado como una problemática permanente en los países desarrollados, sobre todo, con la acentuación de las crisis económicas⁶, ofreceré algunos datos existentes sobre este colectivo.

Comenzando con el Instituto Nacional de Estadística (INE), este es un organismo de referencia en España por la aportación de datos sobre diferentes temáticas, como es el sinhogarismo, el cual ha sido contabilizado a través de los sujetos atendidos en los centros destinados a este colectivo. Por lo tanto, la problemática que subyace es que dejan al margen todas las personas en dicha situación que no acuden a estos servicios, constituyéndose la cifra oculta de las estadísticas oficiales.

Asimismo, debemos tener en cuenta que este fenómeno es de difícil contabilización por la invisibilidad de los sujetos, debido a que se ha comprobado que muchas personas están varios años sin acudir a los centros de acogida por las normas y restricciones que les imponen para facilitar la convivencia⁷.

En consecuencia, debemos tener en cuenta la cifra oculta existente de este acontecimiento en las estadísticas oficiales, que intentará ser rectificada a través de otros estudios que nos ofrecen instituciones como Cáritas o investigadores en sus propias ciudades.

La primera encuesta sobre personas sin hogar realizada por el INE se produjo en el año 2005, constatando una población estimada de 21900 personas usuarios de los centros, constituyendo un 82,7% de varones frente al 17,3% de mujeres.⁸ De igual modo, en el año 2012 esta institución realizó de

⁵ CORTINA, A, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Op. cit, p. 25.

⁶ SÁNCHEZ MORALES, M^a R.H, "En los límites de la exclusión social: las personas sin hogar en España" en *Revista de Ciencias Sociales*, nº 2, 2012, p. 321.

⁷ GARCÍA DOMÍNGUEZ, I, "Aporofobia: una investigación cualitativa al colectivo de personas sin hogar en Salamanca", Op. cit.

⁸ Para mayor información sobre la encuesta mencionada, la edad media de los sujetos fue de 38 años aproximadamente, siendo el grupo de edad más numeroso los situados entre los

nuevo la encuesta a personas sin hogar obteniendo un total de 22938, por lo que observamos un aumento respecto del estudio previo, con un predominio de hombres de un 80,3% similar al constatado en años anteriores.⁹

Además, en el año 2016, el mismo organismo expresado en el párrafo anterior, realizó un promedio de personas que ingresaron en centros de acogida de emergencia por un día contabilizando 16437. En consecuencia, la cifra se elevó, continuando la tendencia señalada previamente, un 20,5% con relación al año 2014.¹⁰

No obstante, los datos oficiales deben ser completados con otras técnicas que nos permitan salvar en cierta medida la cifra oculta existente.

En cuanto a Madrid, la capital del territorio nacional español, desde el año 2006 se ha tomado la iniciativa de realizar recuentos nocturnos en la ciudad, obteniendo una media de 630 personas en sus mediciones, decreciendo la tasa en el año 2009 (a pesar de que esa tarde llovió por lo que pudo suponer una dificultad añadida para encontrarlos), con un máximo de

30 y 44 años. En cuanto a la nacionalidad, el grupo de españoles fue mayoritario (51,8%) por lo que atendiendo a la población nacional extranjera observamos una sobrerrepresentación de estos sujetos, sobre todo de los africanos que fueron el grupo más numeroso (43,6%). Otras características estudiadas fueron que la mitad de las personas estaba buscando trabajo y un 30% no consumía ni alcohol ni drogas por lo que rompieron con algunos estereotipos asignados a esta población. Sin embargo, la mayoría están insertos en estas dinámicas según las cifras presentadas, al igual que los resultados que obtuve en mi investigación. Respecto a la duración de la situación de sinhogarismo, en torno a un 30% personas del total llevaban más de 3 años sin vivienda propia y tan sólo un 11,8% tenía un trabajo, así como habitualmente pernoctaban todas las noches en el mismo lugar. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta sobre las personas sin hogar" [en línea], 2005, pp. 1-4. Recuperado de: <http://www.ine.es/prensa/np398.pdf> (Consultado el 2 de abril de 2019).

⁹ En este estudio, la media de edad fue de 42,7 años, con una representación mayor del grupo de menos de 45 años. Con relación a la nacionalidad, 54,2% eran españoles y el resto extranjeros entre los que se destacan los grupos de edad más jóvenes y los africanos como la nacionalidad mayoritaria. Una gran parte de este colectivo reside en la Comunidad Autónoma de Barcelona, aunque si ponemos las ciudades con relación a los habitantes son los municipios de Melilla y Ceuta las situadas en los primeros lugares con una diferencia muy significativa. Respecto a la vivienda, la mayoría llevaba más de 3 años sin un alojamiento propio y la causa fue la pérdida de trabajo. También en torno a un 50% estaban buscando trabajo y el 62,7% no consumía drogas. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta a las personas sin hogar, avance de resultados, 2012" [en línea], 2012, pp. 1-9. Recuperado de: <https://www.ine.es/prensa/np761.pdf> (Consultado el 2 de abril de 2019)

¹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta sobre centros y servicios de atención a personas sin hogar" [en línea]. Recuperado de: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176925&menu=ultiDatos&idp=1254735976608 (Consultado el 2 de abril de 2019)

764 personas en el VII recuento y encontrando una considerable disminución en el año 2016 con una cifra de 524. Una hipótesis plausible para explicar la tendencia a la baja es que las acciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Madrid hicieron que descendiese el número de personas que pernoctan en la calle.¹¹

Continuando con la metrópoli de Barcelona, en el año 2013 se constató una cifra de 2916 personas entre las cuales 870 pernoctaban en la calle, cifra que aumentó desde el 2008 en el cual se contabilizaron tan solo 562 personas.¹²

De forma similar, la Comunidad Autónoma del País Vasco también se ha sumado al recuento de estos sujetos hallando en una noche de octubre del 2014 un total de 1836 personas sin hogar¹³. No obstante, en las III Jornadas sobre Exclusión Residencial es Euskadi se observó un descenso de personas que pernoctaban en la calle.¹⁴

Asimismo, existen estudios en otras áreas más pequeñas como los realizados en la región de Murcia¹⁵, o en las ciudades de Mérida y Badajoz con una muestra de 91 personas.¹⁶

¹¹ MUÑOZ, M, SÁNCHEZ, M.R, y CABRERA, P, J, "VIII Recuento de personas sin hogar en Madrid, informe final" [en línea], 2016, pp. 27-28. Recuperado de: <https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/SamurSocial/NuevoSamurSocial/ficheros/INFORME%20FINAL%20RECUESTO%202016.pdf>. (Consultado el 2 de abril de 2019)

¹² SALES i CAMPOS, A, "Diagnosi 2013: les persones sense llar a la ciutat de Barcelona i l'evolució dels recursos de la Xarxa d'Atenció a les Persones Sense Llar", [en línea], 2013, pp. 24-27. Recuperado de: http://www.bcn.cat/barcelonainclusiva/ca/2013/7/xarxa2_diagnosi2013.pdf. (Consultado el 2 de abril de 2019)

¹³ CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS DOKUMENTAZIO ETA IKERKETA ZENTROA FUNDACIÓN EGUÍA-CAREAGA, "Estudio sobre la situación de las personas en situación de exclusión residencial grave en la CAPV 2014", [en línea], 2015, p. 17. Recuperado de:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zVHXb3QRUEQJ:www.eudel.eus/es/archivos/documento/1701/categoria/1118+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=es>

¹⁴ GASTEIZ, V. "Beatriz Artolazabal: "El número de personas que pernoctan en la calle por su situación de exclusión residencial en Euskadi se ha reducido: en 2014 eran 323 y ahora son 274" Eusko Jaurlaritz, Gobierno Vasco, [en línea], 2017. Recuperado de: www.irekia.euskadi.eus. (Consultado el 9 de abril de 2019).

¹⁵ En esta área, el sinhogarismo afecta principalmente a personas extranjeras (82,6%) predominando una vez más los africanos. LÓPEZ CARMONA, D.P, "Evolución de la exclusión residencial en Murcia y respuesta institucional" en *Digitum, Biblioteca Universitaria de la Universidad de Murcia*, [en línea], 2018, p. 182. Recuperado de: <https://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/64984>

¹⁶ En la muestra descrita, el patrón inicial presentado por el INE se repite constituyendo un 83% los hombres, con una edad entre 30 y 49 años siendo en su mayoría nacionales

En síntesis, el último dato en la actualidad que nos ofrecen las estadísticas oficiales es una estimación del número de personas en condición de sinhogarismo que se sitúa en torno a unas 33.000.¹⁷ Sin embargo, la institución de Cáritas aproximó la cifra de atención a este colectivo en 40000 en el año 2018 contabilizando únicamente las ayudadas por su institución¹⁸.

En consecuencia, el perfil de persona sin hogar que nos ofrecen los datos es un varón con una media de edad situada en los 40 o 45 años y nacionalidad española, aunque si relacionamos la nacionalidad con la población total podemos observar que el extranjero sufre en mayor medida esta situación de sinhogarismo, es decir, está sobrerrepresentado.¹⁹

Por consiguiente, con relación al género²⁰, me gustaría destacar que en las estadísticas del INE la mayoría fueron hombres en el año 2005, con un 82,7% frente a la población total de ese mismo año, en la cual constituían un 49,4%²¹, estableciendo una tendencia que continuó en el estudio del año 2012 con un porcentaje de hombres del 80,3%. También, en algunos estudios con muestras más pequeñas²² el patrón se repite con un 80% aproximado de hombres.

(66%).FAJARDO BULLÓN, F, "Características psicosociales de las personas en situación de exclusión social extrema" en *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, nº 1, 2011, p. 103.

¹⁷ MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE ESPAÑA, "Estrategia nacional integral para personas sin hogar,2015-2020", [en línea], 2015, p. 12. Recuperado de: <https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/ServiciosSociales/docs/EstrategiaPSH20152020.pdf> (Consultado el 2 de abril de 2019)

¹⁸ CÁRITAS, "Día de las Personas Sin Hogar: Voluntad política y compromiso común para erradicar el sinhogarismo", [en línea], 2018, Recuperado de:

<https://www.caritas.es/noticias/dia-de-las-personas-sin-hogar-voluntad-politica-y-compromiso-comun-para-erradicar-el-sinhogarismo/>. (Consultado el 2 de abril de 2019)

¹⁹ Además, también he podido constatar que una proporción significativa de este colectivo está inserto en las dinámicas del alcohol o las drogas, constituyendo un grupo más pequeño quienes responden a ambas.

²⁰ El informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo de 1997 afirmó que un 70% de la pobreza mundial se corresponde con el género femenino. CARRASCO FLORIDO, L, "Mujeres sin hogar en España: un análisis sociográfico desde una perspectiva feminista" [en línea] (DE PABLOS ESCOBAR, dir) en *Repositorio de la Universidad Complutense de Madrid*, 2014, p. 16. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/26317/>. (Consultado el 11 de mayo de 2019).

²¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta sobre las personas sin hogar", Op.. cit, p. 1

²² Algunos ejemplos son: los realizados en las ciudades de Mérida y Badajoz con 91 personas, proviniendo de centros penitenciarios un 5%, FAJARDO BULLÓN, F, "Características psicosociales de las personas en situación de exclusión social extrema", Op. cit, pp. 102-106; el efectuado por el Observatorio Hatento con 261 en un 56,3% con

Sin embargo, lo expuesto anteriormente no significa que las mujeres sufran el *sinhogarismo* de forma minoritaria, sino que varias investigaciones han podido constatar la invisibilidad de las mujeres en las estadísticas debido a que, mientras el de los hombres se sitúa en el ámbito público, y por ende, está dotado de visibilidad, el de las mujeres se encuentra encubierto.²³

Por este motivo, se debe resaltar la existencia en las mujeres de un *sinhogarismo oculto*²⁴, ya que utilizan estrategias para no pernoctar en la calle de manera continua²⁵, como la utilización de recursos dispuestos para el colectivo de personas sin hogar (por ejemplo, los centros de acogida), o el ejercicio de la prostitución que le permite obtener ingresos, aunque la segunda actividad también las expone a un mayor riesgo de ser victimizadas a través de la violencia física y/o sexual.

A nivel europeo, no existen cifras representativas, pero ofreceré algunos datos que se podrían entender como un primer acercamiento a nivel internacional:²⁶

nacionalidad española, OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", [en línea], 2015, pp. 23-26. Recuperado de:

<http://hatento.org/wp-content/uploads/2015/06/informe-resultados-digital.pdf>; o los recuentos nocturnos ejecutados por el País Vasco, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS DOKUMENTAZIO ETA IKERKETA ZENTROA FUNDACIÓN EGUÍA-CAREAGA, "Estudio sobre la situación de las personas en situación de exclusión residencial grave en la CAPV 2014", Op. cit, pp. 8-20..

²³ No obstante, cabe destacar que algunos datos muestran diferencias entre las mujeres localizadas en la calle y las alojadas en recursos. Un ejemplo es la investigación realizada en el País Vasco en 2014 en la cual la brecha de género en los centros de acogida es menos acentuada constituyendo un 23,92% mientras que las mujeres contabilizadas en la calle fueron un 11,33% obteniendo una diferencia porcentual del 12,59%. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS DOKUMENTAZIO ETA IKERKETA ZENTROA FUNDACIÓN EGUÍA-CAREAGA, "Estudio sobre la situación de las personas en situación de exclusión residencial grave en la CAPV 2014", Op. cit, pp. 19-27.

²⁴ Este concepto será abordado con mayor profundidad en el primer capítulo.

²⁵ CARRASCO FLORIDO, L, "Mujeres sin hogar en España: un análisis sociográfico desde una perspectiva feminista", Op. cit, p. 20-27.

²⁶ A pesar de que en el año 2014 se realizó un estudio comparativo, este no puede ser considerado relevante con base a las inconsistencias presentadas por las limitaciones existentes en la obtención de los datos, la utilización de diferentes técnicas en la medición y la pluralidad de definiciones del *sinhogarismo* en los países objeto de estudio. Por este motivo, es necesario seguir mejorando, y solventar las deficiencias internacionales existentes. EUROPEAN OBSERVATORY ON HOMELESSNESS, "Extent and Profile of Homelessness in European Member States", [en línea], 2014, p. 90-92. Recuperado de: https://www.feantsaresearch.org/download/feantsa-studies_04-web24451152053828533981.pdf

El Observatorio Europeo de personas sin hogar pudo demostrar en el año 2015 un aumento en todos los países, a excepción de Finlandia, cuya tendencia se destacó de nuevo en el Comité de Protección Social y en el estudio realizado por FEANTSA.²⁷

En cuanto a la cifra estimada en el año 2015 por la Comisión Europea de personas sin hogar que pernoctan en establecimientos de emergencia o temporales son unas 410,000 personas, lo que supone que cada año 4.1 millones de personas sufren la situación de sinhogarismo por periodos de duración variable.²⁸

Para finalizar este ámbito, los datos más recientes son los publicados por el Tercer Informe de Exclusión Residencial en Europa del año 2018 existiendo 11 millones de personas en hogares europeos inadecuados y sin hogar, así como constatando un aumento de la población de sinhogarismo en toda Europa, sumándose a la excepción de Finlandia en 2015, el país de Noruega.²⁹

No obstante, se deberían establecer conceptos unánimes de la definición de sinhogarismo y proceder a la utilización de técnicas similares con el objetivo de poder comparar correctamente en el futuro esta población en los diferentes países de la Unión Europea.

Por lo tanto, ante la situación alarmante que existe en España por: el elevado número de personas en condición de sinhogarismo, el aumento de la cifra de este colectivo como muestran las estadísticas en los últimos años (ver gráfico que se presenta al final del párrafo), y las exigencias de Europa por el compromiso con la totalidad de la sociedad, el gobierno de España ha impulsado una Estrategia Nacional Integral para personas sin hogar cuyo objetivo principal es la realización de actividades completas para dar una respuesta eficaz en colaboración con las CCAA y entidades locales,

²⁷ Algunos ejemplos de países europeos son: Inglaterra, donde existían 31000 comunidades para personas sin hogar en el año 2013 y 8500 de emergencia cuya ocupación era muy alta de forma habitual, por lo que aproximadamente podemos estimar el número de población de sin hogar; Portugal con 852 personas sin hogar en Lisboa en el año 2013; o Francia con una estimación de 141500 personas sin hogar en 2010. EUROPEAN OBSERVATORY ON HOMELESSNESS, "Extent and Profile of Homelessness in European Member States", Op. cit, pp. 43-47.

²⁸ THE FOUNDATION ABBÉ PIERRE y FEANTSA, "An overview of housing exclusion in Europe", [en línea] 2015, p. 55. Recuperado de: file:///C:/Users/isaso_000/Downloads/FAP_EU_GB.pdf

²⁹ EUROPEAN ANTI POVERTY NETWORK (EAPN), "Día de las Personas Sin Hogar, Más de 40.000 personas viven en situación de sinhogarismo en España", [en línea], 2018 Recuperado de: <https://www.eapn.es/noticias/902/mas-de-40000-personas-viven-en-situacion-de-sinhogarismo-en-espana>. (Consultado el 2 de abril de 2019)

constituyéndose como un objetivo a medio plazo la reducción de personas en situación de *sinhogarismo*.³⁰

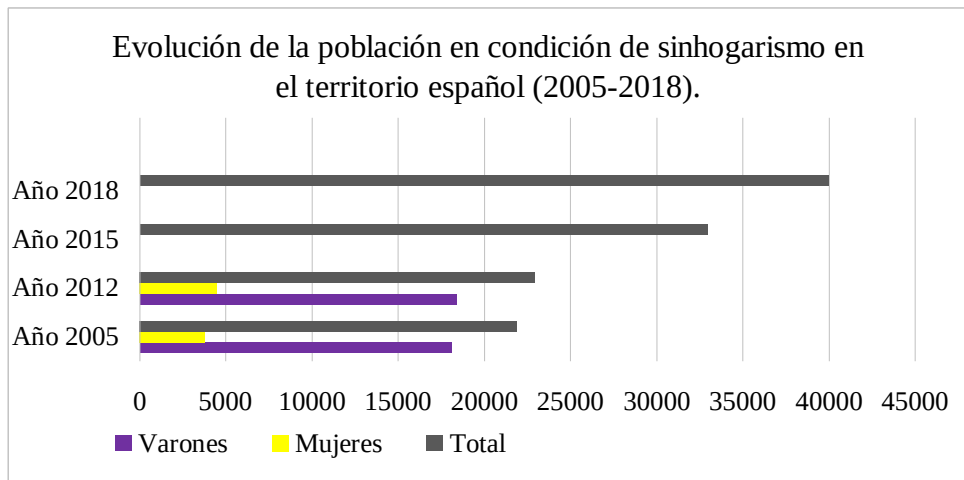


Gráfico nº 1. Elaboración propia con base a estadísticas del INE, Ministerio del Interior y Cáritas.³¹

Igualmente, a diferencia de los servicios existentes en la actualidad en España, la operación descrita previamente aspira a la restauración de las vidas de las personas sin hogar y su inclusión en la sociedad³².

³⁰ MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE ESPAÑA, "Estrategia nacional integral para personas sin hogar, 2015-2020", Op. cit, pp. 4-6.

³¹ Los datos del año 2005 y 2012 fueron obtenidos de las encuestas sobre personas sin hogar realizadas por los años 2005 y 2012 respectivamente, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta sobre las personas sin hogar", Op. cit, pp. 1-4. e INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta a las personas sin hogar, avance de resultados, 2012" Op. cit, pp. 1-9. De modo similar, en el año 2015, el Ministerio del Interior realizó una estimación de la cifra de personas en condición de *sinhogarismo*. MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE ESPAÑA, "Estrategia nacional integral para personas sin hogar, 2015-2020", Op. cit, p. 12. Por último, los datos expuestos en el año 2018 fueron aportados por la institución de Cáritas. CÁRITAS, "Día de las Personas Sin Hogar: Voluntad política y compromiso común para erradicar el *sinhogarismo*", Op. cit.

³² Las propuestas de actuación, más importantes, que se contemplan para cumplir las finalidades previstas son: la prevención del *sinhogarismo*, la detención temprana a las personas en situación de *sinhogarismo*, la concienciación de la sociedad y defensa contra los delitos de odio que sufren las personas sin hogar, la promoción del respeto, la eliminación de obstáculos para acceder a servicios y prestaciones, la lucha contra la violencia, el velar por su vida, la restauración de su proyecto vital, y una mejora sustancial en el sistema público de atención a estas personas. Respecto al colectivo destinatario de esta, son sujetos que se encuentran en la calle o en establecimientos de emergencia, es decir, población en situación de exclusión y pobreza extrema. *Ibidem*, pp. 33-55.

En consecuencia, sería recomendable realizar un estudio en los años posteriores al 2020 para comprobar si dichos propósitos se han hecho efectivos.

Continuando con el objeto de estudio constituido por las personas sin hogar, estas han sido tratadas como criminales en la antigüedad,³³ aunque parece que estas dinámicas no han cambiado en la legislación penal española, la cual no les otorga la protección necesaria, e inclusive, les criminaliza.³⁴

Respecto a lo anterior, cabe destacar que derechos tan importantes como la dignidad, la igualdad, o los principios de no discriminación y tutela judicial efectiva consagrados en los diferentes artículos de nuestra Constitución Española de 1978 no están siendo cumplidos de forma efectiva. Inclusive, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 21 también enfatiza en el principio de igualdad y no discriminación, abarcando el ámbito del patrimonio que subyace a la aporofobia, ya que debemos tener en cuenta que la pobreza se constituye como uno de los problemas más urgentes en las sociedades actuales³⁵.

Además, con base a la visión etnocentrista que predomina en el mundo se deben estudiar los procesos de marginalización de los pobres y de las personas sin hogar, a los cuales se les imputa toda la responsabilidad de su situación, cuando en la mayoría de las ocasiones su origen se produce en la comunidad que se desenvuelven, y por ende, en la sociedad que hemos construido con la inexistencia de igualdad de oportunidades y la irresponsabilidad de las instituciones que no son capaces de ofrecerles soluciones.³⁶

Relacionado con lo anterior, la globalización, sobre todo, la económica, ha tenido importantes consecuencias produciendo una disminución del Estado Social y un aumento del sistema policial, penal y penitenciario³⁷, focalizando la atención en las personas más excluidas socialmente, entre los cuales se

³³ En el Antiguo Régimen, las personas sin hogar eran catalogados como clases peligrosas. Esta tendencia continuó tras la revolución industrial y se mantuvo en el siglo XX con normas como la *Ley de vagos y maleantes* de 4 del agosto de 1933. SÁNCHEZ MORALES, M^a R.H, "En los límites de la exclusión social: las personas sin hogar en España" Op. cit, pp. 310-314.

³⁴ Esta hipótesis será abordada en el desarrollo de los capítulos.

³⁵ SEBASTIÁN SOLANES, R.F, "La aportación de Juan Luis Vives al estudio de la pobreza. Del socorro de los pobres a la aporofobia" en *Vivesiana*, 2018, pp. 8-9

³⁶ ANDRADE, M, "¿Qué es la "aporofobia"? Un análisis conceptual sobre prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres" en la *Agenda Social de la Revista de PPGPS/UENF*, n° 3, 2008, pp. 119-132.

³⁷ SANZ MULAS, N, "La política criminal actual: del welfarismo penal a la política de exclusión" en *Política criminal*. (2ª ed), 2017. Salamanca: Ratio legis, p. 75.

encuentran las personas en condición de sinhogarismo. No obstante, los datos nos muestran que los sectores marginados no son la problemática de la delincuencia actual, sino más bien las mafias organizadas y los aparatos del poder, a pesar de que en los sectores más pobres se establece un círculo vicioso aporóforo que consiste en la acusación de conductas delictivas de forma recurrente, lo que dificulta su integración social, y refuerza su imagen estereotipada de criminalidad ante la sociedad³⁸, e inclusive, ante ellos mismos, los cuales acaban por reproducir la etiqueta asignada.³⁹

En suma, como se puede observar, existe mucho campo de estudio con relación a la aporofobia y a las personas en situación de sinhogarismo, por lo que este trabajo pretender contribuir al conocimiento de esta temática en la realidad española ya que como se ha expuesto: *la aporofobia es un obstáculo en el camino que la humanidad ha emprendido desde hace milenios en pos de un mundo más habitable. Una convivencia intercultural no será posible ni localmente ni globalmente si no eliminamos en la medida de lo posible las actitudes aporóforas.*⁴⁰

Por ello, la metodología utilizada será la revisión bibliográfica a partir de una investigación documental recopilando información sobre el objeto de estudio. La elección de este tipo de metodología responde a la necesidad expuesta de estudiar la presencia de la aporofobia en la legislación penal española, y más específicamente: la exclusión social y las bases político-criminales que subyacen al derecho penal aporóforo, las conductas de relevancia jurídico penal por las cuales las personas sin hogar están siendo victimizadas, y los delitos contemplados en el Código Penal español que están criminalizando a las personas sin recursos, respondiendo las dos últimas a razones aporóforas. Asimismo, utilizaré dos tipos de metodología: la propia de la investigación jurídica y la característica de la investigación criminológica.⁴¹

En consecuencia, el presente trabajo se iniciará con un acercamiento a la exclusión social con relación a las bases ideológicas que subyacen a la aporofobia. Progresivamente, se estudiará la realidad española sobre la victimización aporófora de las personas en condición de sinhogarismo,

³⁸ MARTÍNEZ NAVARRO, E, "Aporofobia" en *Glosario para una sociedad intercultural* (CONILL, coor), Bancaja, 2002, pp. 17-18.

³⁹ Esta tesis corresponde a la teoría del etiquetaje que será abordada en el primer capítulo.

⁴⁰ MARTÍNEZ NAVARRO, E, "Aporofobia", Op cit, p. 22.

⁴¹ En cuanto a la primera de ellas, utilizaré la clásica a través del análisis de legislación, la jurisprudencia y la doctrina existente sobre mi objeto de estudio. Respecto a la segunda de ellas, manejaré las estadísticas presentadas por organismos oficiales, así como otros estudios que recojan datos no oficiales (los cuales desvelan la cifra oculta del problema) en aras a obtener una visión completa del contexto actual aporóforo. Igualmente, trabajaré artículos de disciplinas afines como la psicología o la sociología que permiten dotar al trabajo de la perspectiva interdisciplinar propia de la criminología.

INTRODUCCIÓN

haciendo énfasis en la regulación penal que les criminaliza y no les otorga la protección necesaria. Por último, se abordará la criminalización de la pobreza que persiste en la ley penal actual, haciendo énfasis en la eximente del hurto famélico.

1. PRIMER CAPÍTULO

EXCLUSIÓN SOCIAL Y BASES IDEOLÓGICAS QUE SUBYACEN A LA APOROFOBIA.

1.1. La exclusión social de las personas sin hogar: pobreza, género y estigma.

El Estado Social consagrado en el artículo 1 de la Constitución Española de 1978 tuvo como premisa fundamental la inclusión a través de políticas activas, siendo uno de los objetivos principales la participación de la totalidad de la ciudadanía en los diferentes ámbitos de la vida, y por ende, la superación de las diferencias existentes entre los sujetos.

Sin embargo, la Política criminal actual ha adoptado el modelo penal de la seguridad ciudadana: extendiendo su ámbito a espacios sociales que no habían sido intervenidos a través del Derecho penal, centrando su atención en la inseguridad ciudadana y dejando atrás el modelo penal garantista que habíamos adoptado en los últimos años.⁴²

En la actualidad, las políticas criminales penales y la ciudadanía han asimilado que determinada marginalidad y exclusión social es inevitable, por lo que muchas formas tienden a normalizarse, como son las personas sin hogar⁴³, a pesar de que el origen recae sobre el sistema económico y las relaciones de poder. En consecuencia, estas dinámicas de exclusión podrían ser rectificadas debido a que existen alternativas al modelo económico y social adoptado en España.

La exclusión social, podríamos definirla como los obstáculos existentes en la vida de determinadas personas para una plena inclusión social. Asimismo, se suele asociar exclusión con pobreza, marginalidad e inmigración, aunque estos tienen un contenido más amplio.⁴⁴ También la exclusión social ha sido definida como el final de la etapa del proceso de empobrecimiento, relacionándose ocasionalmente a estigmas como la desviación social.⁴⁵

En función de la distribución de los riesgos, la exclusión social ha sido dividida en tres espacios sociales, siendo la zona de exclusión o marginación

⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado" en *Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, (Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, coords), vol.1, Ibdif, 2006, pp. 553-575

⁴³ BRANDARIZ GARCÍA, J.A, *Política criminal de la exclusión*, Comares, 2007, pp. 39-40

⁴⁴ SERRANO TÁRRAGA, M^a.D, "Exclusión social y criminalidad" en *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014. pp. 588-589

⁴⁵ GONZÁLEZ DE DURANA, A.A. "El concepto de exclusión en Política Social" en *Trabajo Social Hoy*, nº 34, 2001, p. 12,

mi objeto de estudio debido a que en ella se sitúan las personas en condición de sinhogarismo, las cuales sufren: la inexistencia de protección social, ausencia en el mundo laboral y aislamiento social. Este grupo es el que padece la forma más extrema de pobreza y suele caracterizarse por ser incapaz de abandonar la situación sin ayuda externa, como puede ser la asistencia con políticas sociales, por lo que debemos tenerlos presentes, aunque su volumen sea reducido. A diferencia de este, el segundo grupo, denominado de vulnerabilidad, suele ser más voluminoso, contar con apoyo familiar y un trabajo, pese a ser precario o sin estabilidad.⁴⁶

Igualmente, la categoría de exclusión previamente descrita, es necesaria para poder entender las nuevas formas de marginación social⁴⁷ originadas en los intentos de gestión del delito, y como consecuencia del paso de una sociedad incluyente a una excluyente producida por la Modernidad tardía, la cual ha estado caracterizada por la minimización de la intervención estatal, el incremento del individualismo y el aumento del desempleo.⁴⁸

No obstante, las dinámicas de exclusión son complejas, cambiantes y multifactoriales, a pesar de que una característica importante es que dependen en gran medida de las políticas sociales adoptadas en el momento. Con base a esto, en la actualidad existen grupos particularmente vulnerables a los procesos de exclusión, como por ejemplo, las personas sin hogar, quienes conforman un grupo de riesgo para la seguridad ciudadana y son objeto de estudio en el presente trabajo.⁴⁹

En este contexto, la pobreza⁵⁰ se constituye como uno de los factores más influyentes en los procesos de exclusión, la cual puede ser definida como la carencia de los medios necesarios para sobrevivir, aunque también implica

⁴⁶ GONZÁLEZ DE DURANA, A.A. "El concepto de exclusión en Política Social", Op. cit, pp. 12-14.

⁴⁷ SERRANO TÁRRAGA, M^a.D. "Exclusión social y criminalidad", Op. cit. pp. 588-589.

⁴⁸ VENERO, M. "El nuevo paradigma de la exclusión social para el conocimiento criminológico" en *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 1, 2009, p. 150

⁴⁹ SERRANO TÁRRAGA, M^a.D. "Exclusión social y criminalidad", Op. cit. pp. 588-589.

⁵⁰ La delimitación de la pobreza se ha regido por parámetros cuantitativos, a pesar de que estos están caracterizados por su dinamismo por lo que se modificarán de acuerdo con la sociedad. El Banco Mundial consideró, pobreza extrema, tener una cantidad inferior a 1,25 dólares al día en el 2005⁵⁰, aumentando este número a 1,90 dólares en 2011. Asimismo, destacó como pobreza moderada sobrevivir con menos de 2 dólares al día, y cómo población vulnerable los hogares que ganan entre 4 y 10 dólares diarios. BANCO MUNDIAL, LAC Equity Lab: Pobreza, [en línea]. Recuperado de: <http://www.banco-mundial.org/es/topic/poverty/lac-equity-lab1/poverty> (Consultado el día 6 de febrero de 2019).

la falta de libertad e imposibilidad de llevar a cabo determinados planes de vida.⁵¹

Con relación a la pobreza, las políticas económicas liberales han producido una disminución de las políticas sociales que han afectado en gran medida a las clases más desfavorecidas. De manera análoga, la globalización y los grandes flujos migratorios han aumentado la categoría descrita, lo que ha producido una sensación de amenaza en el grupo "incluido"⁵², y por ende, un reclamo de seguridad por este colectivo mencionado.

Prosiguiendo con las medidas adoptadas por nuestro Estado, cabe destacar las políticas denominadas de *tolerancia cero*, cuyo objetivo ha sido la pequeña delincuencia, centrando la atención de los problemas sociales en los sectores excluidos.⁵³

En definitiva, los pobres son categorizados como un grupo de riesgo, el cual debe estar en constante vigilancia y apartado de la sociedad. Por este motivo, son relegados a barrios periféricos. No obstante, debemos tener en cuenta que la pobreza es dinámica, no es un rasgo de identidad de las personas ya que estos no son culpables de su situación⁵⁴.

Respecto a la variable del género, se constituye como una categoría muy importante, produciéndose en los últimos años una feminización de la pobreza⁵⁵ por la situación de mayor vulnerabilidad que sufren las mujeres⁵⁶, y a diferencia del género masculino que se combate con el Derecho penal, esta suele ser gestionada a través de políticas sociales.⁵⁷ Además, cabe destacar que existirá una mayor vulnerabilidad si se relaciona con otras condiciones como la inmigración.⁵⁸

⁵¹ CORTINA, A, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Op. cit, p. 43

⁵² Una división de la sociedad actual podría configurarse entre los incluidos y los excluidos.

⁵³ Esta teoría será desarrollada al final del capítulo.

⁵⁴ CORTINA, A, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Op. cit, p. 42.

⁵⁵ El origen del concepto se debe a Diane Pearce y su investigación *The feminization of poverty: Women, work and welfare*, en 1978. CARRASCO FLORIDO, L, "Mujeres sin hogar en España: un análisis sociográfico desde una perspectiva feminista", Op. cit, p. 16.

⁵⁶ La feminización de la pobreza hace alusión a la sobrerrepresentación de las mujeres entre las personas en situación de pobreza. TORTOSA, J.M, "Feminización de la pobreza y perspectiva de género" en *Revista Internacional de Organizaciones*, nº 3, 2009, p. 72

⁵⁷ SERRANO TÁRRAGA, M^a.D. "Exclusión social y criminalidad", Op. cit. pp. 589

⁵⁸ TORTOSA, J.M, "Feminización de la pobreza y perspectiva de género", Op. cit, pp. 83-86.

La causa que subyace a esta, es decir, a la feminización de la pobreza, es el sistema patriarcal que coloca a los mujeres en una posición subordinada en la sociedad y repercute en la violencia estructural, directa y cultural de las cuales son víctimas en los ámbitos sexual, físico y emocional. Esta violencia, que se origina en las estructuras sociales, es agravada en la situación de *sinhogarismo* por la vulnerabilidad que presentan. De igual modo, se relaciona la exclusión social severa: con la capacidad de las mujeres para constituir y conservar un hogar de forma autónoma, y con el *sinhogarismo oculto*, es decir, con la invisibilidad de las mujeres sin hogar que se corroborará con datos en el siguiente capítulo⁵⁹.

Con relación a la marginalidad, es una categoría influyente en los procesos de exclusión que hace referencia a las personas que se alejan de la sociedad, ya sea por su propia elección o por los procesos de exclusión existentes en la sociedad.

En consonancia con lo descrito anteriormente, debo destacar la teoría de la anomia y de la tensión que tuvo su origen en los trabajos de Durkheim el cual entendía la anomia como una deficiencia de los individuos en la integración con la sociedad. Asimismo, Merton complementa dicho concepto definiéndola como la incapacidad de obtener el éxito en una sociedad que no te ofrece fines legítimos para alcanzarlos, es decir, la tensión existente entre fines y medios otorgados por la sociedad.⁶⁰ Con base a esto, realizó una división de las formas de adaptación de los individuos a la tensión, constituyéndose la retirada como la categoría adoptada por las personas *sinhogarismo*, que implica: rehusar los medios que te ofrece la sociedad y los fines a los cuales debe llegar en términos generales,⁶¹ es decir, se constituye como una forma de exclusión que supone el rechazo del éxito social. Por ende, este colectivo de sujetos también promueven un sentimiento de inseguridad ciudadana.

Igualmente, otro grupo muy afectado por las políticas criminales actuales son los inmigrantes porque estas políticas se han centrado en el control de los flujos migratorios con el objetivo de eliminar la inmigración ilegal a través de la criminalización del inmigrante y la ausencia de

⁵⁹ CARRASCO FLORIDO, L, "Mujeres sin hogar en España: un análisis sociográfico desde una perspectiva feminista", Op. cit, pp. 20-27.

⁶⁰ RIVIÈRE, J. "Interpretaciones del comportamiento desviado y control social" en *Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya*, 2013 [en línea], pp. 27-29. Recuperado de: http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/69967/5/Desviaci%C3%B3n%20y%20control%20social_M%C3%B3dulo%201_Interpretaciones%20del%20comportamiento%20desviado%20y%20control%20social.pdf

⁶¹ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a.I, y MENDOZA CALDERÓN, S, *Teorías de la Criminalidad*, Tirant lo blanch, 2013, pp. 112-113.

protección⁶². Un ejemplo es el artículo 318 bis del CP de 1995 que pese a insertarse en el Título XV bis denominado *de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros* prioriza el control de las fronteras sobre los derechos de los inmigrantes, penalizando la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia en el territorio español; o la expulsión del extranjero obligatoria por la comisión de delitos con penas de prisión de más de un año en el artículo 89 del CP con la prohibición de regresar a España por un periodo entre 5 y 10 años.

En suma, la relación de la exclusión con la comisión de delitos se ha mantenido tradicionalmente. Sin embargo, debemos ser conscientes de que la exclusión social no siempre desemboca en criminalidad, aunque exista una relación de la pobreza con la comisión de delitos contra el patrimonio ante la falta de recursos económicos, por lo que influyen fuertemente las políticas sociales adoptadas⁶³.

Respecto al estigma, los grupos excluidos lo sufren como una relación social de devaluación que les priva de su aceptación social. En ellos, se puede diferenciar entre los desacreditados cuyo estigma es visible y produce una reacción directa del entorno, y los desacreditables que lo ocultan e intentan mantenerlo invisible. Con base a estas categorías, las personas sin hogar se sitúan en el primer grupo, por lo que la reacción de la sociedad frente a ellos es inmediata y directa.⁶⁴

No obstante, debemos tener en cuenta que la determinación de las personas excluidas es anterior a la Política criminal, ya que estas responden a otras cuestiones como: las relaciones de poder y de dominación existentes, las figuras que tienen la potestad de determinar las normas sociales, o quienes son incluidos en la comunidad,⁶⁵ como han descrito diferentes teorías criminológicas que presentaré a continuación.

En primer lugar, en las teorías del conflicto⁶⁶ se destacó que las relaciones de poder desigualdades son el origen de la desviación en las sociedades contemporáneas. Con base a esto, el conflicto social se produciría por la incompatibilidad de intereses, necesidades y deseos entre grupos

⁶² SERRANO TÁRRAGA, M^a.D. "Exclusión social y criminalidad", Op. cit. pp. 601-609.

⁶³ *Ibidem*, pp. 590-614.

⁶⁴ GOFFMAN, E, *Estigma, la identidad deteriorada*, Amorrortu, 2006, pp, 13-15

⁶⁵ PAREDES CASTAÑÓN, J.M, "Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales" en *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 4, 2016, pp. 157-161.

⁶⁶ La preocupación existente por la emigración y la heterogeneidad de valores en los grupos sociales constituyeron el origen de estas teorías en la sociología norteamericana. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a.I, y MENDOZA CALDERÓN, S, *Teorías de la Criminalidad*, Op. cit, p. 121.

sociales. Pese a la relación de desviación social con la criminalidad, estas teorías adoptadas por la Criminología crítica ponen de manifiesto que la consideración de desviación en un sujeto responde a intereses sociales⁶⁷.

Ahora bien, en aplicación de la teoría mencionada al objeto de estudio, se puede observar como los intereses de las clases poderosas no son compatibles con los deseos de las personas sin hogar, por ejemplo, si invertimos más dinero en políticas sociales para ayudar a estas personas o las habilitamos para superar la dependencia, se tendrán que recaudar más impuestos que afectarán a las clases más pudientes, por ende, *a priori* parece más rentable proceder a su encarcelación.⁶⁸

Asimismo, Chambliss destaca que, en la historia, la ley ha sido un instrumento de apoyo a los intereses de los poderosos y los ricos. Igualmente, para Quinney la clase dominante define como criminales los comportamientos contrarios a sus intereses. Con relación a lo descrito, un grupo de criminólogos marxistas encuentra en el capitalismo la base de la criminalidad, debido a que la incapacidad de asegurar sus condiciones de vida le empuja no sólo a cometer crímenes contra la propiedad⁶⁹, sino también a la creación de una clase marginalizada que lleva a la alienación, a la pérdida de la autoestima y a utilizar la violencia para enfocar la frustración, así como a otros comportamientos autodestructivos como el alcohol y los estupefacientes.⁷⁰

Un ejemplo de lo explicado en el párrafo anterior lo constituye el trabajo de investigación que realicé en Salamanca, en el cual pude observar como una de las dinámicas para desembocar en la situación de sinhogarismo fue el consumo de alcohol, así como que una vez en esta la mayoría se mantenían en él, y en ocasiones consumían drogas.⁷¹

En segundo lugar, la teoría del etiquetaje ha contribuido a la formación de grupos como desviados, a través de la criminalización primaria (realizada por el legislador) y secundaria (efectuada por los órganos que aplican la ley),⁷² pero los comportamiento no son desviados en sí mismos, sino que son las

⁶⁷ RIVIÈRE, J. "Interpretaciones del comportamiento desviado y control social" Op. cit, p. 22.

⁶⁸ GIL VILLA, F, *Introducción a las teorías criminológicas, por qué rompemos con la norma*, Tecnos, 2013, p. 136.

⁶⁹ El estudio de los crímenes contra la propiedad cometidos por personas sin hogar en el territorio nacional español se realizará en el tercer capítulo.

⁷⁰ RIVIÈRE, J. "Interpretaciones del comportamiento desviado y control social", Op. Cit, pp, 36-38

⁷¹ GARCÍA DOMÍNGUEZ, I, "Aporofobia: una investigación cualitativa al colectivo de personas sin hogar en Salamanca", Op. cit.

⁷² MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a.I, y MENDOZA CALDERÓN, S, *Teorías de la Criminalidad*, Op. cit, p. 127.

etiquetas impuestas por la sociedad, y más específicamente por los poderosos y las clases sociales dominantes, las que los definen como tales. Esta acción tiene consecuencias para ambos sujetos, a pesar de que centrándonos en el etiquetado se está reforzando el comportamiento desviado, lo que puede determinar el inicio o la continuación de una carrera delictiva, produciéndose la interiorización de dicha etiqueta y finalmente la aceptación del estatus social de desviado⁷³, desembocando dicho proceso en la exclusión del sujeto.

En consecuencia, la asignación de la etiqueta supondrá la "criminalización" del grupo social, por lo que asistiríamos a una dinámica de sospecha y vigilancia constante ante la expectativa de que realizará comportamientos antisociales y delictivos⁷⁴, por ejemplo, como se produce con el colectivo de personas en situación de sinhogarismo.

Por lo tanto, podemos observar como las personas en condición de sinhogarismo, en muchas ocasiones, deben soportar las etiquetas impuestas y el estigma de desviado asignado por la sociedad.

Este nuevo escenario, en el cual el colectivo de personas en situación de sinhogarismo es tratado como un grupo productor de riesgos, ha tenido como consecuencia la exigencia de la sociedad al Estado la adopción de medidas contra estos sujetos. Por lo tanto, están siendo afectados por un control operado a través de distintas instituciones⁷⁵, ya que en la actualidad asistimos a un sentimiento generalizado de inseguridad ciudadana lo que ha provocado una respuesta penal contra los sujetos que no se encuentran incluidos en la sociedad.

De manera análoga, con base a la situación descrita previamente, las políticas sociales han sido desplazadas por políticas criminales que han promovido una mayor represión y un aumento de las tasas de criminalidad relacionadas con la marginación y la exclusión social.⁷⁶, cuya consecuencia ha sido un mayor desprecio y rechazo de los peor situados económicamente:⁷⁷ las personas sin hogar que son la forma más extrema de exclusión social.⁷⁸

⁷³ BUIL GIL, D, "¿Qué es la criminología? Una aproximación a su ontología, función y desarrollo" en *Derecho y Cambio Social*, 2016, p. 32

⁷⁴ GIL VILLA, F, *Introducción a las teorías criminológicas, por qué rompemos con la norma*, Op. cit, p. 136.

⁷⁵ VENERO, M. "El nuevo paradigma de la exclusión social para el conocimiento criminológico", Op. cit, p. 154-155.

⁷⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L, *Política Criminal*, Cólex, 2001, p. 65

⁷⁷ CORTINA, A, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Op. cit, p. 43.

⁷⁸ OBSERVATORIO HATENTO. Muchas preguntas, algunas respuestas. [en línea], 2015, p. 9 <http://hatento.org/wp-content/uploads/2014/10/informe-diagnostico.pdf>

1.2. Las bases ideológicas del Derecho penal de la aporofobia: funcionalismo radical, actuarialismo penal y punitivismo.

El contexto en el cual deben ser encuadradas las ideologías que voy a desarrollar a continuación es la sociedad del riesgo, que ha sido producida por factores como: el tránsito del modelo económico (postfordismo, precarización laboral...), el declive del Estado de Bienestar (privatización de servicios), la crisis de la familia como elemento tradicional de control social, la priorización del individualismo, la degradación del medio ambiente o el aumento del colectivo de exclusión social, los cuales han tenido como consecuencia una sensación de inseguridad social generalizada ante el delito.⁷⁹

Esta inseguridad ha producido efectos en el Derecho penal, cuestión que subsiguientemente será analizada, teniendo en cuenta que la percepción subjetiva no tiene porqué responder al contexto real de criminalidad, siendo en la actualidad desproporcionada con relación a los riesgos existentes.

No obstante, el resultado es el diseño de políticas criminales orientadas por la percepción subjetiva ciudadana y no por las condiciones objetivas de criminalidad, y por ende, el fracaso de estas ante los delitos cometidos.⁸⁰

1.2.1. Funcionalismo radical y Derecho penal del enemigo.

Comenzando con el funcionalismo, este se ha intensificado en el Derecho penal en los últimos años, dotándole de importancia al contexto social y a la prevención frente a la mera retribución, retomando en cierta medida un Derecho penal del autor.⁸¹ Una de las variaciones de esta corriente ha sido el funcionalismo radical de Jakobs, el cual se aparta de la tradición finalista entendiendo que los elementos de la teoría del delito son dependientes de los fines y funciones que cumple el Derecho penal en la sociedad.

Con base a esto, Jakobs erige un nuevo sistema de Derecho penal, que se encuadra en la prevención general positiva como mantenimiento o restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma⁸², cuya sanción

⁷⁹ BRANDARIZ GARCÍA, J.A, *Política criminal de la exclusión*, Op. cit, pp. 53-62

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 63-65.

⁸¹ PÉREZ PINZÓN, A. O. "El funcionalismo en la sociología actual" en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, (MONTEALEGRE LYNNET, coor), Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 123

⁸² PEÑARANDA RAMOS, E, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, M. "Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs" en *Colección de estudios n°15*, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 19.

permite el sostenimiento de las expectativas de la sociedad y del modelo de orientación social, debido a que el autor entiende la norma jurídico penal como una expectativa de conducta que ha sido generalizada a través de la institucionalización por el consenso. Por lo tanto, los ciudadanos se orientarán pensando que las normas se cumplirán pese a la infracción de la norma, es decir, con base al principio de confianza que opera en la organización normativa de la sociedad. Asimismo, la concepción de bien jurídico también difiere de la concepción finalista, ya que el autor nombrado lo concibe desde un concepto normativo como la vigencia de la norma, por lo que la aplicación de una pena al infractor que niegue las expectativas sociales⁸³ supondría la vigencia de dicha norma como modelo de contrato social y estabilización de las expectativas que han sido rechazadas.⁸⁴

Respecto a la delimitación de la culpabilidad con base a la función penal, tiene el efecto del paso de un *poder* a un *deber* con relación a las necesidades de prevención general, y por ende, a la necesidad de pena para el mantenimiento de las expectativas de la sociedad⁸⁵, que además constituye su fundamento.

Asimismo, el concepto de persona es una construcción que hace igual referencia a lo que espera la sociedad⁸⁶, aunque el resultado de la diversidad existente en la sociedad, la cual está en continuo aumento, es la inexistencia de un consenso de todas las personas, por lo que será necesario establecer principios comunes referidos a determinados roles. En consecuencia, el Derecho penal generará expectativas abstractas fundamentadas en los roles asignados a las personas presentándose de forma general o específica, pese a que el mínimo que debe cumplir es el de "persona" que respeta las normas jurídicas.⁸⁷

Prosiguiendo con el término "persona", la distinción de los dos grupos configurados por el Derecho penal del enemigo, que expondré a continuación,

⁸³ MONTEALEGRE LYNNET, E. "Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs" en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, (MONTEALEGRE LYNNET, coor), Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 23-26

⁸⁴ MONTEALEGRE LYNNET, E, y PERDOMO TORRES, J.F. "Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs" en *Cuadernos de Conferencias y artículos n° 37*, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 8-18

⁸⁵ MONTEALEGRE LYNNET, E. "Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs", Op. cit, pp. 26-28.

⁸⁶ JAKOBS, G, "Personalidad y exclusión en Derecho Penal", en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, (MONTEALEGRE LYNNET, coor.), Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 73-75

⁸⁷ MONTEALEGRE LYNNET, E, y PERDOMO TORRES, J.F. "Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs", Op. cit, pp. 18-21.

ha resuelto la discusión histórica sobre libertad y seguridad apostando por la segunda.⁸⁸

En primer lugar, estarían los incluidos, caracterizados por tener derechos y deberes concretos, así como una garantía cognitiva mínima necesaria para ser tratado como persona en el ámbito del derecho.⁸⁹ A estos sujetos se les aplicaría un Derecho penal del ciudadano, priorizando su libertad, debido a que su infracción no les desvincula de su condición y únicamente han dañado la vigencia de la norma, por lo que continúan siendo fieles al ordenamiento.⁹⁰

En contraposición a estos, los excluidos no poseen derechos ni tienen que cumplir deberes porque según su concepción no son personas ni ciudadanos, sino que son fuentes de peligro o enemigos del bien jurídico a los cuales se les niega su esfera privada⁹¹. Además, no prestar un mínimo de garantías cognitivas supondría la autoexclusión del individuo⁹², como por ejemplo, una persona reincidente en delitos graves que no muestre indicios de cambios en su comportamiento.

La categorización expuesta en el párrafo previo responde a la necesidad de una seguridad efectiva de la sociedad, por lo que serán configurados como individuos, los cuales en casos extremos deben ser combatidos con un Derecho penal del enemigo, debido a que han perdido todas las garantías cognitivas y son concebidos como potenciales delincuentes, y en consecuencia, como enemigos del sistema.⁹³

No obstante, Jakobs no sólo se centra en la parte especial del Derecho penal en cuanto a la consideración de enemigos, sino que también hace referencia a personas que no se dejan vincular con el estado ciudadano. Contra estos sujetos, el Derecho penal debe eliminar los beneficios que conlleva ser "persona",⁹⁴ adelantar las barreras punitivas, incrementar las penas y

⁸⁸ DEMETRIO CRESPO, E, "El Derecho Penal del enemigo darf nicht sein!*, sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho Penal del enemigo y la idea de seguridad" en *Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, (Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, coords), vol.1, Ibd, 2006, pp. 473-475

⁸⁹ JAKOBS, G, "Personalidad y exclusión en Derecho Penal", Op. cit, pp. 74-89

⁹⁰ GRACIA MARTÍN, L, *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo*, Idemsa, 2007, pp. 199-205.

⁹¹ AMBOS, K, "Derecho penal del enemigo" en *Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, (Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, coords), vol.1, Ibd, 2006, p. 132

⁹² JAKOBS, G, "Personalidad y exclusión en Derecho Penal", Op. cit, p. 90.

⁹³ *Ibidem*, pp. 85-86.

⁹⁴ DEMETRIO CRESPO, E, "El Derecho Penal del enemigo darf nicht sein!*, sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho Penal del enemigo y la idea de seguridad", Op. cit, p. 486

flexibilizar las garantías procesales.⁹⁵ En conclusión, estarían configurando un Derecho penal del enemigo⁹⁶ cuya regulación jurídica es la exclusión.⁹⁷

En cuanto a la definición de quienes son enemigos⁹⁸, Jakobs no sólo hace referencia a tipos concretos objetivos como una clasificación legal, sino que se acoge igualmente a criterios abstractos como la oposición al ordenamiento o la presumida incapacidad de comportarse conforme a la norma y a los valores del ordenamiento.

En consecuencia, ante la imposibilidad de discernir a los enemigos del sistema en el proceso penal debido a que se le estaría aplicando un Derecho penal del ciudadano a personas que no tienen dicho *status*, es necesario una atribución abstracta de la condición de enemigo y la creación de reglas de actuación para un Derecho penal del ciudadano que se diferencia de un Derecho penal del enemigo. De igual modo, tampoco se tendrá en cuenta para esta distinción el hecho realizado por el infractor debido a que Jakobs se rige por un Derecho penal del autor en el cual importan sus características. En síntesis, Jakobs defiende un concepto de enemigo eminentemente normativo en el cual la diferenciación descrita supone la base de su argumentación, pese a la aceptación de la dificultad de discernir entre estos sujetos.⁹⁹

Por lo tanto, las personas sin hogar podrían ser encuadrados en esta categoría por el rechazo del ordenamiento jurídico que se presume en ellos y la sensación de peligrosidad que originan en la sociedad.

Sin embargo, Jakobs asume los tipos ideales contruidos con base a las categorías Derecho penal del enemigo vs Derecho penal del ciudadano, por lo que es consciente de que en la realidad no aparecerán en estado puro, sino que a muchos de los sujetos deberán aplicarles elementos de ambos modelos penales.¹⁰⁰

⁹⁵ AMBOS, K, "Derecho penal del enemigo", Op. cit, pp. 133-135.

⁹⁶ GRACIA MARTÍN, L, *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo*, Op. cit, pp. 200-204

⁹⁷ Con relación a la exclusión, también se distinguen dos grupos siguiendo la concepción idealista-subjetivista de Fichte, en la cual la condena no afecta al contenido normativo de la sociedad, sino que altera la distribución de bienes; o la instrumental de Von Liszt que entiende que la pena es coercitiva y a los que no se pueden corregir se les debe aplicar la inoquización; JAKOBS, G, "Personalidad y exclusión en Derecho Penal", Op. cit, pp. 75-77

⁹⁸ La actual legislación penal española hace referencia a diversos enemigos, aunque entre ellos predomina el sujeto inmigrante y árabe por su categorización como terrorista. JAKOBS, G, y CANCIÓ, M, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, 2003, pp. 80-82.

⁹⁹ AMBOS, K, "Derecho penal del enemigo", Op. cit, pp. 135-138.

¹⁰⁰ GRACIA MARTÍN, L, *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo*, Op. cit, p. 199

En suma, con relación al modelo expuesto, una de las mayores críticas efectuadas a este planteamiento del Derecho penal del enemigo son las consecuencias de su aplicación práctica, ya que argumentan que Jakobs fijó la atención en la coherencia interna de su sistema sin tener en cuenta las repercusiones prácticas que supondría. En efecto, una de las secuelas de la distinción de excluidos/incluidos es la exclusión social de determinados grupos, como el colectivo de personas sin hogar, debido al aumento de la presión ejercida sobre ellos, por lo que no sólo tienen que luchar contra la marginalización o la pobreza, sino que a estas se le añade una categoría más. De igual modo, uno de los fundamentos de las penas sería la confirmación de los valores de la sociedad dominante.¹⁰¹

1.2.2. Actuarialismo penal y gerencialismo.

Continuando con el análisis de las ideologías que sustentan la aporofobia, es necesario retomar el debate producido a lo largo de la historia entre derechos y seguridad, el cual ha sido resuelto por las políticas punitivas priorizando en el segundo aspecto como expuse anteriormente, aunque en los últimos años teóricamente hayan prevalecido los derechos fundamentales. Estas políticas penales están creando modelos de seguridad que persiguen la eficacia, dejando al margen la racionalidad jurídica y contraviniendo derechos fundamentales,¹⁰² en consonancia con lo expuesto por el funcionalismo radical sobre el colectivo de enemigos como fuente de peligro que debe ser neutralizada.

Por lo tanto, la concepción que estudiaré será la teleología de gestión de riesgos que subyace a la aporofobia, debido a que ha sido adoptada en la política criminal española. Esta tesis, conocida como actuarialismo penal, se centra en la gestión del riesgo como criterio organizador de las políticas penales con el objetivo de combatir la sensación social de inseguridad y dar una idea de justicia.¹⁰³

Con relación a lo anterior, en la actualidad asistimos a un actuarialismo punitivo que utiliza la metodología estadística con dos fines diferenciados: la predicción del crimen, es decir, del riesgo criminal existente y la realización de evaluaciones para adoptar una determinada Política criminal. Una de las consecuencias de esta teleología es la visualización de la sociedad en

¹⁰¹ AMBOS, K, "Derecho penal del enemigo", Op. cit, pp.138-149.

¹⁰² BRANDARIZ GARCÍA, J.A. "La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas" en *InDret*, 2014, p. 4

¹⁰³ El actuarialismo se define como un conjunto de prácticas que presentan una base neoconservadora y un reclamo a los poderes públicos del refuerzo de la criminalidad. BRANDARIZ GARCÍA, J.A, *Política criminal de la exclusión*, Op. cit, p. 81

categorías y subpoblaciones en función del riesgo enfatizando en el principio de utilidad social.¹⁰⁴

No obstante, tenemos que entender el contexto de exclusión, en el cual nace el actuarialismo penal¹⁰⁵, como un ámbito que debe ser gestionado y no intervenido. La causa que subyace a rechazar dicha intervención en los grupos excluidos reside en la asunción realizada sobre su imposibilidad de integración en la sociedad, por lo que se deben minimizar los riesgos de estos grupos, al igual que establecía Jakobs con su Derecho Penal del enemigo. Por lo tanto, el efecto de su gestión es la responsabilización del excluido por su situación a través de la culpabilización individual¹⁰⁶, siendo las personas sin hogar un colectivo importante que la sufre a través de la ciudadanía, lo cual ha sido constatado en diferentes investigaciones con comentarios como: "*están en la calle porque quieren, algo habrán hecho mal en su vida para acabar así*"; "*lo que tienes que hacer es buscar un trabajo, vago, eso es lo que eres*"; "*lo que quieres es aprovecharte y que te mantengamos los demás*";¹⁰⁷ o "*el desgraciado este, póngase a trabajar y deje de pedir a la gente que está como tú*".

Asimismo, debemos tener en cuenta que la finalidad político criminal es la gestión de la exclusión social y de la criminalidad con los menores costes posibles, ya que en los últimos años los gastos del sistema punitivo y las políticas asistenciales han supuesto una creciente preocupación.

Los rasgos más básicos que caracterizan la lucha del sistema contra la exclusión social son: la excedencia, a través de la cual la exclusión se condiciona con la capacidad de consumo de los sujetos, y la movilidad, que refuerza la peligrosidad de los sujetos por su incapacidad de control que se trata de compensar a través del sistema penal. Por ende, las personas en condición de sinhogarismo se han convertido en un colectivo que debe ser gestionado a través del sistema penal debido a su incapacidad de consumo y la movilidad que les caracteriza e incide en un aumento de la percepción de la peligrosidad¹⁰⁸. Al mismo tiempo, debemos enfatizar en la sensación de inseguridad colectiva que debe ser combatida, la cual ha fomentado el aumento de punitivismo y el acentuamiento de la crisis resocializadora.¹⁰⁹

¹⁰⁴ RIVERA BEIRAS, I, "Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España" en *Revista Crítica Penal y Poder*, nº9, 2015, p. 106

¹⁰⁵ BRANDARIZ GARCÍA, J.A. "La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas", Op. cit.pp. 4-9

¹⁰⁶ BRANDARIZ GARCÍA, J.A, *Política criminal de la exclusión*, Op. cit, p. 40-82

¹⁰⁷ OBSERVATORIO HATENTO, "Muchas preguntas, Algunas respuestas", Op. cit, p. 33.

¹⁰⁸ BRANDARIZ GARCÍA, J.A, *Política criminal de la exclusión*, Op. cit, pp. 43-53

¹⁰⁹ BRANDARIZ GARCÍA, J.A. "La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas", Op. cit.pp. 4-9

No obstante, el actuarialismo penal debemos entenderlo en conjunto con el gerencialismo, que nos transporta a la tesis de la nueva gestión pública (o más conocida como New Public Management) consistente en una racionalidad liberal preocupada por los gastos públicos, que no dota de importancia a los derechos humanos, sino que atiende a la eficiencia, es decir, al logro de los objetivos de la administración. Por este motivo, la adopción de estas estrategias produce un modelo denominado performativo, el cual centra la atención en las acciones del sistema penal más que en las consecuencias positivas que obtienen, es decir, que se tiene más en cuenta el número de detenidos o de sentencias dictadas que la reducción de la tasa de criminalidad o el descenso de la tasa de reincidencia.¹¹⁰ En síntesis, se prioriza la eficiencia económica frente a la eficacia prevencionista en el funcionamiento del sistema penal actual.

Por lo tanto, las consecuencias de adoptar estos modelos son aún más graves frente a la ciudadanía y los medios de comunicación ya que permiten una evaluación más positiva de sistema penal, la justificación del aumento de recursos del punitivismo actual y el contento de la sociedad, a pesar de que lo que se está produciendo realmente es una mutación de la presentación del sistema de justicia penal, en la cual solo se observa una cara de la moneda, la más positiva, ocultando los hechos de verdadera lesividad que no están siendo combatidos. En resumen, la tesis de la nueva gestión pública ha influenciado el ámbito penal, policial, procesal y de ejecución de las penas.¹¹¹

Sin embargo, lo más importante para el presente estudio son las consecuencias producidas en los sujetos por el actuarialismo y el gerencialismo penal en la Política criminal centrada en la gestión de riesgos:¹¹²

Estos planteamientos, han contribuido a crear un sujeto de comunidad activo y no dependiente del sistema, con poder y capacidad de elección sobre su vida (modelo subjetivo denominado prudencialismo privado). Por lo tanto, se excluye totalmente a la persona que no tiene recursos ni capacidad de decisión sobre su vida que encaja a la perfección con el objeto de estudio. Asimismo, se pasa de un modelo reactivo al hecho delictivo a la predicción de riesgos para gestionarlos y minimizarlos, lo que enfatiza en la prevención a través de la vigilancia de los potenciales infractores¹¹³ entre los cuales destacan las personas sin hogar con base al modelo de comunidad que han creado.

¹¹⁰ BRANDARIZ GARCÍA, J.A, *Política criminal de la exclusión*, Op. cit, pp. 85-86.

¹¹¹ BRANDARIZ GARCÍA, J.A. "La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas", Op. cit. pp. 9-12.

¹¹² *Ibidem*, pp. 12-17.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 12-17.

Relacionado con lo explicado previamente, la coerción estatal pura adoptada por el Estado (sin la existencia de responsabilidad) con el objetivo de predecir riesgos se ha realizado con base a un perfil genérico en el cual los sujetos, especialmente los excluidos¹¹⁴, son tratados como fuente de peligro y en los cuales se mide su potencial desestabilizador. Por lo tanto, acuden a perfiles estadísticos de riesgo para el control de la peligrosidad, haciendo énfasis en los grupos que "necesitan" mayor atención a través de actuaciones masivas e indiscriminadas, y por ende, olvidando las características individuales de los sujetos en este ámbito¹¹⁵. No obstante, estos cálculos grupales de forma posterior son utilizados para expresar niveles de riesgo en infractores individuales, es decir, el *profiling* o elaboración de perfiles infractores. En definitiva, existe una doble vertiente ya que pese a centrar la atención en persona individuales para la respuesta punitiva el nivel de riesgo se mide por grupos.

De igual modo, las estadísticas son utilizadas para establecer medidas de neutralización del riesgo confiando en su capacidad predictiva, siendo las nuevas tecnologías un instrumento fundamental para el desarrollo de estas estrategias.¹¹⁶

Sin embargo, el Estado no debería acudir a cualquier técnica de control estatal, sino que tendría que limitar la aplicación de las medidas coercitivas expuestas a situaciones necesitadas de prevención de riesgos en la cuales la prohibición haya resultado ineficaz (habiendo demostrado esta última hipótesis). Por este motivo, la realización policial de redadas masivas contra determinados grupos de personas (por ejemplo, los top manta) no resultaría legítima con el modelo presentado debido a que deben ser resueltas bajo un procedimiento que determine ambas responsabilidades¹¹⁷.

Por lo tanto, la aplicación generalizada de las acciones expuestas tiene dos consecuencias importantes: en la actuación policial, por la influencia guiada por perfiles de infractores, y en la persecución judicial, a efectos de medidas cautelares e imposición de la pena. Asimismo, también condiciona la ejecución penitenciaria y post-penitenciaria con la creación de medidas de duración indeterminada, por ejemplo, la prisión permanente revisable y la

¹¹⁴ VENERO, M. "El nuevo paradigma de la exclusión social para el conocimiento criminológico", Op. cit, p. 154-155.

¹¹⁵ PAREDES CASTAÑÓN, J.A. *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo blanch, 2013, pp. 323-325.

¹¹⁶ RIVERA BEIRAS, I, "Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España", Op. cit, p. 106

¹¹⁷ PAREDES CASTAÑÓN, J.A. *La justificación de las leyes penales*, Op. cit, pp. 325-329.

libertad vigilada¹¹⁸. Igualmente, en la formación de los grupos en función del riesgo se tienen en cuenta variables sociales, demográficas y delictivas en aras a la aplicación de sanciones neutralizadores.

En consecuencia, podemos observar como el grupo de personas pobres, haciendo énfasis en las personas sin hogar, sobre las cuales recae una mayor marginalización, son un colectivo central en la elaboración de las políticas criminales punitivistas con el objetivo de criminalizarlos y marginalizarnos, es decir, aislarlos de la sociedad sin importar las repercusiones. Un ejemplo muy significativo ha sido retomar la pena de prisión para el top manta con la *LO 1/2015, de 30 de marzo*, que afecta principalmente a los inmigrantes negros los cuales realizan de forma habitual este tipo de venta ambulante.

Por ende, una idea importante que persiguen dichos planteamientos es mostrar a la sociedad que la delincuencia es únicamente cometida por unos grupos de infractores determinados¹¹⁹, entre los cuales destacan los pobres, así como otros colectivos marginados como pueden ser los inmigrantes.

No obstante, el actuarialismo ha influenciado otros ámbitos como el penitenciario con la aplicación de escalas (por ejemplo, el PCL-R de Hare) para la predicción de la peligrosidad de los sujetos, en convivencia con la finalidad reinsertadora atribuida a las penas con base al artículo 25.2 de la CE de 1978.¹²⁰ De igual modo, la Criminología actuarial ha analizado este fenómeno concluyendo que son las clases sociales más bajas las que están más afectadas, no sólo por su predominio en la población carcelaria, sino también por las políticas represivas aplicadas como una "solución" a las grandes cantidades de población excluida que representan un problema social.¹²¹

En conclusión, como podemos observar, el actuarialismo y el gerencialismo adoptados en la actualidad contravienen los principios más fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, como el principio de igualdad y no discriminación consagrado como un valor superior en el artículo 1 de la CE de 1978, sobre todo en el ámbito delictivo debido a que el control del riesgo se realiza en función de variables grupales. Por lo tanto, la adopción de estos modelos supone un serio perjuicio para los grupos más desaventajados que favorece su estigmatización y la ruptura con la sociedad.

¹¹⁸ BRANDARIZ GARCÍA, J.A. "La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas", Op. cit. pp. 14-17.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹²⁰ RIVERA BEIRAS, I, "Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España", Op. cit, pp. 115-120.

¹²¹ VENERO, M. "El nuevo paradigma de la exclusión social para el conocimiento criminológico", Op. cit, p. 155-157,

De esta manera, se defiende un modelo pre-delictual del control del delito contrario a la presunción de inocencia que debe regir en nuestro modelo punitivo. Además, favorecen el populismo punitivo existente en nuestra sociedad manipulando el volumen de la criminalidad y dando a conocer únicamente los autores de los delitos que le convienen, como se profundizará a continuación.

Sin embargo, estos modelos ya han sido criticados por muchos autores, aunque parece que debemos seguir mostrando una realidad que perjudica en gran medida a los sectores mayoritarios de la sociedad.

1.2.3. Punitivismo y expansión del Derecho Penal: especial mención al populismo punitivo.

En la actualidad, la globalización exige una lucha eficaz contra la criminalidad frente a la sensación social de inseguridad, por lo que asistimos a una expansión del ámbito penal¹²² y del punitivismo, definido este último como un endurecimiento de la respuesta penal sin motivación racional, los cuales se han plasmado en las reformas llevadas a cabo del Código Penal Español en los últimos años.

El inicio del Derecho penal máximo en el ordenamiento jurídico español comenzó con las reformas penales del año 2003, influenciadas bajo el "pacto de justicia", destinadas las dos primeras a la neutralización del individuo:¹²³

La primera fue la *LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas* que supuso un endurecimiento dirigido principalmente a los delitos graves, la restricción de beneficios penitenciarios, y una reducción de la prevención especial positiva, siendo algunas de las medidas adoptadas: la agravación de los supuestos de reincidencia o el aumento del límite máximo de prisión de 30 a 40 años para los concursos reales de delitos como elemento mediático y populista.

No obstante, por mi objeto de estudio es de mayor interés la *LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* la cual centra su atención en la denominada "delincuencia profesionalizada", que hace referencia a los delitos leves cometidos de forma reiterada continuando la tendencia represiva, y un Derecho Penal del autor, en los cuales se penaliza a los sectores marginados. Algunos ejemplos son: medidas para penalizar la habitualidad considerándolas delitos cuando se cometan cuatro veces en un

¹²² SILVA SÁNCHEZ, J.M, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001, pp. 83-81.

¹²³ BRANDARIZ GARCÍA, J.A, *Política criminal de la exclusión*, Op. cit, p. 98

año (como por ejemplo, el hurto o las lesiones) ¹²⁴, la introducción de la agravante cualificada de multirreincidencia o la imposición de penas de prisión a los responsables de una tercera falta pese a que no sea grave, adoptando la técnica denominada "three strikes and you are out". Esta técnica, enmarcada en la estrategia de *tolerancia cero*, defiende que la forma más eficaz para acabar con los delitos es la persecución de los comportamientos delictivos más leves lo que se traduce en una criminalización de la pobreza que sigue una tendencia creciente en nuestro país como expondré más adelante.¹²⁵

Por último, la *LO 15/2003, de 25 de noviembre*, en la cual se continúa la ampliación en este ámbito con reformas como la disminución del límite mínimo de prisión a tres meses o el castigo de la mera tenencia de pornografía para uso personal, a pesar de que es el primer ejemplo el que repercute directamente en los sectores más desfavorecidos debido a que habitualmente cometen delitos tipificados con penas de privativas de libertad de corta duración lo que facilitará su entrada en un centro penitenciario con el efecto estigmatizante que conlleva en su persona.

En los años siguientes, las reformas continuaron el punitivismo creciente en materias como: violencia de género (*LO 1/2004, de 28 de diciembre*), seguridad vial (*LO 15/2007, de 30 noviembre*), libertad vigilada e introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (*LO 5/10, de 22 de junio*), las cuales finalizaron con la *LO 1/15, de 30 de marzo*, por la que se modifica la *LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, que reintroduce la prisión permanente revisable y la pena de prisión del artículo 274.3 del CP de 1995 permitiendo penalizar al eslabón más débil del top manta.

En consecuencia, podemos observar cómo se han plasmado las políticas criminales punitivistas en las reformas penales con la adopción de un Derecho Penal simbólico, del enemigo y del riesgo con una renuncia cada vez mayor a la resocialización del individuo reemplazada por la intimidación de las penas y la prevención especial negativa como explicaré a continuación.

Comenzando con el Derecho Penal simbólico, este un rasgo presente en el Derecho penal español debido a que su objetivo es combatir la sensación de inseguridad colectiva a través de los medios de comunicación principalmente (el cual está relacionado con el populismo punitivo que

¹²⁴ OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, UNIVERSIDAD DE BARCELONA, "El populismo punitivo: análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005)", en *Quaderns de Barcelona, ciutadania i Drets*, 2005, pp. 117-118.

¹²⁵ PÉREZ CEPEDA, A.I, "La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria" en *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, nº 82, 2010, pp. 276-278.

abordaré al final del capítulo). En este espacio, resulta relevante la teoría del etiquetaje que contribuye a la asignación de la categoría delictiva a determinadas personas, siendo los más afectados las personas más desfavorecidas¹²⁶. Por lo tanto, se está desplazando su potencial de prevención de delitos en aras a la creencia de seguridad ciudadana.¹²⁷ En la parte especial, podemos observar este simbolismo en tipos penales como el artículo 510 del CP español de incitación al odio, ampliados bajo la reforma de *LO 1/2015, de 30 de marzo*, aunque continúan sin otorgar una protección adecuada a las víctimas de la aporofobia.¹²⁸

No obstante, pese a sus efectos simbólicos, está produciendo consecuencia reales como el aumento del punitivismo, en el sentido de que las reformas penales tendrán incidencia en las estadísticas penales. Por ejemplo, la técnica de "three strikes and you are out"¹²⁹ producirá la exclusión de las personas que cometen delitos más leves, y en síntesis, repercutirá sobre el colectivo de personas sin hogar.

Con relación al Derecho penal simbólico, es necesario abordar el Derecho Penal del enemigo¹³⁰ que incide en la exclusión y el antigarantismo de los "enemigos" de nuestra sociedad¹³¹, el cual está caracterizado por: la anticipación de la punibilidad con la criminalización de los actos preparatorios de los hechos futuros, lo que supone una amenaza a los principios básicos y la adopción de una perspectiva prospectiva poniendo el énfasis en el hecho futuro, y por ende, rechazando la retrospectiva en la cual lo importante es el hecho cometido (como por ejemplo, el artículo 510.1 que anticipa la punibilidad en su letra *a*) al tipificar incitaciones directas e indirectas al odio); la desproporcionalidad de las penas, que se manifiesta con la misma penalización de los actos preparatorios y de los consumados sin la rebaja de la pena correspondiente por anticipar la barrera¹³² (sirviendo el mismo ejemplo del artículo 510.1 en su letra *b*) que establece la misma pena para la producción de material idóneo para fomentar el odio que la mera posesión) y

¹²⁶ Esta teoría está más desarrollada al inicio del presente capítulo.

¹²⁷ JAKOBS, G, y CANCIÓ, M, *Derecho Penal del enemigo*, Aranzadi S.A, 2006, pp. 95-98.

¹²⁸ La aporofobia es una categoría encuadrada en los delitos de odio aunque en nuestra legislación penal no se haya incluido. Por este motivo, en el siguiente capítulo se realizará un análisis profundo sobre la ausencia de una tipificación penal que proteja de forma adecuada a las víctimas de aporofobia.

¹²⁹ JAKOBS, G y CANCIÓ, M, *Derecho Penal del enemigo*, Op. cit, pp. 108-110.

¹³⁰ En este apartado se retoma el Derecho Penal del enemigo que fue abordado en el funcionalismo radical al inicio del capítulo debido a que forma parte del punitivismo actual adoptado en nuestra legislación.

¹³¹ SANZ MULAS, N, *Política Criminal*, Op. cit, pp. 74-81

¹³² JAKOBS, G, y CANCIÓ, M, *Derecho Penal del enemigo*, Op. cit, pp. 110-114

por último, por la restricción y/o flexibilización de garantías y derechos procesales.¹³³

Por lo tanto, el efecto del planteamiento expuesto es combatir al enemigo a través de leyes penales de la exclusión haciendo énfasis en el autor.¹³⁴ El problema que subyace a este Derecho penal es que se produce la autoexclusión de la persona en aras a la seguridad de los grupos, pero la percepción de los riesgos es una construcción social, por lo que no tiene porqué corresponderse con la realidad. En efecto, el Derecho penal de enemigo reacciona frente a fenómenos que no tienen el potencial lesivo que se predica de ellos (por ejemplo, el top manta), pero lo que si le importa son los elementos de vulnerabilidad en la identidad social. Por este motivo, debería rechazarse la excepcionalidad, afirmando la normalidad de tales comportamiento, y reaccionando conforme a las reglas generales de nuestro Derecho penal sin provocar la autoexclusión de estos grupos. Por lo tanto, la función actual de la pena, haciendo referencia a lo expuesto, está siendo el mantenimiento de la sociedad excluyente¹³⁵.

Para finalizar, nuestro Derecho penal también está caracterizado por ser un Derecho penal del riesgo que tiene como finalidad la seguridad, por lo que se dirige hacia la prevención general positiva, la cual se concentra en gestionar los riesgos que ella misma produce y acentúa el afán criminalizador a través de dos estrategias principalmente: la administrativización del Derecho penal y la *tolerancia cero*, aunque sólo profundizaré en la segunda:¹³⁶

El desarrollo de las políticas de seguridad ciudadana, nacidas en Whashington y Nueva York en los años ochenta, aunque más popularizadas en los noventa, persiguieron el lema de la *tolerancia cero* con políticas altamente represivas hacia diversos colectivos, entre los cuales se situaban las personas sin hogar¹³⁷. Su desarrollo produjo el aumento de la represión policial, a través de diferentes teorías, la cual desplazó los problemas existentes en la sociedad a los marginados¹³⁸, siendo uno de sus resultados materiales la política "three strikes and you are out" mencionada anteriormente.

No obstante, una de las teorías más importante fue la *teoría de las ventanas rotas* (o también denominada "broken windows"), formulada por

¹³³ GRACIA MARTÍN, L, *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo*, Op. cit, pp. 199-205.

¹³⁴ GÜNTHER, J, y CANCIÓ, M, *Derecho Penal del enemigo*, Op. cit, pp. 122-128

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 129-150

¹³⁶ SANZ MULAS, N, *Política Criminal*, Op. cit, pp. 77-79.

¹³⁷ TIJOUZ, M.E, "Cárceles para la tolerancia cero: clausura de pobres y seguridad de ciudadanos" en *Última Década*, nº 16, 2002, pp. 181-184.

¹³⁸ VENERO, M. "El nuevo paradigma de la exclusión social para el conocimiento criminológico", Op. cit, p. 153.

Wilson y Kelling, y desarrollada en la estrategia de Política criminal "modelo Giuliani"¹³⁹. Esta tesis relacionó el crimen con el desorden urbano proponiendo que pequeñas conductas antisociales o desviadas, como mendigar o beber alcohol en la vía pública, es decir, conductas realizadas reiteradamente por las personas en situación de sinhogarismo, desembocarían en conductas delictivas más graves, por lo que plantea la detención de los delincuentes de forma previa a la comisión de delitos que afecten a bienes jurídicos trascendentales. Por lo tanto, enfatizaba que la represión policial debe concentrarse en la delincuencia más leve¹⁴⁰.

En síntesis, las políticas de seguridad ciudadana defendían que los grupos más intervenidos en el ámbito punitivo debían ser los más desfavorecidos, entre los cuales se incluyen las personas sin hogar.¹⁴¹

Continuando con el análisis de la Política criminal, es necesario tener en cuenta las tensiones existentes entre las necesidades de la sociedad, la voluntad popular y la racionalidad político criminal ya que la legitimidad de las normas está influenciada por estos criterios. En la actualidad, mientras el penalista está exponiendo argumentos críticos por las normas adoptados, junto a la Criminología que acepta o rechaza diferentes reformas, el punitivismo continúa en auge bajo la argumentación de los diputados de que la opinión pública los avala.¹⁴²

Por lo tanto, las políticas criminales punitivistas persisten, a pesar de que subyacen a intereses ideológicos y carecen de racionalidad, debido a que constituyen una estrategia para gobernar. Por este motivo, en ocasiones son defendidas a través de la manipulación de datos empíricos, por ejemplo, focalizando la atención en tipologías delictivas con un alto número de delitos.

De igual modo, cómo ya se explicó al inicio del capítulo, la exclusión de las personas también responde a las relaciones de poder y dominación.¹⁴³ Por ende, la causa de la exclusión social no se haya en las políticas criminales punitivistas, sino que es más bien una consecuencia, es decir, un apoyo más a un sistema de gobierno establecido en el cual determinados grupos de población son los más perjudicados por la intervención estatal. Por ejemplo,

¹³⁹ PÉREZ CEPEDA, A.I, "La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria", Op. cit, p. 271.

¹⁴⁰ BUIL GIL, D, "¿Qué es la criminología? Una aproximación a su ontología, función y desarrollo" Op. cit, pp. 36-38

¹⁴¹ Díez Ripollés, J.L. "El abuso del sistema penal" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2017, pp. 5-8,

¹⁴² PAREDES CASTAÑÓN, J.M, "Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales", Op. cit, pp. 154-156

¹⁴³ Para mayor profundidad, acudir al inicio del capítulo donde se explicaron diversas teorías criminológicas que hacen referencia a las relaciones de poder y la desviación.

en el marco del capitalismo neoliberal el cual revela una expansión del sistema penal en aras a ejercer un control social de los más pobres a través de diferentes fuentes¹⁴⁴, como la regulación de la actividad económica.¹⁴⁵

Prosiguiendo con las tensiones existentes entre la voluntad popular y la adopción de las políticas, la Criminología nos muestra que una Política criminal efectiva dista en gran medida de los discursos políticos que dominan la opinión pública. El problema se produce cuando los discursos punitivistas quieren ser aplicados al contexto actual, como puede ser el aumento de la pena en determinados delitos, debido a que encuentran limitaciones en la realidad que no pueden ser salvadas. Sin embargo, pese a la falta de eficacia y la inaplicación en muchos ocasiones, existe una influencia en la sociedad que no debemos desatender¹⁴⁶, es decir, la construcción social que realizan los medios de comunicación habitualmente tiene efectos importantes en la ciudadanía debido a que estamos inmersos en la sociedad de la información.

Con relación a la pobreza, los mecanismos por los cuales estos la reafirman son cuatro: la invisibilización de los sujetos en situación de pobreza; la individualización de su problemática, ignorando el entorno social y el contexto político-económico en la cual se encuadran; la estigmatización a través de etiquetas, como por ejemplo de vagos o parásitos mencionadas al inicio del presente capítulo; y por último, la conversión en espectáculo de sus sufrimientos, los cuales producen efectos perjudiciales por la creación de estereotipos.¹⁴⁷

Igualmente, a través de estos medios, han distorsionado los pensamientos frente al delito, abogando por una mayor seguridad, con el objetivo de conseguir un mayor rédito a través de la dramatización. Asimismo, la forma de exposición centrándose en el dolor de la víctima y sus familiares, olvidando el punto de vista del infractor, enfatizando en la permisividad del sistema penal y concentrando la delincuencia de los sectores marginalizados o los crímenes más graves contribuye a la creación de estereotipos criminales y alarma social ante el delito. Esta dinámica expuesta es uno de los motivos por los cuales las políticas punitivas enfatizan en la sensación social de inseguridad. Aunque también, los actores públicos que participan en las

¹⁴⁴ KILDUFF, F, "O controle da pobreza operado a través do sistema penal" en *Katál.Florianópolis*, nº2, 2010, pp. 247.

¹⁴⁵ PAREDES CASTAÑÓN, J.M, "Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales" Op. cit, pp. 161-164.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 165-166.

¹⁴⁷ MALDONADO, M.A, "La pobreza en los medios de comunicación" en *Más poder local*, nº30, 2017, pp. 53-55

políticas de seguridad producen dañosidad al continuar el centro de atención en la inseguridad subjetiva al delito guiados por el beneficio electoral.¹⁴⁸

La dinámica a la cual se está haciendo referencia es la doctrina criminológica del populismo punitivo¹⁴⁹ el cual persigue el rédito político a través de políticas criminales punitivistas. Por este motivo, el debate político está caracterizado por utilizar la criminalización como el único criterio político criminal, debido a que han descubierto que las reformas penales les hacen conseguir votos. Además, cada vez existe una mayor demanda de punitivismo ante la criminalidad¹⁵⁰, relacionada en muchas ocasiones con casos mediáticos, ya que por todo es sabido que numerosas reformas penales corresponden a casos concretos.¹⁵¹ Por lo tanto, si continuamos con esta tendencia, el punitivismo no dejará de aumentar.

En cuanto al objeto de estudio, el discurso político-criminal punitivista actual hace énfasis en el delito callejero y violento, y en el delincuente que no pertenece a la comunidad, por lo que son características que concurren en la mayoría de la población sin hogarismo.¹⁵²

En consecuencia, por todo lo expuesto, es necesario combatirla expansión del Derecho penal, la tendencia punitivista adoptada en nuestra legislación y el populismo punitivo, especialmente en los sectores más desfavorecidos.

Asimismo, si acudimos a las estadísticas oficiales podemos observar como la inseguridad social a la cual hacen referencia las ideologías analizadas no se corresponde con un aumento de la criminalidad¹⁵³, de hecho, España es

¹⁴⁸ BRANDARIZ GARCÍA, J.A, *Política criminal de la exclusión*, Op. cit, pp. 65-77

¹⁴⁹ Anthony Bottoms acuñó este término en los años 1995 en su obra *The Philosophy and politics of punishment and sentencing*; ANTÓN MELLÓN, J, ÁLVAREZ JIMÉNEZ, G, y PÉREZ ROTHSTEIN, P.A, "Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión" en *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 9, 2015, p. 48

¹⁵⁰ GÜNTHER, J, y CANCIÓ, M, *Derecho Penal del enemigo*, Op. cit, pp.100-103

¹⁵¹ Un ejemplo fue la introducción de la prisión permanente revisable en el ordenamiento jurídico español, la cual fue aprobada por la mayoría absoluta del partido popular (gobierno actual en los años descritos) y respondió a los casos mediáticos de Mari Luz Cortés y Marta del Castillo, según argumentó el partido mencionado. ANTÓN-MELLÓN, J, ÁLVAREZ, G, Y ROTHSTEIN, P.A, "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas" en *Revista Española de Ciencia Política*, nº 43, 2017, pp. 16-17.

¹⁵² PAREDES CASTAÑÓN, J.M, "Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales" Op. cit, pp. 166-168.

¹⁵³ Una investigación realizada en los años 2002 y 2003 sobre la realidad criminal española mostró como la evolución de la percepción de seguridad ciudadana, a diferencia de la criminalidad que posee cierta estabilidad, sigue un patrón irregular. De igual modo, en este estudio descubrieron la existencia de una fuerte correlación entre la preocupación de los ciudadanos por la seguridad ciudadana y la presentación mediática de la criminalidad, por

un país con una tasa de criminalidad por mil habitantes ¹⁵⁴que ha disminuido del 50 desde el 2009 hasta el 2018 (último año del cual existen datos) situándose por debajo de las 45 infracciones por mil habitantes¹⁵⁵. Esta tendencia a la baja ocurre de igual modo en la tasa de homicidios ¹⁵⁶(que es considerado el crimen más grave en un país de forma general por atentar contra el bien jurídico vida) situándose en 0,71 en el año 2017. Inclusive, en comparación con la Unión Europea, se puede observar que somos uno de los países con la tasa más baja de homicidios intencionados, obteniendo el cuarto puesto de países con una tasa menos elevada, y además, situándose esta por debajo de 1, según un estudio realizado por el Eurostat en el año 2016.¹⁵⁷Por ende, las reformas penales están operando sobre una creencia errónea otorgada por los discursos mediáticos que sobrerrepresentan la criminalidad existente y modifican la percepción de seguridad ciudadana. En consecuencia, no están luchando contra los problemas reales de la criminalidad.

Prosiguiendo con la temática abordada, es necesario que cese la selectividad policial, judicial y penitenciaria que contribuye a que determinados grupos sean más fácilmente encarcelados, como es el colectivo de las personas sin hogar, debido a que en la explicación de la comisión de los delitos por los grupos marginando intervienen no sólo decisiones individuales, sino causas estructurales de igual modo.¹⁵⁸

No obstante, también es obligatorio combatir el populismo punitivo cuyo objetivo es desviar la atención de los verdaderas problemas existentes hacia otros problemas más simples (inexistentes o menores), haciendo un régimen representativo más elitista y silenciando las voces de los marginados, ya que los políticos insisten en mantener la agenda pública con mucha

lo que pese a no crecer la criminalidad, la inseguridad ciudadana permanece en la sociedad, como he expuesto en el presente capítulo. BOTELLA CORRAL, J, y PERES-NETO, L, "La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España" en *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España* (GARCÍA ARÁN Y BOTELLA CORRAL, dirs), Tirant lo blanch, 2008, pp. 56-59.

¹⁵⁴ Esta tasa mide el número de infracciones penales por mil habitantes.

¹⁵⁵ MINISTERIO DE INTERIOR, "Balance de criminalidad del primer trimestre de 2018" [en línea], Recuperado de: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/8736612 [Consultado el 28 de marzo de 2019]

¹⁵⁶ La tasa de homicidios hace referencia al número de homicidios y asesinatos consumados obtenidos del Ministerio del Interior por 100.000 habitantes.

¹⁵⁷ EUROSTAT, "Intentional homicides, 2016" [en línea]. Recuperado de: [https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=File:Intentional_homicides,_2016_\(p_olice-recorded_offences_per_100_000_inhabitants\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=File:Intentional_homicides,_2016_(p_olice-recorded_offences_per_100_000_inhabitants).png). (Consultado el 28 de marzo de 2018).

¹⁵⁸ PAREDES CASTAÑÓN, J.M, "Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales" Op. cit, pp. 167-169.

información sobre actividades delictivas en aras a obtener beneficios electorales y justificar las políticas criminales punitivistas adoptadas.¹⁵⁹ Por ello, es necesario empoderar a las personas más afectadas por estas políticas, entre las cuales se encuentra el colectivo objeto de estudio, retomando la racionalidad en la Política criminal y persiguiendo una democracia real e inclusiva para todos los ciudadanos.¹⁶⁰

Con el objetivo de cumplir lo expuesto anteriormente, una de las medidas que debemos adoptar para erradicar el discurso criminal punitivista es dar voz y poder a los profesionales, siendo la figura del criminólogo imprescindible por el análisis que nos presenta de la realidad social independiente de los grupos de interés como son los partidos políticos. Por ende, son estos expertos, quienes, con la ayuda de especialistas en otros campos, deben dotar de racionalidad y de una metodología adecuada a la toma de decisiones.¹⁶¹

En síntesis, las ideologías a las cuales se ha hecho mención en el trabajo se corresponden con un modelo aporóforo que no es compatible con las exigencias constitucionales del Estado social y democrático de derecho consagrado en la CE de 1978, por lo que en el siguiente capítulo continuaré con el estudio de la realidad social aporófoba en España, profundizando en la victimización que sufren las personas sin hogar por su condición y en las leyes penales que, no sólo criminalizan a este colectivo, sino que tampoco les protegen de forma adecuada en su condición de víctimas.

¹⁵⁹ BOTELLA CORRAL, J, y PERES-NETO, L, "La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España" Op. cit, p. 61.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 178-183.

¹⁶¹ PAREDES CASTAÑÓN, J.M, "Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales" Op. cit, pp. 183-192.

SEGUNDO CAPÍTULO

VICTIMIZACIÓN APORÓFOBA Y LEYES PENALES

2.1. Las víctimas de aporofobia: estudio estadístico desde una perspectiva penal

La victimización de las personas sin hogar por razón aporófoba es un fenómeno del cual existe escasa información¹⁶² a causa de que su estudio comenzó recientemente. No obstante, considero que analizar los datos existentes sobre esta temática me permitirá presentar una radiografía aproximada de las víctimas de aporofobia en la sociedad española, y por ende, estudiar la legislación penal española de forma más completa ya que es sabido por todos que la ley penal debe adecuarse a la realidad social en la cual está inmersa.

En la actualidad, en el territorio nacional sólo algunas investigaciones con muestras significativas responden a mi objeto de estudio central como el Ministerio del Interior, el Observatorio Hatento, siendo este el que más profundiza en esta problemática, y algunos recuentos realizados en la ciudad de Madrid.

Comenzando con el Ministerio del Interior, este contabiliza los ataques aporófobos debido a que realiza investigaciones sobre los delitos de odio desde el año 2013. No obstante, existen limitaciones en el ámbito aporóforo: sólo establece de manera específica las categorías sexo y autoría para este colectivo, existen dificultades en la identificación de las víctimas y no todos los ataques constituyen delitos. Por estos motivos, los presentaré brevemente a continuación.

¹⁶² Sin embargo, si no se tiene en cuenta la motivación aporófoba, el INE realizó estudios sobre la victimización de las personas sin hogar en los años 2005 y 2012.

Comenzando con el año 2005, existieron víctimas de insultos y amenazas en un 41,9%, de robos en un 40,3% y de agresiones sexuales en un 3,5%, siendo las mujeres victimizadas en un 12,8% frente a los hombres que sólo lo fueron en un 1,5% en la última categoría mencionada. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta sobre las personas sin hogar", Op. cit, p. 5.

Asimismo, en el año 2012 se repitió el estudio constatando que el 51% había sido victimizada, destacando los robos en un 61,8% y las agresiones con un 40,8%, aunque en los insultos, timos y delitos sexuales observamos que las mujeres han sido más victimizadas que los hombres, sobre todo, en el ámbito nombrado al final con un 24,2% en las mujeres frente a un 1,5% en los hombres. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta a las personas sin hogar, avance de resultados, 2012" Op. cit, pp. 9-11.

En el primer año, sólo contabilizaron 4 ataques aporófobos sin mostrar las diferencias por género.¹⁶³ No obstante, en los años siguientes aumentó la cifra con 11 en 2014, siendo las víctimas 7 hombres frente a 3 mujeres,¹⁶⁴ y 17 en el año 2015, con un predominio masculino de 11 respecto a 5.¹⁶⁵ Continuando con el análisis, en el año 2016 disminuyeron los ataques sufridos a 10, con unanimidad de víctimas varones,¹⁶⁶ aunque presentaron un ligero aumento a 11 casos en el año 2017, con la mayoría de víctimas hombres, que fue el publicado más recientemente.¹⁶⁷ Esta evolución está presentada gráficamente para mayor claridad:

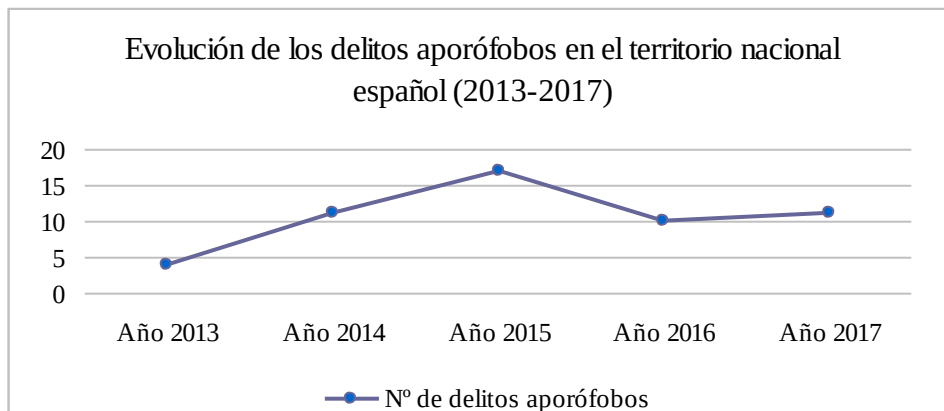


Gráfico nº 2, elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.¹⁶⁸

¹⁶³ MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España" [en línea] 2013, p. 7. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+sobre+los+delitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a+a+2013.pdf/6f10f526-80f7-47a0-911b-d27c61c6cf40>

¹⁶⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España" [en línea] 2014, p. 11. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+2014+sobre+la+evoluci%C3%B3n+de+los+delitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a/b6c6026e-8b04-4f45-b513-e79551be411f7>

¹⁶⁵ MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España" [en línea] 2015, p. 12. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/DELITOS+DE+ODIO+2015/c7caf071df8b-4309-ade6-1936032b850e>

¹⁶⁶ MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España" [en línea] 2016, p. 13. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+2016+delitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a/6746b021-9197-48a0-833b-12067eb89778>

¹⁶⁷ MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España" [en línea] 2017, p. 11. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2017+v3.pdf/5d9f1996-87ee-4e30-bff4-e2c68fade874>

¹⁶⁸ MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informes sobre la evolución de los delitos de odio en España" [en línea]. Años: 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas>

Para ultimar las cifras presentadas por el Ministerio del Interior, me gustaría destacar la acentuada victimización de las mujeres por agresiones sexuales en los delitos de odio y el predominio de agresores aporófbos varones en todos los años presentados, constituyéndose un total de 25 frente a 3 mujeres.

Prosiguiendo con los delitos sufridos por el colectivo objeto de estudio, el Observatorio Hatento obtuvo una tasa de victimización aporófoba de un 47,1% (abarcando tanto delitos como incidentes de odio), hallando que dentro de este grupo un porcentaje superior al 80% había sido víctima más de una vez, siendo la frecuencia más numerosa *más de cinco veces*¹⁶⁹.

Con relación al tipo de victimización: destacaron los insultos y el trato vejatorio con el trato discriminatorio, situándose en una frecuencia media la agresión física, el acoso, la intimidación, y los daños y/o robos a sus pertenencias, y por último, la tasa más baja la obtuvieron los timos y las agresiones sexuales,¹⁷⁰ como se muestra a continuación:

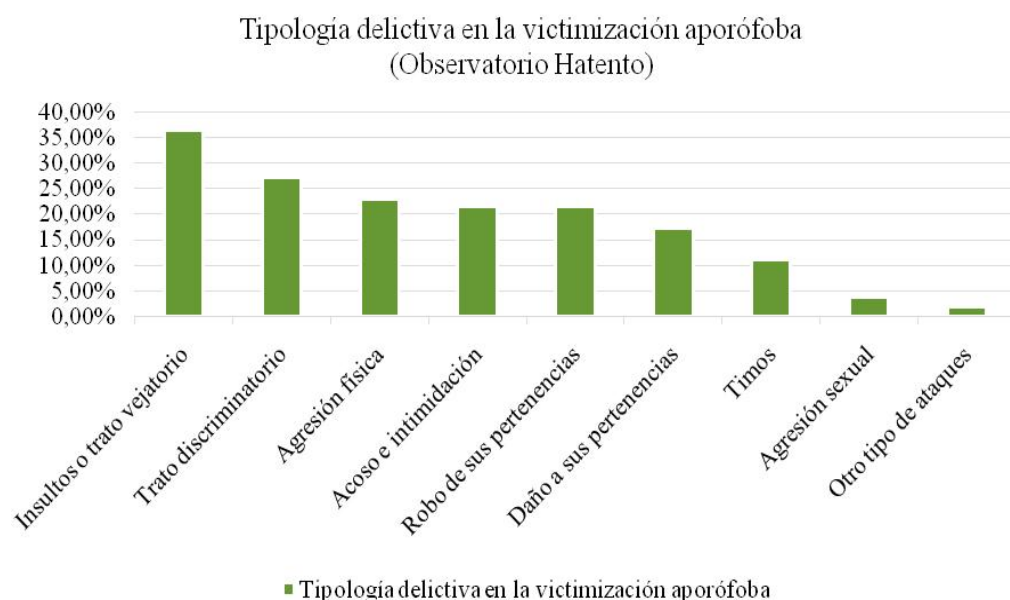


Gráfico nº 3, elaboración propia a partir de los datos del Observatorio Hatento.¹⁷¹

En cuanto al recuento de personas sin hogar realizado en Madrid en el año 2016, se obtiene una tasa de victimización del 58,7% con robos, agresiones y/o violaciones los cuales aumentaron respecto de estudios

¹⁶⁹ OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", Op. cit, pp. 34-35.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 34-35.

anteriores (sin realizar distinciones en las tipologías de delitos o en el género).¹⁷²

Asimismo, la investigación que realicé en Salamanca también responde a mi objeto de estudio en el cual obtuve la tasa de victimización más elevada con un 75% en el año 2018, a pesar de que se debe tener en cuenta que la muestra fue minoritaria¹⁷³.

En consecuencia, como se ha podido observar, existen un contraste significativo entre las estadísticas recogidas por las fuentes oficiales (por ejemplo, el INE recogió 17 delitos aporófobos en todo el territorio nacional en el año 2015¹⁷⁴) y otras investigaciones como la realizada por el Observatorio Hatento (el cual recogió 114 víctimas en el año 2015 estudiando sólo las ciudades de Barcelona, Bilbao, Madrid y Sevilla¹⁷⁵) debido a que el fenómeno de la infradenuncia es muy acentuado, como se puede observar en el gráfico representado:



Gráfico nº 4, elaboración propia con base a los datos del Ministerio del Interior¹⁷⁶ y del Observatorio Hatento.¹⁷⁷

¹⁷² MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE ESPAÑA, "Estrategia nacional integral para personas sin hogar, 2015-2020", Op. cit, pp. 58-59.

¹⁷³ En la investigación realizada en Salamanca en el año 2018 mi muestra se compuso por 8 varones debido a que la extensión del trabajo no me permitió acceder a un número más elevado. Por lo tanto, los datos presentados en el desarrollo del trabajo no son extrapolables a la población nacional y deben tomarse en cuenta de acuerdo a las limitaciones expuestas. GARCÍA DOMÍNGUEZ, I, "Aporofobia: una investigación cualitativa al colectivo de personas sin hogar en Salamanca", Op. cit.

¹⁷⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España", Op. cit, p. 12

¹⁷⁵ OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", Op. cit, p. 29.

¹⁷⁶ MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España", Op. cit, p. 12

La problemática mencionada previamente ha sido manifestada por: el recuento de personas sin hogar en Madrid en el año 2016, en la cual menos de la mitad interpusieron denuncias¹⁷⁸, la investigación llevada a cabo por el Observatorio Hatento con 15 denuncias sobre un total de 114¹⁷⁹, o incluso en la realizada en Salamanca en el año 2018 con la denuncia de una persona cuyo único objetivo era la obtención de la receta de su medicación que le habían robado junto a su mochila.¹⁸⁰

En definitiva, no debemos olvidar que el fenómeno de la infradenuncia es muy acusado en los delitos aporófobos por lo que se configura como una problemática más que debemos combatir con el objetivo de otorgar una respuesta penal eficaz y reparar el daño producido a las víctimas de estos acontecimientos.

A nivel europeo, el organismo más importante con relación a los delitos de odio, en los cuales se sitúa la aporofobia, es la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) que no los contabiliza en su informe anual del año 2017, por lo que este ámbito debe ser desarrollado para poder estudiar la tipología delictiva aporofóbica que sufren las personas sin hogar en el contexto europeo.

Prosiguiendo con el ámbito nacional, podríamos suponer que los delitos aporófobos afectan en mayor medida a los hombres si tenemos en cuenta los datos obtenidos por el Ministerio del Interior en los años 2014 y 2017, en los cuales existieron un total de 29 víctimas varones frente a 20 mujeres, debido a que el número de víctimas masculinas es superior. Sin embargo, estas cifras deben ser interpretadas con relación al total anual de personas en condición de sinhogarismo en España durante los años descritos.

Por consiguiente, para facilitar la tarea de la comparación de los datos registrados, calculé la tasa de victimización de las estadísticas presentadas anteriormente, tomando como base el total de hechos aporófobos registrados en esos años que suponen un total de 49. El resultado de estas operaciones fue la obtención de una tasa femenina de un 40,81% frente a una masculina de 59,18%. Por lo tanto, se concluye, inicialmente, que los hombres han sufrido en mayor medida estos delitos con base a los resultados obtenidos.

No obstante, si tenemos en cuenta el contexto de estas personas a nivel nacional la visión puede variar, aunque debido a que el Ministerio del Interior

¹⁷⁷ OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", Op. cit, p. 29.

¹⁷⁸ MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE ESPAÑA, "Estrategia nacional integral para personas sin hogar, 2015-2020", Op. cit, pp. 58-59.

¹⁷⁹ OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", Op. cit, p. 69.

¹⁸⁰ GARCÍA DOMÍNGUEZ, I, "Aporofobia: una investigación cualitativa al colectivo de personas sin hogar en Salamanca", Op. cit.

no realizó estas mediciones en los años objeto de estudio utilizaré el efectuado en el año 2012 por el INE, quien presentó una tasa de sujetos sin hogar de 80,32% varones frente a un 19,67% de mujeres.¹⁸¹

En consecuencia, si tomamos como referencia el total de personas sin hogar constatado en 2012 por el INE, en el cual existió un porcentaje más elevado de hombres en situación de sinhogarismo, podemos deducir que las mujeres han sido afectadas en mayor medida que los varones (atendiendo a los resultados de los últimos años) ¹⁸²ya que pese a existir menos de un 20% de mujeres en el colectivo de sinhogarismo, estas fueron victimizadas en un 40,81% de las ocasiones, como se muestra en el siguiente gráfico:



Gráfico nº 5, elaboración propia con base a los datos obtenidos por el INE¹⁸³ y el Ministerio del Interior.¹⁸⁴

En síntesis, en las investigaciones analizadas se concluye que la incidencia de la aporofobia fue mayor en las mujeres que en los hombres. Asimismo, en la encuesta realizada por el INE se observa un porcentaje mucho más elevado en las agresiones sexuales a mujeres frente a varones. Además, la categoría de *otros* supone casi la mitad de la representación por lo que se corrobora que es necesaria una expansión de las categorías delictivas reflejadas.

¹⁸¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta a las personas sin hogar, avance de resultados, 2012", Op. cit, p. 1.

¹⁸² Esta conclusión se obtiene comparando la tasa de victimización aporófoba con la tasa del colectivo de personas sin hogar, debido a que los sujetos mencionados en segundo lugar son las víctimas más propicias de los delitos aporófobos.

¹⁸³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta a las personas sin hogar, avance de resultados, 2012", Op. cit, p. 1

¹⁸⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informes sobre la evolución de los delitos de odio en España", Op. cit.

Respecto a la investigación realizada por el Observatorio Hatento, en la muestra se entrevistaron un 81,6% de hombres frente a 18,4% de mujeres en situación de sinhogarismo, obteniendo una tasa de victimización de dicha muestra de un 47,1%, correspondiendo un 60% a las mujeres y un 44% a los hombres. Por lo tanto, en este estudio se puede observar desde un inicio que el fenómeno de la aporofobia afecta en mayor medida a las mujeres, no sólo porque la tasa de victimización sea más alta, sino también porque en la muestra objeto de estudio las mujeres son minoritarias (para mayor claridad observar el gráfico que se haya al final del párrafo),¹⁸⁵ por lo que la incidencia es más acusada que en los datos presentados por el Ministerio del Interior.



Gráfico nº 6, elaboración propia con base a los datos obtenidos por el Observatorio Hatento.¹⁸⁶

Relacionado con lo anterior, el Observatorio Hatento, al igual que el estudio previo, constató un porcentaje de victimización en delitos sexuales que representó un 18,8% en las mujeres en comparación con los hombres que no alcanzó el 1%, por lo que se pueden observar las diferencias de género existentes,¹⁸⁷ como se muestra en el gráfico representado consecutivamente:

¹⁸⁵ OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", Op. cit, pp. 23-34.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 23-34.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 35.

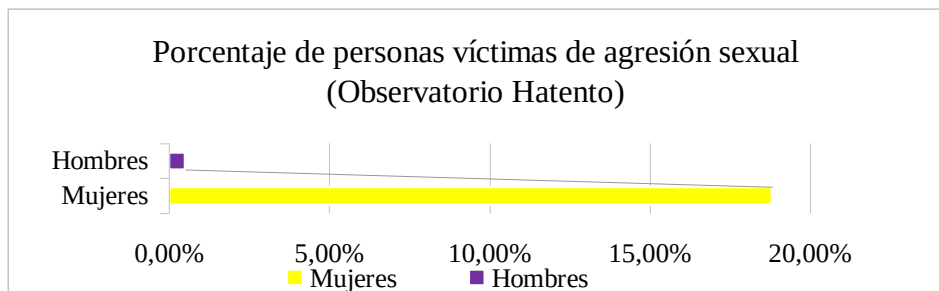


Gráfico n^o 7, elaboración propia con base a los datos obtenidos por el Observatorio Hatento.¹⁸⁸

Para finalizar este ámbito, el Observatorio Hatento en un informe destacó divergencias en las dinámicas aporóforas ya que en la mayoría de las ocasiones los hombres son insultados con calificativos como vagos, mientras que las mujeres son víctimas de mensajes sexualmente ofensivos y amenazantes, así como encontró diferencias en la confrontación que se caracteriza por ser directa y en un espacio corto con las mujeres, en contraposición a los enfrentamientos con los hombres que se producen a distancias más alejadas.¹⁸⁹

Para concluir el análisis previamente efectuado se podrían destacar los insultos, las agresiones físicas, el trato vejatorio, los robos y/o daños a sus pertenencias, y las agresiones sexuales (por su incidencia significativa en las mujeres) como los delitos aporóforos que más sufren las personas sin hogar con base a las estadísticas presentadas.

2.2. La victimización aporófoba en la regulación penal: análisis jurisprudencial.

Con relación al estudio efectuado en el apartado anterior, a continuación abordaré la respuesta otorgada por las leyes penales a los delitos previamente mencionados a través de los tipos penales en los que desembocan las infracciones mencionadas y un análisis jurisprudencial en el cual intentaré descubrir la existencia de la motivación aporófoba.

Comenzando con las lesiones, estas se regulan en los artículos 147 y siguientes del CP de 1995 en función de su gravedad, las cuales pueden concluir en la muerte del sujeto, y por ende, en un homicidio regulado en los artículos 138 y siguientes del CP de 1995 en función de las condiciones.

¹⁸⁸ OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", Op. cit, pp. 23-34.

¹⁸⁹ OBSERVATORIO HATENTO, "Muchas preguntas, algunas respuestas", Op. cit, pp. 70-71.

Enlazando con lo mencionado previamente, la revisión de sentencias efectuada pone de manifiesto que las condenas mayoritarias de víctimas en condición de sinhogarismo por razón aporófoba son los delitos expresados en el párrafo anterior. La causa podría ser que el segundo de ellos supone un ataque contra el bien jurídico más importante de una persona, es decir, el bien jurídico vida, ya que sin este el resto no tendrían sentido. Con base a esto, es razonable que este delito sea el más perseguido y penado por los tribunales desde la antigüedad, y la existencia de sentencias condenatorias por casos aporófobos, inclusive desde el año 1990, como se relatará en los siguientes ejemplos:

La sentencia de atentado contra la vida más antigua que hallé, en la que se puede observar claramente la motivación aporófoba, se produjo a causa del "robo" de un plato de almendras realizado por una persona sin hogar, quien actuó impulsado por el hambre que sentía. Ante esta acción, el sujeto que estaba en la mesa sacó un arma y disparó a la persona sin hogar, provocándole la muerte, debido a que según su parecer dicha conducta es reprochable socialmente. La respuesta de los tribunales por los hechos acaecidos fue la condena del autor del delito por un homicidio en grado de frustración.¹⁹⁰

Avanzando en el tiempo, una noche del año 2000, el acusado que calzaba unas botas muy reforzadas en la puntera, después de tomar varias cervezas, se encontró a las 5 de la mañana con una persona que solía dormir en la calle y le golpeó en la cara. A causa de estos hechos, acudió la policía al lugar, a pesar de que no consiguieron trasladar a la víctima a una zona segura. En consecuencia, cuando se retiraron las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el acusado comenzó de nuevo a agredirle, provocándole varias lesiones que le produjeron la muerte, cuyo ánimo homicida quedó constatado por la reiteración de los ataques y las zonas vitales en las cuales golpeaba. En este suceso, se podría deducir la motivación aporófoba, aunque deberían recabarse más datos para aplicar en la condena el mayor reproche penal que supone actuar guiado por el desprecio ante la condición de sinhogarismo¹⁹¹. Finalmente, el sujeto fue condenado por un delito de asesinato sin la apreciación de ninguna circunstancia por su presumible odio expresado.¹⁹²

Dos años después, tres varones se dirigieron a una zona donde conocían que pernoctaba una indigente con el objetivo de acabar con su vida por el odio que les generaba. Cuando llegaron al lugar de los hechos, la víctima

¹⁹⁰ STS 9457/1990, del 19 de diciembre.

¹⁹¹ Esta hipótesis se ha realizado suponiendo que la agravante por motivación aporófoba estuviese regulada en el CP actual, aunque todavía no se ha incluido, como se explicará más adelante.

¹⁹² STSJ 2/2002, del 28 de mayo.

estaba dormida, por lo que de forma sorpresiva comenzaron a agredirle violentamente (utilizando en el ataque su cuerpo, una barra metálica y una navaja) hasta que le provocaron la muerte de la brutal paliza que le propinaron. Por estos hechos, los acusados fueron condenados a un delito de asesinato con varias agravantes sin que se penalizase de modo adecuado la motivación que los llevó a cometer el crimen porque no tenía cabida en el artículo 22.4 del CP.¹⁹³ Este suceso desembocó en un recurso interpuesto por el Movimiento contra la Intolerancia ante la inaplicación del artículo expuesto en la línea anterior, en el cual profundizaré al final del capítulo.

En el año 2005, una mujer de 50 años de edad accedió al interior de un cuarto cerrado, en el que se encontraba un cajero automático, para pasar la noche por su condición de sinhogarismo. Horas más tarde, dos varones comenzaron a lanzarle objetos por lo que la víctima se encerró en dicho habitáculo para su autoprotección. Sin embargo, unos minutos más tarde le tendieron una trampa a la víctima para que les abriese la puerta, lo que desembocó en reiteradas agresiones con diversos útiles que encontrar en las obras que se estaban realizando cerca del lugar de los hechos. Progresivamente, algunos de los sujetos mencionados, cogieron un bidón de las obras con un líquido altamente inflamable para verterlo sobre la víctima y prenderle fuego, abandonando posteriormente dicha zona sin auxiliarla, lo que provocó su muerte. A causa de estos hechos, los autores fueron condenados a un delito de asesinato aleroso en concurso con un delito de daños, sin la apreciación de ninguna agravante por la motivación aporófoba que se presupone de los hechos probados, aunque estos deberían ser investigados en mayor profundidad debido a que siempre primará el *in dubio pro reo*.¹⁹⁴

Otro suceso similar a los presentados fue el de cuatro sujetos mayores de edad que caminaban en la noche hacia una discoteca. Cuando estos se encontraron con una persona sin hogar, que estaba durmiendo en un fotomatón, uno de ellos comenzó a pisarle la cabeza repetidamente, mientras el resto lo observaban sin realizar ninguna acción, por lo que a raíz de esta agresión sufrió diversas lesiones. En la sentencia se debate la aplicación del artículo 22.4 del CP por la motivación que subyace en el autor, aunque finalmente no la aplican en consonancia con lo expuesto en la STS 1160/2006, del 9 de noviembre (que será analizada más adelante), ya que no cabe la motivación aporófoba en el artículo expuesto debido a que no se puede agravar la pena como correspondería si la discriminación se debiese a la raza o la religión. El origen de esta problemática se encuentra en la regulación

¹⁹³ STS 1160/2006, del 9 de noviembre.

¹⁹⁴ SAP 8218/2008, del 5 de noviembre.

española que presenta deficiencias que deben ser salvadas como se pondrá de manifiesto en el trabajo.¹⁹⁵

También, cabe destacar que los delitos citados a continuación suelen encontrarse en concurso con el trato degradante situado en el artículo 173 del CP de 1995:

El primer ejemplo de concurso es un joven que propinó a una persona sin hogar patadas y puñetazos en la cara por el enfado producido por un cajero que no le permitió realizar las operaciones que necesitaba. Este sujeto se aprovechó de la condición de extrema vulnerabilidad de la víctima, siendo su estímulo el desprecio por la condición de sinhogarismo, la cual fue manifestada en la sentencia que versa: *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...* La consecuencia de la agresión fue la imputación de un delito contra la integridad moral consagrado en el artículo 173.1 del CP de 1995 en concurso ideal con un delito de lesiones del 147.1 del CP de 1995. Sin embargo, desafortunadamente, no se discutió la posible aplicación de una agravante por su motivación aporófoba.¹⁹⁶

De igual modo, otro suceso cuenta como un joven, ante el mal funcionamiento del cajero, le escupió a una persona sin hogar y la agredió físicamente de manera reiterada a causa del desprecio sentido por sus especiales características, por lo que existe un mayor reproche penal que no fue contemplado en la sentencia.¹⁹⁷

En contraposición a estos, hubo un acontecimiento que supuso la condena de varios autores por un delito de homicidio en el cual no se apreció el trato degradante pese a la afección de la dignidad por los comentarios vejatorios realizados por los sujetos. En esta sentencia se desprende el contenido aporóforo de sus mensajes en los cuales manifestaban que eran sujetos sin valor social y que no debían seguir ensuciando las calles.¹⁹⁸

Prosiguiendo con los tipos penales, las amenazas de los artículos 170 o 171 del CP de 1995, las cuales varían en función de si el mal constituye o no delito, fueron otras de las victimizaciones expuestas en las estadísticas, a pesar de que en el análisis jurisprudencial las condenas únicas por amenazas son escasas.

¹⁹⁵ SAP 4142/2013, del 19 de marzo.

¹⁹⁶ SJP 455/2016, del 16 de enero, p. 2

¹⁹⁷ SJP 18/2017, del 16 de enero.

¹⁹⁸ SAP 964/2006, del 29 de noviembre.

Un hecho que supuso la aplicación de los artículos expuestos previamente, sin la concurrencia de otros tipos penales, versó sobre un autor que manifestó a dos personas en condición de sinhogarismo que les iba a matar y que hoy tenía que eliminar a alguien, escondiendo un cuchillo en las inmediaciones (después de las amenazas proferidas) que, afortunadamente, interceptó la policía sin que en el presente caso se pueda corroborar de modo efectivo el odio hacia el colectivo objeto de estudio¹⁹⁹.

No obstante, han existido condenas por otros delitos en los cuales las amenazas se constituían como una antesala. En estas mayoritariamente se cumplía con lo mencionado, como sucedió en una sentencia en la cual el acusado le amenazó con golpearlo si no le invitaba a una consumición en un bar, por lo que ante la negativa de este, le propinó una paliza a la persona sin hogar.²⁰⁰

Por otra parte, se ubican los delitos sexuales reglados en diferentes capítulos del Código Penal, dependiendo de las conductas realizadas y otras características como el ejercicio de la violencia y/o intimidación, que pese a no ser numerosos, sí fueron significativos en las mujeres. Sin embargo, después de un profundo análisis jurisprudencial en este ámbito, he podido observar la escasa cuantía de condenas aporóforas de este tipo en las que las víctimas eran mujeres u hombres sin hogar, siendo la única hallada la sentencia que versa sobre una mujer que fue abordada, agredida físicamente y violada por un autor mientras permanecía en la calle. En esta, el sujeto activo se dirigió a ella como una indigente alcohólica y mostró un gran desprecio, sin que la motivación por su condición de sinhogarismo se reflejase en la condena.²⁰¹ A pesar de esto, las sentencias condenatorias por delitos sexuales, en las cuales los autores eran personas en condición de sinhogarismo, fueron muy abundantes.²⁰²

Por último, las estadísticas nos presentaron el hurto tipificado en el artículo 234 del CP de 1995, siendo el segundo apartado la modalidad que parece encajar mejor con las personas sin hogar, en la cual se impone una pena cuando la cuantía de lo sustraído no exceda de los 400€, debido a que es sabido por todos que una persona en esta situación rara vez tiene una cantidad superior a la mencionada, ya sea en efectivo o en objetos que sumen dicho valor. Sin embargo, en el análisis jurisprudencial se puso de manifiesto que las condenas existentes versaban sobre robos por el ejercicio de la violencia y/o la intimidación.

¹⁹⁹ SAP 1629/2017, del 15 de diciembre.

²⁰⁰ SAP 141/2009, del 13 de abril.

²⁰¹ SAP 36/2017, del 19 de abril.

²⁰² La autoría de las personas sin hogar se abordará de forma más profunda en el tercer capítulo.

Un ejemplo de lo expuesto es la sentencia que versa sobre dos sujetos que, guiados por el ánimo de lucro (o al menos eso expone la sentencia, aunque es contradictorio que roben a una persona sin hogar cuando habitualmente no tienen grandes cantidades de dinero), atacaron a una persona mientras ejercía la mendicidad hasta provocarle la muerte. En el momento de los hechos, la víctima tenía sus facultades muy afectadas por el consumo de alcohol. Ante los hechos descritos, las condenas impuestas fueron por un delito de asesinato y otro de robo con violencia a cada uno, sin establecer agravación por alguna por el odio. No obstante, en el presente caso no se puede corroborar la motivación aporófoba, pero se puede observar que la mayor exposición al riesgo del sujeto mencionado aumentó las posibilidades de ser victimizado, cuya condición debiera estudiarse para su posible proyección en la responsabilidad penal.²⁰³

Asimismo, también advertí concursos como la existencia de robos con lesiones mientras dormían dos indigentes en un colchón sin la apreciación de la motivación aporófoba²⁰⁴ o un suceso más antiguo en el cual varios menores de edad acudieron a una zona donde conocían que habitaban varias personas sin hogar. En el segundo ejemplo, los autores comenzaron a tirarles piedras, lo que desembocó en que una persona sin hogar saliese a ver que sucedía. Al encuentro con los menores, este echó a correr hasta que le atrapó uno de ellos, propinándole una fuerte patada en la espalda que le hizo caer al suelo. En provecho de su situación de indefensión, otro de los menores le robó la cartera y repartió el dinero entre los sujetos. Frente a estos hechos, la condena establecida fue de un delito de robo con violencia e intimidación sin la existencia de agravación de la pena por motivación aporófoba²⁰⁵, al igual que en el suceso previo.

Relacionado con el delito de hurto nombrado, el principio de insignificancia como causa de atipicidad penal pone de manifiesto que las conductas de bagatela, en las cuales existe un escaso desvalor de acción y un escaso desvalor de resultado, no serán penalizadas. Un ejemplo que representa este principio es el apoderamiento de cosa mueble de muy poco valor, como puede ser un bolígrafo, pese a que existen más ejemplos en aplicación al colectivo en situación de sinhogarismo que está siendo analizado, quienes, en ocasiones, sufren el hurto de todas sus posesiones, la cuales no suelen exceder de los 400€. Por lo tanto, la condena de estos delitos es dificultosa y mínima.

Por este motivo, sería recomendable estudiar si la condición de sinhogarismo debería ser tenida en cuenta por los tribunales,

²⁰³ STS 870/2005, del 1 de julio.

²⁰⁴ SAP 61/2013, del 28 de mayo.

²⁰⁵ SAP 148/2003, del 18 de diciembre.

independientemente de la motivación aporófoba, porque el desvalor de resultado difiere de una persona con recursos por las consecuencias que conlleva en ella.

En suma, la tesis del principio de insignificancia podría fundamentar la inexistencia de condenas por hurtos de escasa entidad, a pesar de que considero que en los delitos realizados con motivación aporófoba este debería ser desplazado porque el desvalor de la conducta es mayor.

2.3. La agravante genérica y los delitos de odio en la legislación penal española: especial referencia al artículo 22.4 y 510 del Código Penal Español.

Retomando los delitos aporófobos sufridos por las personas en condición de sinhogarismo, debo destacar que en ninguno de ellos se establece una agravación de la pena por razón aporófoba, al igual que esta no se refleja en las condenas impuestas como he expuesto en el análisis jurisprudencial, por lo que procederé a estudiar la agravante genérica del artículo 22.4 del Código Penal Español.

El contenido de esta agravante es muy amplio debido a que ampara una gran cantidad de motivos discriminatorios, y pese a que ha sido reformada en los últimos años añadiendo diferentes motivaciones como *razones de género*, no se ha incluido ninguna categoría específica ni genérica en la cual pueda ser encuadrada la aporofobia.

Este modelo elegido por el legislador de establecer una agravante genérica, refuerza el principio de igualdad (consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978) y realiza una función preventiva, ya que no admite la negación por parte de ningún ciudadano de dicho principio. Además, dicha agravante responde al modelo del ánimo por lo que la agravación de la pena al autor se produce por su actuación guiada por motivos discriminatorios con base a las características de la víctima.²⁰⁶

En cuanto a su uso, esta solo puede ser aplicada en los tipos que no contemplen expresamente esta circunstancia discriminatoria, pese a que si se incluyese la aporofobia no existirían problemáticas, debido a que actualmente no se contempla esta circunstancia en ningún tipo penal específico. Además, debemos tener en cuenta el elemento subjetivo que hace referencia al móvil discriminatorio perseguido por el autor y que se fundamenta en una mayor culpabilidad.²⁰⁷ Por ello, no en todos los delitos en los cuales las víctimas

²⁰⁶ DÍAZ LÓPEZ, J.A, "El odio discriminatorio como circunstancia agravante", en *Repositorio de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2012, pp. 181-184.

²⁰⁷ CHACÓN LEDESMA, L, "Delitos de odio y discriminación en el Código Penal" en el I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de odio, 2016, p. 4. Recuperado de:

pertenezcan a estos grupos se aplicará la agravante, es decir, que a pesar de que el sujeto pasivo sea una persona sin hogar esta no tendría que ser siempre aplicada, sino que será necesario probar el móvil que le impulsó a cometer el delito.

Un ejemplo de lo expuesto en el párrafo anterior es la sentencia que versa sobre un delito de maltrato por violencia de género y uno de agresión sexual cuyo autor y víctima son mendigos. El autor, después de estar tres días consumiendo diversos tipos de alcohol con la víctima, la cual era su pareja en aquel momento, discutió con esta, y posteriormente, le dio fuertes puñetazos en la cara, tirándola al suelo y realizando otras acciones con el objetivo de menoscabar su integridad física cuyo resultado fueron lesiones de diversa gravedad. Horas después, le obligó a mantener relaciones sexuales por vía anal y vaginal hasta que logró huir del lugar.²⁰⁸ Por lo tanto, en esta sentencia no existe una motivación aporófoba, y por ende, no se le aplicaría dicha agravante.

En la actualidad, algunos colectivos están luchando por la inclusión de una cláusula que englobe la aporofobia en el artículo 22.4 del CP debido a que es un fenómeno muy presente en la actualidad española, como nos han mostrado las estadísticas, y por ende, necesita una respuesta penal adecuada y eficaz.

El primer caso controvertido, en el cual se luchó por la aplicación de la agravante, fue el asesinato de un mendigo cometido por tres jóvenes por razones aporófobas, cuya motivación es deducida por el desprecio que les generaba a los autores su condición de persona sin hogar, la cual está expresada en el texto de las diversas sentencias que versan sobre el caso.

En primera instancia, se apreció la agravante del artículo 22.4 del CP por la motivación del autor, a pesar de que posteriormente se descartó por el Tribunal Superior de Justicia después del análisis de la mencionada circunstancia. El motivo fue que la interpretación que se debe realizar de la agravante genérica es restrictiva, por lo que el desprecio por su condición de indigencia no se pudo encuadrar en ninguno de los supuestos establecidos, así como tampoco cabe la aplicación de criterios extensivos que tengan consecuencias desfavorables para los condenados, como sucedía en el caso concreto, en consonancia con el *in dubio pro reo*.²⁰⁹ Esta decisión originó la interposición de un recurso por el Movimiento contra la Intolerancia ante la inaplicación de dicha agravante por el trato inhumano efectuado sobre el mendigo, por su condición, que no prosperó. Finalmente, el Tribunal Supremo

<http://federacionkamira.es/wp-content/uploads/2017/01/PONENCIA-LUCIA-CHACON-Examen-de-los-tipos-específicos.pdf>

²⁰⁸ SAP 74/2010, del 4 de octubre.

²⁰⁹ STSJ 19/2005, del 21 de octubre, pp. 1-7.

reiteró que la aporofobia no tenía cabida en la redacción actual del articulado, y por ende, no podía ser apreciada en el suceso.²¹⁰ No obstante, cabe destacar que se apreció la circunstancia de alevosía para calificar el asesinato, por lo que en cierta medida se ha tenido en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y su situación de indefensión.²¹¹

Prosiguiendo con el artículo 22.4 del CP, el debate sobre la cabida de otras categorías de discriminación que no están específicamente mencionadas en este se ha mantenido desde hace muchos atrás. Algunos autores defienden que su extensión podría ser aplicada siempre que la discriminación sea contraria a derecho y se esté afectando la dignidad personal de los sujetos²¹², como se desprende de muchas sentencias analizadas por razones aporóforas. A pesar de estas opiniones, la interpretación extensiva del precepto no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico como exponía la STS 1160/2006, del 9 de noviembre, debido a que el artículo cuando hace referencia a otra clase de motivos discriminatorios alude al *numerus clausus* expuesto en este.²¹³ En síntesis, es necesario realizar una interpretación restrictiva del artículo y adecuarse a lo establecido en la ley.

En consonancia con lo descrito previamente, un sector doctrinal planteó la inclusión de una cláusula abierta denominada *motivos relativos a la situación socioeconómica de la víctima* que englobase la aporofobia, aunque esta expresión podría conllevar problemas con el principio de taxatividad y de seguridad jurídica debido a que la utilización de un *numerus clausus* reduce la discrecionalidad judicial. Por lo tanto, finalmente se rechazó esta segunda opción por los problemas de limitación conceptual y en aras a una mayor seguridad jurídica, inclusive con la adhesión de *extrema* a la cláusula²¹⁴.

Este debate ha sido retomado nuevamente en la sociedad española con la proposición de ley presentada por el grupo parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en la cual destacan las agresiones que sufre el colectivo de personas sin hogar. Por esta razón, solicitan que se añada *razones de aporofobia* en el artículo 22.4 del CP²¹⁵. Frente a esta petición, meses más

²¹⁰ STS 1160/2006, del 9 de noviembre.

²¹¹ IRANZO SÁNCHEZ, E, "Discriminación por razón de la condición social. La aporofobia", en *Repositorio digital de la Universidad Internacional de La Rioja*, 2014, pp. 12-13.

²¹² BERNAL DEL CASTILLO, J, *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, 1998, pp. 67-69.

²¹³ DÍAZ LÓPEZ, J.A, "El odio discriminatorio como circunstancia agravante", Op. cit, p. 234.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 234-239.

²¹⁵ SENADO, "Moción por la que se insta al gobierno a la reforma del artículo 22.4.^a del Código Penal para incluir la aporofobia como circunstancia agravante de la responsabilidad

tarde existió unanimidad en la votación del Senado a favor de su inclusión alegando, entre otros motivos, la inexistencia de una protección efectiva de este colectivo en nuestra legislación penal, la cual fue ejemplificada a través de algunos de los sucesos aporófobos más graves que han sucedido en nuestro país²¹⁶. En consecuencia, después de su remisión al Congreso de los Diputados sólo queda esperar que dicha modificación sea aprobada.²¹⁷ Esta preocupación, parece ser el resultado de la acción de Adela Cortina por dotar de nombre a esta nueva realidad²¹⁸ (al igual que expusieron diversos grupos parlamentarios en el Senado), la exposición de las víctimas de este fenómeno por los medios de comunicación,²¹⁹ o el reclamo de diferentes asociaciones como el Observatorio Hatento.

A tenor de lo expuesto, ahora más que nunca se necesita la acción de los penalistas para que desarrollen una cláusula que cumpla con los principios generales de nuestro Derecho penal, en especial con los principios de taxatividad y seguridad jurídica indicados previamente, y posibilite su futura inclusión. En suma, mientras no se establezca una agravante genérica por razón aporófoba, los tribunales tendrán que encontrar la forma de tener en cuenta las circunstancias de la víctima y la motivación del autor de acuerdo a la ley vigente.

Prosiguiendo con la respuesta penal otorgada a los delitos aporófobos, creo que es necesario abordar, a pesar de que sea de forma breve, los delitos de odio que están regulados en el artículo 510 del CP, no sólo porque la aporofobia esté categorizada como un delito de odio, aunque no se haya

penal", 2017, pp. 9-17. Recuperado de: http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_12_149.PDF. (Consultado el 1 de mayo de 2019).

²¹⁶ SENADO, "Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal", 2018. Recuperado de: http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_270_2103.PDF. (Consultado el 1 de mayo de 2019).

²¹⁷ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, "Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal", 2018. Recuperado de: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-333-1.PDF. (Consultado el 1 de mayo de 2019)

²¹⁸ En la introducción se destaca la conceptualización del término aporofobia por Adela Cortina.

²¹⁹ Un ejemplo es la noticia que mostró la petición de un año de cárcel por la "broma" gastada a un pintor sin hogar, la cual consistió en embalarle la cabeza con cinta adhesiva, cuya acción le produjo la muerte. REYES, M, "Un año de cárcel para tres jóvenes por enrollar con cinta la cara a un indigente", [en línea], 2018. Recuperado de: <https://www.laopiniondezamora.es/sucesos/2018/02/14/ano-carcel-tres-jovenes-enrollar/1064197.html> (Consultado el 23 de abril de 2019).

incluido en el artículo mencionado,²²⁰ sino también debido a que, con base a lo estudiado, parece que la incitación al odio ocasionalmente va dirigida contra este colectivo.

Asimismo, no debemos olvidar que la discriminación es una expresión pública de la intolerancia y que esta se agrava con los discursos del odio, por lo que estos mensajes aumentarían las probabilidades de que una persona intolerante realice una acción discriminatoria.²²¹

En cuanto a las características de los delitos de odio, podemos observar que algunas de estas se hallan en la aporofobia, como son la incidencia significativa en la sociedad, constatada a través de las estadísticas, y la motivación prejuiciosa en los delitos²²² que supone la transmisión de un mensaje de amenaza al colectivo, la cual se enfatiza por la ausencia de una sanción penal adecuada en los infractores. Además, el colectivo de personas sin hogar se ha considerado un grupo con identidad comunitaria por compartir un determinado riesgo por su exposición al peligro y a la violencia de forma sistemática.²²³

En síntesis, bajo el cumplimiento de los criterios mencionados, la aporofobia debería ser calificada como un delito de odio y discriminación en consonancia con lo expuesto por la *Association of Chief Police Officers*²²⁴.

Respecto al modelo adoptado en España para estos delitos, es mixto y expansivo, es decir, abarca el modelo del ánimo y el modelo de selección discriminatoria. Por lo tanto, hace referencia a la actuación del autor por su motivación discriminatoria y a los efectos que esta produce en la víctima por su pertenencia a un determinado colectivo.

²²⁰ La aporofobia está incluida en la conceptualización de los delitos de odio, que podrían ser definidos como una infracción penal cometida con una motivación prejuiciosa, según el concepto otorgado por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) que es una de las más aceptadas a nivel internacional. MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, "Leyes de delitos de odio: una guía práctica" en *Cuadernos de Análisis* n° 36, Recuperado de: http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis.asp. (Consultado el 6 de mayo de 2019)

²²¹ ACHUTEGUI OTAOLAURRUCHI, P, "Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social" en *Revista de Victimología*, n° 5, 2017, pp. 36-37.

²²² Respecto a este punto, cabe destacar la existencia de un sector progresista en la doctrina que afirma que los móviles en los delitos no deben ser regulados en el Código Penal, así como que el 22.4 del CP de 1995 expuesto anteriormente es una excepción suficiente. En consecuencia, este colectivo de personas no estaría de acuerdo en la inclusión de la aporofobia en los delitos de odio recogidos en el artículo 510 y ss. del CP de 1995.

²²³ ÁVILA VÁZQUEZ, V. "La aporofobia como delito de odio y discriminación" en el *Depósito Digital de la Universitat Autònoma de Barcelona*, 2017, pp. 9-10

²²⁴ *Ibidem*, p. 12.

Continuando con los delitos de odio, procederé a estudiar el artículo 510 del CP. El bien jurídico protegido de este ha sido muy controvertido, debatiendo las diferentes posturas entre: las condiciones de seguridad de los colectivos vulnerables²²⁵ enfatizando en el concepto de grupo, cuya doctrina es minoritaria, hasta el derecho a no ser discriminado que apoya la mayor parte de la doctrina y está consagrado en el artículo 14 de la CE de 1978. Sin embargo, también podríamos relacionarlo con la dignidad del ser humano que tiene su reflejo constitucional en el artículo 10 de la CE de 1978, cuya posición es defendida por una pequeña parte de la doctrina, y criticada por la otra argumentando que no cumple la función de un bien jurídico.²²⁶

Respecto a la categoría de los delitos del artículo 510 del CP, se configuran como delitos de peligro hipotético porque no suponen una lesión al bien jurídico protegido, sino una exposición de peligro al bien jurídico, por lo que existe una anticipación de la intervención penal del legislador en la cual eleva una tentativa (o inclusive en ocasiones un acto preparatorio) a un delito consumado.²²⁷

La reforma *LO 1/2015, de 30 de marzo*, produjo una ampliación considerable de este artículo que actualmente está configurado por seis figuras penales (diferenciando su gravedad con las penas impuestas) y sus correspondientes tipos agravados:

El artículo 510.1.a), sanciona el fomento, la promoción o la incitación pública al odio, la violencia, la hostilidad y la discriminación. Este tipo ha sido regulado ampliamente debido a que: en primer lugar, no diferencia entre provocación directa o indirecta (a diferencia de los actos preparatorios en los cuales se exige la primera de ellas), por lo que podrían penalizarse un sin fin de acciones, y en segundo lugar, a la expansión de las conductas típicas.

El apartado mencionado anteriormente, recoge diversas modalidades de agresión: el odio, la hostilidad, la discriminación y la violencia, que difieren en gran medida ya que el odio (componente interno) suele ser el paso previo a la violencia (exteriorización del odio), por lo que se estaría penalizando de igual modo conductas de diferente gravedad²²⁸.

²²⁵ LANDA GOROSTIZA, J.M, *Los delitos de odio. Artículo 510 y 22.4º CP 1995*, Tirant lo blanch, 2018, p. 60.

²²⁶ VICENTE MARTÍNEZ, R, *El discurso del odio, análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo blanch, 2018, pp. 106-112.

²²⁷ ALASTUEY DOBÓN, C, "Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, pp. 10-11.

²²⁸ VICENTE MARTÍNEZ, R, *El discurso del odio, análisis del artículo 510 del Código Penal*, Op. cit, pp. 126-129,

Por último, por la redacción excesivamente abierta del artículo objeto de estudio, es necesario aplicarlo conforme al mandato de taxatividad que deriva del principio de legalidad, por lo que sólo debería penalizarse cuando *pueda colegiarse con claridad que la hostilidad, el odio, la violencia o la discriminación se despliegan como medios eficaces para fomentar, promover o incitar su repetición a una escala que pueda llegar a afectar el ejercicio de los derechos fundamentales de los miembros del colectivo*²²⁹, es decir, si la conducta es penalmente relevante y denota la gravedad suficiente para desencadenar agresiones en el futuro contra el grupo discriminado, lo que podría traducirse en un riesgo potencial y real de acción posterior.

Con relación a las investigaciones estudiadas, el comentario constatado en la investigación del Observatorio Hatento de *hijo de puta, vagabundo, hay que eliminarlos*²³⁰ podría encuadrarse en la conducta estudiada, si en el futuro se incluyese la motivación aporófoba, porque puede fomentar a la violencia, aunque sería necesario un análisis más profundo del caso. No obstante, con la ley penal actual, esta conducta podría tener cabida en el artículo 170.1 del CP de 1995 porque se dirige a *un colectivo social o profesional o cualquier otro grupo de personas*, y se refiere a la amenaza de un mal que es delito, en este caso el homicidio, en el cual se puede observar que se dirige de forma directa a los vagabundos, pese a que se debe corroborar que se realice con seriedad, firmeza y gravedad.²³¹

En el artículo 510.1.b) se sanciona la cadena de difusión de las conductas contempladas en el apartado anterior y su amplitud también es criticable ya que recoge la producción, elaboración y posesión de material idóneo para fomentar la discriminación con la finalidad de distribuir, facilitar el acceso, o en su caso, que distribuyan, difundan o vendan²³². Además, se regula de nuevo la incitación tanto directa como indirecta a los cuatro componentes típicos de este articulado que son: el odio, la hostilidad, la discriminación y la violencia, y que deben ser constatados para la consumación del delito. Por lo tanto, en este apartado se estaría sancionando toda la cadena, desde el que produce hasta el que lo difunde o lo vende, penalizando inclusive al que lo posee.²³³

²²⁹ LANDA GOROSTIZA, J.M, *Los delitos de odio. Artículo 510 y 22.4º CP 1995*, Op. cit, p. 69.

²³⁰ OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", Op. cit, p. 53.

²³¹ IRANZO SÁNCHEZ, E, "Discriminación por razón de la condición social. La aporofobia", Op. cit, pp. 18-19.

²³² ALASTEUY DOBÓN, C, "Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 1995", Op. cit, pp. 23-24.

²³³ PÉREZ CEPEDA, A.I, "Lección XXVI. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas" en *Nociones fundamentales del Derecho penal*, parte especial, vol.II, 3ªed, 2019, pp. 607-608.

En el apartado expresado previamente se podría amparar, en algunas ocasiones, el fenómeno de los *bumfights*, que son videos que muestran a personas sin hogar que están siendo brutalmente agredidas, ya sea por otras personas o autolesionándose, a cambio de dinero, alcohol u otros incentivos.²³⁴ Por lo tanto, podemos observar como las nuevas tecnologías podrían favorecer el ciberodio y la victimización sobre este colectivo a través de su difusión en páginas webs o redes sociales que permiten una transmisión sin límites ni fronteras.²³⁵

Para finalizar el artículo 510, en su apartado c) penaliza la apología en un sentido amplio de los crímenes de derecho penal internacional por lo que no es aplicable al colectivo de sinhogarismo.

Como podemos observar, los diferentes apartados del artículo 510.1 del CP tienen en común la exigencia de: publicidad; la idoneidad de promoción al odio, hostilidad, discriminación y/o violencia; y el elemento subjetivo, es decir, la elección de la víctima en función de su pertenencia al grupo.²³⁶

Continuando el análisis del artículo 510.2.a) del CP, este podría entrar en concurso con el artículo 173.1 del CP que recoge el trato degradante, aunque por la aplicación del principio de especialidad se sancionaría por el artículo objeto de estudio. Adentrándonos en la conducta típica, simplificada, son las injurias colectivas en un sentido amplio, que lesionan la dignidad de las personas (delito de odio), ya sea a través de acciones que produzcan humillación, menosprecio o descrédito del grupo o una parte del mismo (primera conducta, paralela al artículo 510.1.a) del CP), o con alguna conducta típica de la cadena de difusión que engloba desde la producción hasta su difusión o venta (segunda conducta, que continúa la tendencia del artículo 510.1.b) del CP)²³⁷ siempre y cuando el material sea

²³⁴ ÁVILA VÁZQUEZ, V. "La aporofobia como delito de odio y discriminación" Op. cit, pp. 11-12.

²³⁵ LÓPEZ ORTEGA, A.I, "Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015)" en *Antropología Experimental*, nº 17, 2017, pp. 20-21.

²³⁶ VICENTE MARTÍNEZ, R, *El discurso del odio, análisis del artículo 510 del Código Penal*, Op. cit, p. 118.

²³⁷ El fenómeno de los *bumfights* también podría ser aplicado a este apartado, constituyéndose un ejemplo reciente de esta dinámica la conducta aporófoba realizada por ReSet, un youtuber que publicó en su canal (con más de 100 millones de visualización) la humillación realizada a un mendigo, dándole galletas oreo rellenas de pasta de dientes. En el juicio, la fiscalía pide para este sujeto dos años de cárcel por un delito contra la integridad moral, aunque si se incluyese la aporofobia en este tipo penal, el artículo 510.2.a) del CP de 1995 sería una respuesta más adecuada, en consonancia con el principio de especialidad mencionado. GARCÍA, J, "El youtuber que ganó 2180 euros humillando a un mendigo" en *El País*, 2018. Recuperado de: https://elpais.com/ccaa/2018/04/16/catalunya/1523897915_664506.html. (Consultado el 10 de mayo de 2019).

idóneo para la lesión de la dignidad y se constate la gravedad de la humillación.²³⁸

El siguiente apartado, que se traduce en el artículo 510.2.b), sanciona las apologías de los delitos de odio, es decir, las conductas de enaltecer o justificar a través de medios públicos de difusión los delitos cometidos contra los grupos protegidos, el cual contiene una agravante específica cuando se fomenta al odio, a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia.²³⁹

El resto de las agravantes operan para el artículo 510.1 y 510.2 del CP. La primera se recoge en el artículo 510.3 del CP y agrava la pena cuando las acciones se realicen a través de medios de comunicación social. En segundo lugar, el artículo 510.4 del CP eleva la pena cuando las acciones sean idóneas para alterar la paz pública o crear un sentimiento de inseguridad entre los integrantes del grupo. Por último, el artículo 510.5 del CP contempla la inhabilitación especial en determinados supuestos y el artículo 510 bis del CP la sanción de las personas jurídicas.

La problemática existente, para relacionar las estadísticas con los tipos penales, es que las primeras no nos ofrecen los detalles necesarios para catalogar los comentarios sufridos en alguna conducta tipificada en el artículo 510 del CP. Por ejemplo, el observatorio Hatento muestra que un 36,4% de los victimizados han sufrido insultos, así como que un tercio de estos se debieron a su condición de sinhogarismo²⁴⁰, pero no otorga información más específica sobre estos.

Por esta razón, sería deseable que se realizase una investigación focalizada en el discurso de odio aporóforo para determinar si concurren las características necesarias para su inclusión, las cuales son: la delimitación de un grupo, la creencia de incompatibilidad en la convivencia con este y la realización de comentarios que atenten contra la dignidad del colectivo.²⁴¹ Con relación al último criterio, se diferencian tres tipos de violencia: contextual, encubierta e incitación a la violencia, las cuales ascienden de forma progresiva en función de la gravedad del comentario, la seriedad de este y la violencia

²³⁸ LANDA GOROSTIZA, J.M., "El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP" en *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española* (LANDA GOROSTIZA y GARRO CARRERA, dirs), Tirant lo blanch, 2018, pp. 242-245.

²³⁹ VICENTE MARTÍNEZ, R, *El discurso del odio, análisis del artículo 510 del Código Penal*, Op. cit, pp. 164-167.

²⁴⁰ OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", Op. cit, pp. 36-37.

²⁴¹ VALIENTE MARTÍNEZ, F, "Límites constitucionales al discurso del odio" en *Repositorio de la Universidad de Comillas, Madrid*, p. 62.

explícita²⁴². En la última categoría, es decir, la de incitación a la violencia, podríamos encuadrar el ejemplo expuesto previamente de *hijo de puta, vagabundo, hay que eliminarlos*²⁴³.

Además, es necesario acentuar que la doctrina está dividida con razón a la penalización de los delitos de odio, especialmente del discurso de odio, alegando que podrían vulnerar la libertad de expresión, sobre todo si se realiza una interpretación extensiva, ya que como he comentado en el desarrollo del articulado, su regulación es demasiado amplia.²⁴⁴

En mi opinión, la tipificación de estas conductas debería ser más reducida y establecerse únicamente cuando se incitase de forma directa a la violencia y al odio, como expuso la *DM 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia*²⁴⁵ que nos obligó a reformar estos delitos, debido a que es necesario encontrar un equilibrio con los derechos fundamentales como es la libertad de expresión.

Ahora bien, la introducción de la aporofobia en sendos artículos, es decir, en el 22.4²⁴⁶ y 510 del CP, se justificaría porque son dos instituciones

²⁴² MIRÓ LLINARES, F., ALONSO NÚÑEZ, N. Y RODRÍGUEZ GÓMEZ, N. (2015). "El principio de acción-reacción en el discurso del odio e incitación a la violencia en Internet" en *II Simposio de investigación criminológica. Universidad Miguel Hernández*. Disponible en: <https://prezi.com/o8r1hnovkteu/el-principio-deaccion-reaccion-en-el-discurso-del-odio-e-in/>. (Consultado el 22 de abril de 2019).

²⁴³ OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", Op. cit, p. 53.

²⁴⁴ La doctrina mayoritaria defiende que el discurso de odio sólo debe combatirse penalmente si existe una incitación directa y pública a específicos actos antijurídicos de violencia o discriminación. En contraposición a esto, un sector minoritario, en el cual destaca LANDA GOROSTIZA, expone que la regulación actual se debe a la protección de minorías vulnerables por hechos que podrían derivar en violencia u hostilidad frente a ellos. LANDA GOROSTIZA, J.M, *Los delitos de odio. Artículo 510 y 22.4º CP 1995*, Op. cit, p. 60-62.

²⁴⁵ Una interpretación divergente a la expuesta, es mantenida por un sector de la doctrina que entiende que en la *DM 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008*, se recoge la modalidad indirecta de incitación, aunque cabe destacar que en la norma comunitaria mencionada no se recoge de forma explícita.

²⁴⁶ La fundamentación jurídica de la agravación propia del artículo 22.4 del CP de 1995 varía entre atender a un plus de antijuricidad (desvalor de resultado) o de culpabilidad (desvalor de acción), a pesar de que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria se posiciona en la segunda postura atendiendo a la motivación del autor en el comportamiento delictivo, en consonancia con la tesis subjetiva. Sin embargo, existen problemáticas derivadas de la consideración subjetiva relacionadas con las pruebas y los casos de error. REBOLLO VARGAS, R, "Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio", en *El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP* en *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación*

jurídicas distintas, cuyo fundamento, a pesar de estar vinculado con el principio de igualdad, difiere.²⁴⁷

El primer artículo nombrado hace referencia a las características personales de la víctima (o identidad personal), mientras que el segundo se dirige a personas o grupos por su pertenencia a ellos. De igual modo, otra diferencia constatada es que la agravante genérica de nuestro CP se dirige a la protección de todos los ciudadanos por las motivaciones expuestas en el articulado y, en cambio, los delitos de odio focalizan la atención en la protección de colectivos vulnerables.²⁴⁸ Por lo tanto, el colectivo aporófono encajaría a la perfección bajo la protección de sendos tipos penales.²⁴⁹

Igualmente, estos preceptos se encuentran en partes diferentes del Código Penal por lo que responden a necesidades desiguales. Relacionado con esto, el artículo 22.4 del CP pretende sancionar unas motivaciones específicas que son contrarias al principio de igualdad (lo que supone un refuerzo para este). En contraposición a este, el artículo restante enfatiza su atención en las consecuencias que conllevarían esos actos en el colectivo al cual pertenece la víctima, es decir, centraliza su atención en el peligro creado para el grupo vulnerable.²⁵⁰

Sin embargo, no debemos olvidar que, bajo el respeto al principio *non bis in idem*, estos preceptos no deberían ser aplicados al mismo autor por los mismos hechos.

En consecuencia, por todos los motivos alegados, me posiciono a favor de investigar profundamente los efectos de la inclusión de la aporofobia en ambos preceptos de la legislación española.

Para concluir, después de comprobar la incidencia significativa de la aporofobia en la población de sinhogarismo y la inadecuada regulación penal existente, la misma que no les otorga la protección necesaria, creo que es

española (LANDA GOROSTIZA y GARRO CARRERA, dirs), Tirant lo blanch, 2018, pp. 202-218.

²⁴⁷ DÍAZ LÓPEZ, J.A, "El odio discriminatorio como circunstancia agravante", Op. cit, p. 393.

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 392-393.

²⁴⁹ En efecto, el artículo 510 del CP de 1995 no sólo responde a la motivación discriminatoria existente en el autor (modelo del ánimo), también lo hace por la protección de determinados colectivos vulnerables (modelo de selección discriminatoria), en consonancia con el modelo mixto acogido en la legislación penal española en la cual se tiene en cuenta el ánimo del autor y el colectivo victimario. LANDA GOROSTIZA, J.M, "El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP" en *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española* (LANDA GOROSTIZA y GARRO CARRERA, dirs), Tirant lo blanch, 2018, pp. 224-225.

²⁵⁰ DÍAZ LÓPEZ, J.A, "El odio discriminatorio como circunstancia agravante", Op. cit, pp. 392-394.

necesario estudiar al colectivo objeto de estudio desde la autoría en materia penal, es decir, comprobando cuales son los tipos penales por los cuales están siendo condenados. Por este motivo, en el siguiente capítulo abordaré la criminalización de la población en condición de sinhogarismo, en consonancia con las bases ideológicas expuestas en el primer capítulo, utilizando todos los datos que estén a mi alcance con el objetivo de determinar, de modo preciso, la realidad actual en la cual están inmersos.

TERCER CAPÍTULO

LA CRIMINALIZACIÓN DE LA POBREZA

La criminalización de la pobreza, la cual tiene su origen en las estructuras sociopolíticas y económicas injustas²⁵¹, se produce con la formulación de las leyes penales, sobre todo, con los delitos convencionales²⁵² en los que la irracionalidad selectiva, y por ende, la discriminación existente contra el colectivo objeto de estudio, se evidencian profundamente.²⁵³

En este punto, cabe destacar que la dogmática ha alcanzado un nivel de complejidad muy alto, a excepción del desarrollo de categorías y leyes penales que tienen en cuenta al sujeto excluido que ha sido mínimo.²⁵⁴

Afortunadamente, a lo largo de los últimos años, algunos autores han profundizado en la aplicación de la dogmática al ámbito de la exclusión social otorgando razones de porqué debe existir una atenuación o exención de la responsabilidad penal de este colectivo, siendo las dos principales: las consecuencias internas que conlleva en este grupo de personas están insertos en un entorno inhóspito donde las normas no se cumplen de forma generalizada, lo que produce que no se interioricen de forma efectiva, y la legitimación del estado para castigar a personas a la cuales no les ha proporcionado los derechos establecidos en un Estado Social y Democrático de Derecho. Asimismo, disciplinas como la criminología han abordado la exclusión desde múltiples perspectivas, inclusive la penal.²⁵⁵

Relacionado con la última idea mencionada, por exponer un ejemplo, una parte de la doctrina defiende que los delitos de desobediencia a la autoridad deben implicar un reproche penal independientemente de los lazos que unan al sujeto con el Estado, siempre que responda justamente, por lo que lo conciben como un «deber natural». Por otro lado, existe un sector que

²⁵¹ Esta afirmación se ha desarrollado a lo largo del primer capítulo. CÁMARA ARROYO, S, "Justicia Social y Derecho Penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2015, pp. 241-242.

²⁵² BARATTA, A, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, 2004, Siglo XXI, pp. 183-186.

²⁵³ VITALE, G.L, "Persecución penal de la pobreza" en *Primer Congreso de Derecho Penal Mínimo (La desesperanzadora evolución de la política criminal y el derecho penal en Argentina)*", 2008, p. 193.

²⁵⁴ CIGÜELA SOLA, J, "Aproximación a una dogmática de la exclusión social: de la imputabilidad a la individualización" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2017, pp. 14-17.

²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 17-20.

difiere alegando que es una «obligación adquirida».²⁵⁶ Por lo tanto, sería interesante debatir sobre la legitimidad de que el Estado pueda exigir estas obligaciones a sujetos excluidos de la sociedad, como es el colectivo en condición de sinhogarismo, si la obediencia procede de la existencia previa de una comunidad de ciudadanos, e inclusive, si el sujeto no posee una mínima protección por parte del Estado, ni le otorga los beneficios del Estado de Bienestar que supuestamente está consagrado, a pesar de que esta temática la abordaré en un próximo trabajo.²⁵⁷

Prosiguiendo con la criminalización existente, la afirmación de que el Derecho penal se dirige a las personas con menos recursos y el Derecho civil a las clases más pudientes denota cierta verdad²⁵⁸. Con relación a la primera idea, Cepeda destacó que *"en la sociedad globalizada también la distribución de renta es inversamente proporcional a la distribución de los castigos"*²⁵⁹, cuya afirmación ha sido respaldada por los modernos estudios de la Criminología destacando como la ley penal incide en mayor medida sobre las personas más desfavorecidas económicamente, quienes tienen más probabilidades de ser condenadas y de ingresar en prisión, entre otros factores, por la dificultad de acceder a un buen abogado.²⁶⁰

En los delitos contra el patrimonio, la idea previamente explicada es fácilmente observable, debido a que mientras los estratos más elevados reciben condenas superfluas y son más difícilmente penados, los sujetos más desfavorecidos presentan altas tasas de delitos leves como el de hurto.²⁶¹

3.1. La autoría de las personas sin hogar: análisis de la reciente jurisprudencia española.

Comenzando con una breve referencia a los delitos más cometidos en el territorio nacional español, las estadísticas presentadas por Instituciones Penitenciarias en enero del año 2019 mostraban un total de 48074 personas en los centros penitenciarios españoles predominando, especialmente, los

²⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Op. cit, pp. 67-68.

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 68-81.

²⁵⁸ SERRANO MAILLO, I, "Delincuencia y pobreza. La economía de los presos" en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 8-9, 1995, p. 435.

²⁵⁹ PÉREZ CEPEDA, A.I, "La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria", Op. cit, p. 259.

²⁶⁰ CÁMARA ARROYO, S, "Justicia Social y Derecho Penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)" Op. cit, p. 239.

²⁶¹ BARATTA, A, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídica penal*, Op. cit, p. 187.

condenados por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (19257), situados en primer lugar, y contra la Salud Pública, en segundo lugar (8845). Sin embargo, también obtuvieron tasas elevadas los delitos de violencia de género, contra la libertad sexual y el homicidio y sus formas. Desde el año 2010 la cifra de delitos patrimoniales se ha situado en el primer puesto con una diferencia significativa respecto de todos ellos, duplicándola, en ocasiones, como ha sucedido en los últimos años. De igual modo, los delitos contra la Salud Pública se han consolidado como el segundo delito más numeroso, mientras que el tercer puesto ha variado frente a los de violencia de género, contra la libertad sexual, y homicidio y sus formas, aunque el cometido en más ocasiones de forma general ha sido el de violencia de género.²⁶²

En consecuencia, con base a los datos expuestos, podemos observar como casi un 40% de los sujetos están siendo condenados por delitos contra el patrimonio, lo que podría suponer que su comisión se debe a la ausencia de estos medios, cuya manifestación más extrema es la población sin hogar. Esta hipótesis ha sido corroborada por diversas investigaciones que han estudiado las condiciones económicas de los presos españoles, destacando su falta de recursos.²⁶³ Además, una de las variables que comparte la población carcelaria de forma generalizada es la pobreza y el olvido.²⁶⁴

Focalizando la atención en los datos existentes sobre las personas en situación de sinhogarismo que cometen delitos, estos son mínimos, debido a que la atención se ha centrado en las víctimas. A pesar de esto, voy a exponer algunas nociones que podrían ser tomadas en cuenta.

En el año 2005 se constató que un 47,6% del colectivo de sinhogarismo había sido denunciado o detenido al menos una vez, pero sólo la mitad de ellos fueron condenados por un tribunal²⁶⁵ sin otorgar más datos sobre esta temática. De forma similar, el País Vasco en su investigación destacó que en su muestra de sinhogarismo un 36% había sido detenido, un 27% denunciado y un 22% de estos condenado ante la justicia.²⁶⁶ Además, en los últimos años, el Ministerio del Interior comprobó que los agresores de las

²⁶² MINISTERIO DEL INTERIOR, Estadística penitenciaria, [en línea], años 2010, 2012, 2014, 2016, 2018 y 2019. Recuperado de: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/>. (Consultado el 23 de abril del 2019).

²⁶³ Un ejemplo es la realizada por SERRANO MAÍLLO en 1995. SERRANO MAÍLLO, I, "Delincuencia y pobreza. La economía de los presos" Op. cit, pp. 438-442.

²⁶⁴ VITALE, G.L, "Persecución penal de la pobreza", Op. cit, p. 173.

²⁶⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta sobre las personas sin hogar" [en línea], 2005, Op. cit, p. 5.

²⁶⁶ EUSTAT, "Encuesta sobre las personas sin hogar, análisis de resultados", Op. cit, p. 15.

personas sin hogar eran en muchas de las ocasiones personas en su misma situación²⁶⁷.

Por lo tanto, como se puede observar, la problemática existente no sólo reside en la escasez de estas, sino que la información proporcionada es insignificante, ya que no hacen referencia a los tipos delictivos por los cuales han sido detenidos o condenados. Por este motivo, realizaré un análisis jurisprudencial de los últimos 3 años completos, abarcando también los primeros meses del año 2019, con el objetivo de descubrir los delitos por los cuales están siendo condenadas las personas sin hogar. Posteriormente, para facilitar la investigación, los estudiaré agrupándolos en función de los tipos delictivos.

En primer lugar, analizaré los delitos patrimoniales y socioeconómicos porque han sido mayoritarios. Dentro de este grupo, los hurtos leves han sido los más destacados con un número de 17 sentencias:

La modalidad más constatada fue la condena por delito de hurto en grado de tentativa (SAP 416/2017, del 8 de junio; SAP 228/2018, del 25 de mayo; SAP 226/2018, del 21 de mayo; SAP 743/2017, del 24 de noviembre; SAP 331/2017, del 18 de diciembre; SAP 538/2018, del 19 de julio; SAP 368/2016, del 18 de octubre y SAP 580/2016, del 28 de julio) en las cuales varían objetos de un valor mínimo, como el apoderamiento de dos botes de champú en un supermercado²⁶⁸, hasta otros en los que existe un mayor ánimo de lucro, como productos valorados en 120€²⁶⁹, una maleta de un autobús²⁷⁰, un vehículo a motor²⁷¹, o inclusive, un móvil.²⁷²

Por otra parte, también hubo delitos consumados, cuyos ejemplos son: la sustracción realizada por dos personas de unos calzoncillos y una taza de plástico, todo ello valorado en 9€, condenándolos por un delito leve de hurto a cada uno de los autores²⁷³; respecto al domicilio, la entrada a una casa por dejar la puerta abierta con el robo de diversas prendas²⁷⁴ o aprovechar la buena voluntad de una persona para hurtarle²⁷⁵; y por último, otras tipologías fueron: la existencia de algunas condenas por el apoderamiento de artículos

²⁶⁷ MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE ESPAÑA, "Estrategia nacional integral para personas sin hogar, 2015-2020", Op. cit, pp. 58-59.

²⁶⁸ SAP 743/2017, del 24 de noviembre.

²⁶⁹ SAP 228/2018, del 25 de mayo.

²⁷⁰ SAP 226/2018, del 21 de mayo.

²⁷¹ SAP 331/2017, del 18 de diciembre.

²⁷² SAP 580/2016, del 28 de julio.

²⁷³ SAP 329/2018, del 6 de julio.

²⁷⁴ SAP 223/2017, del 17 de marzo.

²⁷⁵ SAP 821/2018, del 30 de octubre.

en un establecimiento comercial²⁷⁶; o la cartera de una persona en un descuido.²⁷⁷ En contraposición a esto, los menos numerosos fueron los delitos continuados de hurtos con tres sentencias (177/2018, del 19 de febrero; SAP 564/2018, del 25 de julio y SAP 162/2017, del 1 de marzo).

Continuando con el ámbito patrimonial, existieron 7 condenados por robos. En estos, tres de ellos fueron con fuerza, siendo uno de ellos en casa habitada (SAP 314/2018, del 29 de junio.) y el resto en las construcciones y naves (SAP 90/2017, del 15 de noviembre.; SAP 240/2017, del 16 de junio;), y tan sólo uno con violencia, en el cual el objeto sustraído fue un móvil (SAP 111/2018, del 29 de enero). Asimismo, existieron diversos concursos: robo con violencia de un móvil y maltrato de obra (SAP 170/2016, del 26 de septiembre), robo de un vehículo y delito de atentado (SAP 124/2017, del 4 de mayo) y robo con fuerza en las cosas de un vehículo con un delito de conducción temeraria (SAP 203/2016, del 28 de junio).

Otro tipo de delitos muy recurrentes fueron los de resistencia y atentado a los agentes de autoridad. Algunos ejemplos son: la realización de un fuego para calentarse en un descampado donde estaba prohibido (haciendo caso omiso de las autoridades)²⁷⁸, beber alcohol en un sitio público y resistirse de forma posterior a la autoridad²⁷⁹, o el atentado en concurso con lesiones (SAP 3040/2019, del 18 de febrero y SAP 85/2019, del 29 de enero) en el cual se destaca la alteración de un sitio público y la agresión a un agente de la autoridad.²⁸⁰

De igual forma, el menoscabo de la integridad física e inclusive de la vida fue constatado en diversas sentencias (SAP 68/2017, del 20 de marzo; SAP 155/2017, del 7 de abril; SAP 256/2016, del 19 de mayo; SAP 46/2016, del 27 de enero; SAP 382/2019, del 11 de febrero; STS 196/2016, del 9 de marzo), como el delito leve de lesiones que se originó al llamar la atención a un indigente en la estación de metro²⁸¹ o el asesinato producido a causa de una pelea.²⁸²

En cuanto a las amenazas constatadas, fueron diversas, siendo la mayoría leves (SAP 195/2016, del 13 de abril; SAP 297/2016, del 13 de junio; SAP 196/2016, del 30 de mayo, SAP 255/2018, del 4 de junio y SAP 53/2018, del 7 de marzo.). Por citar dos ejemplos: en una de ellas se efectuaron por no

²⁷⁶ SAP 150/2016, del 30 de julio y SAP 420/2016, del 10 de junio.

²⁷⁷ SAP 386/2016, del 10 de junio.

²⁷⁸ SAP 444/2017, del 30 de noviembre.

²⁷⁹ SAP 407/2017, del 8 de mayo y SAP 398/2016, del 28 de octubre.

²⁸⁰ SAP 659/2017, del 10 de noviembre y SAP 42/2017, del 20 de febrero.

²⁸¹ SAP 382/2019, de 11 de febrero.

²⁸² STS 196/2016, del 9 de marzo

entregar dinero por sus labores de aparcacoches²⁸³ y en la otra se produjeron por echarle del vestíbulo del metro con comentarios tales como "te vas a enterar" o "te cambias de ropa y nos vemos fuera" al personal de la estación²⁸⁴.

Respecto al delito leve de ocupación de bienes inmuebles penado en el artículo 245.2 del CP de 1995, se presentó únicamente en cuatro sentencias por la ocupación de una vivienda (SAP 300/2016, del 23 de junio; SAP 176/2017, del 6 de marzo; 793/2016, del 22 de noviembre; SAP 260/2016, del 17 de mayo).

Asimismo, en consonancia con lo destacado por el Ministerio del Interior en sus estadísticas, existieron sentencias de personas sin hogar que cometieron delitos contra su colectivo en diferentes ámbitos, como en la esfera sexual, en la cual se produjeron diversas agresiones sexuales,²⁸⁵ constituyéndose, en ocasiones, en concursos con otros delitos.²⁸⁶ De modo similar, otra tipología constatada fue la violencia de género en la que existieron delitos de maltrato y quebrantamiento de condena por no respetar la orden de alejamiento impuesta, siendo el sujeto pasivo una mujer sin hogar.²⁸⁷

Prosiguiendo con la investigación, la delincuencia organizada y los delitos que engloba, como el tráfico de drogas, la trata de seres humanos o los delitos contra la hacienda pública, tuvieron presencia en el análisis, debido a que en muchas ocasiones utilizan a estas personas para obtener un lucro económico²⁸⁸, de las cuales me gustaría destacar la utilización de indigentes como mulas para transportar la droga²⁸⁹, y un caso especial, que llamó mi atención, en el cual se intentó utilizar a una persona sin hogar para un trasplante de órganos²⁹⁰.

²⁸³ SAP 196/2016, del 30 de mayo.

²⁸⁴ SAP 255/2018, del 4 de junio.

²⁸⁵ Un ejemplo lo constituye una acaecida después de una cena en una chabola. SAP 703/2017, del 8 de diciembre.

²⁸⁶ Un ejemplo de concurso con un delito de lesiones fue cuando el autor delictivo le ofreció a la víctima ir a un sitio abandonado para dormir, y una vez allí, ante la negativa de la mujer de tener relaciones sexuales, el sujeto activo del delito forcejeó con ella, la golpeó y la penetró. SAP 846/2017, del 18 de mayo.

²⁸⁷ SAP 139/2019, del 20 de febrero y SAP 1193/2018, del 15 de octubre.

²⁸⁸ SAP 142/2018, del 28 de febrero; SAN 6/2018, del 8 de marzo; STS 265/2018, del 26 de enero; SAP 455/2016, del 8 de octubre; SAP 104/2017, del 16 de mayo; SAN 10/2017, del 3 de abril; STS 196/2017, del 24 de marzo y SAP 244/2016, del 26 de abril.

²⁸⁹ SAP 388/2017, de 26 de junio.

²⁹⁰ SAP 8032/2016, del 13 de octubre

Finalmente, otros delitos aislados que se constataron fueron de estafas leves²⁹¹, de daños efectuados a diversos coches²⁹², de lesiones con abusos sexuales²⁹³, de exhibicionismo²⁹⁴, y de violencia de género²⁹⁵.

La conclusión de la investigación realizada es que las personas en situación de sinhogarismo cometen en su mayoría delitos leves, como el hurto, resistencia a la autoridad, lesiones u ocupación pacífica de bienes inmuebles, por lo que se podría deducir la existencia de aporofobia en los tipos penales, que se traduce en una criminalización de las personas en situación de extrema pobreza por delitos de escasa trascendencia.

3.2. Circunstancias que modifican la responsabilidad penal de las personas sin hogar.

En el presente apartado, examinaré las categorías delictivas expuestas anteriormente en aras a comprobar si existen recursos para la absolución, o al menos atenuación, de la pena para el colectivo de personas sin hogar en la legislación española. En el caso de que se contemplen, profundizaré en el ámbito que corresponda con el fin de otorgar una explicación de su inaplicación en los tribunales.

3.2.1. La eximente del hurto famélico.

El estudio de la modificación de la responsabilidad penal de las personas sin hogar se iniciará con la eximente del hurto famélico por ser el hurto el grupo más numeroso, recorriendo de forma breve la evolución del hurto famélico hasta la actualidad:

Entre los siglos XVII y XIX se desarrolló por parte de teólogos morales y pensadores, en el campo de la escolástica española, la incidencia de la pobreza en la responsabilidad penal de los sujetos del hurto por necesidad²⁹⁶. En esta, encontramos similitudes con las construcciones actuales²⁹⁷.

²⁹¹ SAP 171/2017, del 25 de abril

²⁹² SAP 744/2019, de 29 de enero.

²⁹³ SAP 682/2018, del 30 octubre.

²⁹⁴ La condena por este delito se estableció al enseñarle una persona en condición de sinhogarismo sus genitales a unos menores. SAP 339/2017, del 24 de mayo.

²⁹⁵ SAP 267/2017, del 4 de mayo

²⁹⁶ En aquella época, una tesis que fundamentó su impunidad penal, o al menos una atenuación de su responsabilidad penal, fue la teoría de la vuelta a la comunidad de bienes que explicó como los bienes materiales consignados para las necesidades de los hombres podrán ser sustraídos conforme a la ley siempre y cuando dicha necesidad fuese evidente e inaplazable. Esta idea también tuvo su origen en la universalidad de los bienes debido a que estos están dispuestos por Dios, y por ende, pueden ser disfrutados por todos los seres humanos, sin la supresión de la propiedad. Estos planteamientos desembocaron en un amplio debate sobre los supuestos en los cuales debía ser aplicada y con referencia a que

En la historia de España, el hurto famélico (o robo necesario denominado en algunos textos), era perdonado por los tribunales,²⁹⁸ a pesar de que no hubiese referencias explícitas en la legislación, en sus dos ejemplos típicos: el apoderamiento por parte de una persona sin hogar de comida para alimentarse o ropa para cubrir su desnudez²⁹⁹, los cuales fueron muy numerosos en las hambrunas existentes en la Edad Media³⁰⁰.

Los requisitos que se desarrollaron para su aplicación en los siglos anteriores fueron varios:

El primer requisito es la necesidad extrema, de la cual se desprende que solo caben los bienes naturales, aunque debido a las enormes dificultades que produjeron se remitieron a la casuística. En cuanto a la definición de extrema, esta supuso un límite haciendo referencia a un peligro actual o inminente en la vida del sujeto. Respecto a la última condición, se exige que se hayan realizado otras actuaciones lícitas para obtener el bien, como puede ser la mendicidad o pedirlo de modo gratuito al que la posee, por lo que el hurto debe ser el último recurso. En consecuencia, se desprende de estas ideas que la apropiación no debe exceder de lo estrictamente necesario como tercer requisito.³⁰¹ La cuarta condición es que la necesidad no pudo ser generada por el sujeto que alega el hurto famélico. Esta ha sido muy conflictiva y se asimila a la falta de provocación necesaria en la legítima defensa, siendo la concepción más aceptada la expuesta por Jiménez de Asúa con relación a un estado de necesidad completo si esta se ha producido por vagancia, y solo una atenuación si se constata dolo en su conducta, aunque coexisten otros conceptos más restrictivos.³⁰² Además, existe una prohibición de hurtar a la persona que se encuentre en su misma situación³⁰³. Para finalizar, se debe

tipo de necesidades. JIMÉNEZ DE ASÚA, L, *Tratado de Derecho Penal*, T.IV, 1976, pp. 478-481.

²⁹⁷ CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo blanch, 2019, p. 38.

²⁹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, JIMÉNEZ DE ASÚA, L, "El hambre como «circunstancia atenuante» y el «estado de necesidad»" en *Trabajos del Seminario de Derecho Penal*, (JIMÉNEZ DE ASÚA, dir), T.I, 1922, p. 325.

²⁹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Talleres gráficos de la penitenciaría nacional, 1922, p. 74

³⁰⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, "El hambre como «circunstancia atenuante» y el «estado de necesidad»", Op. cit, p. 308

³⁰¹ CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. cit, pp. 41-42.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Op. cit, p. 77.

verificar la restitución del bien hurtado después de haber revertido la necesidad, en la cual la doctrina está dividida, constituyendo un punto intermedio el sector que alega su cumplimiento si mejora su situación, mientras que si su pobreza se alarga en el tiempo este no deberá ser considerado³⁰⁴.

Otra cuestión contemplada en aquellos siglos fue la realización del hurto famélico por un tercero, la cual fue aceptada, con el matiz de que, inicialmente, siempre y cuando este no fuese un indigente, debía darle lo que estuviese en su poder.³⁰⁵

Avanzando en el tiempo, la primera referencia explícita de esta figura en las leyes penales españolas se produjo con el artículo 755 del CP de 1822 que expresa una atenuación de la pena para los apoderamientos realizados con el objetivo de conseguir comida o vestimenta, ya sea para la propia persona o para su familia.³⁰⁶ Algunos autores como Hegel sólo defendían el hurto famélico para los casos en los que existe un peligro inminente para la vida del necesitado, es decir, avalando una ética de la supervivencia, cuya idea fue predominante en el Derecho Comparado³⁰⁷. En cambio, este mismo autor también fundamentó un cambio hacia una ética del reconocimiento.³⁰⁸

Sin embargo, la referencia específica a esta cuestión fue abandonada en la mayoría de los Códigos Penales por la desaparición de las hambrunas generalizadas, y por lo tanto, de este tipo de situaciones, aunque hoy en día es suficiente con que se prevea en la legislación un estado de necesidad amplio que englobe estas,³⁰⁹ como es el caso español que se estudiará de forma posterior.

Consecutivamente, el resurgir del hurto famélico en el siglo XX se produjo con un capítulo de «Los Miserables» de Víctor Hugo que manifiesta una crítica hacia el derecho penal de la época³¹⁰, pese a que el origen es

³⁰⁴ CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. cit, pp. 43-44.

³⁰⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Op. cit, p. 78.

³⁰⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, "El hambre como «circunstancia atenuante» y el «estado de necesidad»", Op. cit, p. 325.

³⁰⁷ CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. cit, p. 308.

³⁰⁸ CIGÜELA SOLA, J, "Aproximación a una dogmática de la exclusión social: de la imputabilidad a la individualización", Op. cit, pp. 28-29.

³⁰⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Op. cit, p. 79-80.

³¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, "El hambre como «circunstancia atenuante» y el «estado de necesidad»", Op. cit, 318-319.

atribuido a Chateau-Thierry, un juez francés conocido como *el buen juez*, quien absolvió o impuso sentencias mínimas a sujetos acusados por el ejercicio de la mendicidad o el hurto en condiciones extremas para la supervivencia, por ejemplo, en aplicación a una madre que robó pan para su hijo. A raíz de esto, intentó introducir excusas absolutorias para estos comportamientos en el Código Penal Francés, sin embargo, no fueron acogidas por el gobierno de su tiempo.³¹¹

A pesar de esto, el hurto famélico se podía amparar en el estado de necesidad³¹² en diversos Códigos Penales anteriores.³¹³ En el caso español, en las leyes penales de 1848 y 1870 se podía encuadrar en artículos genéricos, por ejemplo, el consagrado en el apartado 7º del artículo 8º del CP de 1870 que configuraba como una eximente la evitación de un mal ejecutando un hecho que produzca menoscabos en propiedad ajena siempre que se constatare la realidad del mal que se trata de evitar, que este mal sea superior al realizado para evitarlo, y la inexistencia de otra alternativa menos lesiva para evitarlo.

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el primer caso que trató fue el de unos jornaleros que robaron pan a causa del hambre. El tribunal mencionado negó la aplicación de dicha eximente por no cumplirse los requisitos, ya que entendió que los daños efectuados no se produjeron para evitar un mal mayor.³¹⁴ A pesar de esto, aplicó el apartado 7 del artículo 9 del CP de 1870 que atenuaba la responsabilidad de "*obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación*". De igual modo, también aplicó el artículo expuesto a un suceso que trata sobre un joven que hurtó varios objetos de escaso valor para saciar su hambre.

No obstante, hubiese sido más acertada la argumentación con base al artículo 8, apéndice 7, en sendos casos. La problemática de ambas sentencias radica en la ausencia de conocimiento acerca del estado de necesidad (tanto

³¹¹ HURTADO CABRERA, E.M, "El Estado de necesidad como excluyente de responsabilidad penal en caso de hurto famélico" en *Repositorio Institucional UNIANDES*, 2016, p. 16.

³¹² Una de las definiciones más aceptadas en su tiempo de estado de necesidad fue la desarrollada por Von Listz, la cual fue acogida por otros pensadores de la época, como Lehrbuch que expone "*El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos*" VON LISTZ, F, *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la 20a edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, vol.II, Reus, 1916, p. 341.

³¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, "El hambre como «circunstancia atenuante» y el «estado de necesidad»", Op. cit, p. 325.

³¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Op. cit, pp. 114-116

de los escritores españoles como de los tribunales), y de la cabida de este tipo de situaciones en dicha cláusula.³¹⁵

Como se puede observar, bajo la tendencia expuesta por el Tribunal Supremo, la realización de un hurto famélico suponía una atenuación de la pena, hasta que en el 1944 ³¹⁶este tribunal abogó por su establecimiento como un estado de necesidad, cuya regulación fue una causa de justificación y exculpación, es decir, que se contemplaba como un estado de necesidad justificante y exculpante³¹⁷, pese a que su aplicación fue muy restringida³¹⁸.

El motivo de la escasa aplicación de esta figura han sido los requisitos requeridos, destacando entre ellos: la realización del hurto como único medio para solventar la situación de peligro y la exigencia de haber agotado otros recursos (por ejemplo, la beneficencia). Sin embargo, años más tarde, el concepto de mal ha disminuido sus restricciones, abandonando la exigencia del peligro inminente para la vida, siendo suficiente una situación de indigencia³¹⁹. De igual modo, se han sido flexibilizados las condiciones y han aumentado las situaciones abordadas, como la consideración del sufrimiento personal y/o familiar a partir del año 1985³²⁰.

Con relación al aspecto desarrollado previamente, la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1985 fue muy importante debido a que analizó de forma completa las condiciones para hacer efectiva la apreciación del hurto necesario como una eximente del estado de necesidad³²¹ (e inclusive, expuso los requisitos básicos del estado de necesidad del periodo), siendo algunas de ellas: la exigencia de utilización de vías legítimas para salvar el bien, ya que si esta no concurre no se podrá apreciar la eximente completa, o la extensión de las necesidades humanas a la alimentación, vestimenta, vivienda y asistencia médica o farmacéutica, abandonando la condición de peregrinar solicitando ayuda por la beneficencia del lugar

³¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L, "El hambre como «circunstancia atenuante» y el «estado de necesidad»", Op. cit, pp. 337-340.

³¹⁶ Después de la apreciación incipiente del hurto famélico en los Códigos Penales de 1848 y 1870, esta figura fue ampliada en su esfera de protección con el CP de 1882 encontrando su máximo desarrollo en el CP de 1944 y en el Código de Justicia Militar de 1945. STS 09/12/1985, p. 3.

³¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M, "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, pp. 663-664.

³¹⁸ CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. cit, P. 311

³¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M, "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español", Op. cit, pp. 666-667.

³²⁰ GARCÍA ARÁN, M, *El delito de hurto*, Tirant lo blanch, 1998, pp. 137-140.

³²¹ SÁNCHEZ MORENO, J, *El hurto*, Bosch, 1999, pp. 29-31.

requerida en el pasado. Igualmente, se mantuvo de legislaciones previas la posibilidad de aplicar el auxilio necesario, es decir, amparando al sujeto que actúa para la salvación de un tercero, o inclusive de la comunidad.

Definitivamente, a pesar de la existencia de divergencias sobre su constitución, se consolidó mayoritariamente como un estado de necesidad en el siglo XX.³²²

En la actualidad, en la legislación penal española el hurto famélico se constituye como un estado de necesidad justificante debido a que prevalece el bien jurídico vida sobre la propiedad, es decir, se sacrifica un mal menor (por ejemplo, la propiedad) por un mal de un valor superior (por ejemplo, la vida). Este encuentra cabida en el artículo 20.5º del CP de 1995 y para su aplicación es necesario constatar tres requisitos: la superioridad del mal que se trata de evitar frente al mal causado, la inexistencia de provocación intencional de la situación de necesidad por el sujeto y que el necesitado no deba sacrificarse, ya sea por oficio o cargo.

En consecuencia, se puede comprobar su evolución desde los diferentes Códigos Penales hasta su texto vigente, en el que se elimina el elemento subjetivo de actuar impulsado por un estado de necesidad, y por el cual no es excluido si existen otros móviles, entre otras consideraciones.³²³

No obstante, no voy a profundizar en la figura del estado de necesidad, sino que focalizando la atención en el hurto famélico voy a exponer las tres vías a través de las cuales, bajo lo expuesto por la doctrina, ha existido una ampliación de esta en nuestra legislación: la extensión del concepto del mal, la aplicación a otros tipos penales (por ejemplo, la estafa), y la flexibilización de la existencia de otra alternativa,³²⁴ por lo que, entre otras condiciones, se mantiene la inexistencia de haber acudido a comedores sociales o establecimientos rogando el bien sustraído.³²⁵

En síntesis, el concepto de hurto famélico ha evolucionado en la doctrina española, con una respectiva ampliación de la protección, en la cual ya no sólo se defiende su propia vida, sino también otros derechos asociados como la dignidad. Pese a esto, otros requisitos han sido inamovibles como el agotamiento de recursos en el ámbito personal, familiar y laboral, o el

³²² CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. cit, p. 49.

³²³ GARCÍA ARÁN, M, Op. cit, p. 141.

³²⁴ Esta circunstancia se puso de manifiesto en la STS del 9 de diciembre de 1985, como ya he expuesto.

³²⁵ CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. cit, pp. 311-313.

referente a que sólo debe hurtarse el bien estrictamente necesario, el cual ha sido exigido en épocas anteriores.³²⁶

Por consiguiente, en aplicación a todo lo expuesto sobre dicha eximente en el análisis jurisprudencial realizado, me dispongo a profundizar en la sentencia que versa sobre el hurto de dos botes de champú, en la cual se solicita la exoneración de la responsabilidad penal alegando la excusa abordada. En esta, el tribunal sentenciador se limita a explicar que la justificación de la defensa de que estaba mirando los productos y no iba a robarlos es incompatible con el hurto famélico, por lo que únicamente dedica dos líneas a argumentar su inaplicación.³²⁷ Por lo tanto, se puede observar el problema comentado al inicio del capítulo en el que el acceso a un buen abogado supone un factor clave para su condena ya que *prima facie* este es un ejemplo de hurto famélico en atención a la satisfacción de necesidades básicas, como pueden ser las higiénicas³²⁸, y a la escasa entidad de lo sustraído.

De modo similar, la dificultad de no poder acceder a una buena defensa se plasma en la condena por el apoderamiento de dos prendas de vestir y una taza de plástico que suman un valor de 9€, en la cual no se menciona la eximente del hurto famélico.³²⁹

En mi opinión, al igual que expuse la sentencia que versa sobre los botes de champú, la conducta expresada en el párrafo previo podría tener cabida en la eximente abordada, o al menos, esta debería ser investigada, ya que como he explicado, las necesidades de vestimenta son acogidas por nuestra doctrina y jurisprudencia.

En suma, ante la inapreciación de la eximente del hurto famélico en la investigación realizada, indagué en el uso de esta circunstancia en la jurisprudencia española desde el inicio del año 2018, cuyos resultados fueron insatisfactorios debido a que sólo ha sido aplicada en una ocasión, en su modalidad incompleta, frente a un delito patrimonial leve.

Enlazando con lo expuesto, la sentencia que apreció la eximente que está siendo estudiada expone que la persona sin hogar actuó para satisfacer una necesidad alimenticia por su miserable situación económica. En efecto, de los hechos se desprende que el acusado solicitó inicialmente a los clientes de la panadería y a la empleada que le diesen un poco de comida, pero ante la

³²⁶ CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. cit, pp. 310-312.

³²⁷ SAP 743/2017, del 24 de noviembre.

³²⁸ Aunque las necesidades higiénicas no han sido mencionadas por la doctrina y los tribunales españoles en aplicación del hurto famélico, creo que sería interesante estudiar en qué medida estas podrían tener cabida en la eximente mencionada.

³²⁹ SAP 329/2018, del 6 de julio.

negativa de estos, se llevó un bocadillo después de intimidar a la dependienta, lo que determinó la aplicación de la eximente incompleta por causar un mal excesivo.³³⁰

En contraposición a esta, existieron seis sentencias en las cuales el hurto de comida no superó los diez euros (SAP 38/2019, del 20 de marzo; SAP 104/2019, del 22 de febrero; SAP 192/2018, del 21 de septiembre; SAP 411/2018, del 20 de julio; SAP 34/2018, del 29 de enero; SAP 259/2018, del 13 de agosto), destacando entre ellas el robo de una tableta de chocolate que fue determinada como un capricho para el tribunal³³¹ o un loncheado de jamón que, según la Audiencia Provincial, no puede apreciarse como un producto de primera necesidad, lo que constituyó la única alegación expuesta para no apreciar el hurto famélico³³². En los demás apoderamientos de comida, las cantidades fueron superiores (SAP 79/2019, del 15 de febrero; SAP 775/2018, del 4 de octubre; SAP 131/2018, del 8 de mayo; SAP 587/2018, del 29 de octubre; SAP 801/2018, del 27 de noviembre; SAP 497/2018, del 11 de octubre; SAP 60/2018, del 29 de enero), por ejemplo, la condena por robo con fuerza en las cosas de una cecina que estaba secando en una sala³³³ o de un jamón entero en un supermercado.³³⁴

Asimismo, en otras observé grandes dificultades para la apreciación de la eximente completa por el valor que suponen (SAP 469/2018, del 27 de julio; SAP 18/2018, del 13 de abril; SAP 105/2018, del 20 de febrero; SAP 60/2018, del 21 de marzo; SAP 33/2018, del 26 de enero; SAP 2/2018, del 2 de enero), a pesar de que considero que estudiar dicha figura debería ser imprescindible en el caso de personas sin hogar cuando se adviertan ciertos requisitos.

No obstante, en la mayoría de las sentencias presentadas la inaplicación de esta figura se argumenta por la existencia de servicios y comedores sociales que podrían satisfacer las necesidades más básicas de alimentación, vestimenta y alojamiento. En este punto, cabe destacar que esta justificación no resultaría compatible con la inexigibilidad de solicitar ayuda a la beneficencia expuesta por la STS 09/12/1985, de la cual se derivó un mantenimiento por la doctrina mayoritaria sobre la inexigibilidad de haber acudido a comedores sociales. Por ende, sería necesaria una investigación más profunda sobre esta aparente contradicción, ya que parece que en vez de avanzar, en los últimos años se están exigiendo condiciones más estrictas, lo que deriva en una inaplicación sistemática del hurto famélico. Igualmente, la

³³⁰ SAP 102/2019, del 11 de febrero.

³³¹ SAP 192/2018, del 21 de septiembre.

³³² SAP 259/2018, del 13 de agosto.

³³³ SAP 497/2018, del 11 de octubre.

³³⁴ SAP 60/2018, del 29 de enero.

falta de pruebas que corroboren que es una persona en pobreza extrema y sin recursos ha sido un medio muy utilizado por los tribunales en el estudio desarrollado. En consecuencia, una hipótesis plausible es que estas dinámicas respondan a razones aporófobas insertas, no sólo en nuestra legislación penal, sino también en los operadores jurídicos que las aplican.

Por otra parte, una particularidad que se desprende de la investigación realizada es que en treinta sentencias se solicita la aplicación de la doctrina del hurto necesario por el delito leve de ocupación pacífica de bienes inmuebles, que es muy recurrente en las personas en condición de sinhogarismo³³⁵, en consonancia con la necesidad de vivienda que podría tener cabida en esta figura.

A diferencia de esta dinámica, en los resultados de mi investigación no he observado ningún caso claro de personas sin hogar que aleguen la excusa absolutoria mencionada. En la mayoría de las ocasiones, son madres que alegan la eximente por la incapacidad económica de obtener un hogar digno para sus hijos, aunque esta fue rechazada en todas las ocasiones argumentando el incumplimiento de los requisitos del artículo 20.5 del CP de 1995 como: la inminencia y gravedad de la necesidad (SAP 50/2019, del 29 de enero; SAP 658/2018, del 25 de septiembre o SAP 170/2018, del 10 de diciembre), la ausencia de pruebas del estado famélico (SAP 504/2018, del 14 de septiembre; SAP 471/2018, del 20 de noviembre; SAP 256/2018, del 28 de junio) o el incumplimiento de la condición de haber agotado los cauces legales (SAP 676/2018, del 29 de noviembre; SAP 426/2018, del 2 de julio; SAP 126/2018, del 16 de marzo; SAP 411/2018, del 27 de junio). Además, los tribunales han manifestado que existen vías legales para que personas que se encuentran en situaciones económicas difíciles obtengan viviendas accesibles³³⁶, así como que el paro y las dificultades económicas no sirven para apreciar dicha eximente, inclusive en su vertiente incompleta.³³⁷

En síntesis, se evidencia una línea de investigación que podría ser de mucha utilidad para las madres y los padres con cargas familiares a los cuales no se les concede una vivienda adecuada, pero excede de este trabajo dicho ámbito por no corresponderse con el colectivo y la materia que están siendo objeto de estudio.

³³⁵ En esta categoría delictiva debemos diferenciar a los indigentes de los ocupas, pudiendo ser calificados estos últimos como delincuentes de la protesta. SILVA SÁNCHEZ, J.M, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Op. cit, pp. 88-89

³³⁶ SAP 658/2018, del 25 de septiembre, p. 5.

³³⁷ SAP 35/2018, del 1 de marzo, p. 5.

3.2.2. Otras circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Prosiguiendo con la temática de aplicación del estado de necesidad expuesta en el apartado anterior, aunque esta vez focalizado en otras carencias (diferentes a la vestimenta, el alimento o la vivienda), y haciendo referencia al análisis de sentencias inicial, otra cuestión que se ha investigado es la de los sujetos que transportan sustancias estupefacientes, conocidos como *los correos de la droga*, que son personas utilizadas por las mafias y la delincuencia organizada en razón de sus condiciones de extrema vulnerabilidad y pobreza³³⁸.

Esta dinámica previamente descrita, la cual ha sufrido un aumento en los últimos tiempos, ha sido presenciada en los tribunales. En estos, los sujetos solicitaban la aplicación del estado de necesidad por la inexistencia de medios económicos para hacer frente a diversas necesidades vitales. A pesar de esto, las alegaciones han obtenido un rechazo sistemático, cuyos motivos se podrían configurar en dos categorías: en primer lugar, las razones dogmáticas, cuya ejemplificación se expresó en la STS del 24 de julio del 2000 en la cual se alega que el mal de traficar con drogas es mayor que los sufrimientos aducidos por las personas y, en segundo lugar, los fundamentos político-criminales, debido a que la absolución de estos sujetos podría suponer la legitimación de dichas conductas desde el punto de vista de la ciudadanía, entre otros motivos.³³⁹

En definitiva, se puede contemplar la infravaloración de la pobreza y las condiciones de vida inhumanas que están realizando los juzgados de los sujetos que se exponen a un riesgo de muerte. En contraposición a esto, los órganos sentenciadores están poniendo la atención en los perjuicios que podría causar la difusión de esas drogas en la ciudadanía, pero sin abordar completamente la conjunción de problemáticas que se desenvuelven, es decir, la condición de pobreza extrema y las necesidades que impulsan a estos sujetos al tráfico de drogas.³⁴⁰

Respecto a lo mencionado en el párrafo anterior, en muchas ocasiones, las conductas de tráfico se realizan para salvar la vida de un familiar, cuya actuación, en la cual el delito se realiza para sufragar los gastos de una operación que sea imprescindible para que no se produzca la muerte del

³³⁸ CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. cit, pp. 313-318.

³³⁹ CIGÜELA SOLA, J, "Aproximación a una dogmática de la exclusión social: de la imputabilidad a la individualización" Op. cit, pp. 31-35

³⁴⁰ *Ibidem*, pp. 35-37.

sujeto o sus familiares, ha sido apreciada, habitualmente, como una atenuante en los tribunales.³⁴¹

Un ejemplo de lo expuesto, lo constituye el caso de un sujeto que para salvar la vida de su hija, quien necesitaba una operación urgente por su enfermedad respiratoria, transportó hasta 59 bolas de cocaína en su organismo desde Bogotá hasta España. El autor del delito fue condenado por un delito contra la salud pública y absuelto por el delito de contrabando que se le había imputado, debido a que, como se ha aludido, pese a que se aplique una eximente completa o incompleta por el segundo delito, respecto al primero se ha mantenido la tesis de que el tráfico de drogas es un mal mayor que cuestiones tales como la expresada en la sentencia.³⁴²

Continuando con el grupo delictivo de resistencia y atentado a los agentes de autoridad, al igual que se destacaba al inicio del capítulo, concuerdo con la doctrina que alega su no punición en los sujetos excluidos, ya que sus conductas se corresponden con acciones de defensa ante un Derecho penal injusto y un Estado que no les protege.³⁴³ Un ejemplo de lo aludido, es la condena de una mujer por la realización de un fuego para calentarse, debido a que esta conducta no hubiese tenido lugar si el gobierno hiciese efectivo el derecho a una vivienda digna como resalta el artículo 47 de la CE de 1978.

Ulteriormente, voy a exponer de forma breve los artículos generales que podrían ser aplicados para efectuar una adecuación de la pena a la población objeto de estudio:

En primer lugar, con el objetivo de individualizar la pena, el artículo 66.1.6ª del CP de 1995 manifiesta que se podrán valorar las condiciones personales del delincuente, abarcando de igual modo las referentes a su medio social, económico y familiar. Además, existe la posibilidad de que se tome como referencia la motivación que le ha llevado al sujeto a delinquir. En síntesis, este factor de flexibilización de la pena podrá operar en beneficio del reo, cuando no se hayan constatado agravantes o atenuantes, para obtener una mayor justicia social³⁴⁴ ya que, como se ha comprobado en el desarrollo del capítulo, se está produciendo una penalización excesiva en el colectivo de personas sin hogar por conductas de bagatela.

³⁴¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, "Pobreza y estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español" en *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, (CUERDA RIEZU, dir), 2006, p. 236.

³⁴² STS 43/1998, del 23 de enero.

³⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J.M, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Op. cit, p. 80-85

³⁴⁴ CÁMARA ARROYO, S, "Justicia Social y Derecho Penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)", Op. cit, p. 244-252.

Desafortunadamente, en el análisis de sentencias realizado no he constatado la atenuación de la pena con base a este artículo, por lo que inicialmente se podría concluir que no está siendo aplicado en los sujetos en situación de exclusión social. Sin embargo, en la mencionada investigación de sentencias si ha existido una fuerte presencia del artículo 50.5 del CP que determina la pena de multa con relación a la situación económica del sujeto.

En segundo lugar, la doctrina mayoritaria ha destacado la posibilidad de apreciar el artículo 20.3º del CP de 1995 por alteración de la percepción, la cual admite una distorsión de la realidad en situaciones de extrema pobreza, sobre todo, si se han apreciado socializaciones anómalas³⁴⁵.

Recapitulando, después de los estudios realizados, la conclusión que se obtiene es que los juzgados no están respondiendo adecuadamente a las situaciones de extrema pobreza, y más específicamente, de personas sin hogar. De acuerdo con esto, el Estado no sólo está incumpliendo su posición de garante del respeto a los derechos humanos de este colectivo, sino que está condenándolo por conductas que son generadas por las necesidades que él mismo ocasiona.

Igualmente, este trabajo supone un primer acercamiento a la respuesta que los tribunales están otorgando a las personas sin hogar, por lo que sería necesario realizar un análisis más profundo y amplio de las sentencias que versan sobre estos sujetos, con el objetivo de identificar las variables que influyen y determinan los fallos de los órganos sentenciadores.

Asimismo, me gustaría concluir con unas líneas generales sobre los cambios que se deben realizar para frenar y solventar la irracionalidad selectiva ejercida por el Derecho Penal sobre las personas sin hogar.

En este punto, me gustaría destacar que se debería despenalizar, o al menos disminuir la pena, de las conductas que se imponen de forma sistemática sobre las personas sin hogar, como son los hurtos de escasa entidad que se han manifestado ampliamente en el análisis efectuado. Además, mejorar el derecho a una defensa efectiva contribuirá a la obtención de una mayor justicia social.³⁴⁶

De igual modo, es necesario retomar un Derecho Penal mínimo y garantista, que contrarreste la sobre-criminalización de la pobreza existente y luche contra los criterios judiciales estrictos y represivos, ya que se ha podido comprobar que la eximente del hurto famélico se ha aplicado más en la

³⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Op. cit, pp. 90-91.

³⁴⁶ CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. cit, pp. 352-354.

antigüedad que en la actualidad, lo que supone un retroceso en el humanismo de las penas.³⁴⁷

Sin embargo, no debemos olvidar que el sistema penal responde a las dinámicas existentes para el mantenimiento de las relaciones de poder desiguales³⁴⁸ por lo que sin el desarrollo de políticas sociales y de una igualdad efectiva, las dificultades de paralizar la dirección tomada por el Derecho Penal serán muy grandes³⁴⁹, sobre todo, cuando la fuente del problema se halla en el contexto social del sujeto.

Y es que como ya destacaba Vives en el siglo XVI "*¿Cuánto menos necesidad habría de penas si primero se cuidara bien de cortar de raíz la causa del mal en cuanto fuera posible?*" ³⁵⁰

³⁴⁷ VITALE, G.L., "Persecución penal de la pobreza", Op. cit, pp. 193-203.

³⁴⁸ BARATTA, A, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Op. cit, p. 211.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 214.

³⁵⁰ VIVES, J.L, *Del socorro de los pobres o de las necesidades humanas, traducido por Gonzalo Nieto, libro segundo, capítulo I*, 1781, p. 160.

4. CONCLUSIONES

La aporofobia, cuya definición es la aversión o rechazo hacia el pobre, es un fenómeno presente en la sociedad española, la cual afecta, especialmente, al colectivo de personas sin hogar, por su condición de extrema vulnerabilidad, cuyas cifras han sufrido un aumento en los últimos tiempos. El gobierno español, como respuesta al crecimiento de este colectivo, ha adoptado una Estrategia Nacional Integral para los años 2015-2020, que tiene como objetivo principal restaurar el proyecto de vida de estas personas y disminuir profundamente su cifra. No obstante, la problemática que presenta la aporofobia es la escasez de bibliografía y de estadísticas, por lo tanto, este trabajo pretende contribuir al conocimiento de este fenómeno en el territorio nacional, fundamentalmente, en el ámbito penal.

En cuanto a la exclusión social, en la cual se ven inmersas las personas sin hogar, se relaciona con diferentes categorías, como la inmigración o el género, con el correspondiente sinhogarismo oculto femenino, aunque la más importante para el colectivo de personas sin hogar es la pobreza, que implica una falta de libertad absoluta en el grupo mencionado. La respuesta adoptada por el Estado, ante la proliferación de las formas de marginación social, ha sido la disminución de las políticas sociales y la focalización de la política criminal en la pequeña delincuencia, cuyos efectos han sido agravados por la globalización y los flujos migratorios a los cuales asistimos en los últimos años. El conjunto de estas acciones ha desembocado en un aumento de la pobreza y en un reclamo de la sociedad de mayor seguridad ciudadana, que ha sido abordada a través del control operado por diversas instituciones, esencialmente, las penales, que han aumentado la represión, a pesar de su fracaso estrepitoso en la prevención de la criminalidad.

Prosiguiendo con la investigación, se presentaron las ideologías que se encuentran en la base de la aporofobia, las cuales son varias y han aumentado su protagonismo en los últimos años. En ellas, cabe destacar que son contrarias a los principios más básicos de nuestro ordenamiento jurídico, como es la igualdad consagrada como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1 de la CE de 1978.

El funcionalismo radical es la primera ideología abordada, cuyo máximo exponente es Jakobs. Este autor, defiende un Derecho penal del enemigo, que tiene como consecuencia la exclusión de muchos colectivos, a quienes les niega determinados derechos, ya que, según su argumentación, no poseen un mínimo de garantías cognitivas para ser tratados como "personas". Con base a esto, los sujetos excluidos son productores de riesgo y enemigos del sistema, entre los que se encuadran las personas sin hogar, quienes sufren un aumento de la presión ejercida sobre ellos. Por lo tanto, estas personas no

sólo deben luchar frente a la pobreza, sino también contra el control excesivo ejercido por las instituciones policiales y penales.

La segunda corriente es el actuarialismo punitivo, consistente en una teleología de gestión de riesgos en la cual los excluidos deben ser gestionados para disminuir sus riesgos, cuya ideología debe ser entendida con relación al gerencialismo, lo que supone atender a la nueva tesis de la gestión pública. Estas ideologías, priorizan la economía frente a la prevención del sistema penal, mostrando sólo los aspectos positivos de este, sin estudiar las problemáticas reales que subyacen a la criminalidad, y sin dotar de importancia al respeto de los derechos humanos. Ahora bien, centrando la atención en los colectivos, han creado un prototipo de sujeto de comunidad opuesto al grupo de sinhogarismo, a quienes se les aplica un modelo predelictual. El efecto producido por estas dinámicas es la influencia policial, judicial, penitenciaria y postpenitenciaria respecto a determinados colectivos, ya que la idea que persiguen es presentar a la sociedad que sólo un determinado grupo de sujetos comete delitos, por lo que en último término están criminalizando a estos sujetos, como son las personas sin hogar.

La tercera corriente es el punitivismo, entendida en conjunto con la expansión del Derecho penal, las cuales se han plasmado en las últimas reformas ejecutadas en el Código Penal Español, que han desembocado en un Derecho penal simbólico, del enemigo y del riesgo, y por ende, han continuado la tendencia presentada en las ideologías anteriores. Esta tendencia, está caracterizada por un Derecho penal excepcional y antigarantista en el cual se combate a los enemigos, por acciones sin potencial lesivo, a través de las leyes penales de la exclusión, como son las políticas de tolerancia cero o la teoría de las ventanas rotas, que concentran el aparato punitivo en las clases más desfavorecidas, entre los cuales se encuentra el colectivo de sinhogarismo.

No obstante, una idea fundamental es que las políticas criminales punitivistas expuestas previamente no son la causa de la exclusión, sino más bien un apoyo a un sistema de gobierno, en el cual los sectores más desfavorecidos son los más afectados negativamente. Estas dinámicas se ven favorecidas por el populismo punitivo, que realiza una construcción distorsionada del delito frente a la sociedad, con la finalidad de que los partidos políticos obtengan un beneficio electoral, a pesar de que disciplinas como la Criminología destaquen la inexistencia de racionalidad y efectividad en las políticas criminales adoptadas. Por estos motivos, las ideologías expuestas anteriormente deben ser combatidas, principalmente en los sectores más desfavorecidos, ya que la inseguridad social a la que aluden no se corresponde con el contexto criminal actual (como muestran las estadísticas oficiales), por lo que no están luchando contra los problemas reales. De igual modo, otras medidas que se deben adoptar son: empoderar a los sujetos más vulnerables, retomar la racionalidad político-criminal e implantar una

democracia real e inclusiva que cuente con la voz de los expertos en las temáticas.

Respecto a las estadísticas de victimización de las personas sin hogar por razón aporófoba, estas son recientes en el contexto español, y en ellas, cabe destacar el fenómeno de la infradenuncia. Los resultados del análisis de los datos nos muestran que las personas sin hogar por razón aporófoba sufrieron: lesiones (configurándose como la categoría delictiva mayoritaria), amenazas (que suelen corresponder la antesala de las lesiones), tratos degradantes (generalmente en concurso con otros delitos), delitos sexuales, e inclusive ataques más graves contra la vida, constituyéndose varios homicidios. Atendiendo a la variable del género, las mujeres fueron victimizadas en mayor medida que los hombres, especialmente en el ámbito sexual en el cual la diferencia de género fue abismal. De igual modo, en la investigación realizada descubrí que la motivación aporófoba no se había condenado en ninguna de las sentencias analizadas.

Por lo tanto, con base a la razón expuesta en el párrafo anterior, la inclusión de la aporofobia en nuestra legislación penal, ya sea como agravante genérica en el artículo 22.4 del CP de 1995 o como delito de odio en el artículo 510 del CP de 1995, es necesaria para una protección adecuada y efectiva del colectivo de sinhogarismo. Afortunadamente, en la actualidad existe una proposición de ley por la adhesión de la aporofobia en la agravante genérica que se encuentra a la espera de votación por el Congreso de los Diputados. Asimismo, considero que la introducción en sendos artículos se justifica porque son dos instituciones jurídicas distintas, que a pesar de estar vinculadas con el principio de igualdad, protegen ámbitos diferentes, así como la primera de ellas responde al modelo del ánimo (agravación de la pena por las motivaciones expuestas en cualquier ciudadano), mientras que los delitos de odio a uno mixto y expansivo que focaliza su atención en minorías vulnerables necesitadas de protección.

Continuando con el análisis jurisprudencial efectuado sobre la autoría delictiva de las personas sin hogar, cuya realización responde a la ausencia de estadísticas acerca de la temática propuesta, se ha desvelado que la tipología delictiva mayoritaria son los hurtos y los robos, es decir, los delitos contra el patrimonio, que corresponden con los delitos más cometidos en el territorio español desde el 2010, según los datos proporcionados por Instituciones Penitenciarias. Por este motivo, profundicé en la eximente del hurto famélico, en el cual denoté una inaplicación sistemática en los últimos años, pese a que algunos casos correspondían a *prima facie* con esta circunstancia. En consecuencia, se puede observar como el sistema penal español está respondiendo de forma inadecuada a la autoría de las personas sin hogar. En este punto, cabe destacar que el desarrollo de categorías dogmáticas para la modificación de la responsabilidad penal de estas personas ha sido mínimo en

España, pese a que se ha demostrado que la ley penal incide más en las clases más desfavorecidas económicamente, a excepción de algunos autores y disciplinas, como la Criminología, quienes han aportado algunos estudios. Por todo lo expuesto, es necesario combatir la irracionalidad selectiva que caracteriza al Derecho penal actual, fundamentalmente en las personas sin hogar.

Para concluir, considero que este trabajo ha expuesto la situación actual que viven las personas sin hogar en el sistema de justicia penal, caracterizada por la aporofobia, ya sea desde el punto de vista del autor como de la víctima, y por no respetar los principios rectores de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, como es el principio de igualdad. De igual modo, no se está obteniendo justicia social con relación al colectivo de sinhogarismo. Por ende, es necesario retomar un Derecho penal garantista y mínimo que abogue por la protección de todos los ciudadanos, independientemente de su condición, aunque este objetivo no se cumplirá de forma efectiva si no se incluye en el Código Penal una cláusula que englobe la aporofobia, así como si no se adecua la responsabilidad penal en la autoría de los colectivos excluidos, ya que, como ha demostrado la investigación realizada, la aporofobia está muy presente en la sociedad española, especialmente, en nuestro sistema penal.

5. BIBLIOGRAFÍA

ACHUTEGUI OTAOLAURRUCHI, "Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social" en *Revista de Victimología*, nº5, 2017.

ALASTUEY DOBÓN, "Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016.

AMBOS, "Derecho penal del enemigo" en *Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, (Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, coords), vol.1, Ibdif, 2006.

ANDRADE, "¿Qué es la "aporofobia"? Un análisis conceptual sobre prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres" en *la Agenda Social de la Revista de PPGPS/UENF*, nº 3, 2008.

ANTÓN MELLÓN, ÁLVAREZ JIMÉNEZ, y PÉREZ ROTHSTEIN, "Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión" en *Revista Crítica Penal y Poder*, nº9, 2015.

ANTÓN-MELLÓN, ÁLVAREZ, Y ROTHSTEIN, "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas" en *Revista Española de Ciencia Política*, nº 43, 2017.

ÁVILA VÁZQUEZ, "La aporofobia como delito de odio y discriminación" en *el Depósito Digital de la Universitat Autònoma de Barcelona*, 2017.

BANCO MUNDIAL, LAC Equity Lab: Pobreza, [en línea]. Recuperado de: <http://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/lac-equity-lab1/poverty>.

BARATTA, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico penal, 2004, Siglo XXI*, pp.183-186.

BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, 1998.

BOTELLA CORRAL, y PERES-NETO, "La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España" en *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España* (GARCÍA ARÁN Y BOTELLA CORRAL, dirs), Tirant lo blanch, 2008.

BRANDARIZ GARCÍA, "La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas" en *InDret*, 2014.

BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, Comares, 2007.

BUIL GIL, "¿Qué es la criminología? Una aproximación a su ontología, función y desarrollo" en *Derecho y Cambio Social*, 2016.

CÁMARA ARROYO, "Justicia Social y Derecho Penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM) en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2015, pp.241-242.

CÁRITAS, "Día de las Personas Sin Hogar: Voluntad política y compromiso común para erradicar el sinhogarismo", [en línea], 2018, Recuperado de: <https://www.caritas.es/noticias/dia-de-las-personas-sin-hogar-voluntad-politica-y-compromiso-comun-para-erradicar-el-sinhogarismo/>.

CARRASCO FLORIDO, "Mujeres sin hogar en España: un análisis sociográfico desde una perspectiva feminista" [en línea] (DE PABLOS ESCOBAR, dir) en *Repositorio de la Universidad Complutense de Madrid*, 2014. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/26317/>.

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS DOKUMENTAZIO ETA IKERKETA ZENTROA FUNDACIÓN EGUÍA-CAREAGA, "Estudio sobre la situación de las personas en situación de exclusión residencial grave en la CAPV 2014", [en línea], 2015. Recuperado de: <http://webcache.Googleusercontent.com/search?q=cache:zVHXb3QRUEQJ:www.eudel.eus/es/archivo/s/documento/1701/categoria/1118+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=es>

CHACÓN LEDESMA, "Delitos de odio y discriminación en el Código Penal" en *el I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de odio*, 2016. Recuperado de: <http://federacionkamira.es/wp-content/uploads/2017/01/PONENCIA-LUCIA-CHACON-Examen-de-los-tipos-especificos.pdf>

CIGÜELA SOLA, "Aproximación a una dogmática de la exclusión social: de la imputabilidad a la individualización" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2017, pp. 14-17.

CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo blanch, 2019.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, "Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal", 2018. Recuperado de: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-333-1.PDF.

CORTINA. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, 2017.

DEMETRIO CRESPO, "El Derecho Penal del enemigo darf nicht sein!*, sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho Penal del enemigo y la idea de seguridad" en *Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, (Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, coords), vol.1, Ibdif, 2006.

DÍAZ LÓPEZ, "El odio discriminatorio como circunstancia agravante", en *Repositorio de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado" en *Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, (Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, coords), vol.1, Ibdif, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, "El abuso del sistema penal" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017.

EUROPAPRESS, "Posverdad, aporofobia, buenismo y postureo, nuevas palabras del diccionario digital de la RAE", 2017. Recuperado de: <https://www.europapress.es/cultura/exposiciones-00131/noticia-posverdad-aporofobia-buenismo-postureo-nuevas-palabras-diccionario-digital-rae-20171220134544.html>.

EUROPEAN ANTI POVERTY NETWORK (EAPN), "Día de las Personas Sin Hogar, Más de 40.000 personas viven en situación de sinhogarismo en España", [en línea], 2018 Recuperado de: <https://www.eapn.es/noticias/902/mas-de-40000-personas-viven-en-situacion-de-sinhogarismo-en-espana>.

EUROPEAN OBSERVATORY ON HOMELESSNESS, "Extent and Profile of Homelessness in European Member States", [en línea], 2014. Recuperado de: https://www.feantsaresearch.org/download/feantsa-studies_04-web24451152053828533981.pdf

EUROSTAT, "Intentional homicides, 2016" [en línea]. Recuperado de: [https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=File:Intentional_homicides_2016_\(police-recorded_offences_per_100_000_inhabitants\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=File:Intentional_homicides_2016_(police-recorded_offences_per_100_000_inhabitants).png),

FAJARDO BULLÓN, "Características psicosociales de las personas en situación de exclusión social extrema" en *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, nº 1, 2011.

FUNDÉU BBVA, "Aporofobia, palabra del año 2017 para la Fundéu BBVA", 2017. Recuperado de: <https://www.fundeu.es/recomendación/aporofobia-palabra-del-ano-para-la-fundeu-bbva/>.

GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Tirant lo blanch, 1998.

GARCÍA DOMÍNGUEZ, "Aporofobia: una investigación cualitativa al colectivo de personas sin hogar en Salamanca", trabajo de fin de grado de Criminología en la Universidad de Salamanca, 2018.

GARCÍA, "El youtuber que ganó 2180 euros humillando a un mendigo" en *El País*, 2018. Recuperado de: https://elpais.com/ccaa/2018/04/16/catalunya/1523897915_664506.html.

GASTEIZ, "Beatriz Artolazabal: "El número de personas que pernoctan en la calle por su situación de exclusión residencial en Euskadi se ha reducido: en 2014 eran 323 y ahora son 274" Eusko Jaurlaritza, Gobierno Vasco, [en línea], 2017. Recuperado de: www.irekia.euskadi.eus. (Consultado el 9 de abril de 2019).

GIL VILLA, *Introducción a las teorías criminológicas, por qué rompemos con la norma*, Tecnos, 2013.

GOFFMAN, *Estigma, la identidad deteriorada*, Amorrortu, 2006.

GONZÁLEZ DE DURANA, A.A. "El concepto de exclusión en Política Social" en *Trabajo Social Hoy*, nº34, 2001.

GRACIA MARTÍN, *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo*, Idemsa, 2007.

HURTADO CABRERA, "El Estado de necesidad como excluyente de responsabilidad penal en caso de hurto famélico" en *Repositorio Institucional UNIANDES*, 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta a las personas sin hogar, avance de resultados, 2012" [en línea], 2012. Recuperado de: <https://www.ine.es/prensa/np761.pdf>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta sobre centros y servicios de atención a personas sin hogar" [en línea]. Recuperado de: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176925&menu=ultiDatos&idp=1254735976608.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Encuesta sobre las personas sin hogar" [en línea], 2005. Recuperado de: <http://www.ine.es/prensa/np398.pdf>.

IRANZO SÁNCHEZ, "Discriminación por razón de la condición social. La aporofobia", en *Repositorio digital de la Universidad Internacional de La Rioja*, 2014.

JAKOBS y CANCIÓ, *Derecho Penal del enemigo*, Aranzadi S.A, 2006.

JAKOBS y CANCIÓ, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, 2003.

JAKOBS, "Personalidad y exclusión en Derecho Penal", en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, (MONTEALEGRE LYNNET, coord), Universidad Externado de Colombia, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, "El hambre como «circunstancia atenuante» y el «estado de necesidad»" en *Trabajos del Seminario de Derecho Penal*, (JIMÉNEZ DE ASÚA, dir), T.I, 1922.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Talleres gráficos de la penitenciaría nacional, 1922.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, T.IV, 1976.

KILDUFF, "O controle da pobreza operado a través do sistema penal" en *Katál. Florianópolis*, nº2, 2010.

LANDA GOROSTIZA, "El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP" en *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española* (LANDA GOROSTIZA y GARRO CARRERA, dirs), Tirant lo blanch, 2018.

LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio. Artículo 510 y 22.4º CP 1995*, Tirant lo blanch, 2018.

LÓPEZ CARMONA, "Evolución de la exclusión residencial en Murcia y respuesta institucional" en *Digitum, Biblioteca Universitaria de la Universidad de Murcia*, [en línea], 2018. Recuperado de: <https://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/64984>.

LÓPEZ ORTEGA, "Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015)" en *Antropología Experimental*, nº 17, 2017.

MALDONADO, "La pobreza en los medios de comunicación" en *Más poder local*, nº30, 2017.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, "Pobreza y estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español" en *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, (CUERDA RIEZU, dir), 2006.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ y MENDOZA CALDERÓN, *Teorías de la Criminalidad*, Tirant lo blanch, 2013.

MARTÍNEZ NAVARRO, "Aporofobia" en *Glosario para una sociedad intercultural* (CONILL, coor), Bancaja, 2002.

MINISTERIO DE INTERIOR, "Balance de criminalidad del primer trimestre de 2018" [en línea], Recuperado de: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/8736612.

MINISTERIO DEL INTERIOR, Estadística penitenciaria, [en línea], años 2010, 2012, 2014, 2016, 2018 y 2019. Recuperado de: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/>.

MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España" [en línea] 2014. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+2014+so>

bre+la+evoluci%C3%B3n+de+los+delitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a/
b6c6026e-8b04-4f45-b513-e79551be411f7

MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España" [en línea] 2015. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/DELITOS+DE+ODIO+2015/c7caf071df8b-4309-ade6-1936032b850e>

MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España" [en línea] 2013. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+sobre+los+delitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a+2013.pdf/6f10f526-80f7-47a0-911b-d27c61c6cf40>

MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España" [en línea] 2016. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+2016+delitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a/6746b021-9197-48a0-833b-12067eb89778>

MINISTERIO DEL INTERIOR. "Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España" [en línea] 2017. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2017+v3.pdf/5d9f1996-87ee-4e30-bff4-e2c68fade874>

MIRÓ LLINARES, ALONSO NÚÑEZ, y RODRÍGUEZ GÓMEZ, (2015). "El principio de acción-reacción en el discurso del odio e incitación a la violencia en Internet" en *II Simposio de investigación criminológica. Universidad Miguel Hernández*. Disponible en: <https://prezi.com/o8r1hnovkteu/el-principio-deaccion-reaccion-en-el-discurso-del-odio-e-in/>.

MONTEALEGRE LYNNET, y PERDOMO TORRES. "Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs" en *Cuadernos de Conferencias y artículos nº 37, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia*, 2003.

MONTEALEGRE LYNNET. "Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs" en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, (MONTEALEGRE LYNNET, coor), Universidad Externado de Colombia, 2003.

MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, "Leyes de delitos de odio: una guía práctica" en *Cuadernos de Análisis nº36*, Recuperado de: http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis.asp.

MUÑOZ, SÁNCHEZ, y CABRERA, "VIII Recuento de personas sin hogar en Madrid, informe final" [en línea], 2016. Recuperado de: <https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/SamurSocial/NuevoSamurSocial/ficheros/INFORME%20FINAL%20RECUESTO%202016.pdf>.

OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, UNIVERSIDAD DE BARCELONA, "El populismo punitivo: análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005)", en *Quaderns de Barcelona, ciutadania i Drets*, 2005.

OBSERVATORIO HATENTO, "Informe de investigación", [en línea], 2015. Recuperado de: <http://hatento.org/wp-content/uploads/2015/06/informe-resultados-digital.pdf>

OBSERVATORIO HATENTO. Muchas preguntas, algunas respuestas. [en línea], 2015. <http://hatento.org/wp-content/uploads/2014/10/informe-diagnostico.pdf>

PAREDES CASTAÑÓN, "Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales" en *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº4, 2016.

PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo blanch, 2013.

PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, "Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs" en *Colección de estudios nº15, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 1999.

PÉREZ CEPEDA, "La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria" en *Revista Brasileira de Ciencias Criminales*, nº 82, 2010.

PÉREZ CEPEDA, "Lección XXVI. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas" en *Nociones fundamentales del Derecho penal, parte especial*, vol.II, 3ªed, 2019.

PÉREZ PINZÓN, "El funcionalismo en la sociología actual" en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, (MONTEALEGRE LYNNET, coor), Universidad Externado de Colombia, 2003.

REBOLLO VARGAS, "Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio", en *El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP" en Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española* (LANDA GOROSTIZA y GARRO CARRERA, dirs), Tirant lo blanch, 2018.

REYES, "Un año de cárcel para tres jóvenes por enrollar con cinta la cara a un indigente", [en línea], 2018. Recuperado de: <https://www.laopiniondezamora.es/sucesos/2018/02/14/ano-carcel-tres-jovenes-enrollar/1064197.html>

RIVERA BEIRAS, "Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España" en *Revista Crítica Penal y Poder*, nº9, 2015.

RIVIÈRE, "Interpretaciones del comportamiento desviado y control social" en Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, 2013 [en línea]. Recuperado de: http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/69967/5/Desviaci%C3%B3n%20y%20control%20social_M%C3%B3dulo%201_Interpretaciones%20del%20comportamiento%20desviado%20y%20control%20social.pdf

SALES i CAMPOS, "Diagnosi 2013: les persones sense llar a la ciutat de Barcelona i l'evolució dels recursos de la Xarxa d'Atenció a les Persones Sense Llar", [en línea], 2013. Recuperado de: http://www.bcn.cat/barcelona_inclusiva/ca/2013/7/xarxa2_diagnosi2013.pdf.

SÁNCHEZ MORALES, "En los límites de la exclusión social: las personas sin hogar en España" en *Revista de Ciencias Sociales*, nº 2, 2012.

SÁNCHEZ MORENO, *El hurto*, Bosch, 1999.

SANZ MULAS, "La política criminal actual: del welfarismo penal a la política de exclusión" en *Política criminal*. (2ª ed)., 2017. Salamanca: Ratio legis, p.75.

SEBASTIÁN SOLANES, "La aportación de Juan Luis Vives al estudio de la pobreza. Del socorro de los pobres a la aporofobia" en *Vivesiana*, 2018.

SENADO, "Moción por la que se insta al gobierno a la reforma del artículo 22.4.ª del Código Penal para incluir la aporofobia como circunstancia agravante de la responsabilidad penal", 2017. Recuperado de: http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_12_149.PDF.

SENADO, "Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal", 2018. Recuperado de: http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_270_2103.PDF.

SERRANO MAILLO, "Delincuencia y pobreza. La economía de los presos" en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº8-9, 1995.

SERRANO TÁRRAGA, "Exclusión social y criminalidad" en *Revista de Derecho UNED*, nº14, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982.

5. BIBLIOGRAFÍA

SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001.

THE FOUNDATION ABBÉ PIERRE y FEANTSA, "An overview of housing exclusion in Europe", [en línea] 2015. Recuperado de: file:///C:/Users/isaso_000/Downloads/FAP_EU_GB.pdf.pdf

TIJOUZ, "Cárceles para la tolerancia cero: clausura de pobres y seguridad de ciudadanos" en *Última Década*, nº16, 2002.

TORTOSA, "Feminización de la pobreza y perspectiva de género" en *Revista Internacional de Organizaciones*, nº3, 2009.

VALIENTE MARTÍNEZ, "Límites constitucionales al discurso del odio" en *Repositorio de la Universidad de Comillas*, Madrid.

VENERO, "El nuevo paradigma de la exclusión social para el conocimiento criminológico" en *Derecho y Ciencias Sociales*, nº1, 2009.

VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio, análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo blanch, 2018.

VITALE, "Persecución penal de la pobreza" en Primer Congreso de Derecho Penal Mínimo (La desesperanzadora evolución de la política criminal y el derecho penal en Argentina)", 2008, p.193.

VIVES, *Del socorro de los pobres o de las necesidades humanas*, traducido por Gonzalo Nieto, libro segundo, capítulo I, 1781.

VON LISTZ, *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la 20a edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, vol.II, Reus, 1916.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política Criminal*, Cólex, 2001.