

**Demelsa Benito Sánchez**  
**Ana Isabel Pérez Cepeda**

**PROPUESTAS AL LEGISLADOR  
Y A LOS OPERADORES DE LA  
JUSTICIA PARA EL DISEÑO Y LA  
APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN  
CLAVE ANTI-APORÓFOBA**



**PROPUESTAS AL LEGISLADOR Y A LOS OPERADORES  
DE LA JUSTICIA PARA EL DISEÑO Y LA APLICACIÓN  
DEL DERECHO PENAL EN CLAVE ANTI-APORÓFOBA**

*Demelsa Benito Sánchez*

*Ana Isabel Pérez Cepeda*

(Coordinadoras)



**Demelsa Benito Sánchez  
Ana Isabel Pérez Cepeda**

*(Coordinadoras)*

**PROPUESTAS AL LEGISLADOR Y  
A LOS OPERADORES DE LA JUSTICIA  
PARA EL DISEÑO Y LA APLICACIÓN DEL  
DERECHO PENAL EN CLAVE ANTI-APORÓFOBA**



Universidad de Salamanca  
Salamanca, España

Esta publicación es parte de los proyectos I+D+i «Aporofobia y Derecho penal»  
(Referencia RTI2018-095155-B-C21) y «Hacia un modelo de justicia: alternativas político-criminales»  
(Referencia RTI2018-095155-A-C22), financiado por MCIN, AEI y FEDER Una manera de hacer Europa.



© Los autores

Edita: Ratio Legis Librería Jurídica  
Paseo de Francisco Tomás y Valiente, n.º 14, local 3  
Tel.: (34) 923 227 037  
37007 - Salamanca  
[www.ratiolegis.net](http://www.ratiolegis.net)

I.S.B.N.: 978-84-17836-49-8  
Depósito Legal: S. 375-2022

Maquetación e impresión\_  
Valor Gráfico

Reservados todos los derechos. Está prohibido, bajo las sanciones penales y el resarcimiento civil previstos en las leyes, reproducir, registrar o transmitir esta publicación, íntegra o parcialmente, por cualquier sistema de recuperación y por cualquier medio, sea mecánico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o por cualquier otro sistema.

# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	9
<b>PRESENTACIÓN</b>	
<i>Demelsa Benito Sánchez y Ana Isabel Pérez Cepeda</i> .....	11
<b>PROTECCIÓN PENAL DE DERECHOS HUMANOS: POBREZA, VULNERABILIDAD, EXCLUSIÓN</b>	
<i>Juan M. Terradillos Basoco</i> .....	15
<b>ECONOMÍA Y DESIGUALDAD</b>	
<i>Agustín García Laso</i> .....	41
<b>LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS DE LA APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD A LOS CORREOS DE LA DROGA</b>	
<i>Soledad Gil Nobajas</i> .....	61
<b>PROPUESTA PARA LA INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL DE UNA ATENUANTE ESPECÍFICA DE EXCLUSIÓN SOCIAL</b>	
<i>Rodrigo Fuziger y Alfredo Liñán Lafuente</i> .....	67
<b>EL ACUSADO VÍCTIMA DE APOROFOBIA: CULPABILIDAD Y PROCESO PENAL</b>	
<i>Manuel Ollé Sesé</i> .....	73
<b>LA APLICACIÓN DEL ART. 20.3 CP A DELITOS COMETIDOS EN CONTEXTOS DE EXCLUSIÓN SOCIAL</b>	
<i>Demelsa Benito Sánchez</i> .....	79
<b>LA APOROFOBIA Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN LA AGRAVANTE DEL ART. 22.4 CP</b>	
<i>Miguel Bustos Rubio</i> .....	85
<b>LA APOROFOBIA Y LA EXPULSIÓN PENAL DE EXTRANJEROS DEL ART. 89 CP</b>	
<i>Fernando Navarro Cardoso</i> .....	91
<b>LA APOROFOBIA Y LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA: PROPUESTAS DE MODIFICACIONES LEGISLATIVAS</b>	
<i>Julio Fernández García</i> .....	95
<b>LA MUJER INMIGRANTE POBRE EN EL DERECHO PENAL</b>	
<i>María Acale Sánchez</i> .....	103

<b>APOROFOBIA Y VIOLENCIA FILIOPARENTAL</b>	
<i>Alfredo Abadías Selma</i> .....	109
<b>LA EXONERACIÓN DE PENA A VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS QUE REALIZAN ACTOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMO CONSECUENCIA DE LA SITUACIÓN DE EXPLOTACIÓN</b>	
<i>Víctor M. Macías Caro</i> .....	115
<b>LA POBREZA Y EL DELITO DE USURPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES QUE NO CONSTITUYAN MORADA</b>	
<i>Wendy Pena González</i> .....	123
<b>PROPUESTA PARA DESPENALIZAR EL TOP MANTA</b>	
<i>Demelsa Benito Sánchez</i> .....	129
<b>LA APOROFOBIA Y LOS DELITOS ECOLÓGICOS ADEMÁS DE LAS ECO-VÍCTIMAS</b>	
<i>Miriam Ruiz Arias</i> .....	137
<b>LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES</b>	
<i>Lucía Remersaro Coronel</i> .....	141
<b>FAKE NEWS, DISCURSO DEL ODIOS Y APOROFOBIA: CRIMINALIZACIÓN DE LOS VULNERABLES</b>	
<i>Silvia Mendoza Calderón</i> .....	147
<b>LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y EL COLECTIVO DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE SINHOGARISMO: UN ANÁLISIS DE ALGUNOS ARTÍCULOS CON TINTES APORÓFOBOS</b>	
<i>Isabel García Domínguez</i> .....	155
<b>LAS FALSAS IMPUTACIONES POLICIALES, LA EXISTENCIA DE LISTAS NEGRAS Y LA IMPUNIDAD DEL DISPARO DOLOS (EVENTUAL) DE BOLAS DE GOMA CONTRA MANIFESTANTES</b>	
<i>Guillermo Portilla Contreras</i> .....	161
<b>LA LUCHA CONTRA LA APOROFOBIA EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA: ABORDAJE DEL TRABAJO SEXUAL</b>	
<i>José Manuel Paredes Castañón</i> .....	169
<b>CONCLUSIONES</b>	
<i>Demelsa Benito Sánchez y Ana Isabel Pérez Cepeda</i> .....	179



## ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución española
CP	Código Penal
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
ECV	Encuesta de condiciones de vida
EPF	Encuesta de Presupuestos Familiares
FFCCSS	Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado
FJ	Fundamento jurídico
IDH	Índice de desarrollo humano
INE	Instituto Nacional de Estadística
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LO	Ley Orgánica
LOFCS	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOSC	Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales
PMS	Privación material severa
PNL	Proposición no de ley
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el desarrollo
PSSH	Personas en situación de sinhogarismo
RD	Real Decreto
RP	Reglamento penitenciario
RPS	Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SEVIFIP	Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-parental
SMI	Salario mínimo interprofesional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TBC	Trabajos en beneficio de la comunidad
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UEM	Unión económica y monetaria
VFP	Violencia filio-parental



# PRESENTACIÓN

Demelsa Benito Sánchez  
Ana Isabel Pérez Cepeda

Esta obra tiene como objetivo presentar una serie de propuestas al legislador y a los operadores de la justicia para lograr el diseño y la aplicación de un Derecho penal que tengan en cuenta la desigualdad socioeconómica, tanto del lado de la víctima como del lado de quien comete un delito. Este trabajo parte de las investigaciones realizadas en el marco de los proyectos de investigación «Aporofobia y Derecho penal» y «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales»<sup>1</sup>. En tales investigaciones se ha puesto de manifiesto la existencia de un Derecho penal con tintes aporóforos, así como una aplicación de las normas durante el proceso penal y durante la ejecución de la pena que también presenta características discriminatorias hacia las personas en una situación de precariedad económica. A este conjunto de normas penales con matices discriminatorios se le ha denominado en el seno de los proyectos mencionados «Derecho penal de la aporofobia». Esta expresión emplea el término acuñado por Adela Cortina a mediados de los noventa, pero que se hizo más popular con la publicación, en el año 2017, de su libro *Aporofobia, el rechazo al pobre, un desafío para la democracia* (Paidós). Cortina recalca la importancia de este neologismo porque señala una realidad que hasta el momento no tenía nombre. De hecho, voces como xenofobia o racismo no servían, en su opinión para describir el desprecio a las personas más desfavorecidas socioeconómicamente. De hecho, como señala en su obra, no rechazamos al extranjero, sino al extranjero *pobre*. Y, en general, a todo el que carece de recursos económicos, sea o no extranjero, aunque el paradigma de persona marginada en nuestra sociedad se pueda identificar con el migrante que no tiene nada.

Uno de los aspectos que más ha caracterizado la intervención punitiva del Estado, desde siempre, es criminalizar las conductas que realizan las personas que se encuentran en situación de exclusión económica, es decir, las infracciones que suelen cometer los pobres. La manifestación clasista de la justicia, como señala De Giorgi (2006: 15 ss.), se observa en un incremento paulatino del uso de la prisión como instrumento de gestión de la pobreza. Aquellos individuos que son víctimas del sistema económico, que han sido empujados hacia la pobreza, son el objetivo prioritario de la selectividad penal, desarrollando una misión simbólica para la sociedad: la reafirmación de la autoridad estatal y el redescubrimiento de la voluntad de los grupos políticos de enfatizar la frontera entre los ciudadanos pobres y los otros ciudadanos. Antes y ahora, la deriva discriminatoria del sistema penal hace que sea distópico, imperfecto y profundamente desigual.

---

<sup>1</sup> Se pueden consultar las publicaciones derivadas de estos proyectos de investigación y todas las actividades realizadas en el marco de los mismos en <https://crimen.eu/aporofobia/> (última consulta el 1.8.2022).

Ahora bien, el Derecho penal de la aporofobia lo puede ser por exceso y por defecto. Lo es por exceso cuando criminaliza conductas de bagatela, de escasa o nula lesividad para los bienes jurídicos más importantes, pero que están llamadas a ser llevadas a cabo por quienes viven en una situación socioeconómica paupérrima. Algunos ejemplos pueden ser la criminalización del top manta o de las ocupaciones pacíficas de inmuebles que no constituyen morada. También el Derecho penal de la aporofobia lo es por exceso cuando no tiene en cuenta la situación socioeconómica del acusado a la hora de determinar su responsabilidad penal o de concretar una pena. Se puede mencionar aquí, como ejemplo, la escasa aplicación del estado de necesidad por la jurisprudencia española en los casos de los correos de la droga, personas que en sus lugares de origen suelen proceder de los estratos más marginados de la sociedad. El Derecho penal de la aporofobia lo es por defecto cuando no protege a los más vulnerables, aquí por razón de la pobreza, frente a los ataques que reciben. Un ejemplo del Código Penal español sería la ausencia de castigo expreso de la esclavitud, del trabajo forzado o de la servidumbre. Advertidas esas deficiencias en el Derecho penal y, en general, en todo el sistema de justicia penal, esta obra aspira a servir de guía a quienes tienen que redactar y aplicar las normas penales.

Comienza esta obra con el trabajo del profesor Juan Terradillos Basoco, artífice de la expresión «Derecho penal de la aporofobia», quien lleva a cabo un análisis de los conceptos que son clave en esta investigación, pobreza, vulnerabilidad y exclusión, y un abordaje de los mismos desde la parte general y la parte especial del Derecho penal, diseñando las bases de una política criminal anti-aporofoba. A continuación, el profesor García Laso ofrece un análisis económico de la desigualdad. Tras estos trabajos de apertura de esta obra colectiva se presentan los informes breves dirigidos al legislador y los operadores de la justicia. Estos informes breves derivan de las investigaciones realizadas por los miembros de los proyectos de investigación referidos anteriormente y publicadas de manera más detallada en Benito Sánchez y Gil Nobajas (2022)<sup>2</sup>, *Sistema Penal Crítico* y *Revista Penal*. Lo que se pretende aquí es ofrecer propuestas concretas que sintetizan las publicaciones anteriores. Para ello, los informes siguen una misma estructura que pasa por resumir, primero, cuál es la situación actual del problema concreto analizado y ofrecer, después, una propuesta alternativa de redacción o de interpretación de la legislación existente o jurisprudencia imperante.

Los temas abordados se centran en la parte general y en la parte especial del Derecho penal, en el Derecho penitenciario y en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Aunque esta última norma no pertenezca al ámbito penal estrictamente, no puede ignorarse que presenta también rasgos punitivos y discriminatorios basados en la condición de pobreza o exclusión del infractor, razón por la cual se ha querido incorporar al análisis.

---

<sup>2</sup> Se puede descargar la obra aquí <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=862215> (última consulta el 1.8.2022).

En concreto, la obra comienza con las propuestas de la parte general de Soledad Gil Nobajas (la interpretación del estado de necesidad), Rodrigo Fuziger y Alfredo Liñán Lafuente (propuesta para incorporar una atenuante de exclusión social), Manuel Ollé Sesé (aporofobia y culpabilidad), Demelsa Benito Sánchez (la eximente de alteraciones en la percepción), Miguel Bustos Rubio (la agravante de aporofobia) y Fernando Navarro Cardoso (la expulsión de extranjeros condenados). A continuación, sigue la propuesta desde el ámbito penitenciario de Julio Fernández García (aporofobia y ejecución penitenciaria). Posteriormente se presentan las propuestas desde la parte especial, realizadas por María Acale Sánchez (la mujer inmigrante y pobre ante el Derecho penal), Alfredo Abadías Selma (pobreza y violencia filiofamiliar), Víctor Macías Caro (víctimas de trata que trafican con droga), Wendy Pena González (usurpación pacífica de inmuebles), Demelsa Benito Sánchez (top manta), Miriam Ruiz Arias (pobreza y delincuencia medioambiental), Lucía Remersaro (delitos contra los trabajadores más vulnerables) y Silvia Mendoza (delitos de odio). Seguidamente se ofrecen las propuestas relacionadas con la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, llevadas a cabo por Isabel García Domínguez (sinhogarismo y aporofobia), Guillermo Portilla Contreras (criminalización de la protesta pública) y José Manuel Paredes Castañón (aporofobia y trabajo sexual). Finalmente, se ofrecen unas conclusiones a toda la obra.

Como coordinadoras de este trabajo, esperamos que estas propuestas contribuyan a lograr el diseño y la aplicación de las normas penales más igualitarias, aspiración esencial en el Estado social, pues la igualdad es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, como reza el artículo 1 de la Constitución española.



# PROTECCIÓN PENAL DE DERECHOS HUMANOS: POBREZA, VULNERABILIDAD, EXCLUSIÓN

*Juan M. Terradillos Basoco*

Profesor Emérito. Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Cádiz (España)  
juan.terraddillos@uca.es

## Proemio

«No existiendo acciones que sean delitos por su propia naturaleza... solo vienen a ser tales aquellas que, caprichosamente, prohíben y castigan los que mandan. Para ellos, el ‘orden’... es el orden presente, y a mantenerlo dirigen todos sus esfuerzos, teniendo por delincuentes a aquellos que practiquen o intenten practicar alguna acción encaminada a destruirlo, cambiarlo o conmovirlo... Por tal motivo, hay quien afirma... que el Derecho penal no consiste... en aquel conjunto de medios que una sociedad utiliza para defenderse de... los delincuentes, sino en el sistema de medios que las clases dominantes y poderosas emplean para mantener a las dominadas bajo su férula y consolidar su posición parasitaria y prepotente. Por eso también ciertos escritores... dicen que la “lucha de clases” existe y ejerce su acción en el orden penal, con la misma fuerza que en el civil.... Que en cierto modo así sucede, nos lo demuestran, entre otros muchos hechos, los dos siguientes: primero, la desigualdad enorme que hay y de que todo el mundo puede darse cuenta sin más que atender a lo que pasa a su alrededor, en la manera cómo se aplican los “rigores” de la ley penal a los pobres y a los ricos...; segundo, la tolerancia grandísima que se tiene con ciertas formas de delincuencia, propias de la clase privilegiada... las cuales ni siquiera se estiman perseguibles, mientras se despliega gran severidad con los actos equivalentes... ejecutados por las clases subyugadas» (Dorado, 1923: 29-31).

Resulta oportuno traer a colación las palabras que Dorado Montero escribiera, desde la Universidad salmantina, hace ya un siglo. Denuncian, en sus justos términos, la deriva discriminatoria de un sistema penal muy semejante al actual, «distópico, imperfecto y profundamente desigual» (Pérez, 2022:69) que, ayer como hoy, presenta rasgos de aporofobia. En el bien entendido de que esta, a los efectos que aquí interesan, no es, al modo psiquiátrico, un terror incontrollable próximo a la obsesión, que podría incluso fundamentar la minoración de la imputabilidad, sino, con la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española, la aversión o rechazo exagerados a una persona pobre en concreto o a la situación de pobreza en abstracto. Rechazo que el sistema penal aporofóbico incorpora objetivamente como uno de sus principios inspiradores y que le lleva a denegar al pobre la respuesta

igualitaria y no discriminante que, sin embargo, es exigida por el Estado social y democrático de Derecho que, en el art. 1 de la Constitución Española (CE), reconoce en la igualdad uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

La pobreza no es solo una carencia económica severa. Es mucho más, porque comporta la vulnerabilidad de las personas que la sufren, y determina su exclusión social. Así, los conceptos de pobreza, vulnerabilidad y exclusión se constituyen en referencia ineludible del compromiso constitucional de la ley penal.

El sumario a desarrollar aquí se circunscribe, en esencia, a los antecedentes y lineamientos de ese compromiso.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El punto de partida es la CE, en cuyo Preámbulo, «La Nación española... proclama su voluntad de: ... proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos... [y de] promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida». El articulado, fundamentalmente el del Título I —De los derechos y deberes fundamentales—, da contenido al compromiso institucional contraído; y el art. 9.1 y 2, en concreto, obliga a los poderes públicos a implicarse activamente en promover las condiciones, o en remover los obstáculos, para hacer efectiva la inclusión social, libre e igualitaria, de individuos y grupos.

El programa político constitucional es, así, nítido: tutela y promoción de los derechos fundamentales —ya civiles y políticos, ya económicos, culturales y sociales— de todos en condiciones de igualdad. Pero si es cierto que la pobreza en recursos económicos es pobreza en derechos, también lo es que los derechos son más pobres cuanto más se empobrece su protección penal. Ya Max Weber nos enseñó que el poder de la ley se sustenta en el monopolio del Estado sobre los medios de coerción. Sin ese respaldo coercitivo, la ley es endeble o, incluso, completamente inútil (Pistor: 39 y 332). Lo que, en el terreno que interesa, lleva a la deducción inicial de que todo programa político constitucional ha de integrar un subprograma político-criminal.

A partir de ahí, no resulta operativo volver al debate sobre si lo importante es decidir qué es lo que se ha de castigar penalmente o qué es lo que se ha de proteger por medio del Derecho penal (Miró, 2015: 4). Un legislador democrático, cuando elabora el catálogo de hechos que ha decidido castigar, no puede eludir la obligación de aclarar previamente qué ha decidido proteger; esto es, no puede escamotear a la ciudadanía la explicación de que, si se permite aplicar castigos, es porque los considera imprescindibles para la protección preventiva de bienes jurídicos irrenunciables.

Tampoco resultará especialmente rentable insistir en la polémica sobre si esos bienes jurídicos solo pueden merecer tutela penal si cuentan con respaldo



constitucional expreso o si pueden, también, tener origen extraconstitucional. La conclusión, a la que se llegará en ambos casos es la de que «los derechos humanos, en tanto que expresión de valores globalmente compartidos, constituyen el contenido nuclear de los bienes jurídicos dignos de protección penal» (Terradillos, 2020a: 95).

## II. CONCEPTOS

Así, el primer reto de la política criminal constitucional es el de fijar el umbral mínimo de lo penalmente intolerable: por debajo, la intervención penal no está legitimada. Por encima, no solo es legítima, también es obligada.

Establecer la línea divisoria y diseñar las consiguientes estrategias exige a la política criminal tomar prestados los indicadores más utilizados por economistas, sociólogos y agencias internacionales para identificar la pobreza, la vulnerabilidad personal o grupal y, como consecuencia final, la exclusión. No se trata, sin embargo, de transportar mecánicamente estos indicadores al plano político-criminal, eminentemente valorativo, sino de adaptarlos para hacerlos útiles en la identificación de las situaciones que, con origen antijurídico, impiden u obstaculizan gravemente el ejercicio de los derechos fundamentales.

### 1. Pobreza y/o exclusión social

El riesgo de pobreza y/o exclusión social se mide tomando como referencia —con la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social—, el indicador AROPE (*At Risk Of Poverty and/or Exclusion*), que se aplica a las personas en las que concurre alguno de estos tres subindicadores: a) bajos ingresos: 60% de la media del ingreso equivalente o por unidad de consumo en el año anterior; b) privación material severa; c) muy baja intensidad de empleo: personas de hasta 59 años que viven en hogares en los que sus miembros en edad de trabajar lo hicieron durante menos del 20% de su potencial total de trabajo en el año anterior (INE, 2021).

Al cierre del año 2020 en España se encontraban en esta situación 12,5 millones de personas, es decir, el 26,4 % de la población. Con un aumento de más de un punto porcentual respecto al año anterior, la cifra supone el fin de la tendencia descendente del lustro (EAPN, 2021: 11).

### 2. Privación material severa

La privación material severa (PMS) no es sino uno de los indicadores de pobreza, pero mientras los bajos ingresos o la baja intensidad de empleo se constatan a través de datos cuantitativos, la privación material severa «mide cualitativamente el nivel de exclusión o de integración» cuando concurren cuatro de estas nueve carencias en una persona que: no puede ir de vacaciones una semana al año, o hacer una comida de carne, pollo o pescado cada dos días, o mantener la vivienda

con temperatura adecuada, o afrontar gastos imprevistos de 650 €; o que ha tenido en el último año retrasos en el pago de gastos relacionados con la vivienda o por compras a plazos, o que no dispone de automóvil, de teléfono, de televisor o de lavadora (INE, 2021).

Cuando, a finales de 2020, la Covid-19 ya había producido importantes consecuencias, 3,3 millones de españoles sufrían PMS: un 7% de la población, lo que supone un crecimiento del 49% respecto al 4,7% del año anterior (EAPN, 2021: 8).

Riesgo de pobreza y PMS no son conceptos coincidentes, ni sus cifras son intercambiables. Por tanto, hay que rechazar los análisis falaces que muestran los porcentajes de población que sufre PMS - en torno al 7%-, como si fueran los porcentajes de pobreza -que superan el 25%-. Con ello evitan que la ciudadanía visibilice a los pobres o, lo que sería peor, reivindique políticas institucionales dirigidas a lograr mayores niveles de igualdad (EAPN, 2021: 54).

La política criminal toma —según se ha adelantado *supra*, en II— el dato económico, eminentemente cuantitativo, y lo examina desde la valoración jurídica para constatar cómo las nueve carencias indicativas de PMS hacen inviable el ejercicio de derechos tan fundamentales como el derecho a la alimentación adecuada (CE, art. 47), a la vivienda digna (CE, art. 47), a las vacaciones retribuidas (CE, art. 40.2), a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades personales y familiares (CE, art. 35.1), o a la integración cultural y social real, efectiva y participativa (CE, art. 9.2 y 44), inaccesible para quien, en la era de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, no dispone de un teléfono o no puede acceder a las redes.

Lo que lleva a una conclusión inmediata: ni el Estado social y democrático de Derecho ni sus estrategias político-criminales pueden tolerar la PMS y la consiguiente exclusión en derechos fundamentales de un 7% de ciudadanos.

### 3. Vulnerabilidad

La vulnerabilidad es, en gran medida, consecuencia de la pobreza, que genera, además de los efectos propios de la carencia de recursos económicos, otros, multifactoriales, concretados en la privación de servicios básicos, de derechos y oportunidades. Ciertamente es que los factores concurrentes en la vulnerabilidad pueden ser diversos -es el caso de la salud o de la situación legal- pero, en todo caso, están vinculados a la situación económica. Un dato corroborante: el último informe, de mayo 2022, publicado por la *Lancet Commission on Pollution and Health* selecciona como uno de sus mensajes clave el siguiente: «A pesar del descenso de las muertes por contaminación del aire y del agua en los hogares, la contaminación sigue causando más de nueve millones de muertes al año en todo el mundo. Esta cifra no ha cambiado desde 2015. Más del 90% de las muertes relacionadas con la contaminación se producen en países de ingresos bajos y medios» (The Lancet Commission on Pollution and Health, 2022: 1).

Así, son consideradas vulnerables las personas sin techo, los inmigrantes y refugiados, los desempleados y los trabajadores precarizados; las personas con discapacidad o solas con hijos a su cargo; y, sobre todo, quienes están en situación de pobreza o de exclusión social (OECE, s. f.). Todos ellos integran grupos que, en la terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acumulan «un historial de opresión o desigualdad», especialmente los últimos, porque la pobreza, al contrario que otras manifestaciones de desvalimiento —relacionales, particulares y fluctuantes—, determina fragilidad en todo tiempo y lugar (Presno, 2020: 54-55).

La superación de esta vulnerabilidad personal o grupal debe constituir el objetivo prioritario de la política criminal constitucional, obligada a una intervención reequilibradora de lo socialmente desigual, que materialice la tutela pública de los derechos menos protegidos.

Sin embargo, la realidad es bien distinta: en nuestro modelo económico neoliberal, construido sobre la utopía de la autopromoción personal y la riqueza individual, la pobreza es una anomalía peligrosa, porque, desde la normalidad, se estima peligroso todo lo que resulta ajeno. De ahí que «el inventario de inquietudes y temores ciudadanos» se reconduzca hacia los pobres, especialmente inmigrantes clandestinos, «cuya vasta y aterradora presencia» les convierte en el espacio simbólico donde el imaginario colectivo puede proyectar todo tipo de ansiedades y de temores (Maqueda, 2015: 5-6). Y la reacción institucional, que debería apuntar a la neutralización de las presuntas fuentes del peligro, muta en prevención situacional dirigida al «control de las periferias, de los ambientes de riesgo, [de los] lugares donde se concentra la mayor cantidad de excluidos del sistema productivo». De este modo, la etiqueta de peligrosidad, colgada al indigente por las agencias de criminalización primaria, le transforma en sujeto más desprotegido, en cuanto más susceptible de sufrir los efectos de la criminalización secundaria y terciaria (Young, 2003: 78) -representados por el juicio penal y la prisión-, que, a su vez, incrementan exponencialmente la vulnerabilidad personal.

#### **4. Exclusión**

La exclusión es el resultado de un proceso en cuya virtud ciertos individuos quedan al margen de la sociedad y de las posibilidades de integración participativa en ella, a causa de su pobreza y/o vulnerabilidad, de origen personal (p. ej., limitaciones en el aprendizaje) o social (p. ej., discriminación). Esto les aleja de la oportunidad de tener empleo, generar ingresos, acceder a formación y educación, y participar en actividades y redes comunitarias (OECE, s. f.).

La exclusión, que nace en las estructuras sociales, se institucionaliza cuando los poderes económicos encargados de detectar la potencialidad de una persona como carga social o, en el extremo, como enemigo, llegan a interactuar con los poderes públicos en el diseño e implementación de sistemas de seguridad y segregación aptos para apartar, concentrar e invisibilizar a los indeseados y evitar su mezcla con los sectores de población integrados exitosamente (Cigüela, 2019: 128; Díez: 11).

Esas políticas excluyentes no pueden ser legitimadas acudiendo a argumentarios *expressis verbis* aporofóbicos, políticamente incorrectos en contextos democráticos. De ahí que busquen legitimidad y cobertura ideológica en propuestas más tecnificadas (Paredes, 2021: 141) y, por ello, pretendidamente ajenas a postulados supremacistas: el comunitarismo —que avala el Derecho penal de autor y la exclusión basada en la superioridad moral—, el funcionalismo radical —siempre connivente con el *statu quo* discriminante—, el gerencialismo -que sustituye al ciudadano sujeto político por el consumidor de servicios públicos- y el punitivismo de la tolerancia cero en el suburbio, son las corrientes de pensamiento que suministran a la aporofobia institucional sus bases teóricas (Pena, 2021: 255-260).

El etiquetaje y la consiguiente exclusión sustituyen las estrategias clínicas, preferidas por la criminología del siglo XX, por metodologías actuariales que, a partir del tratamiento de amplias fuentes de datos, determinan los diferentes niveles de peligrosidad vinculados a uno o más rasgos grupales, con lo que la caracterización del individuo potencialmente infractor depende de la categoría social en la que es ubicado (Paredes, 2021: 136-137).

En la práctica, el perfilado de ciudadanos y grupos se encarga por las instituciones públicas a compañías privadas, especializadas en herramientas de espionaje y tecnología predictiva con base en algoritmos que, con frecuencia, responden a sesgos ideológicos o raciales (Romero, 2022). Cuando la diagnosis se apoya en el contraste con los parámetros utilizados en la evaluación de los procesos económicos -eficacia, ahorro, capacidad de previsión y seguridad (De Giorgi, 2005: 141)-, su aplicación al estudio de los sectores de población pobre y vulnerable solo pueden conducir a pronósticos desvalorizantes.

### III. COMPROMISOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY PENAL

Un subsistema legal-penal coherente con el sistema constitucional no puede desconocer el compromiso de la Carta Magna con la tutela de los derechos fundamentales de todos y, específicamente, siguiendo con la fórmula del art. 9 CE, de los derechos de participación igualitaria en la vida política, económica, social y cultural por parte de quienes topan con obstáculos que la impidan o dificulten.

Las políticas estatales de intervención en la economía, orientadas a la eliminación de zonas de exclusión, están, naturalmente, proscritas en los modelos jurídico-políticos que, ya a finales del siglo XVIII, defendían la santidad de la autonomía privada, de los contratos y de los derechos de propiedad, prevalentes sobre cualesquiera otros; p. ej., sobre el derecho de los campesinos a la tierra que trabajaban, o sobre el derecho a la libertad de los deudores pobres, víctimas, hasta bien entrado el siglo XIX, de la «prisión por deudas» (Pistor, 2022: 314-315).

Hoy, el Estado neoliberal, al igual que hacía el Estado de la modernidad, minimiza su presencia en el mundo económico y en la sociedad civil, en cuyo seno se interrelacionan ciudadanos libres e iguales, capaces de defender, desde su autonomía, sus

derechos económicos y políticos. Simultáneamente crece el protagonismo del mercado y de su normatividad endógena, que, no obstante su origen, se expande más allá del ámbito estrictamente económico hasta sustituir a las instituciones políticas en la asignación de recursos.

La sustitución no sería, sin embargo, políticamente posible si no se acompaña de un discurso tan deslegitimador de las instituciones públicas y de los controles democráticos —motejados de palos en las ruedas del progreso— como legitimador de las excelencias del mercado desregulado, sintetizadas en su condición de estructura creadora, con mayor eficiencia que ninguna otra, de riqueza.

El discurso apologético no se proyecta solo sobre la economía lícita, también sobre la ilícita, incluida la delincuencia criminal organizada, cuya lesividad ingente se relativiza, revistiéndola de peaje obligatorio a pagar por el crecimiento económico, que, en todo caso, produce beneficios globales que compensan sobradamente los perjuicios individuales; o camuflándola de daño colateral, inevitable pero irrelevante, en la medida en que carece de víctimas determinadas; o, simplemente, presentándola como fruto de un ánimo de lucro que, aun excesivo, no puede ser criminalizado en una sociedad idólatra del «becerro de oro».

La doctrina ha aportado su granito de arena al argumentario apologético de la gran delincuencia económica, que despliega su lesividad, precisamente, sobre los derechos de los pobres.

Así, se ha defendido que no es exigible al agente económico que pretende introducirse en contextos mercantiles regidos por la corrupción generalizada, que se abstenga de participar en el entramado corrupto (Silva, 2018: 65), y como no le es exigible, si lo hace, no debería responder penalmente. O se ha mantenido que no deben ser pasibles de pena las corporaciones que delinquen contra el medio ambiente: solo les son aplicables penas pecuniarias, preventivamente ineficaces por su escasa cuantía en contraste con los ingentes beneficios del delito, y económicamente perturbadoras, en cuanto pueden perjudicar a trabajadores, acreedores y comunidad en la que se asientan. Lo que lleva a concluir, no que la justicia punitiva venga complementada por los recursos de la restaurativa (Ruiz, 2022: 376) —que sería lo constitucionalmente coherente— sino a preconizar una respuesta institucional puramente reparadora frente a estos delitos corporativos (Nieto, 2020: 70). En román paladino, se propone negar la responsabilidad criminal por delitos ecológicos, cuya represión penal está expresamente ordenada por la Constitución, cuando cometidos por las entidades que, por la magnitud y el carácter sensible de sus actividades, constituyen la amenaza más relevante para el medio ambiente.

Estas interpretaciones, que, aún elaboradas con otros objetivos, redundan en la trivialización, normalización y legitimación de la criminalidad económica, se materializan en definiciones favorables al incumplimiento de la ley, avaladas incluso, como no puede ser de otro modo bajo el imperio de la *lex mercatoria*, por las instancias públicas (Bernal, 2014: 103). El resultado es la instalación, tanto en el ámbito legislativo como en el doctrinal o en el aplicativo, de un «Derecho penal del amigo»,

«aporófono por defecto», que se abstiene de penalizar los ataques que sufren los económicamente más desfavorecidos (Benito, 2021b: 8). Se diría que en el mundo de los negocios se ha consolidado la distinción entre transacciones criminales reprobables (narcotráfico, contrabando, algunas modalidades de estafa) —que son objeto de un rigor punitivo simbólico y, en ocasiones, desmesurado— y transacciones criminales no reprobables (fraudes tributarios, corrupción pública y privada), que tienen, y solo cuando la tienen, una respuesta penal mucho más indulgente (Ferré, 2022: 53).

Así, la financiarización culmina el vaciamiento del acervo constitucional de derechos sociales, ya iniciado por la globalización económico-liberal, y lo hace en un doble plano: en primer lugar, en el competencial, ya que «cada vez más cuestiones quedan fuera de la capacidad normativa de los Estados» tanto por razones formalizadas —transferencia de competencias a organizaciones supranacionales e internacionales— como fácticas —auge de la *lex mercatoria*. Además, el respaldo constitucional a los derechos fundamentales se debilita internamente bajo los recortes impuestos por las políticas de austeridad, de modo que la vertebración garantista de los sistemas constitucionales queda sustituida por un nuevo orden material construido a partir de la economía (Aparicio, 2019: 17-18).

Si el Estado neoliberal, en coherencia con el papel subordinado y subsidiario de lo público en los ámbitos económico y social, impulsa políticas criminales de mínimos, el Estado social y democrático de Derecho se cimienta en la evidencia de que el principio de igualdad ante la ley convive con una realidad social enormemente desigual. Tanto que la renta agrupada del 10% más rico de la población española viene decuplicando la del 10% más pobre (EAPN, 2021: 5).

La desigualdad en recursos económicos no es el único dato connotativo de la persona concreta: su trabajo, su etnia, su cultura, su origen, su sexo y orientación sexual, sus capacidades y limitaciones, conforman, en sinergia con su situación económica, sujetos reales y distintos, que, a diferencia del ciudadano abstracto que las constituciones liberales del siglo XIX tomaban como referencia formalmente igualitaria, deben ser el objetivo de políticas públicas también reales —esto es, con consecuencias materiales— y distintas —esto es, coherentes con la desigualdad que afrontan.

En consecuencia, en el Estado social y democrático de Derecho es obligada una intervención pública proactiva que incida sobre el marco desigual, a fin de construir un orden social igualitario e integrador (Baylos, 2018), de garantizar y potenciar la autonomía personal de todos (Cortina, 2006: 257), y de dotar de contenido material a la igualdad ante la ley, convirtiendo en concretas «las abstractas posibilidades garantizadas por las constituciones liberales» (Bobbio, 1991: 44).

Ese es el sentido del ya comentado art. 9.2 CE, garante de la participación de todos en la «vida política, económica, cultural y social», pero también el del art. 33, que proclama la «función social» de la propiedad, o el del 31.1, que vincula el sistema tributario al principio de progresividad. Todos ellos apuntan a la integración

material de los pobres excluidos, porque son ellos quienes, a diferencia de los potentados instalados y autosuficientes, necesitan al Estado para ejercer su derecho a la vivienda, a la sanidad, a la escuela, al trabajo remunerado, a las vacaciones o a la propiedad.

Para dar respuesta reequilibradora a esta necesidad, el Estado social impulsa estrategias integradoras que vinculan a los poderes públicos, incluidos, naturalmente, aquellos a los que compete la implementación de la política criminal. Que, por su parte, quedará deslegitimada frente a los excluidos que no pudo o no quiso integrar (Pérez, 2022: 49) y solo podrá reclamarse democrática en la medida en que la imposición de sus decisiones se asiente en la garantía institucional de las precondiciones materiales que satisfagan la exigencia de participación política efectiva y el estándar de no exclusión (Morales, 2015: 357).

## 1. Principios

El primero de los principios propios de la política criminal comprometida con el modelo constitucional es su voluntad de intervención. Avalada no solo por razones de coherencia política; también por la experiencia inmediata: en la crisis económica que arranca en 2008, un complejo entramado de individuos, corporaciones transnacionales, bancos, agencias de calificación de riesgo, instituciones financieras internacionales y Estados generó numerosos y graves comportamientos infraccionales y delictivos a los que una economía desregulada no pudo, o no quiso, poner coto (Bernal, 2014: 93).

La crisis, en efecto, se gestó y se desencadenó en el cénit de la globalización liberal que solo admite la intervención estatal legalizada en la economía con carácter subsidiario y excepcional: los mercados se autorregulan y mantienen las decisiones de codificación fuera del escrutinio público, «dejándola en manos de abogados privados —no de los legisladores— y de árbitros privados -no de los tribunales estatales» (Pistor, 2022: 312). Se configura así un marco general de economía desregulada, que no es ausencia de reglas, sino suplantación de las emanadas de instituciones públicas sometidas al control político de los ciudadanos, por otras, de origen privado, presididas por la *lex mercatoria*, obediente solo al principio del máximo beneficio (Terradillos, 2022a).

Los sistemas desregulados, en efecto, dan pocas chances a ley penal. Pero no las eliminan: al fin y al cabo, solo una ley respaldada por amenaza de cumplimiento coercitivo puede garantizar el reconocimiento de los privilegios y la aplicación de los compromisos propios de los agentes económicos privados (Pistor, 2022: 332 y 39). De ahí que, incluso cuando la desregulación y la inhibición pública son más intensas, el Estado no renuncie por completo a sus competencias de vigilar y castigar; es más, intensifica su contundencia, a la vez que limita su extensión, reservándolas a la lucha contra la insurgencia (Maqueda, 2015: 8) y la disfuncionalidad, que son los factores que ponen en entredicho la primacía de *lex mercatoria* sobre los derechos económicos y sociales (Terradillos, 2020a: 27). Así, mientras el

capitalismo tardío, organizado sobre pautas neoliberales, ha desplazado al Estado del bienestar, con el consiguiente incremento de las áreas de exclusión social, ha incrementado también el control institucional punitivo de los colectivos excluidos (García Domínguez, 2021: 54).

No es tolerable que la intervención penal pretendidamente constitucional limite la proyección de su desmesurado poder punitivo al espacio de los excluidos. Por el contrario, compete a la ley penal una tarea más compleja pero más fácilmente identificable: la tutela de bienes jurídicos esenciales coherente con los lineamientos del programa político-criminal democrático (Terradillos, 2020a: 106).

Avanzar en esa línea seguramente exige el recurso a la pena aflictiva, tan amarga en cuanto necesidad como limitada en cuanto herramienta, en todos los marcos sociales, ya de integración, ya de exclusión; siempre en el bien entendido de que la legitimidad de los fines no comporta la de los medios, que han de soslayar el pan-punitivismo propio de los populismos autoritarios mediante el respeto riguroso a los principios de intervención mínima y *ultima ratio*. Lo que, por un lado, veta a la ley penal la asunción de objetivos promocionales, propios de la gobernanza económica pero inasequibles a las limitadas herramientas del Derecho punitivo. Y, por el otro, impone el cumplimiento de compromisos constitucionales criminalizadores, preteridos o no completamente desarrollados, que exigen un cuidadoso balanceo de los principios de prevención y de lesividad.

## 2. Desarrollos

La proyección crítica de estos principios político-criminales sobre nuestra legislación penal debería comportar la descriminalización de comportamientos de autotutela frente a agresiones objetivas a derechos básicos, generadas por la pobreza severa, la vulnerabilidad o la exclusión. Por ejemplo, la ocupación de inmuebles para su utilización en calidad de vivienda, la expansión de la huelga a través de piquetes (Terradillos, 2021a: 43-44), o la resistencia a los desahucios. Y, en el caso de que estos comportamientos incorporen elementos gravemente fraudulentos, abusivos o coactivos, lo procedente es aplicar los tipos comunes, pero con atenuación de la pena en razón de las circunstancias concurrentes y de la finalidad perseguida, que no es sino el ejercicio de un derecho fundamental.

Simultáneamente, y en sentido contrario, procede la criminalización mediante tipos específicos o la agravación de las conductas fraudulentas, abusivas o coactivas, que creen o potencien situaciones de pobreza, vulnerabilidad o exclusión, al extremo de obstaculizar gravemente las posibilidades reales de ejercicio pleno de los derechos humanos, incluidos los de segunda y tercera generación. Piénsese en las transferencias de grupos de viviendas sociales arrendadas a fondos buitres que luego las venden o incrementan los alquileres hasta hacerlos inasumibles, o en situaciones de desempleo agrario masivo consiguiente a la desecación artificial de humedales, o en el empobrecimiento inevitable de los pescadores en cuyos caladeros se practican prospecciones petrolíferas o técnicas de *fracking*, o en las hambrunas que, en comunidades



indígenas, provoca una minería extractiva boyante solo en la medida en que destruye la riqueza medioambiental.

Se trata de propuestas destinadas a acabar con el «Derecho penal del amigo», que podrían llevar, sin menoscabo del principio de lesividad, a la tipificación del «daño social» (*social harm*), tal como lo entiende la zemiología (Hillyard y Tombs, 2004: 10-19): daño difuso grave generado en el seno de procesos y contextos específicamente sociales.

A pesar de las limitaciones que, en lo criminológico (Castro y Bonsignore, 2020: 62-64) y en lo político-criminal (Garside, 2013: 227-230), arrastra la conceptualización zemiológica del «daño social», no se debería desestimar ni posponer su estudio -aunque el intento resultara descalificado por los padres fundadores de la corriente- como posible presupuesto legitimante de la exigencia de responsabilidad criminal, cuando obstaculiza la satisfacción de necesidades humanas básicas y, con ello, afecta a intereses como la vida, la salud, la libertad o la posibilidad de integración social (Ward, 2004: 85).

## 2.1. Parte General

La Parte General del CP cuenta con preceptos atentos a las necesidades de protección de los derechos e intereses de los menesterosos. Podrían, a pesar de su escasez, mitigar las consecuencias aporofóbicas de otros, pero solo si su aplicación se adecúa, como debería ser obvio, al orden de valores constitucional y al *aggiornamento* exigido por el CC, art. 3.1, según el cual las normas se interpretarán de acuerdo con el contexto y la realidad social en que han de ser aplicadas.

Es el caso del art. 20.7º, que permite la exclusión de responsabilidad penal, como estado de necesidad, del hurto famélico. Cierto que hoy apenas llegan a los tribunales casos que respondan a las tipologías del hurto famélico estudiadas en manuales obsoletos, pero las pocas sentencias emitidas reflejan un rutinario apego jurisdiccional a interpretaciones heredadas del siglo XIX, serviles a los derechos de la propiedad y, por ende, restrictivas de la causa de justificación (Benito, 2021a: 302). Y, sin embargo, con una lectura actualizada de la eximente, sería argumentable su aplicación a los supuestos, prototipo de delincuencia de bagatela, de sustracción de alimentos necesarios de valor económico despreciable, a los que no se puede acceder sino a través de comportamientos directamente apropiatorios—típicos—; o de otros —atípicos— que, como el recurso a la caridad o a la beneficencia, no son jurídicamente exigibles. Por las mismas razones, acudir, *de lege data*, a la atenuación analógica del art. 21.7ª o, *de lege ferenda*, a la introducción en el CP de una nueva atenuante específica (Liñán, 2022: 316; Ollé, 2022: 121), es opción insuficiente, aunque de innegables efectos paliativos.

Las mismas consideraciones son aplicables a la ocupación pacífica de inmuebles. Los *homeless*, cuyas carencias habitacionales vetan radicalmente su inclusión social, integran el grupo que con más frecuencia e intensidad es víctima de la violencia

aporofóbica (Olásolo y Hernández, 2021: 243). Son, por ello, el paradigma de la vulnerabilidad que deviene exclusión personal y familiar absolutas. Sin que, en este ámbito, las resoluciones de los tribunales hayan agotado las posibilidades de llegar a soluciones distintas a la criminalización de la pobreza, decidiéndose por la no punición de quienes, mediante conductas ayunas de lesividad —acciones no violentas ni intimidatorias sobre inmuebles normalmente desocupados o en desuso— pretenden vivir provisionalmente al abrigo de un techo al que, por razones estructurales (como la extrema precariedad laboral) o coyunturales (como crisis sanitarias o bélicas), pero en todo caso ajenas a sus responsabilidades, no tienen acceso (Pérez, 2021: 156-159). Una lectura de las causas de exención de la responsabilidad penal acorde con la realidad social del tiempo en se aplican, debería obviar la lecturas jurisprudenciales preconstitucionales —si no por su fecha, sí por sus referencias ideológicas— y apreciar concurrencia de estado de necesidad o ejercicio de un derecho —y, subsidiariamente, no exigibilidad de otra conducta— a estos comportamientos protagonizados -¿por quién si no?- por los excluidos paradigmáticos, que, movidos por razones de supervivencia, atacan intereses que, en todo caso, ya gozan de suficiente protección extrapenal (Pérez, 2021: 161).

Idéntica exclusión personal sufren buena parte de los conocidos como «correos de la droga», cuya extrema vulnerabilidad no les permite encontrar una vía distinta al narcomenudeo para superar el estado de necesidad a que les condena su situación económica. Si no se banalizan los males vinculados a la pobreza, la apreciación de estado de necesidad justificante no es solo una alternativa posible; es también la más sólidamente fundada desde una dogmática que, rechazando la idolatría del precedente, se adecúe al orden axiológico constitucional y a la realidad social (Gil, 2022: 491; Pérez, 2022: 56-57).

También en sede de culpabilidad caben interpretaciones alternativas, que no desprecien la incidencia que puede tener sobre este elemento del delito la privación material severa del sujeto.

Así se ha defendido la exención o atenuación de la pena por corresponsabilidad del Estado que impuso o no evitó la situación de pobreza y exclusión del autor (Pérez, 2022: 62; Fuziger, 2022: 102), o no le garantizó el acceso eficaz a los derechos económicos, sociales y culturales (Ollé: 121). En efecto, la exclusión —de la que responde políticamente el Estado— puede enervar los elementos integrantes de la culpabilidad, p. ej., la imputabilidad, la conciencia de antijuricidad o la exigibilidad de otra conducta (Pérez, 2022: 61-62; Benito, 2022: 558), o puede conformar en el sujeto una percepción cultural y valorativa de la realidad divergente de la hegemónica, lo que abriría la posibilidad de aplicación de la eximente, completa o incompleta, del art. 20.3º (Benito, 2022: 170-171).

El CP también prevé respuestas específicas, y agravadas, para los casos en los que el indigente es no ya agente sino víctima del delito. Aunque el legislador apenas ha podido motivar sus decisiones en los datos sobre criminalidad aporofóbica, escasos y fragmentarios, aportados por el Ministerio del Interior (Benito, 2021a: 299). Las

carencias de información sobre las manifestaciones y consecuencias de la violencia por rechazo a las víctimas pobres, especialmente las habitantes de la calle y/o las inmigrantes, obstaculizan también el análisis, imprescindible, de las estrategias, prácticas, estructura, alianzas y capacidad logística y operativa de las organizaciones criminales que protagonizan o fomentan las agresiones fóbicas (Olásolo y Hernández, 2021: 243).

Desde la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, el CP incorpora —«con excelente criterio» (Ferré, 2022: 61) —la circunstancia agravante genérica de motivación aporofóbica o de exclusión social en el art. 22.4ª, y otras agravaciones específicas, con el mismo fundamento, en los delitos de discriminación laboral, del inaplicado art. 314 (Terradillos, 2020a: 1142-143), en los de discriminación genérica contra el ejercicio de los derechos fundamentales de los artículos 511 y 512, o en la asociación ilícita del 515.4 (Ferré, 2022: 61).

La innovación que ha suscitado mayor interés doctrinal ha sido la introducción, en el art. 22.4ª, de la agravante genérica «razones de aporofobia», que comporta un plus de reproche culpabilístico —motivación reprobable por fóbica y discriminatoria— que, sin embargo, no es necesario que se proyecte sobre el plus de antijuricidad representado por la afectación más intensa —en comparación con los delitos no agravados— a bienes jurídicos más vulnerables. Y no se proyecta porque el CP, decantándose en este caso por la cuestionable criminalización del odio (Bustos, 2022: 198), permite expresamente apreciar la agravante aun cuando la pobreza o la exclusión no «concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

La agravante de cometer el delito por razones de exclusión social, también del art. 22.4ª, remite, como se ha observado doctrinalmente, a una motivación excesivamente vaga (Bustos, 2021: 14-15), que minimiza las posibilidades de su aplicación por los tribunales, y que ha llevado, incluso, a «rechazar su empleo en sede penal» (Bustos, 2022: 192). Sin embargo, es posible una aplicación del precepto compatible con los estándares exigidos por el principio de legalidad, siempre que los jueces compartan el concepto de «exclusión social» propuesto por la economía o la sociología y pacíficamente aplicado por las organizaciones internacionales implicadas en la lucha por la inclusión. En esta interpretación, ajustada a la realidad social, la exclusión puede ser fruto de la pobreza, pero también puede responder a otros factores, lo que hace útil mantener a ambas en el catálogo del art. 22 CP.

No ha avanzado el CP hasta el punto de incluir los motivos aporofóbicos entre los que dan lugar al delito de genocidio, del art. 607, como tampoco lo hace el art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Aunque las agresiones discriminatorias aporofóbicas sí pueden, en concurrencia de los demás elementos típicos, ser constitutivas de crímenes de lesa humanidad, que, conforme al art. 7 (1) y (2) del Estatuto, incluyen en su ámbito de protección a los grupos socioeconómicos, como los conformados por las personas sin hogar o en situación de pobreza (Olásolo y Hernández, 2021: 243).

La agravación por la especial vulnerabilidad de la víctima de los artículos 140 1. 1ª (asesinato), 148 (lesiones), 153 (violencia de género), etc., ha sido poco aplicada por los tribunales y contemplada con desconfianza por la doctrina, que se ha pronunciado, incluso, por su derogación (López, 2021: 107). Sin embargo, la vulnerabilidad, al igual que la exclusión, son conceptos manejados por las agencias públicas y privadas especializadas que podrían acotar el campo de aplicación de la agravante, facilitando así el trabajo de jueces y tribunales. Y, dado que los concretos tipos no siempre permiten vincular vulnerabilidad con pobreza, lo procedente no debe ser la derogación de las agravantes específicas, sino la introducción de una agravante genérica de vulnerabilidad de naturaleza social o económica.

## **2.2. Parte Especial**

### *2.2.1. Aporofobia*

El sesgo aporofóbico que, en la literalidad de los preceptos, se ha mantenido ajeno a la tutela penal de vida y salud, ha sido reintroducido en ese ámbito por ciertas construcciones doctrinales, que, aún ajenas en su argumentario al eugenismo y al supremacismo de la postguerra civil (Terradillos, 2020c: 69-70), han ensayado respuestas a la crisis sanitaria provocada por la epidemia Covid-19 que dan la espalda a principios constitucionales tan obvios como el derecho igualitario y universal a la vida.

Cierto es que nuestro sistema penal, al defender la propiedad frente al delito del marginal, despliega un rigor punitivo que contrasta con la lenidad con que castiga ciertos delitos contra la vida: el hurto de bagatela o el top manta tienen pena superior a la que se impone al autor de homicidio por imprudencia menos grave o a quien ni siquiera se molesta en solicitar ayuda para socorrer a quien corre peligro grave de muerte (Terradillos, 2020b: 89-91). En ese contexto normativo, la medicina de emergencia practicada en los años 2020 y 2021 se ha decantado por depreciar no ya la vida, sino, en particular, la vida del pobre.

En efecto, la crisis sanitaria ha puesto a los profesionales de la salud en el brete de aplicar triajes selectivos para, en el caso concreto, decidir la asignación del único tratamiento de Soporte Vital Avanzado disponible a un paciente que lo necesita, con exclusión de otros, que, por necesitarlo también, fallecerán. O para decidir si quitar la ventilación mecánica al paciente que la viene usando, para facilitársela a otro que, igualmente grave, pero con pronóstico de mayor viabilidad, la solicita. O para negar el acceso a la UCI al enfermo muy grave que lo necesita ya, con el fin de reservar la plaza para un probable ingreso posterior con mejor pronóstico clínico.

En todos estos casos, salvar una vida comporta el sacrificio de otra. Y el primer principio rector a aplicar es el del valor igual de toda vida humana; principio que servirá para decidir si el triaje, con posible resultado muerte, puede o no venir amparado por una causa de justificación, que, generalmente, será la de cumplimiento de un deber. Sin embargo, en la praxis médica, se han defendido y aplicado otros

criterios, como el de dar preferencia al paciente con mejor pronóstico de viabilidad, lo que, en términos reales, dada la estrecha y más que probada relación entre nivel económico y acceso a la salud, significa salvación de las vidas de los potentados -las más resistentes- en sacrificio de las que lo son menos: las vidas de los vulnerables del suburbio (Terradillos, 2022b).

Otro criterio que se ha defendido y seguido es el de dar preferencia al tratamiento de los pacientes de mayor relevancia social. Con el resultado obvio: subestimación inconstitucional y antijurídica de la vida de los excluidos, que, por definición, son menos relevantes socialmente que los integrados (Terradillos, 2022b).

Se trata de criterios de priorización que se vinculan estrechamente con el rechazo al pobre, y que no solo se han aplicado bajo la fuerte presión de la medicina de emergencia. En mayo de 2022, en un período de escasa virulencia de la pandemia Covid-19, se ha denunciado por instancias oficiales cómo, en un marco generalizado de obstáculos al acceso de los enfermos con VIH a sus tratamientos imprescindibles, una Comunidad Autónoma niega estos tratamientos a los inmigrantes irregulares y a los solicitantes de asilo (Noriega, 2020).

Al margen ya de las propuestas doctrinales y de las decisiones administrativas criticadas, la expurgación, con carácter general, de los espacios de aporofobia en la Parte Especial del CP requiere, como primer paso, descriminalizar los delitos de bagatela, o, cuando menos, limitar significativamente su alcance. Con excesiva frecuencia el Código solo ha sabido responder a la criminalidad trivial, normalmente de naturaleza patrimonial y practicada por los marginales carentes de recursos, con penas, incluso carcelarias. En contradicción con el mandato constitucional que ordena remover los obstáculos que se oponen a la igualdad material de los excluidos, se recurre a la prisión concebida como «institución de gestión de residuos, desechos humanos procedentes de los sectores sociales más desfavorecidos» (Díez, 2017: 16); esto es, como alternativa político-criminal que no pretende recuperar los «desechos», sino tratarlos -indefinidamente- como «residuos». Lo que, teniendo en cuenta que en el período 2015-2019 los delitos patrimoniales significaron unas tres cuartas partes de la delincuencia total, y que, entre ellos, el hurto fue la tipología más frecuente (García Domínguez, 2021: 55), da buena prueba del alineamiento del Código con la exclusión discriminante más que con la inclusión constitucionalmente pretendida.

Urge, pues, abordar procesos descriminalizadores en dos direcciones inspiradas por la idea de proporcionalidad: la primera, restricción del alcance de la tipicidad a los comportamientos cuya lesividad —cuantitativa y cualitativa— relevante haga imprescindible la intervención penal preventiva; la segunda, adecuación de las sanciones, que —también en cantidad y cualidad— han de tener como límite máximo el fijado por los juicios de antijuricidad y de culpabilidad, corregido a la baja cuando así lo aconsejen los requerimientos de la prevención. De esta suerte se podría superar la discriminación, propia del Derecho penal de autor, en cuya virtud, el rigor punitivo alcanza la mayor intensidad cuando castiga conductas realizadas

por sujetos de perfil socioeconómico medio-bajo (Castro y Bonsignore, 2020: 72).

La actual regulación de los delitos leves, p. ej., lleva a castigar como tales los hurtos de valor económico mínimo (arts. 234.2); y la pena puede ser carcelaria si concurren las agravaciones del art. 235; alguna de ellas, como la reiteración, consustanciales a la forma de subvenir a sus necesidades básicas por parte de los excluidos de los circuitos laborales o asistenciales, caso de los inmigrantes irregulares (Ferré, 2022: 55). Deficiencias semejante -políticas y técnicas- lastran otros delitos de bagatela como son los daños (art. 263).

Los artículos 270.4 y 274.3 castigan delitos menores - «top manta»- contra la propiedad intelectual y la industrial. Ni requieren que la defraudación produzca un beneficio mínimo, ni, por su morfología -delitos de subsistencia y carentes de lesividad-pueden afectar significativamente a los bienes jurídicos mencionados, lo que debería determinar su derogación inmediata (Benito, 2021b: 23 y 28). La pena es de prisión y multa. O excepcional y potestativamente, de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, si no concurren agravantes específicas (arts. 271 y 276). Pero, en la práctica, siempre puede aplicarse la agravante de organización, lo que veta el recurso a la excepción. Y, aun cuando se apreciare, el impago de la multa por el mantero indigente (Benito, 2021b:28) determinará, como responsabilidad personal subsidiaria, su privación de libertad. Lo que no puede entenderse sino como punitivismo exacerbado (Ferré, 2022: 55-56), que se integra funcionalmente en el programa político general de exclusión del «mantero» (García España, 2017: 16).

La tipificación de la ocupación de inmuebles sin violencia ni intimidación —ya criticada *supra* en III.2.1.— carece de sentido en razón de la escasa lesividad de sus medios —no violentos ni intimidatorios— y de su objeto material —edificios abandonados o en desuso. También en aplicación de la subsidiariedad del sistema penal: la tutela de los bienes jurídicos protegidos puede quedar confiada, sin mengua de eficacia, a los instrumentos pre-penales de que dispone el ordenamiento (Pérez, 2021: 145 y 156-158).

### 2.2.2. *Plutofilia*

La orientación plutofílica hacia el «Derecho penal del amigo», que no es sino la otra cara de la aporofobia, también queda reflejada en las numerosas decisiones legislativas que «crean un derecho penal condescendiente para los delincuentes de clase media-alta... para quienes se diseña un derecho penal que abre vías de escape mediante propuestas de autoorganización, premios a la delación y compensaciones económicas, con un uso excepcional y moderado de la prisión» (Díez, 2017: 8).

Así, los delitos de corrupción, tanto pública como privada, son objeto de una respuesta penal débil, a pesar de que resultan especialmente lesivos para bienes jurídicos vinculados a la creación y distribución igualitaria de la riqueza (García Sánchez, 2021: 63). Procede, en consecuencia, adecuar la naturaleza y gravedad de las sanciones a la naturaleza y gravedad de los delitos, abriendo, inicialmente, la

posibilidad de imposición de penas privativas de libertad y de que su ejecución comporte cumplimiento efectivo. No es necesario que se ejecuten siempre intramuros, pero sí que exista una posibilidad creíble de que así ocurra, lo que resultará relevante para el delincuente «de cálculo». Se impone, igualmente, el recurso a las penas de inhabilitación especial de larga duración. En primer lugar, para el funcionario, al que es necesario apartar del entorno que favoreció la comisión del delito. Pero también para el particular, que, por consideraciones profilácticas elementales, debe ser separado del ejercicio de la actividad económica que facilitó su contacto tóxico con la Administración pública. El particular ha de ser, además, pasible de otras penas privativas de derechos que refuercen los resultados preventivos, como la prohibición de contratar con el sector público, o la de recibir subvenciones o ayudas públicas y beneficios o incentivos fiscales. Las penas de multa están especialmente indicadas para estos delincuentes movidos por ánimo de lucro, pero solo pueden resultar inhibitorias si son proporcionales al beneficio proyectado o al daño que la operación delictiva hubiera podido generar (Terradillos, 2019: 65-67).

El catálogo de delitos contra el orden socioeconómico deberá complementarse con conductas productoras de «daño social», lesivas no solo para los derechos humanos de primera generación — como se proponía *supra* en III.2— sino también para los económicos, sociales y culturales (Bernal, 2014: 88-90), que son precisamente los derechos a cuyo ejercicio no pueden aspirar los pobres si no cuentan con una intervención estatal, inclusiva de lo penal, reequilibradora.

En esta línea, procedería subsanar las lagunas legales y aplicativas que mantuvieron al margen de la sanción penal a las entidades bancarias privadas que estuvieron a punto de desaparecer en la crisis de 2008 y que fueron «rescatadas» por medio de lo que se ha calificado como «una gran estafa» consistente en convertir su ingente deuda en deuda pública de los ciudadanos, con la consiguiente imposición a la población con menos recursos de políticas de austeridad, esto es de empobrecimiento tanto en recursos como en derechos, de cuya tutela se desentendió complacientemente la justicia penal (Bernal, 2014: 98-99).

Sin abandonar la criminalidad económica, se debería revisar, tanto en su formulación legal como en su contraste experimental, la figura del *criminal compliance*, que, publicitada como herramienta preventiva, ha devenido en la práctica una patente de impunidad a disposición de quienes dirigen los negocios, la economía y la distribución de riqueza (Ferré, 2022: 56-57).

Los delitos de fraudes a la Hacienda Pública (artículos 305 y 305 bis) consagran otra institución confesadamente plutofílica: la regularización, que exime de responsabilidad criminal —o, en la *voluntas legislatoris*, destipifica *ex post*—, al defraudador tributario por el delito fiscal y por el de falsedades documentales consumados, siempre que reconozca y pague espontáneamente su deuda tributaria (Ferré, 2022: 57). Además, la ley asegura la posibilidad de eludir la pena carcelaria a quien regulariza en los dos meses siguientes a su citación legal como imputado. Y todo ello en beneficio, incluso, de quienes defraudaron por más seiscientos mil

euros, delinquieron en el seno de una organización o grupo criminal, y/o utilizaron recursos de ingeniería tributaria delictiva para ocultar su responsabilidad o su patrimonio (Terradillos, 2020a: 152). Claro que, todo este estatuto de delincuente amigo no está disponible para cualquier defraudador, sino solo para el que elude el pago de deuda tributaria por encima de ciento veinte mil euros, posibilidad de delinquir de las que están excluidos los sectores de población no adinerados.

En los delitos contra la Seguridad Social (artículos 307, 307 bis y 307 ter) se repite el mismo régimen de privilegio, siempre que el responsable sea el empresario que defraudó más de cincuenta mil euros por impago de cuotas o por obtención de su devolución o deducciones. Porque cuando el infractor es el trabajador que disfrutó indebidamente prestaciones del sistema de Seguridad Social, desaparece, sin otro fundamento que su debilidad económica, el límite mínimo que condiciona la punibilidad (Ferré, 2022: 57).

El Derecho penal también muestra una cierta inclinación plutofílica cuando descuida la exigencia de responsabilidad penal a agentes económicos relevantes —en este caso, «las grandes multinacionales» (Berdugo, 2022: 418), por la comisión de delitos contra bienes jurídicos difusos, cuya fragilidad se incrementa cuando sus titulares son los colectivos más desfavorecidos. Es el caso de los bienes jurídicos medioambientales cuyo menoscabo redundaba en obstaculización relevante del ejercicio de derechos como el acceso al agua potable, a la soberanía alimentaria, a la salud o a la vivienda digna. Como es sabido, los obstáculos son fácilmente superables por los económicamente fuertes, pero insalvables por quienes no lo son (Ruiz, 2022: 359 y 367).

La respuesta penal a los delitos medioambientales solo puede ser eficaz si parte de la consideración de su proyección supranacional. Lo que lleva de la mano a implementar estrategias político-criminales transfronterizas, en la línea de considerar el ecicidio como delito internacional, lo que facilitaría la unificación de las políticas penales implementadas por los diferentes Estados y, por ende, la mejor persecución penal de los agentes responsables (Berdugo, 2022: 419-422).

En Derecho español, uno de los ejemplos más llamativos de connivencia de la ley con casos de criminalidad grave, que afecta a derechos fundamentales de los más necesitados de tutela penal, es el de la atipicidad del sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos (Benito, 2021a: 303), a pesar de que hacerlo no es una opción disponible para el legislador español, sino una obligación impuesta por los compromisos internacionales (Terradillos, 2021a: 48). Se trata de una evidente falencia de un ordenamiento que, si pretende ser coherente con el modelo de Estado social, no puede dejar lagunas en la protección de los trabajadores más vulnerables y, en concreto, de su vida y salud (Remersaro, 2022: 450). Lo que, a su vez, en aplicación de los artículos 40.2 y 45 CE, obliga a abordar la tutela penal preventiva de estos bienes jurídicos potenciando la vigencia real del derecho a un medioambiente de trabajo, comprensivo del entorno físico intra- y extra-empresarial seguro y saludable (Baylos, 2022; Terradillos, 2018: 239-240).



Tampoco puede la política criminal inclusiva en derechos, excepcionar el principio general de exigibilidad de responsabilidad criminal a las personas jurídicas en los delitos contra derechos de los trabajadores. Sin embargo, así lo hace el Título XV del Libro II del CP, que no la prevé, y, por tanto, no puede exigirla precisamente en estos delitos, por lo general especiales, en los que solo puede ser autor el empresario o sus delegados, siendo así que, en la economía del siglo XXI, la empresa reviste, en la inmensa mayoría de los casos, formas societarias dotadas de personalidad jurídica (Terradillos, 2021a: 51-52).

No es la única laguna detectable en la protección de derechos de los más vulnerables por las condiciones económicas en que viven: el sistema penal es también «aporóforo por defecto» en la ineficiente tutela de las mujeres inmigrantes, sobre todo irregulares, víctimas notorias de delitos de explotación laboral y/o sexual (Acale, 2021: 20-21).

### 2.3. Sistema de sanciones

Las sanciones penales —tal como se advertía *supra*, en III.2.2.1— pierden legitimidad cuando, por su naturaleza o por su cuantificación, sobrepasan los límites fijados por los juicios de antijuricidad y culpabilidad y, cuando, ya al interior de ese marco, sobrepasan lo exigido por la prevención. Si lo hacen, contradiciendo lo exigido por esos criterios, solo pueden pretender autojustificarse apelando al objetivo político-criminal de control de ciertas tipologías grupales de autor. Lo que, como alegato legitimante, es demasiado endeble.

Esta cuestionable deriva punitivista discriminatoria se manifiesta, sobre todo, en dos reformas penales de este siglo: la LO 5/2010, transformó la reiteración de faltas en delito, y la LO 15/2003, rebajó el mínimo de la duración de la prisión a tres meses. La razón, recogida en la Exposición de Motivos: «que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia» (Ferré, 2022: 55).

No se trata de reformas dirigidas, en la letra de la ley, a exacerbar la punición de un sector acotado de delincuentes, pero tanto los nuevos delitos de bagatela como los nuevos límites mínimos de la pena carcelaria se mueven en el plano de la criminalidad del excluido. Derecho penal, pues, de autor, lo que resulta particularmente evidente en el diseño de la respuesta punitiva al inmigrante, no necesariamente irregular, cuyo rechazo «no solo se alimenta de pretextos étnicos: es también supremacismo económico» (Terradillos, 2021b: 69).

El art. 89 CP regula el régimen de expulsión de extranjeros, que se añade al establecido, como sanción administrativa, por la LO 4/2000, sobre derechos y libertades sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La expulsión, concebida como pena sustitutiva de la privación de libertad del extranjero — o, *mutatis mutandis*, como sustitutiva de una medida de seguridad

(art. 108 CP)— , no desarrolla un programa penal democrático, sino segregador con base xenófoba (García España, 2017: 18), que funge como refuerzo ancilar tanto de las políticas migratorias, dirigidas al control de flujos humanos en función de las necesidades de la producción, como de las policiales, dirigidas a limpiar las calles de extranjeros expresidarios (Navarro, 2021: 197). Coherentemente, la expulsión adolece de un descarnado pragmatismo y de un deplorable desprecio por las garantías constitucionales del vulnerable (Navarro, 2021: 222).

Solo son ejemplos, seleccionados entre una larga serie, de respuesta penal coherente con lo exigido por estrategias político-criminales que alzapriman el control del colectivo indigente mediante la tipificación y penalización de los comportamientos habituales en los que menos recursos tienen, lo que superpone a los mecanismos represivos del Derecho penal de bagatela los del Derecho penal de autor. Criminalización exacerbada de la pobreza, que no solo comporta traición al Derecho penal igualitario, sino también abandono de la obligación estatal de afrontar la realidad económica con políticas sociales comprometidas (Wacquant, 2010, 2010: 63-64).

#### **2.4. Proceso penal**

En materia procesal penal es ineludible recuperar el principio de igualdad, convertido en ficción por el desequilibrio de fuerzas entre las partes (Ollé, 2022: 123), especialmente en los procesos más «aligerados» de garantías (juicios rápidos y por delitos leves), en los que se sustancia la responsabilidad penal de los excluidos que protagonizan la pequeña delincuencia, sin que ni la práctica de la prueba ni el ejercicio de la defensa alcancen los estándares constitucionalmente exigibles (Ollé, 2022: 139-140).

Para hacer efectivo el derecho de todos a acceder a la Justicia, del art. 24.1 CE, corresponde al Estado social y democrático de Derecho compensar las desventajas que alejan a los marginales, sobre todo si son extranjeros sin recursos, del proceso penal, de modo que puedan hacer valer, como denunciantes o como acusadores, sus derechos cuestionados en razón de su exclusión social. Permitir la personación de colectivos (asociaciones gremiales o sindicales, organizaciones de consumidores, etc.) como partes acusadoras en apoyo de la indefensa víctima podría redundar en una mejor tutela de los más débiles (Terradillos, 2020a: 120). En definitiva, se trataría de llevar al Boletín Oficial del Estado y luego a estrados el programa que el Secretario de Estado de Justicia anunciara, en comparecencia ante el Senado, el 24 de marzo de 2022: la Justicia debe ser «un servicio público accesible y cercano, al que los ciudadanos puedan acudir con plena confianza... un elemento tractor en el camino hacia la igualdad de oportunidades».

Igualmente es necesario afinar las garantías del indigente acusado, para que la prueba se practique en las condiciones propias del debido proceso, lo que, cuando encausados y testigos no dominan la lengua de los jueces, viene obstaculizado por una deficiencia tan fácilmente subsanable como es la carencia de intérpretes realmente solventes (Terradillos, 2020a: 121).

No se corresponde con lo dispuesto en el art. 24 CE la «prueba diabólica» sobre las extraordinarias condiciones de vulnerabilidad y exclusión social del enjuiciado pobre, que vienen requiriendo los tribunales para apreciar su incidencia sobre el juicio de culpabilidad (Ollé, 2022: 140) o, incluso, sobre el de antijuricidad (GIL, 2022: 482), lo que se constituye en obstáculo grave a la apreciación en sentencia de las coherentes consecuencias atenuantes o eximentes de responsabilidad.

Tampoco es compatible con el mismo art. 24 CE la proliferación de sentencias por conformidad con la acusación fiscal, procedimiento que, de hecho, predetermina las condenas a partir de las solas aportaciones de la instrucción o, incluso, del atestado (Andrés, 2018: 1481). La conformidad, tal como se viene practicando, responde a una lógica de transacción desigual que desdeña el método judicial, configurado sobre la confrontación de posiciones entre partes, y que limita gravemente las posibilidades de tutela judicial para pobres y menesterosos (Sáez, 2007: 17-18).

A requerimientos del gerencialismo, que reivindica un proceso penal efectista (Terradillos, 2020d: 234-235), se renuncia a elementos esenciales del juicio justo, que quedan sacrificados en favor de una pretendida eficacia (Díez, 2017: 12), medida por el número de resoluciones y no, como sería exigible, por su idoneidad para asegurar la tutela de los derechos a los que el proceso debe servir,

#### IV. EPÍLOGO

El objetivo último de la investigación del grupo ha sido, en palabras de la doctora Benito Sánchez, «ofrecer una serie de propuestas para paliar los efectos de una legislación penal y de un sistema penal que aún poseen tintes aporófobos» (Benito, 2022: 576). La coherencia argumental y la solvencia científica de esa propuesta colectiva parecen garantizadas. De su toma en consideración son responsables otras instancias.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Acale Sánchez, M. (2021): «Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho penal», en *Revista Penal*, 47, pp. 5-23.
- Andrés Ibáñez, P. (2018): «Sobre los altos tribunales y la ‘mística’ de la intermediación», en De la Cuesta Aguado, P. M., y otros (coord.): *Liber amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1481-1492.
- Aparicio Wilhelmi, M. (2019): «La reforma del art. 135 CE como dispositivo de desposesión constitucional», en *Jueces para la democracia*, 95, pp. 17-28.
- Baylos Grau, A. (2018): *El Estado social, base de la democracia (40 años de la promulgación de la Constitución de 1978)*. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2018/10/el-estado-social-base-de-la-democracia.html> (última consulta el 20.05.2022).
- Baylos Grau, A. (2022): *Salud laboral y medio ambiente: transiciones y continuidades. Sobre la modificación de la Constitución italiana y límites a la iniciativa económica privada*.

Disponible en <https://baylos.blogspot.com/search?updated-max=2022-05-05T01:07:00%2B02:00&Max-results=3> (última consulta el 20.05.2022).

- Benito Sánchez, D. (2021a): «Aporofobia y Derecho Penal (Aporophobia and criminal law). España», en *Revista Penal*, 47, pp. 299-305.
- Benito Sánchez, D. (2021b): «Aporofobia y delito: la criminalización del top manta», en *Revista Penal*, 48, pp. 5-32.
- Benito Sánchez, D. (2022): «La alteración en la percepción: ¿eximente para delitos cometidos en contextos de exclusión social», en Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. (coord.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 147-176.
- Berdugo Gómez De La Torre, I. (2022): «Los retos del Derecho Penal Internacional en la Amazonia brasileña», en Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 383-428.
- Bernal Sarmiento, C. E. (2014): «Delitos de los mercados y de la globalización. Una lectura criminológica de los daños sociales y los delitos sufridos por los PIGS», en Demetrio Crespo, E. (dir.): *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, Edisofer-BdeF, pp. 79-112.
- Bobbio, N. (1991), *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.
- Bustos Rubio, M. (2021): «El art. 22.4<sup>a</sup> del código penal: Una circunstancia inconclusa en una realidad social aporófoba», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 7 especial, pp. 1-18.
- Bustos Rubio, M. (2022): «Exclusión social y pobreza como motivos de odio: la respuesta penal ante la delincuencia aporófoba en la circunstancia agravante del art. 22.4<sup>a</sup> CP», en Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 177-203..
- Castro Liñares, D. y Bonsignore Fouquet, D. (2020): «Delincuencia socioeconómica y daño social. Perspectivas político-criminales para un contexto poscrisis», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XL, pp. 45-111- Disponible en <http://dx.doi.org/10.15304/epc.40.6212> (última consulta el 20.05.2022).
- Cigüela Sola, J. (2019): *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Cortina Orts, A. (2006): *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos.
- De Giorgi, A. (2005): *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Barcelona, Virus Editorial.
- Díez Ripollés, J. L. (2017): «El abuso del sistema penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-01, pp. 1-24. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf> (última consulta el 20.05.2022).
- Dorado Montero, P. (1923): *Bases para un nuevo Derecho Penal*, Barcelona, José Gallach-Editor.
- EAPN-European Anti-Poverty Network (2021): *El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España. 2008-2020. 11º Informe. 2021. Contexto Nacional*, Madrid, EAPN-ES.

- Ferré Olivé, J. C. (2022): «Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal», en *Revista Penal México*, 20, pp. 51-63.
- Fuziger, R. (2022): «Aporofobia y corresponsabilidad», en Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 75-105.
- García Domínguez, I. (2021): «Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporóforas a través de los delitos patrimoniales», en *Revista Penal*, 48, pp. 33-57.
- García España, E. (2017): «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-15, pp. 1-28. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-15.pdf> (última consulta el 20.05.2022).
- García Sánchez, B. G. (2021): «Algunas manifestaciones de política criminal de exclusión. Derecho penal 'del amigo': corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco)», en *Revista Penal*, 47, pp. 61-83.
- Garside, R. (2013): «Abordar el daño social: ¿mejor regulación o transformación social», en *Revista Crítica Penal y Poder*, número especial 5, pp. 225-246.
- Gil Nobajas, M. S. (2022): «Tráfico de drogas y estado de necesidad: análisis y revisión de la doctrina jurisprudencial en relación con los correos de la droga», en Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 457-497.
- Hillyard, P. y Tombs, S. (2004): «Beyond criminology?», en Hillyard, P., Pantazis, C., Tombs, S. y Gordon, D. (eds.): *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, London, Pluto Press, pp.10-29.
- INE-Instituto Nacional de Estadística (2021): *2.11 Riesgo de pobreza y/o exclusión social (estrategia Europa 2020). Indicador AROPE*, Disponible en [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259941637944&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayou](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259941637944&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayou) (última consulta el 20.05.2022).
- Liñán Lafuente, A. (2022): «Reflexiones acerca del estado de necesidad provocado por la pobreza o la miseria en los delitos contra la propiedad», en Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 297-324.
- López López, C. I. (2021): «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida», en *Revista Penal*, 48, pp. 94-109.
- Maqueda AbreU, M. L. (2015): «La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las clases peligrosas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-12, pp. 1-56. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-12.pdf> (última consulta el 20.05.2022).
- Miró Llinares, F. (2015): «La criminalización de conductas 'ofensivas'. A propósito del debate anglosajón sobre los límites morales' del Derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 17-23, pp. 1-65. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-23.pdf> (última consulta el 20.05.2022).
- Morales, L. (2015): *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons.

- Navarro Cardoso, F. (2021): «Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica», en *Revista Penal*, 47, pp. 193-226.
- Nieto Martín, A., (2020): «Cambio climático y Derecho Penal Internacional del medio ambiente», en *Jueces para la Democracia*, 98, pp. 61-70.
- Noriega, D (2022): «Un informe del Ministerio de Sanidad acusa a Madrid de no dar tratamiento a inmigrantes con VIH», en *elDiario.es*, 01.05.2022. Disponible en [https://www.eldiario.es/sociedad/informe-ministerio-sanidad-acusa-madrid-no-dar-tratamiento-inmigrantes-vih\\_1\\_8935384.html](https://www.eldiario.es/sociedad/informe-ministerio-sanidad-acusa-madrid-no-dar-tratamiento-inmigrantes-vih_1_8935384.html) (última consulta el 20.05.2022)].
- OEI-Observatorio empresarial ara el crecimiento inclusivo (s. f.): *¿Qué es el indicador AROPE?, ¿qué representa y qué criterios utiliza?* Disponible en <https://www.crecimientoinclusivo.org/que-es-indicador-arope-que-representa-y-que-criterios-utiliza/> (última consulta el 20.05.2022).
- Olásolo, H., y Hernández Cortés, C. E. (2021): «El tratamiento de la aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones discriminatorias contra los habitantes de la calle», en *Revista Penal*, 47, pp. 227-247.
- Ollé Sesé, M. (2022): «El acusado víctima de aporofobia: culpabilidad y proceso penal», en Benito Sánchez, D, y Gil Nobajas, M. S. (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 107-145.
- Paredes Castañón, J. M. (2021): «Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social», en *Revista Penal*, 48, pp. 132-142.
- Pena González, W. (2021): «El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia», en *Revista Penal*, 47, pp. 248-262.
- Pérez Cepeda, A. I. (2021): «La ocupación de inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario», en *Revista Penal*, 48, pp. 143-162.
- Pérez Cepeda, A. I. (2022): «Aporofobia y Derecho penal en el Estado social», en Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 41-74.
- Pistor, K. (2022): *El código del capital. Cómo la ley crea riqueza y desigualdad*, Madrid, Capitán Swing.
- Presno Linera, M. A. (2020): «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 36-37, pp. 54-65.
- Remersaro Coronel, L. (2022): «La afectación de la vida salud de los trabajadores más vulnerables y su repercusión penal», en Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 428-456.
- Romero, P. (2022): «La mayor empresa de ciberespionaje del mundo abrirá sede en España: por qué hay que vigilar a Palantir», en *Público.es*, 30.03.2022. Disponible en <https://www.publico.es/sociedad/gigante-ciberespionaje-abre-sede-espana-hay-vigilar-palantir.html#md=modulo-portada-bloque:2col-t4;mm=mobile-medium> (última consulta el 20.05.2022).

- Ruiz Arias, M. (2022): «La eco-víctima: enfoque desde la aporofobia y la justicia ambiental», en Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 353-381.
- Sáez Valcárcel, R. (2007): «Una crónica de tribunales. La justicia penal en la estrategia de la exclusión social», en *Jueces para la democracia*, 58, pp. 13-22.
- Silva Sánchez, J. M. (2018): «Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios del art. 286 ter Código Penal español», en Gómez Martín, V. y otros (eds.): *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Barcelona, Marcial Pons, pp. 55-66.
- The Lancet Commission on Pollution and Health (2022): «Pollution and health: a progress update», en *The Lancet Planetary Health*, 17 de mayo. Disponible en [https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196\(22\)00090-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196(22)00090-0/fulltext) (última consulta el 20.05.2022).
- Terradillos Basoco, J. M. (2018): «Prevención de riesgos laborales medioambientales: responsabilidades penales», en *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, 270, pp. 215-240.
- Terradillos Basoco, J. M. (2019): «Corrupción política y delitos contra la administración pública. Una aproximación introductoria», en Terradillos Basoco, J.M. y Basílico, R. (dir.): *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires-Montevideo, B de F, pp. 45-77.
- Terradillos Basoco, J. M. (2020a): *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona, Bosch.
- Terradillos Basoco, J. M. (2020b): «Vida vivida y muerte querida. Suplantación de Carlos Edmundo de Ory en torno al suicidio», en Terradillos Basoco, J. M. (2020): *Ensayos sobre arte y crimen*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 87-105.
- Terradillos Basoco, J. M. (2020c): «Homofobia y ley penal: la homosexualidad como paradigma de peligrosidad social en el Derecho penal español (1933-1995)», en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 1, pp. 63-102. Disponible en <https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/article/view/6182/6305> (última consulta el 20.05.2022).
- Terradillos Basoco, J. M. (2020d): «Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia», en *Revista Penal*, 46, pp. 230-244.
- Terradillos Basoco, J. M. (2021a): «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XLI, pp. 1-57. Disponible en <https://doi.org/10.15304/epc.41.6718> (última consulta el 20.05.2022).
- Terradillos Basoco, J. M. (2021b): «Extranjería y criminalidad violenta: de la exclusión a la satanización», en García Rivas, N. (dir.), *Criminalización del radicalismo violento: un debate europeo*, Madrid, Iustel, pp. 63-103.
- Terradillos Basoco, J. M. (2022a): «Derecho Penal Económico: lo que queda y lo que se fue de la 'vieja' dogmática penal», en Silva Forné, D. (coord.): *20 años de CIEPUR. 100 años del nacimiento de Adela Reta*, Montevideo, FCU, en prensa.
- Terradillos Basoco, J. M. (2022b): «Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud», en *Revista Penal*, 50, en prensa.

- Wacquant, L. (2010): *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Gedisa.
- Ward, T. (2004): «State harms», en Hillyard, P., Pantazis, C., Tombs, S., y Gordon, D. (eds.): (2004): *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, London, Pluto Press, pp.84-100.
- Young, J. (2003): *La sociedad «excluyente». Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad Tardía*, Madrid, Marcial Pons.



# ECONOMÍA Y DESIGUALDAD

*Agustín García Laso*

Profesor Titular de Economía  
Universidad de Salamanca  
aglaso@usal.es

El excelente libro de Acemoglu y Robinson (2012) nos proporciona un detallado análisis de la evolución económica y social de varios países (y civilizaciones) en diferentes momentos de la historia de la humanidad, intentando comprobar qué aspectos determinaron o influyeron en su éxito o fracaso. En ese contexto destacan el papel que han jugado a lo largo de la historia las instituciones, es decir, el papel del Estado, de la organización política, garantizando derechos o impulsando la iniciativa económica. En esa apuesta por un «Leviatán encadenado» (Acemoglu y Robinson, 2019) diferencian entre instituciones inclusivas y extractivas:

«Las instituciones económicas inclusivas que hacen respetar los derechos de propiedad crean igualdad de oportunidades y fomentan la inversión en habilidades y nuevas tecnologías y conducen más al crecimiento económico que las instituciones económicas extractivas, estructuradas para extraer recursos de la mayoría para un grupo reducido...» (2012: 501).

Desde el fin de la segunda guerra mundial, lo que se dio en llamar la «edad de oro del capitalismo», no sólo significó estabilidad económica y monetaria y fuertes tasas de crecimiento económico sino también pleno empleo y consolidación de un marco institucional en los mercados europeos (en especial en el mercado de trabajo: salario mínimo, negociación colectiva, subsidios de desempleo, políticas de rentas, reconocimiento sindical...), con una fuerte presencia del gasto público en la economía de los países europeos democráticos, que permitió tejer una red de protección social a los ciudadanos de estos países. La abrupta ruptura de este 'pacto keynesiano' en los años setenta no sólo generó inestabilidad económica y monetaria, sino también la ruptura de todos los consensos respecto a ese marco institucional en los mercados de trabajo europeos. Como afirmaba Anisi, «el pleno empleo había dejado de ser el gran objetivo de la política económica. Y como el pleno empleo era el núcleo del Estado de bienestar, comenzaba necesariamente el final de éste» (Anisi, 1995).

En este estudio en que se aborda la aporofobia y sus posibles repercusiones en el derecho penal, resulta necesario incluir un análisis introductorio sobre los diferentes aspectos de la desigualdad económica, que es la principal causa de la pobreza. La cuestión no es reducir el estudio a la exposición de estadísticas (por cierto, cada vez más ricas y fácilmente accesibles) sino enmarcar la forma en que la economía

ha abordado este tema, en cuanto que la economía se encarga no sólo de estudiar la producción de bienes y servicios, sino también su distribución. La vinculación de las políticas económicas tendentes a reducir la pobreza y desigualdad económica, con la consolidación de instituciones inclusivas, en el sentido antes comentado, es clara. Como afirma Cortina, «crear instituciones que eliminen la pobreza y reduzcan las desigualdades es la mejor forma en que la economía podrá contribuir a erradicar la aporofobia» (p.144).

## I. LA ECONOMÍA Y SU PREOCUPACIÓN POR LA DESIGUALDAD

La historia de la Economía como ciencia, o como objeto de estudio, ha mostrado un desigual interés por las cuestiones distributivas. En el pensamiento clásico, en la obra de Adam Smith, el objeto de estudio era el crecimiento económico de los países con una incipiente y novedosa industrialización y la acumulación de capital se entendía como un requisito previo y lógico para las inversiones que requerían ese crecimiento. No fue hasta las obras de David Ricardo y por supuesto de Marx donde se empezó a mostrar preocupación por la otra cara del crecimiento económico. En concreto, Marx alertó sobre las consecuencias de la acumulación de capital en la concentración económica (escasos años antes de la primera legislación antimonopolio en EE.UU.) y sobre la decadente condición en que vivían los trabajadores de esas industrias afirmando con carácter premonitorio que estas condiciones no podían ir más que a peor (escasos años después de su muerte, en Prusia se ponen los cimientos de lo que sería posteriormente la seguridad social y se aprobaron las primeras leyes obreras dirigidas a limitar el trabajo infantil o el trabajo nocturno, entre otras cuestiones). Muchos estudios han detallado este proceso y no vamos a detenernos en ello. Las actuaciones legislativas de fines del siglo XIX y primeras dos décadas del XX tenían un mero carácter proteccionista de los aspectos más crudos de la industrialización, pero sin entrar en limitar las desigualdades, ni siquiera a analizarlas, si bien se ha comprobado que los salarios se incrementaron, sin embargo, las desigualdades en los extremos de la distribución (con los escasos datos de que entonces se disponía) iban aumentando.

La historia del siglo XX ha podido mostrar el papel que juegan las crisis económicas en el replanteamiento de las relaciones de poder. Los dramáticos efectos de la crisis financiera de 1929, en especial en materia de empleo en todos los países desarrollados (con tasas de paro en torno al 25% en EE.UU. y Alemania), generaron una reacción política, social y también en el campo de la economía. La fuerte caída de renta entre los ciudadanos animó a cambios profundos en las instituciones políticas. En EE.UU. hacia políticas públicas, pero, por desgracia, en Alemania e Italia derivó en gobiernos dictatoriales.

En el campo de la teoría económica, la economía previa a la crisis financiera de 1929 se encontraba plácidamente asentada en el principio de que los mercados tenían mecanismos correctores automáticos y que, esto servía tanto a los mercados financieros como al mercado de trabajo de modo que el desempleo como tal no existía pues el mercado por sí mismo se ajustaba mediante la flexibilidad de los

salarios. El profundo choque que produjo la crisis de 1929 en la teoría económica y en la política económica llevó por una parte, a la aceptación y triunfo del keynesianismo y, por otra, a la plasmación de políticas públicas de lucha contra el desempleo, siguiendo los postulados keynesianos del efecto multiplicador, y que se tradujeron en el *New Deal* de Roosevelt que se extendió a otros países europeos para intentar mitigar los efectos del desempleo en un marco político institucional aún débil de protección social. Por otra parte, en EE.UU. se procedió a regular los mercados financieros dentro de una política general regulatoria. En la explicación keynesiana de la crisis, por primera vez se incide en la distribución desigual de la renta como causa de la crisis<sup>3</sup>.

Tras la segunda guerra mundial, si bien se asienta la teoría keynesiana como política económica dominante en los países desarrollados con los efectos estabilizadores ya comentados, sin embargo, el estudio de la distribución de renta no se encuentra dentro de los temas centrales de estudio de la Economía. No es hasta mitad de los años 50 con la obra de Kuznets cuando se publican las primeras series estadísticas de distribución de renta y populariza la denominada Curva de Kuznets: la desigualdad de ingresos disminuirá automáticamente a medida que aumente el nivel de desarrollo de un país, independientemente de las políticas económicas llevadas a cabo. Nuevamente nos encontramos con una apelación a la corrección automática de los mercados, en este caso, aplicada a la distribución de renta. El asentamiento de este optimismo minimizó la preocupación por este tema de estudio en la Economía. Sin embargo, cuando a fines del siglo XX se convirtió en uno de los temas centrales en la investigación económica, el acceso a bases de datos de largo plazo y la combinación de fuentes estadísticas de renta y riqueza entre países, modificó este optimismo en la corrección automática de la desigualdad. La gran obra de Piketty (2013) que aborda en varios estudios sobre la desigualdad, con un amplio grupo de especialistas de diferentes países, plasma este giro ahondando en el hecho desestabilizador de la diferente evolución de la tasa de retorno de capital frente a la tasa de crecimiento económico y cuando esa diferencia es muy pronunciada, el riesgo de un aumento de la desigualdad en la distribución de renta es muy elevado (p.25). Aparte de la ingente aportación de información estadística al respecto, creo que hay que destacar dos aspectos en su obra: por una parte, niega el mecanismo autocorrector del mercado en materia de distribución de renta, posibilitando así el diseño de políticas públicas que tengan como objetivo directo mitigar esta desigualdad, en especial, en los casos de pobreza más severa; por otra parte, al utilizar series estadísticas de largo plazo, pone en valor la necesidad de comprender la evolución económica dentro de cada contexto histórico y político, del que no es ajena. Como llega a afirmar en otra obra posterior, «la desigualdad es ante todo una construcción social, histórica y política» (Piketty, 2021: 18).

---

<sup>3</sup> «El análisis keynesiano posterior subrayaría más de lo que lo hizo el propio Keynes, el papel desempeñado por la distribución desigual de la renta como causa de la crisis. En EE.UU., las 24.000 familias con mayores ingresos recibieron el triple de renta que los seis millones con menos ingresos. En consecuencia, el crédito se había canalizado desde la economía más amplia a la especulación financiera y al consumo ostensible» (Skidelsky, 2009, p. 90).

Y este es uno de los nudos gordianos del acercamiento al problema de la desigualdad desde la Economía. En cuanto que se abre la posibilidad de diseñar políticas que tengan como objetivo directo afectar a la distribución de renta, ya hay margen para la actuación de políticas económicas. Detrás de ello, está un debate muy antiguo en la Economía y que hace referencia a su relación con consideraciones éticas. Se trata de una polémica permanente, con posturas claramente enfrentadas: por un lado, los que defienden la Economía como ciencia y, por tanto, sujeta a las mismas condiciones de refutación de cualquiera de las otras ciencias, siguiendo la rígida descripción científica de Popper; por otra, los que defienden la Economía como una ciencia social y, por tanto, sujeta a interpretación y valoración. Expuestas así las dos posturas –de forma obligadamente genérica– los primeros apartarán cualquier consideración ética en el estudio económico; mientras que los segundos, entenderán los planteamientos éticos como indispensables en el análisis económico. Este debate se asentó en los años cincuenta del pasado siglo y pervive en la actualidad. En esta convivencia pacífica de estas «dos almas» de la Economía, el interés por la desigualdad en la distribución de renta es evidente que, en cuanto que se encuentra lleno de consideraciones éticas, sólo puede ser abordado desde la consideración de la Economía como ciencia social. Uno de los principales autores que más ha incidido en esta dialéctica es Amartya Sen. En su célebre libro *Ética y Economía* (1989), parte del «grave distanciamiento entre la economía y la ética, lo que ha originado una de las principales deficiencias de la teoría económica contemporánea» (pp. 9 y 27) y apuesta de forma rotunda por analizar consideraciones éticas desde la economía, en especial en los estudios de la economía del bienestar, frente al «enfoque técnico de la economía». A su ingente labor en este campo se debe su aportación a la elaboración del Índice de Desarrollo humano que anualmente publica Naciones Unidas y que incluye amplia información estadística sobre diferentes aspectos económicos y sociales de los países que exceden, por tanto, el limitado marco del dato de crecimiento económico de cada país<sup>4</sup>.

El claro predominio del modelo de la Síntesis neoclásica en el estudio de la Economía desde mitad de los años 50 del pasado siglo —y que continúa en la actualidad— centró el análisis microeconómico en el comportamiento de los individuos. Desde este planteamiento, cada individuo busca la máxima satisfacción de su interés propio de modo que la consecución de un mayor nivel de ingresos no es más que la culminación de esta búsqueda continuada. Las diferencias de renta no hacen más que primar este interés y suponen el incentivo necesario para su éxito individual y, por extensión, el de la sociedad. Bajo estas premisas el estudio de las desigualdades de renta tuvo escaso eco en la teoría económica<sup>5</sup>. Frente a este modelo se erigió y

---

<sup>4</sup> El IDH se construye a partir de tres dimensiones: crecimiento económico, esperanza de vida y años de escolarización y se publica anualmente por el PNUD desde 1990. Progresivamente ha ido incorporando otros indicadores: IDH ajustado por la desigualdad; Índice de desigualdad de género; e Índice de Pobreza Multidimensional.

<sup>5</sup> Stiglitz fue uno de los economistas preocupado por estas cuestiones y dedicó uno de los capítulos de su tesis doctoral a los determinantes de la distribución de las rentas y la riqueza, posteriormente publicado en la revista *Econometrica* en 1969. El propio autor reconoce que: «el

consolidó una corriente denominada economía institucional, para la cual el objeto de estudio no es el individuo, sino el grupo definido por su situación en la vida social y económica y los intereses que comparte, así como las instituciones que regulan los mercados en los que actúan estos grupos<sup>6</sup>. Desde este modelo se fueron construyendo los principales estudios sobre distribución, que se acentuaron con la crisis financiera de 2008.

La crisis financiera de 2008 fue un catalizador de debates sobre la desigualdad en la distribución de renta<sup>7</sup>. Como en la crisis financiera de 1929, el periodo previo se caracterizó por fuertes tasas de crecimiento, unidas a una gran liberalización en la movilidad de capitales y aumento de la tasa de retorno de capital (siguiendo la terminología de Piketty ya enunciada). Dicho de otro modo, las rentas de las decilas superiores de ingreso se incrementaron mucho más que las decilas más bajas (D10/D1) evidenciándose en todos los países una fuerte concentración de renta y un desigual crecimiento de los rendimientos del capital –en especial inmobiliario– respecto a las rentas del trabajo. Se prodigaron análisis y estudios insistiendo precisamente en el papel que jugó la avaricia, el afán desmedido por aumentar los ingresos en los mercados financieros, en un proceso alimentado además por la relajación de los controles en estos mercados<sup>8</sup>. Esta crisis constituyó un respaldo para los partidarios de la inclusión de cuestiones éticas en el análisis económico, tan fuerte que llegaron a ponerse en cuestión los fundamentos de la macroeconomía moderna en algunas publicaciones en principio alejadas de estos planteamientos<sup>9</sup>.

---

número de personas dispuestas a leer un análisis de las desigualdades era limitado, entre la población en general en incluso entre los economistas». No era un tema que interesara a la gente. En la profesión, en ocasiones, hubo verdadera hostilidad. Y siguió siendo así incluso cuando las desigualdades empezaron a aumentar de forma desmesurada en el país, en la época en que Reagan llegó a la presidencia. Un destacado economista de la Universidad de Chicago, Robert Lucas, lo explicó así: «Entre las tendencias perjudiciales para una economía sólida, la más seductora y... venenosa es la de centrarse en la distribución» (Stiglitz, 2015: 14).

- <sup>6</sup> Estos modelos se abren también a análisis provenientes de otros campos como la Sociología o el Derecho. En el campo sociológico destaca la figura de Veblen que ya en 1899 publicó el reputado libro *Teoría de la clase ociosa* donde marcaba precisamente las divergencias de intereses entre grupos sociales. En el campo económico, destaca la figura de J.K. Galbraith y de postkeynesianos como Krugman o Stiglitz entre otros muchos. Un análisis detallado del alcance de este modelo podemos verlo en Rutherford (2001),
- <sup>7</sup> Es necesario destacar en especial —aparte de Piketty— las obras de dos autores: Branco Mila-novic (2006 y 2011) y Stiglitz (2012 y 2015).
- <sup>8</sup> A título de ejemplo de la inmensa cantidad de libros y artículos sobre este tema, es el libro de Madrick, con el significativo título de, *Age of Greed* (2011), así como el excelente retrato de la especulación financiera en EE.UU. que aparece reflejado en el documental *Inside Job* (Ferguson, 2012)
- <sup>9</sup> Es el caso de la revista *The Economist*. Por otra parte, resultó especialmente llamativo el movimiento *Occupy Wall Street*. Por encima de los nulos resultados de la protesta que organizaron en septiembre de 2011, sin embargo, fue evidente su repercusión mediática y su certero lema «Somos el 99%» con el que hacían referencia a la creciente concentración de ingresos en el país y el fuerte peso político que tenía el 1% restante. Con ello pusieron el centro de atención en el problema de la distribución de renta, especialmente desigual en EE.UU. Entre la abundante bi-

Por supuesto, tras la tempestad llegó la calma y cuando se volvió a estabilizar la economía —cinco o seis largos años después— volvieron a las tribunas económicas planteamientos económicos similares a los que la habían provocado. En el *interim*, políticas de gasto público dirigido a mantener rentas y transferir ingresos a desempleados y pobres o excluidos, pudieron mitigar los duros efectos de la crisis. Pero tras este obligado endeudamiento se apeló en Europa a la austeridad, acentuando las desigualdades y afectando en especial a los países más pobres. Apenas recuperados llegó la COVID y el procedimiento ha sido similar: las instituciones inclusivas –en especial en los países más desarrollados- han salido al rescate intentando aliviar la situación de las personas con menores ingresos. Resulta evidente que las crisis económicas agravan las desigualdades y la pobreza, provocando una reacción en la sociedad y despertando a los ciudadanos de su complacencia (y en especial a los economistas).

## 2. INDICADORES DE DESIGUALDAD

Cuando se habla de desigualdad en general podemos estar haciendo referencia a múltiples aspectos del ser humano: sexo, edad, etnia, status jurídico, nivel de estudios, propiedad de medios de producción... En todos estos casos, las diferencias pueden resultar obvias, pero lo trascendente es si alguna de esas diferencias tiene consecuencias jurídicas (un diferente trato ante el derecho) o económicas. En este artículo nos centramos de forma exclusiva en los aspectos económicos, esto es, las desigualdades de renta – y de riqueza- y sus repercusiones en los niveles de consumo<sup>10</sup>. Los análisis económicos se han centrado en las dos vertientes: por una parte, la medición de la distribución de renta –y de riqueza- y, por otra, medir las desigualdades en el acceso a determinados bienes considerados como esenciales (sanidad, educación, vivienda). A todo eso se le une analizar las políticas públicas tendentes a mitigar tanto las desigualdades de renta (básicamente políticas tributarias) como las que tienen como objetivo favorecer el acceso a esos bienes esenciales (políticas de gasto en educación, sanidad o vivienda).

En el *Cuadro 1* sintetizamos los ámbitos de desigualdad y los indicadores a través de los cuales puede medirse. Posteriormente, iremos analizando algunos de ellos, los más significativos, en relación con España y Europa. No es objeto de este artículo realizar un análisis detallado de la desigualdad en cada uno de los aspectos que aquí citamos dada la abundante, y certera, bibliografía al respecto a partir de las estadísticas disponibles que han ido ofreciendo de forma exhaustiva una visión cada vez más cercana a la realidad de la desigualdad y la pobreza, identificada

---

bibliografía al respecto, voy a destacar el libro de Weeks (2014) que se centra precisamente en ese aspecto distributivo en EE.UU., con el significativo título de *Economics of the 1%*.

<sup>10</sup> La renta se entiende como el flujo de ingresos que llegan al individuo o a la unidad familiar; la riqueza es el stock de que disponen éstos (incluye bienes inmuebles y demás objetos de patrimonio). Una de las particularidades del trabajo de Piketty ha sido precisamente el incorporar datos de riqueza para analizar la distribución: la desigualdad es mayor si medimos la riqueza.

como el extremo de la desigualdad de rentas. Nos centraremos en los dos primeros ámbitos, renta y salarios, en cuanto que guardan mayor relación con el objeto de este artículo y las conclusiones que en él se pretender obtener.

*Cuadro 1*

<b>Análisis de la desigualdad</b>	
	<b>Indicadores</b>
<b>Renta</b>	<b>Índice de Gini</b>
	<b>Distribución 80/20</b>
	<b>Riesgo de pobreza</b>
<b>Salarios</b>	<b>Salarios bajos</b>
	<b>Distribución salarial</b>
	<b>Relación con SMI</b>
<b>Empleo</b>	<b>Nivel de paro</b>
	<b>Rotación laboral</b>
	<b>Hogares con paro</b>
	<b>Empleo parcial involuntario</b>
<b>Bienes públicos</b>	<b>Educación</b>
	<b>Sanidad</b>
<b>Servicios</b>	<b>Vivienda</b>
	<b>Dependencia</b>

## 2.1. Desigualdad de ingresos

El principal ámbito de desigualdad lo constituye, sin duda, la desigualdad de ingresos. Es evidente que el objetivo no debe ser la igualdad absoluta de ingresos, pues eso llevaría a una sociedad estancada y sin incentivos para progresar. La cuestión es qué grado de desigualdad es tolerable en una sociedad. Por supuesto, no se ha propuesto ningún dato que actúe como objetivo, si bien, sí se ha reflexionado en torno al establecimiento de unos «elementos de la buena vida»<sup>11</sup>. También se ha analizado si existen límites al enriquecimiento, al deseo desenfrenado de bienes, a las necesidades infinitas, llegando a la conclusión negativa. Nos encontramos en sociedades en las que buena parte de sus miembros no entienden que existen límites

<sup>11</sup> Skidelsky reflexiona en torno a este aspecto en su sugerente libro, *¿Cuánto es suficiente?. Qué se necesita para una «buena vida»* (2012)

al crecimiento, al tiempo que los medios generan necesidades permanentes y crecientes entre los ciudadanos que les hacen perseguir hasta el final su consecución. El permanente debate entre tiempo de trabajo y tiempo de ocio, tiene que tener en cuenta que el precio del ocio no es sólo el salario no percibido (coste de oportunidad) sino que el ocio requiere, cada vez más, de dinero para poder utilizar ese tiempo<sup>12</sup>. Dejando a un lado esta cuestión, sí existe un cierto consenso (no generalizado en el ámbito de la Economía) en que un fuerte desequilibrio en la desigualdad de ingresos puede generar grandes diferencias en el acceso a bienes de consumo considerados necesarios (educación y sanidad, cuando no se provee de forma pública), así como otras consecuencias como la exclusión de grupos de población especialmente afectados por esta desigualdad al caer en lo que denominaremos riesgo de pobreza o, incluso, pobreza extrema.

La principal fuente de información sobre distribución de renta en el mundo es la *World Inequality Database* (WID) creada en 2011 pero desarrollada a partir de 2021 reuniendo la aportación de investigadores de todo el mundo y que publica un informe anual detallado sobre la evolución de los niveles de renta (antes de impuestos) utilizando indicadores de desigualdad, entre ellos el peso que tiene el 10% de la población más rica en relación con el 50% de la población con menor renta. Así en el Informe publicado en 2022 concluye que «el 10% de la población más rica del mundo obtiene el 52% de los ingresos globales, mientras que la mitad de la población con menor renta obtiene el 8,5%». Los datos son demoledores a escala global, con efectos evidentes en los niveles de conflictividad política y social y con efectos en la seguridad global. En el caso de Europa se percibe un peso significativo de la clase media que obtiene un 38% de la renta total (el 10% llega al 58%). Sin embargo, la situación de desigualdad que se percibe en Hispanoamérica, Este Medio y Norte de África es prácticamente insostenible: el 10% de su población más rica tiene el 55% de la renta de estos países<sup>13</sup>.

En el caso de España, las estadísticas del INE armonizadas con Eurostat nos permiten una visión bastante acertada y comparada de la situación del país. Existen numerosos estudios que analizan periódicamente los microdatos de la Encuesta de condiciones de vida (ECV). En todos ellos se observan cambios en su evolución según la fase de ciclo económico que se aborde. De este modo, en el periodo previo

---

<sup>12</sup> Resulta cita obligada la reflexión –bastante optimista, por cierto– de J.M. Keynes en un interesante artículo de 1930 sobre «Las posibilidades económicas de nuestros nietos» recogido en el volumen de *Ensayos de Persuasión* (1988). En él llega a augurar el fin de la economía en cuanto que gestora de recursos escasos: dado el progreso tecnológico «y suponiendo que no se produzcan guerras importantes ni grandes incrementos de la población, el problema económico puede resolverse en cien años». Es más, la humanidad podría satisfacer todas sus necesidades materiales con «un máximo de tres horas al día», de modo que «el ser humano se enfrentará a un problema real: cómo usar su libertad para ocupar el ocio que la ciencia le ha proporcionado y vivir sabia y agradablemente bien». No se llegaron a dar los supuestos previos al vaticinio, por desgracia, pero es una interesante reflexión cuyo debate se mantiene.

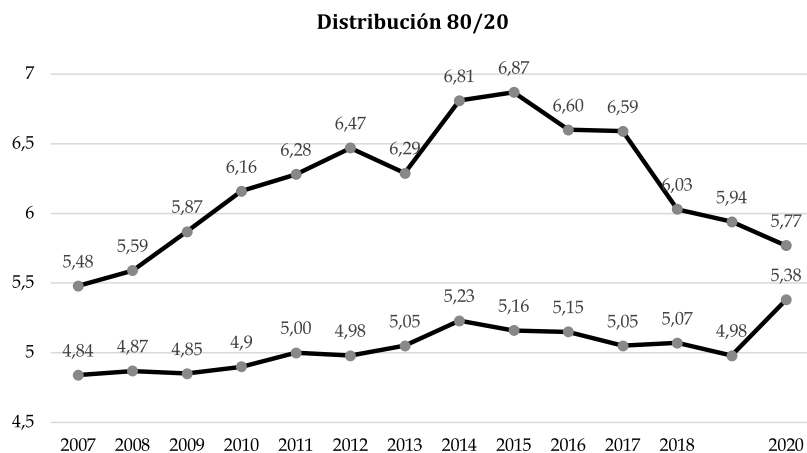
<sup>13</sup> Esta base de datos está disponible en una excelente página web que no sólo recoge los informes anuales, sino además alberga una amplia cantidad de gráficos y cartografía con los principales indicadores de desigualdad por países y regiones mundiales (<https://wid.world>. Última consulta el 1.8.2022).



a la crisis de 2007, se observa un fuerte crecimiento del porcentaje de población en estratos de renta baja, lo cual es un indicador del efecto asimétrico que ha tenido la crisis en la distribución de renta. Goerlich (2016) estimó también este cambio en la renta disponible per cápita utilizando el Índice de Gini, observando un incremento de este índice entre 2007 y 2013 de 4,7 puntos porcentuales, lo cual significaría según este autor «una hipotética transferencia de un 18% de la renta de las personas por debajo de la mediana de rentas a las personas que se encuentran por encima de ésta» (p.25).

Para analizar esta desigualdad de ingresos se utilizan dos indicadores: el Índice de Gini y el cociente 80/20<sup>14</sup>. En el *Gráfico 1* podemos ver la evolución del cociente 80/20 entre España y la UEM desde 2007 de modo que podamos comprobar esa evolución en función de las diferentes fases del ciclo económico. De este modo, podemos extraer dos conclusiones: por una parte, se percibe que la desigualdad es superior en España a la zona euro durante todo el periodo (dato también se ha observado en las series históricas anteriores); por otra parte, se percibe que durante la crisis la desigualdad se incrementó más en España, aumentando el diferencial de desigualdad respecto a la UEM. El dato quizá es más significativo si tenemos en cuenta que España es el cuarto país que presenta mayor desigualdad en toda la UE, sólo detrás de Bulgaria (7,45), Rumania (7,13) y Letonia (6,63). Si comprobamos estos datos con el índice de Gini obtenemos unas conclusiones similares.

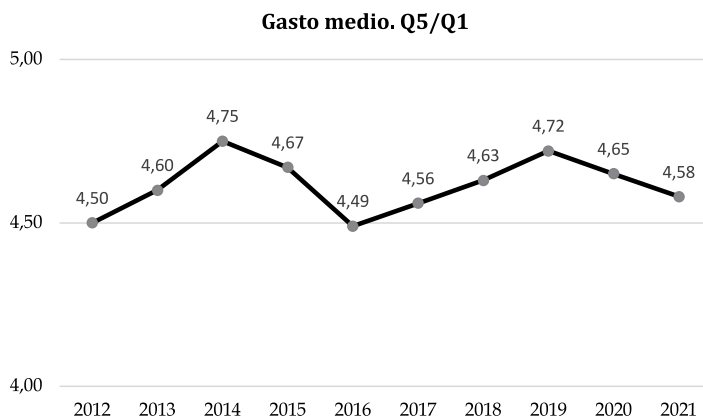
*Gráfico 1*



<sup>14</sup> El índice de Gini mide la diferencia de la distribución de renta frente a una hipotética distribución igualitaria. De este modo sus valores oscilan entre 0 (igualdad absoluta) y 1 (desigualdad absoluta). En cuanto al cociente 80/20, resulta de la comparación entre quintilas de renta, en concreto comparar la última quintila (de mayor ingreso) con la primera (de menor ingreso): es decir, si el dato de España en 2020 es de 5,77, quiere decir que los ingresos de la población con el 20% mayor de renta son 5,77 veces la de la población con el 20% menor de renta. En ambos casos se utiliza la renta disponible, es decir, incluye la actividad redistributiva del Estado mediante impuestos y transferencias.

En paralelo, podemos observar otra dimensión de la desigualdad si atendemos a los gastos de consumo de los hogares, utilizando la Encuesta de Presupuestos Familiares (EPF). Se observa también una fuerte disparidad en el gasto en consumo del quintil de renta más alta en comparación con el de renta más baja (en torno a 4,5 veces). Pero, por otra parte, se percibe una mayor estabilidad en la evolución de esta desigualdad independientemente de la fase del ciclo económico en que se analice.

Gráfico 2



Si analizamos con más detalle los datos de la EPF, creo que conviene destacarse el gasto en sanidad de los hogares. Aunque no podemos tratar los efectos de las políticas públicas, sobre todo en materia de sanidad y educación, sobre la reducción de las desigualdades y la mitigación de la pobreza, los datos de la EPF muestran que en 2021, un 22,3% de hogares declaran gastos en seguros de salud (un equivalente a 1.282,5 €/año); en 2016 lo hacía un 19,6% de hogares. Este dato me parece relevante, pues casi una cuarta parte de los hogares deciden tener un seguro de salud, algo sólo accesible a los hogares con mayor nivel de renta. Podemos observar aquí uno de los efectos de la desigualdad, que se traslada al acceso a bienes considerados indispensables o básicos como la salud. Bien sea el motivo la congestión de los servicios sanitarios o bien la necesidad de una diferenciación social, el dato muestra desigualdades en el acceso a servicios sanitarios, a pesar de la garantía del carácter público de los mismos<sup>15</sup>. Los expertos que llevan analizando series datos,

<sup>15</sup> En todo caso, el gasto en sanidad de los hogares en España apenas llega al 4% de la renta, frente a más del 16% en EE.UU. Esta cuestión fue tratada de forma muy acertada por J. K. Galbraith en su libro *La cultura de la satisfacción* (1992), alerta sobre la existencia en EE.UU. de una «mayoría electoral satisfecha» que disponiendo de un adecuado nivel de renta entiende que tiene que afrontar el pago de educación y sanidad de forma privada por la deficiente situación de la oferta pública de los mismos, de modo que se enfrenta a un doble pago para el acceso a estos servicios: por una parte, el pago de impuestos para (que, entre otros destinos, va dirigido a educación y sanidad que no disfruta) y el pago privado de estos servicios. El autor entiende que éste es el principal argumento utilizado desde los años ochenta en EE.UU. para demandar

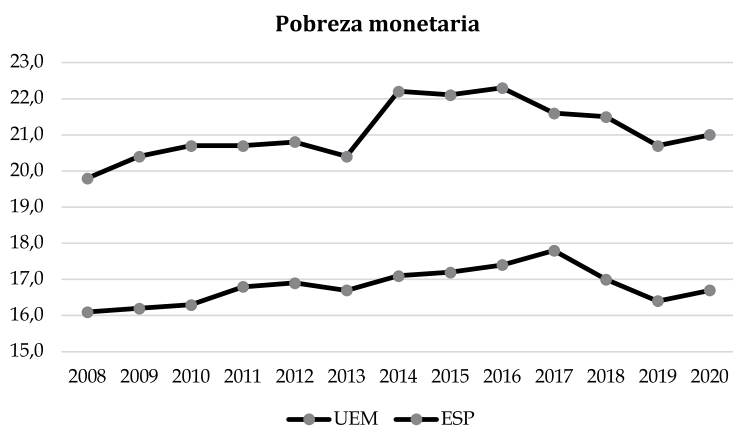
al menos desde los años ochenta, han confirmado reiteradamente los efectos redistributivos de las políticas de gasto en educación y sanidad<sup>16</sup>.

## 2.2. Desigualdad y pobreza

Desde los años 90 del pasado siglo se intensificó en la UE el estudio de la exclusión social. Tras infructuosos intentos por profundizar en una Agenda Social en la UE permanentemente negada por UK y, por tanto, ante el requisito de unanimidad para su adopción, cualquier avance en este campo se hizo imposible. Sin embargo, se consigue la apertura de una línea de análisis de un campo aún novedoso como el de la exclusión social. Desde entonces, la UE pudo promover a sus países miembros la elaboración de estadísticas en este campo.

Por pobreza monetaria (población en riesgo de pobreza) se entiende el porcentaje de población con un nivel de renta disponible por debajo del 60% de la mediana de ingresos del país. Los datos de 2021 indican para la UE un porcentaje del 16,7% y del 21% para España. La evolución de este indicador (*Gráfico 3*) muestra que se ha mantenido este diferencial (en torno a 4 puntos) en todo el periodo, si bien tuvo un ligero incremento en el inicio de la recuperación económica. Nuevamente, sólo Bulgaria (23,8%), Rumania (23,4%) y Letonia (21,6%) presentan unos niveles superiores a España en población en riesgo de pobreza.

*Gráfico 3*



una reducción de impuestos. Los efectos sobre la desigualdad son evidentes.

<sup>16</sup> A título de ejemplo entre una numerosa bibliografía, podemos citar los trabajos del profesor Ruíz-Huerta (entre otros, 2006). Estas políticas de gasto público, deben ir acompañadas de una política fiscal que tenga como objetivo de la redistribución de la renta mediante impuestos progresivos.

Si atendemos al tipo de hogar donde habita la población en riesgo de pobreza, se observa que tanto en la UEM como en España predomina en hogares con hijos a cargo de una persona (sobre todo mujer), algo característico desde el inicio de las estadísticas sobre el tema y que era especialmente llamativo en UK. Se observa que en España casi un tercio de las personas en riesgo de pobreza habitan en este tipo de hogares.

Cuadro 2

<b>Pob. Riesgo de pobreza</b>		
<b>Por tipo de hogar 2020</b>		
	<b>España</b>	<b>UEM</b>
<b>1 persona</b>	13,1	14,8
<b>1 persona con hijos</b>	29,2	20,2
<b>2 personas sin hijos</b>	7,1	6,2
<b>2 personas con hijos</b>	14,6	9,9

El INE siguiendo la metodología de Eurostat publica con mayor detalle estos datos referidos a España. Así en los *Cuadros 3 y 4* destacamos algunos de los datos publicados. Por una parte, destaca la incidencia en jóvenes, en especial en <16 años. Por otra parte, es reducida la incidencia en mayores de 65 años, derivado del efecto de las pensiones. En cuanto a la relación con la actividad laboral, resulta evidente una fuerte concentración en parados (54,7%).

Cuadro 3

<b>Pobreza monetaria en España</b>			
	<b>2008</b>	<b>2014</b>	<b>2020</b>
<b>TOTAL</b>	<b>17,1</b>	<b>19,9</b>	<b>18,6</b>
<b>H</b>	16,5	19,8	18,4
<b>M</b>	17,6	19,9	18,9
<b>16-29</b>	18,6	27,2	22,5
<b>30-44</b>	17,4	21,9	19,0
<b>45-64</b>	12,0	17,3	16,5
<b>&gt; 65</b>	12,0	5,9	11,0

Cuadro 4

<b>Tasa de riesgo de pobreza</b>			
<b>relación con la actividad (% &gt;16)</b>			
<b>Indicador AROPE</b>			
	<b>2008</b>	<b>2014</b>	<b>2020</b>
<b>TOTAL</b>	<b>23,8</b>	<b>29,2</b>	<b>26,4</b>
<b>Ocupados</b>	13,4	17,6	15,0
<b>Parados</b>	42,1	60,3	54,7
<b>Jubilados</b>	23,5	11,9	16,7
<b>Otros inact.</b>	35,6	35,7	38,6

Como ya he comentado, no es objeto de este artículo proceder a un análisis exhaustivo de los datos disponibles en cada campo objeto de estudio. En el caso de la explotación de los datos de la ECV hay que destacar los Informes anuales que publica la Fundación FOESSA que proporciona un análisis riguroso de la pobreza y exclusión social en España y de las políticas que pueden contribuir a su reducción y que constituyen lectura indispensable para todos aquellos que se acerquen al análisis de esta dura realidad<sup>17</sup>.

En 2010, se creó la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social (AROPE) a efectos de medir la pobreza relativa en Europa, ampliando el concepto de tasa de riesgo de pobreza que, como hemos visto, sólo contempla los ingresos monetarios. Esta tasa, a la pobreza monetaria, le añade otros dos indicadores:

- a) Severa privación material: definida como la incapacidad de conseguir algunos ítems considerados como deseables, o incluso necesarios para llevar una adecuada calidad de vida. De los nueve ítems que se indican, bastaría con no tener capacidad de obtener 3.
- b) Baja intensidad de trabajo: definida por el número de personas del hogar en edad de trabajar y que desarrollan una actividad laboral igual o inferior al 20% de su potencial tiempo de trabajo.

De esta forma, con datos de 2020 (INE, 2021), la población en riesgo de pobreza se estima en un 21%; la población con carencias materiales severas, un 7% y la población con baja intensidad en el empleo, un 9,9%. Así, el indicador AROPE para España se eleva al 26,4% de la población.

<sup>17</sup> Por otra parte, también hay que destacar las investigaciones de especialistas que llevan años dedicados a estos temas. Mención especial, merecen las contribuciones del profesor Ayala Cañón (2008 y 2016, entre otras).

En esta misma línea de buscar indicadores múltiples que reflejen con mayor realidad la situación de las personas que viven en pobreza, a nivel mundial el PNUD elabora anualmente el Índice de Pobreza Multidimensional para 109 países. Este índice se construye a partir de una serie de factores que contribuyen a la privación: nutrición; años escolarización; mortalidad infantil; vivienda; sanidad; electricidad; agua potable.

Por encima de los datos concretos que se desprendan de las encuestas, la conclusión que tenemos que extraer es que la pobreza, la falta de recursos, se mide en términos relativos, en relación con el contexto vital en que viven estas personas. Cuando se profundiza con indicadores que van más allá de las divergencias respecto a la mediana de ingresos (pobreza material) podemos tener una visión más clara de las condiciones de vida de las personas que viven en un país. Empezábamos este artículo destacando el papel que juegan instituciones inclusivas en el éxito de los países (según la terminología de Acemoglu) y ciertamente las sociedades que son más inclusivas, que tienden a tener menores desigualdades, no sólo de ingresos, sino de acceso a bienes indispensables, disponen de unas mejores condiciones de vida y tienen más posibilidad tener «éxito» como países.

### **2.3. Salarios y desigualdad**

El último de los ámbitos que vamos a tratar en este artículo, hace referencia a los efectos que tiene la situación del mercado de trabajo en la desigualdad del país. Como ya hemos señalado del análisis de la ECV para España se deduce una fuerte concentración de la población en riesgo de pobreza en personas que se encuentran en situación de desempleo. Otros aspectos relacionados con el mercado de trabajo también pueden tener consecuencias en la situación de pobreza material de los individuos: así, podemos citar una alta incidencia de contratación temporal, conlleva situación de inestabilidad laboral y frecuentar situaciones de desempleo; por otra parte, también hay países que presentan altos porcentajes de personas trabajadoras con contrato a tiempo parcial no deseado y que, por tanto, perciben unos ingresos inferiores a los que podrían percibir, de modo que encajarían en la definición anterior de baja intensidad laboral (si alcanza el 20% de su potencial actividad).

En este apartado nos vamos a centrar en el aspecto salarial. La cuestión no es analizar las diferencias salariales, sino aquellos trabajadores que perciben salarios bajos. Para ello, vamos a utilizar dos indicadores: el concepto de salarios bajos de la OCDE y la relación con el salario mínimo.

Ante la alta incidencia de trabajadores con salarios bajos, la OCDE elaboró un indicador de salarios bajos definido por aquellos que perciben salarios inferiores a 2/3 de la mediana de salarios del país. Es importante el indicador, porque en este caso estamos hablando de personas integradas en la sociedad, que trabajan y dedican su tiempo a ello y, sin embargo, perciben salarios bajos que apenas les permiten una subsistencia vital. Este tema ha tenido especial incidencia en EE.UU. y, con motivo de la crisis financiera de 2008, su situación se agravó al no poder

afrontar el pago de hipotecas ni seguros sanitarios (en un país que carece de sistema sanitario público, salvo excepciones del Medicare). Con datos de la OCDE se observa que el porcentaje de trabajadores que encajan en esta definición alcanza el 23% en 2020, cifra muy superior a cualquier otro país europeo. Por otra parte, si añadimos el dato de desigualdad de renta (medido por el cociente entre la decila de mayor renta y de menor (D9/D1) se observa una desigualdad muy superior al resto de países: la diferencia entre ambas rentas es de 5 veces más. El *Cuadro 5* resume los principales datos en comparación con otros países europeos. En el caso de España, el porcentaje de trabajadores con salarios bajos es relativamente bajo (dados los altos porcentajes en EE.UU. y UK) pero resulta llamativa la incidencia de trabajadores con salarios altos (salarios 1,8 veces superiores al salario mediano), pues alcanza el 26%.

*Cuadro 5*

<b>Incidencia salarios bajos</b>			
<b>(% asalariados) 2020</b>			
	<i>low pay</i>	<i>high pay</i>	<b>D9/D1</b>
<b>Francia</b>	7,7	21,0	2,8
<b>Alemania</b>	17,6	18,6	3,2
<b>Italia</b>	3,7	19,0	2,7
<b>Países Bajos</b>	6,4	29,0	2,9
<b>España</b>	10,8	26,0	3,2
<b>G. Bretaña</b>	18,1	-	3,3
<b>EE.UU.</b>	23,3	-	5,0
<b>OCDE</b>	14,4	22,5	3,3
<i>Low pay: 2/3 mediana salarios (SP: 13.567€)</i>			
<i>High pay: 1,5 veces salario mediano (30.526€)</i>			

Para acercarnos más a la situación de nuestro país en este tema, vamos a relacionar los salarios percibidos con el SMI, a partir de los datos de la Estructura de Coste Laboral que elabora el INE. Los resultados están alterados al producirse en 2019 un fuerte incremento del SMI (en 2022 ha sido aún superior). Hasta este año, los salarios estaban estructurados de forma más o menos homogénea en tercios entre los tres intervalos superiores al SMI que se indican en el *Cuadro 6*. Sin embargo, en 2019, con el aumento del SMI, en torno a la mitad de los salarios entran en la horquilla entre 1-2 veces el SMI, reduciéndose significativamente el porcentaje de trabajadores con salarios 3 veces superiores al SMI. Se cumplen así los objetivos de la medida de subida del SMI: por una parte, eleva los salarios bajos; y, por otra, reduce el abanico salarial.

Cuadro 6

Salarios respecto a SMI								
% trabajadores jornada completa								
	0-1 SMI		1-2 SMI		2-3 SMI		> 3 SMI	
	H	M	H	M	H	M	H	M
<b>2008</b>	0,7	2,3	29,6	39,5	33,5	30,1	36,9	20,0
<b>2014</b>	0,2	0,3	26,9	35,0	33,4	32,6	39,5	32,0
<b>2017</b>	0,8	1,9	33,3	41,1	31,8	29,4	34,0	27,5
<b>2019</b>	2,0	4,8	51,0	52,9	25,4	24,9	21,5	17,3
Fuente: INE. Encuesta Estructura Salarial.								

### 3. BREVES CONSIDERACIONES DESDE LA ECONOMÍA SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DESIGUALDAD Y CRIMEN

Descrito el alcance de la desigualdad en España y en Europa, se impone realizar alguna consideración sobre la relación entre desigualdad y crimen que haya sido estudiada desde la Economía. En las últimas décadas, en ese espíritu expansivo que caracteriza a la Economía (problema que también padecen otros campos de estudio, como por ejemplo la Psicología) se ha ido configurando una cierta corriente en la economía política que ha ido estudiando este tipo de efectos. En su mayor parte, esta línea de investigación se ha ido desarrollando en el ámbito anglosajón. Los fuertes incrementos en la tasa de criminalidad en la década de los ochenta en EE.UU. y UK provocaron reacciones en el ámbito económico.

El modelo neoclásico, analizaba la actividad criminal como una actividad más del comportamiento individual de los sujetos y, por tanto, como una conducta libremente adoptada mediante un análisis coste-beneficio. Sin embargo, este análisis se vio superado al intentar explicar las oscilaciones de la tasa de criminalidad y su diferencia entre países. La incipiente proliferación de estudios en este campo tanto por sociólogos como por economistas, resaltaron las diferentes variables que afectan a esa tasa de criminalidad. Podemos distinguir dos tipos de variables:

- a) unos estudios inciden en variables individuales como el nivel educativo alcanzado<sup>18</sup> y otros, directamente en los ingresos;
- b) otros estudios se centraron en las consideraciones políticas de cada país y su influencia sobre esta tasa: nivel de seguridad ciudadana; nivel de corrupción; mayor facilidad de acceso a armas...

<sup>18</sup> A título de ejemplo, Machin (2011) en un estudio sobre UK, entiende una relación inversa en la comisión de delitos contra la propiedad, con mayores niveles de educación.



Los estudios que han analizado estas variables coinciden en incluir, entre otras variables, la desigualdad como una de ellas<sup>19</sup>. Más recientemente, la investigadora Nillson ha publicado una serie de estudios sobre los efectos del desempleo sobre la incidencia de delitos en su conjunto, a partir de la experiencia en Suecia, afirmando que «la fuerte reducción del desempleo a fines de los años noventa puede haber reducido estas cifras en torno a un 15-20%» (Nillson, 2003). Por otra parte, se ha desarrollado una «economía política del castigo» cercana a una cierta corriente sociológica (Wacquant, 2012) que observa (de forma extrema, a mi juicio) problemas de legitimidad del Estado para afrontar una decidida apuesta de reducción de la criminalidad manteniéndose estos niveles de desigualdad y pobreza.

Pero la relación de la criminalidad con la desigualdad de ingresos presenta problemas de causalidad directa<sup>20</sup>. Parece evidente que un país que presenta altos niveles de desigualdad (como puede ser el caso de países como Brasil o México), esta desigualdad va acompañada de altas tasas de criminalidad en estos países. Pero, claro, también estos países presentan menores niveles de seguridad y, sobre todo, mayor corrupción. Nuevamente topamos con la fortaleza de las instituciones como variable más importante, sin negar una cierta incidencia de la desigualdad de los ingresos. Un ejemplo lo tenemos en Europa, donde se comprueba una progresiva disminución del número de delitos en todas las categorías, excepto en los relacionados con las drogas (Congress on Crimen Prevention and Criminal Justice, 2015) y paralelamente, un país como España que presenta, como hemos visto, altos niveles de desigualdad económica, sin embargo la tasa de criminalidad por cien mil habitantes es cinco veces inferior a países como Francia, Alemania o Italia (en 2020, según datos de Eurostat: 220,8, frente a 1.010,4 en Francia, 1.120, en Alemania o 1.026,5 en Italia). Queda el debate abierto para los expertos penalistas.

#### 4. CONCLUSIONES

El grado de desigualdad que pueda existir en una economía no debe entenderse como una maldición, ni es algo inexorable, sino que puede regularse mediante políticas económicas, de distinto signo a aquellas que, en su momento, permitieron (o, incluso favorecieron) su creación. Para ello se requiere llevar a cabo políticas fiscales redistributivas, acompañadas de políticas de gasto dirigidas directamente a facilitar el acceso de bienes considerados necesarios y, en particular, en educación y sanidad. Ciertamente, que se requieren también políticas de transferencias monetarias a aquellos ciudadanos en situación de pobreza o exclusión social tal y como la hemos definido en este artículo. Hemos comprobado que estos niveles son más elevados en España que en el resto de países europeos (con escasas excepciones), pero también podíamos haber comprobado que el gasto público dirigido a este tipo de políticas es más limitado en España que en el resto de países.

<sup>19</sup> Un análisis descriptivo de estos estudios puede encontrarse en Muñoz de Bustillo et al (2007).

<sup>20</sup> En este sentido, y con una visión muy escéptica respecto a los estudios económicos sobre los determinantes del crimen: Dills et al, 2008

Por otra parte, ha sido nuestra intención destacar que la situación de población en riesgo de pobreza no va vinculada, exclusivamente, a individuos que se encuentran fuera del sistema productivo o marginados, sino que hemos comprobado que podemos incluir en esta definición a hogares que presentan determinadas carencias materiales o no han podido trabajar las horas que hubieran necesitado para obtener unos ingresos adecuados.

El acertado alumbramiento del término «aporofobia», acuñado por Adela Cortina (2017), permite alertar a la sociedad para tomar medidas que impidan que la constatación de la existencia en un país de un elevado número de personas en situación de pobreza o exclusión no lleve además aparejada manifestaciones de odio o marginación hacia ellas. Una sociedad con instituciones inclusivas debe asegurarse de impedir cualquier muestra de actuación contra individuos por cuestiones personales (raza, sexo o etnia) o por cuestiones económicas (pobreza). Las desigualdades económicas hemos comprobado que pueden limitar el acceso a determinados bienes a grupos significativos de la población y esta dificultad –o imposibilidad- de acceso puede determinar segregación, alejamiento, soledad o marginación; y de ahí, a poder originarse situaciones de odio, el camino es muy corto y las sociedades deben dotarse de los instrumentos jurídicos adecuados para impedirlo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, D. y Robinson, J. A. (2012): *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Deusto.
- Acemoglu, D. y Robinson, J. A. (2019): *El pasillo estrecho*, Deusto.
- Anisi, D. (1995): *Creadores de escasez. Del bienestar al miedo*, Alianza.
- Atkinson, A.B. (1970): *The Economics of Inequality*, Oxford, Clarendon Press.
- Ayala Cañón, L. (2008): *Desigualdad, pobreza y privación*, Colección Estudios Foessa.
- Ayala Cañón, L. (2016): «El gasto público en programas de lucha contra la pobreza: tendencias, determinantes y necesidades de reforma». *Papeles de Economía Española*.
- Banerjee, A. y Duflo, E. (2012): *Repensar la pobreza. Un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*, Taurus.
- CES (1996): *La pobreza y la exclusión social en España*, Informe 8/1996.
- CES (2013): *Distribución de la renta en España: desigualdades, cambios estructurales y ciclos*, Informe 03/2013.
- Cortina, A. (2017): *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Paidós.
- Deaton, A. (2015): *El gran escape. Salud, riqueza y los orígenes de la desigualdad*, Fondo de Cultura económica.
- Dills, A.K. et al (2008): «What do Economists know about crime?», *NBER Working Paper*, 13759.
- Ferguson, Ch. (2012): *Inside Job*, Deusto.

- Galbraith, J.K. (1992): *La cultura de la satisfacción*, Ariel.
- Goerlich Gisbert, F.J. (2016): *Distribución de la renta, crisis económicas y políticas redistributivas*, Fundación BBVA.
- González Sánchez, I. (2021): *Neoliberalismo y castigo*, Bellaterra.
- Keynes, J.M. (1988): *Ensayos de persuasión*, Crítica.
- INE (2021): *Población en riesgo de pobreza o exclusión social (tasa AROPE) en 2020*. Nota de Prensa de 15 de julio de 2021.
- Machini, S. et al (2011): «The crime reducing effect of education», *Economic Journal*, 121, 463-484.
- Madrick, J. (2011); *Age of Greed. The triumph of finance and the decline of America, 1970 to the present*, Vintage Books.
- Milanovic, B. (2006): *La era de las desigualdades: dimensiones de la desigualdad internacional y global*, Sistema
- Milanovic, B. (2011): *Los que tienen y los que no tienen. Una breve y singular historia de la desigualdad global*, Alianza.
- Muñoz de Bustillo et al (2007): «Desigualdad y delincuencia: una aplicación para España. Instituto de Estudios Fiscales», *Papeles de Trabajo* 22/07.
- Nillson, A. (2004): «Income inequality and crime: the case of Sweden». Institute for labor market policy and evaluation, *Working Paper* 2004, 6, IFAU, Uppsala, Suecia.
- Papps, K. y Winkelmann, R. (1999): «Unemployment and Crime: New evidence for an old question», IZA, Bonn.
- Piketty, T. (2008): *La economía de las desigualdades. Cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*, Siglo veintiuno.
- Piketty, T. (2014): *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University Press.
- Piketti, T. (2021): *Una breve historia de la igualdad*, Deusto.
- Ruíz-Huerta Carbonell, J. (2006): *Políticas públicas y distribución de la renta*, Fundación BBVA.
- Rutterford, M. (2001): «Institutional Economics: Then and Now», *Journal of Economic Perspectives*, 15, 3, 173-194.
- Sen, A. (1989): *Sobre ética y economía*, Alianza.
- Sen, A. (1995): *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza.
- Skidelsky, R. (2009): *El regreso de Keynes*, Crítica.
- Skidelsky, R. y E. Skidelsky (2012): *¿Cuánto es suficiente? Qué se necesita para una «buena vida»*, Crítica.
- Stiglitz, J. E. (2012): *El precio de la desigualdad. Cómo un sistema político y económico injusto ha creado una sociedad dividida*, Taurus.
- Stiglitz, J. E. (2015): *La gran brecha*, Taurus.
- Sutton, H. (2004): «The Political Economy of Imprisonment in Affluent Western Democracies, 1960-1990», *American Sociological Review*, 69, 170-189.

Terradillos Basoco, J. M. (2020): *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Bosch editor.

Veblen, T. (2004); *Teoría de la clase ociosa*, Alianza.

Wacquant, L. (2012): *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Gedisa.

Weeks, J.F. (2014): *Economics of the 1%*. Anthem Press. London.

# LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS DE LA APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD A LOS CORREOS DE LA DROGA

*Soledad Gil Nobajas*

Profesora Contratada Doctora de Derecho penal  
Universidad de Deusto  
sgil@deusto.es

## INTRODUCCIÓN

Los delitos de tráfico de drogas constituyen un porcentaje muy significativo del total de la población reclusa española, cuyo perfil característico dominante es el de pertenecer a los estratos más desfavorecidos de la sociedad. Son principalmente razones de pobreza o penuria económica las que les empuja a participar en el negocio ilícito de la droga, que se alimenta y aprovecha de la condición económica de estas personas.

En este contexto, este informe tiene por objeto analizar la aplicación por parte de los tribunales españoles de la eximente de estado de necesidad por motivos económicos en estos delitos, específicamente en relación con uno de los colectivos de personas que desempeña uno de los papeles más vulnerables en el ciclo económico de la droga y más expuestos a la actuación policial, el correo o mula. De todas las tipologías de correo, el presente informe se ciñe a un perfil muy específico: primero, se trata de personas extranjeras, nacionales de alguno de los países en los que se cultiva o produce la droga, fundamentalmente cocaína. Segundo, son contratadas para importar la droga en vuelos comerciales a terceros países. Tercero, es frecuente que transporten la droga en el interior del organismo, por lo que también se les denomina «boleros». Y cuarto, no tienen un interés comercial en su actuación, sirven exclusivamente como vehículos humanos en el transporte de la droga, al que acceden por su situación de vulnerabilidad económica.

## SITUACIÓN ACTUAL

El Tribunal Supremo español ha consolidado una interpretación del estado de necesidad en supuestos de correos de la droga que implica, con carácter general, la derogación *de facto* de la eximente del art. 20.5 CP y que se sintetiza, fundamentalmente, en los siguientes elementos.

## **1. Presupuesto: existencia de una situación de necesidad**

### **1.1. Existencia de un mal real, grave, actual e inminente**

En relación con la primera condición del presupuesto, se observa que el criterio de la gravedad e inminencia del mal que aqueja al correo o a un tercero familiar suyo solo se cumpliría cuando concurre un peligro concreto para la vida, esto es, una amenaza inminente a la vida como único mal que puede disputar el mal que supone el tráfico de drogas. Frente a esta doctrina general, algunas resoluciones judiciales han tratado de amortiguar el rigor en la valoración de este requisito por la vía de aplicar una inexigibilidad de otra conducta o un error de prohibición sobre el presupuesto de una causa de justificación. Pero es de advertir que cuando los tribunales han aplicado alguna de estas soluciones ha coincidido con los momentos de mayor severidad de las penas en la regulación del tráfico de drogas, es decir, con carácter previo a la reforma de 2010, y siempre con el límite de rebajar un grado la pena al correo.

### **1.2. Requisito de la subsidiariedad o agotamiento de vías lícitas**

Incluso en los casos en los que se ha superado el filtro del mal inminente y grave, conforme a lo anterior, igualmente se ha denegado, con carácter general, la existencia de un estado de necesidad por no acreditarse el agotamiento de las vías lícitas. Esta postura se concentra en dos motivos fundamentales. En primer lugar, los problemas de prueba que plantea la demostración de una situación que ocurre a miles de kilómetros de distancia. En segundo lugar, el excesivo rigor con que se valora esta circunstancia, sobre la base de una realidad social, la del Estado que enjuicia y castiga al correo, que no es comparable con la del país de origen del correo.

Aunque el TS ha manifestado en ocasiones que no hay que otorgar una virtualidad absoluta a este requisito, pues ha de atemperarse con las especiales circunstancias concurrentes, la situación concreta del sujeto y los instrumentos de que dispone, en la práctica solo puntualmente encontramos algunas resoluciones, fundamentalmente de audiencias provinciales, que valoran la subsidiariedad de una manera más cercana a la realidad social de los países de los que provienen los correos de la droga. En cualquier caso, siempre aplicando una eximente incompleta, por no considerar cumplido el juicio de proporcionalidad entre mal causado y evitado.

## **2. Condición: la ponderación de los males en conflicto. Mutación por aplicación judicial de una condición no esencial a esencial**

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia confiere carácter esencial a la ponderación de intereses, puesto que, cualquiera que sea la hipótesis, siempre es mayor el mal del tráfico de drogas. Esto se sintetiza en la siguiente doctrina: i) Existe una extrema desproporción cuando lo que se contrapone al tráfico de drogas son motivos económicos de penuria o pobreza, por lo que no es posible siquiera hablar de conflicto de intereses. ii) La misma desproporción existe cuando se

acredita una amenaza real, inminente y grave para la salud o la vida, reafirmando el carácter de mal absoluto del tráfico de drogas. iii) La afectación al bien jurídico salud pública es siempre un mal superior a la afectación de cualquier otro bien jurídico de titularidad individual, debido a las graves consecuencias que ocasiona el consumo de droga (física, psíquica, económica y social, incluido el incremento de la delincuencia si se exonera al correo). iv) Todos los males que provoca el tráfico de drogas y la absoluta desproporción existente con cualquier otro interés son tan evidentes, que «no necesita mayores comentarios» a juicio del TS, con lo que no es posible exonerar de responsabilidad completa ni parcialmente.

El rigor y automatismo que se desprende de la aplicación del estado de necesidad en la doctrina jurisprudencial que se ha sintetizado *supra*, pone de manifiesto el claro sesgo ideológico existente, tanto en la regulación del tráfico de drogas, como en el tratamiento jurídico-penal de la pobreza, particularmente palpable en relación con un determinado perfil de correo en el que concurre una triple vulnerabilidad por su condición de pobre, extranjero e inmigrante.

## **PROPUESTA**

### **1. La eximente de estado de necesidad no debe instrumentalizarse para resolver un problema penológico de los delitos de tráfico de drogas**

Existe una estrecha correlación entre los momentos legislativos de mayor dureza de las penas por tráfico de drogas y las concesiones ocasionales que se han hecho a favor de una eximente incompleta por estado de necesidad. Pero el recurso a la figura del estado de necesidad del art. 20.5 CP para mitigar o compensar un problema de excesiva proporcionalidad desvirtúa la función que aquella cumple en los presupuestos de la responsabilidad penal. Además, tampoco resuelve el problema, puesto que la regulación penal de tráfico de drogas, incluso tras la reforma de 2010, sigue siendo omnicompreensiva, con una penalidad que no discrimina la relevancia de la concreta contribución al comercio ilícito de las drogas en términos de lesividad.

### **2. Segunda cuestión: superar el excesivo rigor en la aplicación de las condiciones esenciales y no esenciales del estado de necesidad**

La presente propuesta parte de reconocer que las eximentes de responsabilidad quedan reservadas a supuestos excepcionales. No se trata, por tanto, ni de desvirtuar esta figura ni de modificar sus requisitos legales, sino de superar el excesivo rigor y automatismo con el que los tribunales lo interpretan y aplican a quienes aceptan ser correos de la droga por motivos económicos. Así, la revisión que se propone pivota sobre los siguientes elementos:

*a) Existencia de un mal real, grave, actual e inminente*

No resulta correcto, a mi juicio, equiparar la gravedad e inminencia del mal con una afectación inminente a la vida. También la existencia de un peligro real, concreto y grave relativo a la salud personal, que afecta a la calidad de vida (peligro abstracto) puede dar por cumplida la primera condición del presupuesto del estado de necesidad del art. 20.5 CP. En este informe se defiende que estas situaciones, que van empeorando paulatinamente en el contexto económico del correo y su entorno familiar, cumpliría ya con la exigencia de la actualidad e inminencia del mal.

En este sentido, la solución seguida por el TS de aplicar un error de prohibición sobre el presupuesto de una causa de justificación o la aceptación de que la afección concreta a la vida o, incluso, a la salud personal ya es un mal inminente y grave de rango equiparable al que implica el tráfico de drogas, no ofrecen una respuesta satisfactoria. En el primer caso, porque no resulta necesario recurrir a esta solución si se admite, como se defiende, que ya concurre el primer elemento del presupuesto, lo que deriva la cuestión a otros filtros posteriores, esenciales e inesenciales, que igualmente deben concurrir. En el segundo caso, porque cuando se ha considerado que los males son equivalentes, se está derivando la valoración de la eximente a la culpabilidad del sujeto, según una tesis diferenciadora de la naturaleza del estado de necesidad, de manera que debería conducir a la aplicación de una eximente completa. Esta misma respuesta sería aplicable si se defiende una tesis unitaria, según la cual el estado de necesidad siempre es causa de justificación, puesto que el art. 20.5 CP permite que el mal causado sea inferior o igual. Con ello, la jurisprudencia parece confundir bienes jurídicos equivalentes en rango, y males, teniendo en cuenta que a su juicio siempre es mayor el mal relativo al tráfico de drogas.

A mayores, en este informe se comparte, como ha defendido un sector de la doctrina, que también la propia situación de necesidad económica podría superar este primer filtro, puesto que la gravedad que se exige del mal no implica necesariamente que el sujeto esté «desesperado», ni que el mal sea tan extremo que la situación sea de la más extremada indignancia. Se trataría de un peligro razonablemente grave de que se produzca un mal, antes de que se llegue a una situación de auténtica necesidad física y que es la antesala de la aparición de futuros males físicos. Esa situación, en sí misma, ya supone la afectación de bienes jurídicos protegidos penalmente, como la dignidad de la persona o las condiciones de una «vida digna». Lo anterior pone de manifiesto que el mal que exige el estado de necesidad debe interpretarse tomando como referente el sistema de principios y valores proclamados constitucionalmente.

*b) Criterio de la subsidiariedad*

La propuesta anterior tiene incidencia directa en el segundo filtro del presupuesto del estado de necesidad, a la hora de valorar que la realización de la conducta favorecedora al ciclo económico de la droga que realiza el correo se postula como el único medio para conjurar el mal. Hay que reconocer que a medida que el referente



del mal se aleja del que aqueja a la vida o salud en contextos de penuria económica, la subsidiariedad cobra inversamente mayor importancia valorativa. Con todo, este informe defiende que, siguiendo la doctrina jurisprudencial que no otorga a este requisito una virtualidad absoluta, no es correcto ponderar el cumplimiento de esta condición en el marco de un juicio abstracto construido sobre un escenario social muy alejado del que viven las personas que actúan como correos de la droga. El imaginario de recursos personales, laborales, familiares, estatales e, incluso, de beneficencia al que podría recurrir, y que además debe probar, está mediatizado por situaciones que, en muchas ocasiones, son estructurales y son generadas por el propio sistema social, de las que resulta muy complicado salir.

El juicio abstracto que realizan los tribunales pone de relieve el desconocimiento de las condiciones sociales y económicas que enfrentan los correos en sus países de origen, y produce, además, un efecto perverso en el proceso penal, al convertir la acreditación del agotamiento de los medios lícitos en una prueba diabólica. Este requisito habrá de valorarse según el baremo de la exigibilidad objetiva, teniendo presente las coordenadas sociopolíticas del país de origen de la persona que transporta la droga. Lo que conforme a nuestro Estado social está al alcance del sujeto e impediría apreciar cumplido este requisito del estado de necesidad, puede que no esté a su alcance en el país de origen del correo. La pregunta clave es, en consecuencia, cómo se habría comportado una persona media, conforme a un baremo objetivo, en las mismas circunstancias que el autor o autora del hecho, en sus condiciones personales y sociales específicas.

Lo anterior implica conceder carácter no esencial a la subsidiariedad o, en otra alternativa, integrarlo en el juicio de ponderación de males, de manera que de no cumplirse todavía podría tener efecto mitigador en la penalidad.

### *c) La condición no esencial de la proporcionalidad de los males*

Es en el plano de la ponderación de intereses, condición no esencial del estado de necesidad, donde se consagra la sacralización de la salud pública y se constata el trasfondo ideológico que subyace a la regulación penal en materia de drogas. La jurisprudencia concibe el tráfico de drogas como un mal absoluto, atribuyendo al correo todos los males que genera en el ámbito personal, familiar y social, con carácter general y abstracto. Además, este juicio está condicionado igualmente por una asentada posición jurisprudencial que dicta que, en caso de conflicto de bienes, el interés colectivo siempre es un valor superior cuando se enfrenta a bienes jurídicos individuales o privativos. Pero esta postura no resulta pacífica en la doctrina, de manera que no hay razón para que, en atención a las circunstancias concretas, siempre el valor superior lo sea la salud pública. Se insistirá, a este respecto, que en los casos en los que el propio TS ha reconocido la equivalencia de los males por afectación concreta a la vida del correo de un familiar, la respuesta debería haber sido, entonces, la apreciación de un estado de necesidad exculpante, y no una eximente incompleta. Pero también en supuestos en los que los males no se valoren equivalentes, no parece de recibo asumir que en todo caso existe tal des-

proporción que no pueden entrar en juego una exención parcial o atenuación de la responsabilidad.

En realidad, lo que subyace a la doctrina jurisprudencial expuesta es que no se realiza un auténtico juicio de ponderación de intereses en el caso concreto. Por un lado, porque se da por supuesto los males y su gravedad en el plano de tráfico de drogas; pero por otro, porque no se desciende a valorar los males a los que se enfrenta el correo. Se le atribuye la totalidad de las nefastas consecuencias personales, familiares y sociales que solo en una muy pequeña medida ha podido causar con su actuación, olvidando, en contraposición, el drama personal, familiar y social que viven estas personas y las consecuencias de la pobreza o exclusión social en la que viven.

Lo anterior no debe llevar a una generalización del juicio de ponderación que invierta la doctrina jurisprudencial, de manera que en todo caso el mal que motiva la conducta del correo siempre es igual o superior al que ocasiona el consumo de las drogas, sino tomar en serio y no trivializar los males relacionados con la pobreza, no solo los físicos. Ha de reconocerse que este juicio de ponderación no resulta sencillo e incluye diversos aspectos a valorar en uno y otro lado de la balanza. Pero lo que no es admisible en esta cuestión son los automatismos judiciales, la inaplicación indiscriminada, así como, como bien ha subrayado la doctrina, la introducción de consideraciones preventivo-generales que atribuyen al correo una posible merma preventivo-general de aplicar la eximente, puesto que no se trata de un efecto generado por la acción del necesitado. Por ello se reivindica el ejercicio valorativo que se exige a los tribunales del contexto personal en que la conducta tiene lugar en el marco de un requisito del estado de necesidad que, además, debe recobrar su naturaleza no esencial, de manera que, en caso de no cumplirse, todavía permitiría una atenuación de la pena, mayor o menor en función del exceso intensivo en que se hubiera incurrido.

## **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

A modo de resumen, se propone una revisión de la doctrina jurisprudencial que trata de desacralizar el bien jurídico salud pública y que se sintetiza en los siguientes elementos para la aplicación de la eximente de estado de necesidad del art. 20.5 CP: i) reconocer que concurre el presupuesto del estado de necesidad cuando se ven amenazadas condiciones básicas del individuo para una vida digna, y no exclusivamente cuando concurre una puesta en peligro concreto del bien jurídico vida; ii) superar la interpretación tradicional del requisito de la subsidiariedad, edificado sobre consideraciones abstractas de lo que la persona podría haber realizado lícitamente para resolver el conflicto, que desconoce el escenario social de las personas que actúan como correos de la droga; iii) realizar un juicio de ponderación en el que los tribunales realicen un verdadero ejercicio valorativo del concreto contexto personal de la persona que toma la decisión de actuar de correo de la droga, dado que no siempre el interés prevalente lo es la salud pública o el mal mayor es el tráfico de drogas.

# PROPUESTA PARA LA INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL DE UNA ATENUANTE ESPECÍFICA DE EXCLUSIÓN SOCIAL

*Rodrigo Fuziger*

Profesor de Derecho penal  
Universidad Presbiteriana Mackenzie (Brasil)  
rodrigo.fuziger@usp.br

*Alfredo Liñán Lafuente*

Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)  
alinan@der.uned.es

## INTRODUCCIÓN

A pesar de que tradicionalmente la situación del hurto famélico se ha asociado al estado de necesidad como un remedio idóneo para eximir o atenuar la responsabilidad del que delinque para satisfacer sus necesidades primarias de alimentación o vestimenta, lo cierto es que esta causa de justificación, tal y como se encuentra concebida y aplicada por la jurisprudencia mayoritaria, solo sería aplicable en supuestos límites de conflictos de bienes entre vida y propiedad, de aquel que al borde de la muerte decide apropiarse de un trozo de pan para evitarla. Estos supuestos únicamente sirven para exponer situaciones límites en el ámbito docente y académico (ya que aquel que se encuentra en esta situación, sufre tal debilidad que el mero hurto resulta una imposible tarea), pero no para plantear soluciones de atenuación penológicas plausibles al problema del que delinque por la necesidad derivada de su estado de pobreza y/o exclusión social, mas no se encuentra en una situación límite en que peligre su vida. Ello se debe a que, para aplicar el estado de necesidad, ya como eximente completa o incompleta, se exige la inevitabilidad del mal que se traduce en exigir por los tribunales que se «pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar se podían utilizar y que no haya otra solución que proceder de un modo antijurídico». Ello, puesto en común con la existencia en España de instituciones de ayuda y auxilio a personas en estado de pobreza y exclusión social llevan a concluir, a la mayoría de las sentencias, que recientemente se han enfrentado a estas situaciones, que el mal causado (normalmente de contenido patrimonial) no era inevitable.

Las resoluciones judiciales que aplican el estado de necesidad a situaciones de pobreza lo hacen de un modo voluntarista, soslayando la valoración del requisito previo expuesto, pues de otro modo resulta de muy difícil estimación.

No obstante, las personas que delinquen debido a su estado de pobreza o exclusión social se encuentran en una situación donde el quebrantamiento de la norma para remediar su necesidad es menos reprochable que otra que no se encuentra en esa situación. Sin embargo, no existe una atenuante específica que pudiera llegar a aplicarse a quien se encuentra en esta tesitura para graduar adecuadamente el contenido del injusto. Por ello, se propone rescatar una atenuante que ya estuvo presente en pasados Códigos Penales que pusieron el foco en estas circunstancias y plantearon remedios plausibles que fueron olvidados en los Códigos Penales posteriores.

## SITUACIÓN ACTUAL

### 1. El hurto famélico y el estado de necesidad en la jurisprudencia

La situación que se plantea no es un supuesto límite en el que el dilema se cifre entre morir de hambre inmediatamente o delinquir para comer, sino que el conflicto surge entre optar por delinquir para comer/vestirse/calentarse para no padecer un hambre o frío extremo que afectará negativamente a la salud del sujeto, o mantenerse fiel al cumplimiento de la norma y no delinquir. El escollo mayor para que la jurisprudencia aplique el estado de necesidad a estos supuestos es que, junto con los requisitos normativos de aplicación del artículo 20.5 C.P., se exige uno adicional, que se concreta en acreditar la imposibilidad de obtener ayuda de la beneficencia como medio de ponderar la inevitabilidad del mal causado. Este requisito, que fue introducido en la jurisprudencia histórica (STS 8 de junio de 1935; STS 8 de junio de 1943, STS 20 de febrero de 1957; STS 26 de enero de 1960) se ha arrastrado a la jurisprudencia contemporánea, aunque bien es cierto que con mayor flexibilidad interpretativa (SSTS 59/1986; 1153/1991).

Si se revisan las sentencias más actuales que se han encargado de valorar el estado de necesidad ante alegaciones de situaciones de pobreza o miseria por parte del autor de un delito patrimonial, seguimos encontrando como elemento de ponderación sobre la existencia/inexistencia del estado de necesidad, la valoración de si existe prueba de que el invocante hubiese acudido a los servicios sociales y que éstos hubieran rechazado prestarle la debida asistencia (SAP Valencia, Secc. 3ª nº 472/2015; SAP Madrid, Secc. 17ª, 482/2005; SAP Tarragona, Secc. 2ª 53/2015; SAP Madrid, Secc. 2ª, nº. 154/2004; SAP Zaragoza, Secc. 6ª, 271/2019). El problema detectado es el siguiente: Si se parte de la premisa —como hacen estas sentencias— de que en España el que pasa necesidad para subsistir es porque no quiere acudir a las instituciones de beneficencia y prefiere optar por delinquir, la consecuencia es la inaplicación automática del estado de necesidad, ya como eximente o atenuante, en situaciones de hambre o miseria. Pero el método que se utiliza para llegar a esta conclusión no es el adecuado, pues si no se puede presumir el estado de necesidad pues éste ha de ser probado en juicio, no resulta aceptable presumir de un modo genérico la no concurrencia de la causa alegada por la existencia de instituciones caritativas que ayuden a los pobres, como premisa para negar la aplicación del estado de necesidad, ya completo, ya incompleto.

Es cierto que existen casos en los que se ha estimado el estado de necesidad ante hurtos de escasa entidad (Vid. SAP Barcelona, Secc. 5ª 102/2019; SAP Madrid Secc. 2ª 376/2004; SAP Barcelona, Secc. 6ª 904/2011; SAP Madrid Secc. 2ª 726/2014), pero si se analizan estas resoluciones, se concluye que se ha estimado esta situación más por una decisión voluntarista y caritativa que porque concurren los requisitos del estado de necesidad. En todo caso, estas sentencias no han acudido al argumento de la existencia de instituciones caritativas que hubieran podido alimentar al autor de los hechos, pues si no los recursos interpuestos solicitando la absolución, frente a las sentencias condenatorias, no se habrían podido estimar.

Del análisis de la jurisprudencia reciente, donde se ha planteado la aplicación del estado de necesidad a los delitos patrimoniales – que no tiene por qué quedar limitada por el delito de hurto, sino que en teoría es ampliable al robo, la estafa o la apropiación indebida – se puede concluir que si se incluye el requisito de que no exista otra vía alternativa de actuación que sea menos perjudicial y se relaciona con el argumento de la existencia probada (en abstracto) de entidades de protección social públicas o privadas, resulta inviable que se estime el estado de necesidad, tanto en su forma completa como incompleta, a aquellos que cometen delitos contra la propiedad debido a la situación de miseria o pobreza que sufren.

## 2. La situación en la legislación

Más allá de la aplicación del artículo 20.5 CP, la doctrina ha planteado distintas alternativas para utilizar vías que pudieran ser idóneas para atenuar la pena a las personas que delinquen por causas derivadas de su estado de pobreza o exclusión social, tales como la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos u obcecación (art.21.3 CP), o la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 CP como medida idónea que habilita a graduar el injusto de una situación atenuante que tiene relación con las expresamente descritas en el artículo 21 CP. Estas soluciones, que son homologables al plantear un remedio a la situación descrita, no son del todo satisfactorias, pues respecto a la del arrebatos u obcecación se exige una prueba de la alteración mental transitoria que resulta de muy difícil acreditación y que, por otro lado, no tiene por qué concurrir en el que delinca por hambre sin una alteración momentánea de la realidad. Respecto a la atenuante analógica, podría ser una solución adecuada si no dependiese de la interpretación sobre el grado de analogía de cada juez. Estos, por norma general, son reacios a admitirlas salvo situaciones que ya se encuentren asentadas en la jurisprudencia como sucede con la confesión tardía o la alteración producida por los efectos del alcohol.

Junto con ello, los marcos penales habilitan a los jueces a graduar la pena en la extensión que estimen adecuada (respetando estos y los límites del principio acusatorio), con más intensidad en las situaciones donde no existen atenuantes o agravantes, pues de conformidad con el artículo 66.6 CP, la pena se establecerá en la extensión que estimen adecuada, *en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*.

No existe una circunstancia atenuante específica que pueda ser aplicada a las personas que delinquen por la situación que provoca, en un momento determinado, su estado de pobreza o exclusión social y que con el quebranto de la norma pretenden encontrar un remedio temporal a un problema generado por su situación.

## PROPUESTA

La aplicación del estado de necesidad no es un instrumento que, con su configuración actual y con la interpretación de los elementos adicionales que lleva a cabo la jurisprudencia, sirva para modular la pena en aquellas personas que delinquen debido al estado de miseria en el que viven, pero que no se encuentran en una situación de conflicto extremo entre delinquir o morir, sino que su realidad social les impulsa, como medio de subsistencia en ocasiones, a cometer delitos contra la propiedad para sortear las consecuencias que provoca el hambre, el frío y la carencia de los medios materiales mínimos para sobrevivir de un modo digno.

Y es que la aplicación del estado de necesidad a estas situaciones no resulta adecuada, pues el sujeto realmente no se encuentra en una tesitura de conflicto entre dos bienes jurídicos, siendo necesario lesionar uno para salvar el otro, sino que su situación de exclusión social o de pobreza le lleva a delinquir como medio idóneo para resolver una situación de inmediata necesidad (saciar el hambre, alimentar a sus hijos, vencer al frío, obtener dinero...) que de otro modo le resultaría más compleja (o imposible) de solucionar.

Tres versiones distintas del Código Penal español contemplaron la miseria, la pobreza o la necesidad como una atenuante específica:

- El Código Penal de 1928 en su artículo 65.3 CP consideraba como causa digna de rebaja penológica la de: «Obrar el agente impulsado por el hambre, la miseria o la dificultad notoria de ganarse el sustento necesario para él o para los suyos».
- El Código Penal de 1822, en su artículo 775 CP establecía que: «La necesidad justificada por el reo de alimentarse o vestirse, o de alimentar o vestir a su familia en circunstancias calamitosas, en que por medio de un trabajo honesto no hubiere podido adquirir lo necesario, será excepción bastante para que se disminuya de una tercera parte a la mitad de la pena respectiva al delito cometido por primera vez».
- El Código Penal de 1848, en su artículo 473, contemplaba un tipo atenuado para el que, «Hallándose necesitado hurtare comestible con que pueda él o su familia alimentarse dos días a lo más».

Procede plantearse la conveniencia de rescatar del olvido esta atenuante y valorar si pudiera tener sentido utilizarla como un elemento ponderador de la pena en su-

puestos donde la comisión de delitos fuese provocada por una situación de pobreza. En ese sentido, la idea de corresponsabilidad puede contribuir a una propuesta concreta de cambio legislativo.

El concepto de corresponsabilidad se concibe a partir de una variación de la noción de coculpabilidad, teoría propuesta por Eugenio Raúl Zaffaroni. La corresponsabilidad correspondería a una mezcla del concepto de coculpabilidad sumado a la idea de responsabilidad como elemento del delito (correspondiente al reproche más la existencia de una finalidad preventiva de la pena).

La idea original de coculpabilidad corresponde a una división del reproche de determinados delitos entre el autor del hecho y el Estado que no le brindó condiciones de vida adecuadas, relegándolo a un estado de vulnerabilidad.

Esta idea encuentra resonancia legislativa en algunos ordenamientos jurídicos (con sus debidas particularidades, ya que algunas de ellas son previas al término coculpabilidad). En ese sentido, algunos ejemplos: Portugal (CP, art. 71, 2, d); Argentina (CP, art. 41, 2); Perú (CP, art. 41, 1); Paraguay (CP, art. 65, 2, 6); México (CP, art. 52, V); Colombia (CP, art. 52).

Sin embargo, como ya se dijo, desde la perspectiva de la legislación española actual, no existe ninguna previsión de corresponsabilidad/coculpabilidad o cualquier concepto similar.

Dada la crisis económica que atraviesa España y el perfil criminológico de las personas que pueden cometer los ataques contra la propiedad provocado por su estado de pobreza (en estos supuestos adquieren relevancia los informes criminológicos que, de momento, son tan poco utilizados en la praxis forense), resulta oportuno plantear la pertinencia de recuperar una atenuante que, si bien estuvo presente en nuestros Códigos Penales por muy poco tiempo y no tuvo una aplicación continuada, tiene un fundamento lo suficientemente sólido y atemporal para ser rescatada.

Si examinamos las atenuantes del artículo 21 CP podemos comprobar que en los ordinales 2º y 3º se tiene en cuenta la situación previa que ha llevado a delinquir como una circunstancia que disminuye la reprochabilidad del hecho. Así, actuar a causa de una grave adicción o por un estado pasional, son circunstancias que se tienen en cuenta para rebajar la pena por la menor culpabilidad del sujeto.

Dado que, como se ha expuesto, la aplicación del estado de necesidad como eximente incompleta en estos supuestos resulta de muy difícil aplicación, se propone *de lege ferenda* habilitar una vía para que pueda ser tenida en cuenta la vulnerabilidad social y de pobreza del delincuente de un modo independiente al estado de necesidad y que pueda graduar el nivel de reprochabilidad de la conducta.

Por ello, se propone, la introducción de una nueva circunstancia que atenúa la responsabilidad criminal en el Código Penal, que podría ubicarse en el artículo 21.7 CP, pasando la actual atenuante analógica a ocupar el artículo 21.8 CP, según lo previsto en el Capítulo III:

«7.<sup>a</sup> El estado de pobreza del autor o de las personas a su cargo, ocasionado por la privación o precariedad de sus derechos sociales, que contribuye a una conducta delictiva ejecutada para satisfacer sus necesidades de subsistencia».

Como propuesta de *lege ferenda* para ser incorporada en el Código Penal español, la corresponsabilidad consistiría en reducir la pena de las personas que cometieron delitos relacionados con una situación de vulnerabilidad en la que la falta de provisión de derechos sociales por parte del Estado contribuyó a tal condición.

Aunque España no posea un artículo en su Constitución con un rol específico de derechos sociales (como ocurre, por ejemplo, con el artículo 6 de la Constitución Federal brasileña), es cierto que, mirando la realidad de la población española en estado de pobreza, hay una serie de previsiones constitucionales españolas no cumplidas o, al menos, inadecuadamente cumplidas.

Es el caso del artículo 10, en lo que se refiere al derecho a la dignidad de la persona; el artículo 40, en lo que se refiere a la redistribución más equitativa de las rentas; el artículo 41, en lo que se refiere a la garantía universal de asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad; o el artículo 47, en lo que se refiere al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

De este modo, el estado de vulnerabilidad social del que se hallare en situación de pobreza sería ponderada en el ámbito de la graduación de la pena sin que fuese necesario restringir esta valoración a la existencia o inexistencia de una causa de justificación, sino que se ampliaría la posibilidad de atenuar la pena en función de la menor reprochabilidad del hecho derivado de la situación previa del autor. Esta atenuante del estado de pobreza no solo tendría su aplicación en supuestos de ataques a la propiedad, sino que podría ser aplicable a cualquier otro tipo delictivo, pues dado que actuar por motivos especialmente reprobables – discriminatorios – sirve para agravar la pena ex artículo 22.4 CP, nada debería obstar a que actuar por motivos de subsistencia básica en situaciones de necesidad fuese tenido en cuenta como causa suficiente para atenuarla.

## **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

A modo de resumen se propone introducir una atenuante específica para las personas que, en estado de pobreza, cometan el delito para satisfacer sus necesidades de subsistencia, o la de las personas que se encuentren a su cargo. Ello serviría para dotar al juez de un instrumento idóneo a los efectos de ponderar si existe menor reprochabilidad del hecho derivado de la situación y circunstancias del autor.



# EL ACUSADO VÍCTIMA DE APOROFOBIA: CULPABILIDAD Y PROCESO PENAL

*Manuel Ollé Sesé*

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid (España)  
molle@ucm.es

## INTRODUCCIÓN

El concepto de *Derecho penal de la aporofobia*, que progresivamente se va consolidando en la doctrina, entendido, en palabras de la profesora Benito Sánchez como «un Derecho penal que trata de manera diferente (peor) a los más desfavorecidos», debe extenderse también al tratamiento judicial del *pobre, excluido o marginado* delinuyente, como sujeto pasivo procesal, en la aplicación de la ley sustantiva y adjetiva.

La labor del juzgador penal se despliega en dos dimensiones: la procesal y la sustantiva. El Derecho penal y el procesal penal son dos disciplinas que se complementan. Ambas son garantistas. El procesal extiende sus garantías en la aplicación de la norma y el penal en la interpretación de la norma. El Derecho penal sin el procesal penal es una entelequia. Del mismo modo, el procesal penal sin el penal también lo es.

Si los hechos se declaran probados conforme a las reglas del debido proceso desencadenan como consecuencia una reacción penal. Se suele distinguir en ese análisis tres momentos, el de la tipicidad, el de la antijuridicidad y el de la culpabilidad. Si en el injusto ya se valoró todo lo subjetivo referido al actuar del sujeto, ahora se trata de acometer todo lo subjetivo referido al sujeto mismo —al que previamente se le ha imputado objetiva y subjetivamente el hecho, ya valorado como punible— esto es, la culpabilidad que condiciona la pena de una persona concreta a la que se le ha asignado la condición de autor del injusto. En el elemento de la culpabilidad, el Estado, que exige comportamientos conforme a la norma, trata de responder por qué a ese individuo concreto se le va a exigir responsabilidad por el específico quebrantamiento de la norma que ha sido establecido en el injusto.

En situaciones de aporofobia, esa persona específica, y no abstracta, es *pobre, excluida o marginada*; y esa persona, y no otra, es la que se enfrenta al Derecho penal. Su particular situación de pobreza, exclusión o marginalidad, por lo general, estará inmersa en circunstancias y condicionantes personales que en el estadio de la culpabilidad deben ser evaluadas por el juzgador que será quién finalmente decidirá si su conducta típica y antijurídica es personalmente merecedora de una

pena y el quantum de la misma. La categoría de la culpabilidad se proyecta sobre la persona.

¿Por qué a esa persona concreta se le debe imponer una pena y qué cantidad de pena? y ¿cuál es la posición de esa persona en el proceso penal? Al sistema judicial, como institución, le corresponde brindar al sujeto delincuente aporofóbico, las garantías sustantivas y procesales propias de un Estado social y democrático de derecho, adecuadas a su situación personal y social.

## SITUACIÓN ACTUAL

### 1. Culpabilidad y Derecho penal de la aporofobia: aplicación de la teoría del sujeto responsable

En la teoría del sujeto responsable la culpabilidad es *responsabilidad*. El punto de partida es la consideración de la persona concreta que vive en sociedad y que se enfrenta con el Derecho penal. Lo concluyente no es el individuo, sino el *individuo o el hombre en sociedad* y, por tanto, reconociendo las desigualdades que le afecten, porque no todos los seres humanos gozamos de las mismas condiciones y oportunidades. Y es el Estado a quien le incumbe evitar toda discriminación y desigualdad. Se sitúa a la persona sobre la que se decidirá su culpabilidad en el contexto de un Estado social y democrático de derecho y de economía de mercado. Lo que le convierte en sujeto de obligaciones, pero también de derechos. Sin embargo, responsabilidad implica *exigibilidad*. Dos términos unidos que entraña que el Estado puede exigir, pero sólo cuando éste haya proporcionado al sujeto las condiciones necesarias para que la persona asuma una tarea determinada. Para determinar si el sujeto es responsable (culpable) se debe valorar el grado de cumplimiento por parte de los poderes públicos del mandato constitucional, que le obliga a respetar el principio de igualdad y la dignidad de todas las personas (artículos 9.2, y 10 de la Constitución Española).

La categoría de culpabilidad es examinada por el juez (causas de inimputabilidad, error de prohibición o presencia de alguna causa de exculpación penal). Sin embargo, la realidad práctica demuestra que el enjuiciador prescinde de valorar y conceder relevancia a las circunstancias y a los condicionantes personales específicas del sujeto que está juzgando. La labor de enjuiciamiento debe contemplar las circunstancias concretas y personales del enjuiciado. En el caso del *pobre*, del *excluido* o del *marginado*, la decisión judicial debe valorar que esa persona normalmente no ha gozado en su existencia de las mismas oportunidades que otros, por lo que esa escasez de oportunidades, puede conducir a discriminar a la vulneración del principio de igualdad. Se le estaría ofreciendo el mismo trato judicial que al de una persona que le han procurado bienes suficientes a lo largo de su vida. Si el *pobre*, *excluido* o *marginado* no ha recibido los mismos bienes que otros, no existe una igualdad real respecto de otros seres humanos.

La pena debe ser reflejo de la consecuencia de la mayor o menor gravedad del injusto cometido, pero también su *quantum* justo se determinará según el grado de culpabilidad o responsabilidad. El sujeto aporofóbico, como autor de un injusto merece la pena. Ha conmovido a la sociedad. Pero, la sociedad, en la individualización penal, según sus concretas circunstancias sociales, sólo le podrá exigir en función de su concreta responsabilidad.

## 2. Proceso penal: desigualdad del sujeto aporofóbico

La dimensión procesal de la culpabilidad es la presunción de inocencia de todo investigado, procesado y acusado, hasta que recaiga, en su caso, sentencia condenatoria. Derecho que se conecta, en el caso de la aporofobia, con el de la tutela judicial efectiva y con el derecho al proceso justo, debido o equitativo.

El problema no radica en que el *pobre*, el *excluido* o el *marginado*, sea tutelado por el órgano judicial, sino en cómo y en qué condiciones soporta el procedimiento penal, desde el momento de su incoación hasta su expiración. La falta de oportunidades, de bienes recibidos y de medios, provocarán también en el terreno procesal una desigualdad que le puede impedir ser beneficiario material de las garantías y estándares propios del derecho de defensa y del proceso debido. El delincuente aporofóbico no combate en el proceso penal en igualdad de condiciones ni con la acusación, ni respecto de otros encausados no pobres, marginados o excluidos. Existe un desequilibrio de fuerzas. Este desequilibrio degrada el derecho a un juicio justo o equitativo de la persona aporofóbica. Es imprescindible que goce además de un derecho de defensa técnica efectiva.

Existen situaciones concretas procesales en las que esa condición de aporofobia puede resultar perjudicial en el proceso penal para el sujeto pasivo del mismo. Los artículos 118, 520 y 775 LECrim blindan al justiciable el derecho de defensa, y, entre ellos, el de ser informado y el derecho a la traducción e interpretación. Difícilmente se puede ejercitar el derecho de defensa efectivo, si se desconocen o no se comprenden los diferentes derechos y garantías que conforman el derecho de defensa.

En las situaciones aporofóbicas, hay que partir, como presupuesto general, de que dependiendo de las circunstancias personales y sociales en las que esté inmerso el justiciable pobre o marginado o excluido, éste necesariamente deberá conocer y comprender qué es el proceso penal, los incidentes que puedan surgir, las medidas cautelares personales y reales que se puedan adoptar, los actos procesales que puedan surgir, y las consecuencias positivas y negativas que pueden producirse, especialmente de sus actos y conducta procesal propia. Para el justiciable la información es un derecho plenamente exigible. Sin embargo, el *pobre*, *marginado* o *excluido* si ostenta un déficit de comprensión, o no se le informa con la suficiente precisión y claridad, o si desconoce nuestro idioma, puede verse mermado en este derecho. Por ello, la tutela judicial, debe ser reforzada, dependiendo de las circunstancias personales del *pobre*, del *excluido* o del *marginado*.

El derecho a la traducción puede jugar en contra del sujeto pasivo procesal aporofóbico extranjero, cuando la interpretación y la traducción, como lamentablemente ocurre en ocasiones, es harto deficiente. La cuestión idiomática cobra especial relevancia en los procedimientos de extradición pasiva y en los que se ejecuta una orden europea de detención y entrega, respecto del reclamado aporofóbico.

La conformidad con los hechos y la pena objeto de acusación, devendrá imposible para el delincuente *pobre, excluido o marginado* si se le exige como condición indispensable el pago total o parcial de la responsabilidad civil o un compromiso futuro de pago. Además, el acusado aporofóbico debe comprender y entender los términos y las consecuencias de la conformidad, lo que no siempre será así.

El *pobre, excluido o marginado* puede sufrir igualmente una desigualdad procesal en el marco de los procedimientos de juicio rápido y de juicio por delitos leves. En estos procedimientos, por su concentración y celeridad, se dificulta más la actividad probatoria y de defensa. Por un lado, no parece que sea nada fácil que el sujeto aporofóbico, que carecerá de inicial asesoramiento, conozca y acuda al acto de juicio con todos los medios de prueba que le sean favorables. Menos aún que pueda acreditar sus particulares condiciones sociales que puedan incidir en la categoría de la culpabilidad. Además, en los juicios por delitos leves al no ser preceptiva la asistencia letrada su defensa efectiva no está garantizada.

## PROPUESTA

Se propone de *lege ferenda*, la introducción en el Código Penal de una atenuante específica que abarque en su enunciado la situación aporofóbica, esto es, que refleje la carencia de derechos económicos-sociales no recibidos y su consecuencia en el sujeto responsable.

No obstante, de *lega lata*, la aplicación al *pobre, excluido o marginado*, propongo, con amparo normativo en el artículo 21.7 del Código Penal, de una atenuante analógica, ya que la carencia de bienes no recibidos del Estado disminuye su responsabilidad y exigibilidad.

En todo caso, una vez asumido el marco penal abstracto de la pena, hay que proceder a la individualización o determinación judicial de la pena. El artículo 66.1º.6ª, impone a los jueces, si no concurren atenuantes ni agravantes, fijar el *quantum* concreto de la pena, «en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho». De esta norma, se extrae, como principio general, que en la individualización penológica hay que valorar como criterios: las *circunstancias personales del delincuente* y la mayor o menor gravedad del hecho.

En relación con la dosimetría penal, la proporcionalidad no sólo debe existir entre la pena y el hecho o injusto, sino también entre la pena y la culpabilidad. El *quantum* de la pena será proporcional a la mayor o menor gravedad de culpabilidad.

Por último, los tribunales también pueden acudir a la vía del indulto (artículo 4.3 Código Penal). La denominada ley del indulto permite su concesión cuando existan razones de «justicia, equidad o utilidad pública» (artículo 11). Las razones de justicia y de equidad, desde la perspectiva del caso concreto, y de las condiciones del sujeto *pobre, marginado* o *excluido* puede justificar la concesión de esta medida de gracia, de forma parcial.

## RESUMEN DE LA PROPUESTA

El *Derecho penal de la aporofobia* comprende el tratamiento judicial del *pobre, excluido* o *marginado* delincuente, en la aplicación de la ley sustantiva y adjetiva, como sujeto pasivo procesal. El acusado víctima de aporofobia si comete un delito se enfrenta al proceso penal. A lo largo de toda la sustanciación del procedimiento, los órganos judiciales valorarán su condición aporofóbica que podrá influir en el grado de culpabilidad y en todo el *iter* procesal.

En la categoría de la culpabilidad, el enjuiciador —de acuerdo con la teoría del sujeto responsable— considerará las circunstancias concretas de la persona acusada que vive en sociedad y que está condicionada por diferentes factores, sociales, culturales y económicos. El Estado puede y debe exigir, pero en la medida en que le haya proporcionado bienes a ese concreto sujeto pasivo del procedimiento. El Estado está obligado a respetar el principio de igualdad y dignidad de todas las personas para evitar desigualdad y discriminación. Por lo tanto, el sujeto será responsable y se le podrá exigir un comportamiento conforme a la norma, según los bienes que ha recibido.

En el ámbito procesal o del procedimiento, la cuestión se traslada a cómo y en qué condiciones, el *pobre*, el *excluido* o el *marginado* soporta el procedimiento penal que afronta. La falta de oportunidades y de bienes recibidos, provocarán también una desigualdad que le puede impedir ser beneficiario de las garantías y estándares propios del derecho de defensa efectivo. El encausado aporofóbico no combate en igualdad de armas. Se produce un desequilibrio respecto de todas las partes, especialmente de las acusaciones. Situación que mermará el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso justo debido o equitativo.

Los poderes públicos garantizarán al *pobre*, al *excluido* o al *marginado* una defensa de oficio efectiva por un profesional competente. La efectividad es garantía de los estándares de equidad y justicia. El ejercicio pleno del derecho de defensa está unido al derecho de información.

El derecho a traducción e interpretación también es garantía del derecho defensa y del proceso equitativo. La conformidad prestada por el *pobre, excluido* o *marginado* será libre y voluntaria. Su control, será riguroso por parte de jueces, fiscales y el abogado del acusado. El acusado aporofóbico deberá comprender y entender los términos y las consecuencias de la conformidad, esencialmente los efectos de la pena.

El *pobre, excluido o marginado* sufrirá igualmente una desigualdad procesal en el marco de los procedimientos de juicio rápido y de juicio por delitos leves. Su concentración y celeridad dificulta el derecho de defensa efectivo y la actividad probatoria de descargo.

# LA APLICACIÓN DEL ART. 20.3 CP A DELITOS COMETIDOS EN CONTEXTOS DE EXCLUSIÓN SOCIAL

*Demelsa Benito Sánchez*

Profesora Contratada Doctora de Derecho penal  
Universidad de Deusto (España)  
demelsa.benito@deusto.es

## INTRODUCCIÓN

Este informe tiene por objeto el estudio de la circunstancia eximente que se prevé en el art. 20.3 del Código Penal español. En concreto, se pretende reflexionar sobre su aplicación a esos casos en los que una persona en situación de exclusión social comete un delito. Señala el precepto que está exento de responsabilidad criminal el que «por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia, tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad». En este informe se dilucida acerca de si quienes viven en una situación de profunda desconexión con el sistema pueden ser consideradas personas con una alteración de la percepción, no por padecer un déficit sensorial sino por padecer un déficit sociocultural que les haya impedido o dificultado el acceso a los valores imperantes en la sociedad, valores que subyacen a las normas penales, lo cual podría afectar a la imputabilidad penal.

La jurisprudencia apenas ha hecho uso de este precepto en los últimos treinta años, ni en la modalidad de eximente completa, ni en la modalidad de eximente incompleta, ni siquiera como atenuante por analogía. Dada esta situación, en este informe se defiende que es necesaria una nueva interpretación del precepto por los tribunales o, incluso, una modificación de su redacción.

## SITUACIÓN ACTUAL

### 1. El origen, la naturaleza y el fundamento del art. 20.3 CP

La redacción actual del art. 20.3 procede de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, en el entonces art. 8.3º. Se eliminó por esta ley la fórmula que había existido anteriormente, que solo hacía referencia al sordomudo carente de instrucción, pero no se explicó en la exposición de motivos de la ley el porqué de la nueva redacción.

Pese a que la redacción del precepto es un tanto confusa, lo que sí queda claro respecto del mismo es su naturaleza jurídica. La doctrina y la jurisprudencia entienden, de manera prácticamente unánime, que nos hallamos ante una causa de inimputabilidad. Ello es así pese a que el art. 20.3 no contiene la cláusula final que

sí aparece en los dos numerales anteriores del mismo precepto, la cual hace referencia a la imposibilidad del autor de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. La ausencia de esta cláusula final no impide considerar esta circunstancia como una causa de inimputabilidad por las siguientes razones. En primer lugar, se llega a esa conclusión si se realiza una interpretación sistemática del párrafo tercero del art. 20. Se ubica justo después de dos causas de inimputabilidad, y le siguen las causas de justificación, con las que nada tiene que ver. En segundo lugar, se señala expresamente el efecto que debe ocasionar en el sujeto la alteración en la percepción que padece desde el nacimiento o la infancia, y ese efecto no es otro que la grave alteración de la conciencia de la realidad. Parece lógico deducir, entonces, que quien tiene gravemente alterada la conciencia de la realidad, no puede comprender, al menos en su totalidad, la ilicitud del hecho o no puede actuar conforme a esa comprensión.

El fundamento de esta circunstancia eximente del art. 20.3 se halla, por tanto, en la imposibilidad del sujeto de conocer la significación antijurídica del hecho por la ausencia de socialización, es decir, por la incomunicación en la que se encuentra respecto del mundo que le rodea, lo que le impide conocer los valores que subyacen a las normas penales. No se afirma aquí que el sujeto desconoce la antijuridicidad del hecho, sino que ni siquiera tiene posibilidad de conocerla. Nos encontramos, por tanto, en un estadio previo al error de prohibición. La polémica aparece a la hora de determinar el origen de esa falta de socialización, como se estudia a continuación

## **2. Elementos de la eximente del art. 20.3 CP**

La doctrina y la jurisprudencia han destacado los tres elementos siguientes dentro del art. 20.3 CP.

### **2.1. El elemento biológico: alteración en la percepción**

La percepción, es decir, el conjunto de procesos cognoscitivos del ser humano, se torna en elemento central de esta causa de inimputabilidad. Para la aplicación del art. 20.3 CP es necesario que el sujeto tenga modificados esos procesos cognoscitivos, es decir, que no funcionen de manera normal. No cabe duda de que esos procesos cognoscitivos se pueden ver alterados cuando el sujeto padezca *déficits sensoriales*. Un ejemplo es la sordomudez. Durante mucho tiempo, el Código Penal exoneró de pena al sordomudo carente de instrucción pues su situación podía suponer, en efecto, una clara falta de socialización con el entorno que le impediría el acceso al conocimiento de los valores imperantes en la sociedad. En este informe se aboga por una interpretación más amplia de la expresión «alteración en la percepción», que acoja también los *déficits socioculturales*. El Tribunal Supremo admitió esta interpretación —aunque no la aplicó al caso— desde la STS 646/1987 de 20 de abril de 1987, entendiendo que el sujeto que ha experimentado estos déficits durante los primeros años de vida «no ha llegado a ser (...) un verdadero miembro del grupo social al que teóricamente pertenece» (fundamento jurídico 2º), por eso no se le



puede considerar igualmente responsable, culpable, que a quien sí lo ha sido. Su aislamiento le produce una incapacidad para advertir el contenido de las normas y, por lo tanto, no puede adecuar su conducta a lo que tales normas indican.

Pese a lo dicho, la jurisprudencia solo ha admitido el déficit sociocultural en el plano teórico pues prácticamente en ninguna de las sentencias dictadas por nuestros tribunales desde esa fecha se ha aplicado esta circunstancia eximente, como se expone en el apartado 3.

## **2.2. El elemento temporal**

El art. 20.3 CP contiene un elemento temporal que va íntimamente unido al elemento anterior. Señala el precepto que la alteración de la percepción debe darse «desde el nacimiento o la infancia. La duda se plantea en torno al concepto de infancia. Algunos instrumentos internacionales entienden que el concepto de niño comprende a los menores de 18 años. No parece que en el caso del art. 20.3 CP sea admisible ese límite edad pues lo determinante es considerar una edad hasta la cual el menor ha podido acceder a los valores imperantes en la sociedad, de modo tal que una alteración en la percepción posterior a esa fecha no eliminaría lo ya aprendido. La jurisprudencia no habla de un límite concreto, que algunos autores sitúan en la edad de siete años. Los tribunales se han limitado a decir que la alteración de la percepción ha de tener su causa en una «precoz situación de aislamiento» (STS 459/2020 de 18 de septiembre de 2020, FJ 4º), sin precisar una edad concreta.

Tal es la importancia de este elemento que ha señalado la jurisprudencia que sin él no es posible la aplicación de la eximente ni siquiera en su versión incompleta (STS 170/2011, de 24 de marzo de 2011, fundamento jurídico 1º), aunque en una ocasión la ha admitido como atenuante analógica (STS 139/2001, de 6 de febrero de 2001, FJ 1º)

## **2.3. La alteración grave de la conciencia de la realidad**

Tal y como sucede en el resto de causas de inimputabilidad del art. 20 CP, el párrafo tercero también exige un elemento psicológico, a saber, que el autor «tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad». Esto significa que el sujeto no puede valorar adecuadamente la significación antijurídica de sus actos, razón por la cual no se le puede considerar responsable penalmente. Dada la literalidad del precepto, no es preciso que el autor tenga anulada por completo esa capacidad para valorar sus actuaciones, pero sí debe tratarse de una alteración *grave*. Es decir, a diferencia de otras causas de inimputabilidad, no exige el art. 20.3 CP que el autor carezca totalmente de esa capacidad de entendimiento. Cuando no se cumpla este requisito relativo a la gravedad, debería plantearse la aplicación de la eximente incompleta o la atenuante analógica, en función del grado de alteración de la conciencia de la realidad.

### 3. Aplicación jurisprudencial del art. 20.3 CP

Para este informe se ha analizado la aplicación por la jurisprudencia del art. 20.3 CP, así como de su antecesor, el art. 8.3 CP, desde el año 1987, en el que por primera vez se realiza una interpretación del precepto reconociendo que sería posible ubicar el origen de la alteración en la percepción en déficits socioculturales, hasta diciembre de 2021. El recurso al precepto en todos estos años es anecdótica; una docena de sentencias en las que se aplica como eximente completa, como eximente incompleta o como atenuante por analogía<sup>21</sup>.

En relación con el punto principal de este trabajo, es decir, la aplicación del art. 20.3 CP a supuestos en los que la base de la alteración de la percepción es un déficit sociocultural, casi la totalidad de las sentencias que de algún modo mencionan el art. 20.3 lo admiten, pero solo en el plano teórico. Es decir, en sus fundamentos jurídicos reconocen que el precepto se *puede* aplicar en esos supuestos, pero solo se ha encontrado una sentencia en la que se recurra al precepto por la existencia de déficits socioculturales que impiden la socialización del autor. En concreto, se trata de la SAP Madrid, Sección 7ª, 114/2001, de 14 de diciembre de 2001, en la que se constata el «desestructurado y anormal proceso de socialización en el sujeto que arranca desde las disfunciones familiares a las que el mismo se ve sometido desde su nacimiento» (FJ 4º). En las otras sentencias en las que se ha aplicado el art. 20.3 CP, o su antecesor, la alteración en la percepción procede de la sordomudez, que en ocasiones aparece combinada con un cociente intelectual bajo del autor. En alguna sentencia se ha aplicado el 20.3 a casos que encajarían mejor en otras causas de inimputabilidad. Por ejemplo, en un caso, el autor estaba diagnosticado de esquizofrenia paranoide con consumo afetamínico de cannabinoide y cocainico, y en otro caso se aplicó como atenuante analógica a una persona con psicopatía.

Del análisis jurisprudencial también se puede colegir que los juzgados y tribunales no hacen uso de la medida de seguridad prevista para estos supuestos de inimputabilidad, a saber, el internamiento del autor en un centro educativo especial, tal como señala el art. 103.1 CP, si fuera necesaria. Solo en una de las sentencias analizadas se impuso esta medida.

---

<sup>21</sup> La admiten como eximente completa: STS 4048/1992, de 23 de diciembre de 1992; SAP Castellón, Sección 3ª, 12/2002; SAP La Rioja, Sección 1ª, 65/2009, de 17 de marzo de 2009; SAP Toledo, Sección 1ª, 16/2016, de 28 de enero de 2016. La admiten como eximente incompleta: SAP Huelva, Sección 1ª, 33/2004, de 19 de octubre de 2004; SAP Málaga, Sección 2ª, 702/2005, de 20 de diciembre de 2005. La admiten como atenuante analógica: STS de 22 de junio de 1989, de 22 de junio de 1989; STS 296/1999, de 24 de febrero de 1999; STS 139/2001, de 6 de febrero de 2001; SAP Madrid, Sección 7ª, 114/2001, de 14 de diciembre de 2001; SAP Madrid, Sección 17ª, 685/2003, de 14 de julio de 2003; SAP Ávila, Sección 1ª, 21/2004, de 27 de enero de 2004; SAP Barcelona, Sección 2ª, 243/2016, de 7 de abril de 2016

## PROPUESTA

De lo analizado en este informe se puede colegir fácilmente que el art. 20.3 CP no tiene aplicación práctica por los jueces y tribunales, por lo que se hace necesario plantear, bien una propuesta interpretativa más amplia, bien una reforma del precepto para evitar que sea una simple disposición simbólica en el Código Penal. En concreto, lo que se propone en este informe es su aplicación a esos casos en los que el autor de los hechos no ha tenido acceso al conocimiento de los valores imperantes en la sociedad por razón de su situación de extrema exclusión social, entendida como la falta de acceso a los derechos y prerrogativas propios del Estado social, como la educación, el empleo, la sanidad o la cultura. Los déficits culturales profundos que puede tener una persona en esa situación —que no debe limitarse a la persona procedente de una cultura diferente— pueden influir en su imputabilidad, esto es, en su capacidad para comprender la norma y para actuar conforme a esa comprensión. La falta de socialización de las personas que viven al margen de la sociedad puede efectivamente generar una dificultad en el acceso a los valores que subyacen a las normas penales, y esa dificultad debe ser tenida en cuenta por el Derecho penal ya que quien no puede comprender la norma no puede ser considerado responsable en tanto que no es un sujeto motivable. En definitiva, en este informe se propone reconocer la influencia que la exclusión social puede tener en la imputabilidad penal. Realmente esto no supone una novedad pues el Tribunal Supremo lo reconoce desde el año 1987, aunque llame la atención que solo testimonialmente se haya aplicado el precepto en ese sentido.

Uno de los problemas para la ausencia de aplicación puede estar en el requisito de la edad, que parece limitar en exceso la aplicación del precepto, pues tal y como ha entendido la jurisprudencia, es un requisito indispensable, sin el cual no se puede apreciar ni siquiera la eximente en su modalidad incompleta. Es por eso que aquí se propone más flexibilidad en relación con la interpretación de este requisito, de modo tal que, si la marginación del sujeto comienza más allá de la infancia, pero el efecto que tiene es el mismo, la alteración grave de la conciencia de la realidad por esa falta de socialización, se pueda aplicar el art. 21.1 CP en relación con el art. 20.3 CP, es decir, la eximente incompleta. Igualmente, debería plantearse en la práctica la aplicación de la atenuante por analogía, que solo se ha aplicado una vez en las sentencias objeto de estudio.

Además, debería revisarse la medida de seguridad del art. 103 CP que lleva aparejado el art. 20.3 CP. No parece lo más adecuado en estos supuestos una medida privativa de libertad. El foco debe ponerse en la obligación del Estado de revisar los programas de integración de las personas que no han tenido acceso a los derechos y prerrogativas propias del Estado social, situación que les ha podido abocar a la comisión de un hecho tipificado como delito.

Finalmente, tras estas propuestas interpretativas para el precepto en su redacción actual, se podría plantear una propuesta más ambiciosa que consistiera en una reformulación de esta eximente. Si tal fuera el caso, debería el legislador (i) dejar

claro que el origen de la alteración en la percepción puede estar no solo en deficiencias sensoriales sino también en deficiencias socioculturales, (ii) eliminar el requisito de la edad y (iii) redactar el elemento psicológico de manera similar a como se hace en las dos causas de inimputabilidad de los párrafos primero y segundo del art. 20.

## **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

A modo de resumen, se plantea en este informe, por un lado, una propuesta de interpretación para que pueda funcionar como eximente en aquellos casos en los que el autor de unos hechos tipificados como delito no hubiera tenido acceso al conocimiento de los valores imperantes en la sociedad por razón de su situación de extrema exclusión social, entendida como la falta de acceso a los derechos y prerrogativas propios del Estado social. Se propone también que el requisito de la edad no impida aplicar la eximente como incompleta o como atenuante. Por otro lado, se plantea *de lege ferenda* una reforma del precepto en cuestión para señalar expresamente que el origen de la alteración en la percepción puede estar en déficits socioculturales, para eliminar el requisito de la edad y para redactar el elemento psicológico de manera similar a como se hace en las otras dos causas de inimputabilidad del art. 20 del Código Penal.

# LA APOROFOBIA Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL COMO CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN EN LA AGRAVANTE DEL ART. 22.4 CP

*Miguel Bustos Rubio*

Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad Internacional de La Rioja (España)  
miguel.bustos@unir.net

## INTRODUCCIÓN

El art. 22.4 CP ha sido recientemente modificado incorporando finalmente la agravante por razones de *aporofobia* y de *exclusión social* (además de otras como la relativa a la *edad* o a la *identidad de género*, cuyo análisis no va a ser en este momento abordado por exceder del objeto directo de este informe) al catálogo de circunstancias agravatorias que contempla el precepto, todas ellas atinentes a formas de odio discriminatorio. Ello se ha producido tras la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Este cambio normativo ha tenido lugar tras un largo proceso de elaboración de propuestas desde diferentes ámbitos, tanto político como científico y por supuesto social. Las nuevas motivaciones odiosas de carácter aporóforo se van a prever ahora también para ciertos delitos de la parte especial cuyo núcleo se hace descansar en algún tipo de discriminación, más allá de la agravante genérica del art. 22.4 CP.

En lo que concierne a esta agravante, que es objeto de tratamiento único en el presente informe, finalmente ha quedado redactada en los términos que siguen: «cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

## SITUACIÓN ACTUAL

Sobre el precepto nacido tras la reforma operada en 2021 hay que advertir, esencialmente, tres cuestiones:

### **1. Primera cuestión: la incorporación de nuevas motivaciones discriminatorias al catálogo *numerus clausus* que recoge el precepto**

Como se señaló, se han incorporado nuevas circunstancias agravantes relativas a la *aporofobia*, a la *exclusión social*, a la *edad* o a la *identidad de género*, hasta el momento inexistentes en nuestro Código Penal.

En el Preámbulo de la LO 8/2021, de 4 de junio, podía leerse: «Dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

### **2. Segunda cuestión: la incorporación de una cláusula de cierre de carácter interpretativo**

La reforma operada sobre el art. 22.4 CP introdujo, también *ex novo*, una cláusula de cierre clarificando que la circunstancia agravante resultará de aplicación «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

### **3. Tercera cuestión: la rechazada alusión a «cualquier otro motivo discriminatorio»**

Entre unos y otros proyectos se ha rechazado finalmente la genérica alusión por la que se optó en el debate parlamentario inicial relativa a incorporar también «cualquier otro motivo discriminatorio» en el art. 22.4 CP a modo de cláusula de cierre.

## **PROPUESTA**

### **1. Primera cuestión: la incorporación de nuevas motivaciones discriminatorias al catálogo *numerus clausus* que recoge el precepto**

Desde la asunción del principio de determinación (también conocido como principio de taxatividad o de certeza) derivado del principio de legalidad, para el Derecho penal ostenta suma importancia el significado propio de las palabras, pues este está llamado a servir de muro de contención a las posibles tentaciones del intérprete en la aplicación extensiva de la norma, suponiendo además una garantía democrática para el ciudadano, que es capaz de conocer con exactitud lo que le está prohibido y, caso contrario, lo que le está permitido.

Con esta base, puede considerarse que no resulta digno de encomio que el legislador finalmente haya optado por tipificar la «*exclusión social*» como motivo discriminatorio en el art 22.4 CP, junto al término *aporofobia*. Y ello, principalmente, atendiendo a dos razones.

En primer lugar, como se ha desarrollado de forma más profunda en otras investigaciones de nuestra firma, el concepto de «exclusión social» nació para superar al de «pobreza» en un intento de poner de manifiesto que los sujetos apartados de la sociedad, o discriminados en aquella, podían serlo por muy diversos motivos diferentes al estrictamente material o económico. Esto, que no deja de ser cierto y su delimitación es además loable, hace sin embargo que hoy el concepto de persona «excluida social» sea sumamente mutable, dinámico y cambiante, y dependa en la práctica de múltiples factores (no solo en cuanto a la dimensión de la que pueda traer causa tal situación, sino también en atención al diverso tipo de sociedad, período histórico al que se refiere, etc.). El empleo de esta terminología en el Código Penal resulta de todo punto imprecisa, pues no se puede delimitar su contorno aplicativo apriorísticamente, lo que sumado a la extensión y mutabilidad del término hace que nos decantemos finalmente por rechazar su empleo en sede penal, pues con ello no se superan, a nuestro modo de ver, las exigencias mínimas dimanantes del ya aludido principio de determinación. En otras palabras: se puede conocer quién es el *pobre*, e incluso ya contamos con una palabra que define el rechazo frente a éste, la *aporafobia*. Sin embargo, ¿quién puede considerarse hoy, con cierta *determinación y certeza*, el «excluido social»? ¿Es el toxicómano siempre y en todo caso un excluido social? ¿Lo es generalmente una persona desempleada? ¿Y quien no tiene estudios superiores? ¿Es la persona homosexual una excluida social? ¿Lo es el incapacitado? Incluso aunque la norma ya deje expuesto que la agravante resultará aplicable aunque en el sujeto pasivo no acontezcan realmente tales situaciones (esto es: lo reprochable es siempre la *motivación* del sujeto activo), si no es factible predeterminar con precisión el concepto de «excluido/a social» tampoco se hará posible comprobar con cierto nivel de seguridad la concurrencia en el hecho de una motivación atinente a dicho estado. Evidentemente han de ser las instituciones públicas las que, desde un modelo de intervención social, diseñen las estrategias oportunas para evitar ese proceso de exclusión social (con medidas educativas, sanitarias, de formación, vivienda, etc.). Por ello el término «exclusión social» sigue, a nuestro juicio, siendo perfectamente válido en este campo y otros (política, sociología, educación social, etc.). Sin embargo, el Código Penal no debe confeccionar una agravante que, sin mayor especificación, se refiera a motivos de «exclusión social» como elemento discriminatorio, dada la absoluta imprecisión del término.

Pero es que, además, en segundo lugar, mientras que el término «pobreza» hace referencia a un *estado personal* del sujeto, de carácter estático e individual, el de «exclusión social» es más bien un *proceso estructural*, de carácter dinámico o cambiante y relativo, generalmente, a colectivos sociales. Es decir, puede afirmarse que la pobreza sea uno de los motivos que conducen a la exclusión social del individuo, o viceversa, puede ser que un sujeto en proceso de exclusión social termine encontrándose en un estado de pobreza. Sea como fuere, e independientemente del orden causa-efecto, lo cierto es que si se quiere incluir en el Código Penal el motivo concreto de la discriminación como circunstancia agravante habría que hacer referencia en todo caso al *estado personal* del individuo a causa del cual se

produce ese rechazo o discriminación, y no al *proceso estructural* que explica, determina o trae causa (en su caso) de ese estado. Se puede, por tanto, discutir que la dimensión de la exclusión social lo sea de tipo laboral, educativo, cultural, social, de salud o económica (por citar algunas de las más comunes). Pero entonces en sede penal no debiera hablarse, genéricamente, de la exclusión social como *proceso*, sino del rechazo o el odio ante el estado del sujeto pasivo (independientemente de que efectivamente concurra ese estado) véase: al desempleado (dimensión laboral), al analfabeto (dimensión educativa-cultural), a la prostituta (dimensión social), al drogodependiente (dimensión sanitaria) o, en fin, al pobre (dimensión económica). En definitiva, se trata de concretar el motivo reprochable, pues solo así se puede dar cumplimiento a los postulados garantistas que derivan del principio de legalidad penal. Ocurre así que algunos de esos estados del individuo ya se contemplaban en la versión anterior (y tradicional) de ese listado de motivos agravatorios: por ejemplo, cuando se hace referencia a los motivos racistas o antisemitas, a la orientación sexual del sujeto, su enfermedad o discapacidad.

En la reunión final del grupo de investigación este fue uno de los puntos principales de debate, pues se observaron dos posturas: por un lado, la que apuesta por el mantenimiento del concepto «exclusión social» en el precepto, por entender que su definición puede extraerse con apoyo en otras ciencias fuera del Derecho y sería así posible, mediante un esfuerzo interpretativo, definirse y limitar su ámbito de aplicación práctica. Por otro lado, la que aboga por eliminarlo al entenderse que no cumple con las exigencias del aludido principio de taxatividad de las normas penales, en atención a los dos grupos de razones explicitados anteriormente. Dado que en este punto no parece haberse alcanzado la unanimidad, se ofrece aquí la opción de presentar estas dos propuestas alternativas, optando (a) bien por el mantenimiento del precepto en los términos actuales, quedando pendiente a futuro el estudio de su aplicación jurisprudencial en lo que corresponde a la *exclusión social*, o bien (b) eliminar del precepto la alusión a la *exclusión social*, manteniendo solamente la alusión al concepto de pobreza.

Precisamente en relación a esto último, otro punto de discusión en relación con el nuevo art. 22.4 CP fue el empleo del propio término «aporofobia» dentro del Código Penal (que a priori no debería aludir a *fobias*). En este sentido, atendido el precepto normativo que alude a las *razones de aporofobia* puede seguirse interpretando que el motivo de la discriminación radica en el estado de pobreza de la víctima, si bien no se descarta la posibilidad de que el legislador aluda directamente a «razones de pobreza» para zanjar cualquier controversia al respecto.

## **2. Segunda cuestión: la incorporación de una cláusula de cierre de carácter interpretativo**

Pensamos que la previsión de una cláusula de cierre que avala la aplicación de la norma «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta» resulta de todo



punto innecesaria y por ello también debe ser suprimida. Ello nuevamente acudiendo al principio de legalidad, del que también se deriva que el primer criterio interpretativo de la norma penal ha de serlo el gramatical. En efecto, el art. 22.4 CP ya agrava la pena cuando el sujeto actúa *por motivos* discriminatorios (en nuestro caso, *por motivos de aporofobia*). Y actuar *por motivos* significa ya tener en cuenta la motivación del autor del hecho para aplicar la cláusula agravatoria, sin mayores exigencias, y por tanto al margen de la concurrencia o no de dichas condiciones en la persona agraviada.

Más allá de que se puedan sostener otros modelos terminológicos, más o menos depurados, o enfocar el debate desde otras perspectivas, en el entorno de la llamada *delincuencia de odio* es posible encontrar dos modelos legislativos (y también dogmáticos) bien diferenciados: un modelo de selección discriminatoria en el que la motivación concreta del autor en el momento de ejecutar el hecho delictivo pasa a un segundo plano, y un modelo de ánimo en el que lo desvalorado es la motivación del autor. En este último modelo se incardina la circunstancia agravante del art. 22.4 CP que agrava la pena cuando el sujeto actúa *por motivos* discriminatorios. Es decir, ha de atenderse en cualquier caso a los motivos concretos para proceder con la aplicación de la norma. Por tal razón resulta de todo punto innecesaria la previsión de esta nueva cláusula interpretativa que señala la aplicación de la circunstancia aunque la condición no concorra efectivamente en el sujeto pasivo del delito, pues ello ya se encuentra implícito en el momento de atender a los motivos (que es lo que señala la norma en su literalidad). Y ello con independencia de que desde otras opciones interpretativas se haya insistido en la necesidad de no atender a los motivos por un pretendido riesgo de colisión con el principio del hecho y la prohibición de punir los pensamientos (algo que ya ha sido descartado por nosotros también en otras investigaciones de nuestra autoría). El principio de legalidad obliga a entender en el art. 22.4 CP que los *motivos* son *motivos*.

Por tal razón, proponemos la derogación de esta cláusula de cierre («con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta»).

### **3. Tercera cuestión: la rechazada alusión a «cualquier otro motivo discriminatorio»**

Valoramos de forma positiva que finalmente no se haya incorporado la inicial propuesta que extendía la aplicación de la circunstancia agravante a «cualquier otro motivo discriminatorio».

Pese a las ventajas que aparentemente un modelo de cláusula abierta, y con ello hasta cierto punto indeterminada, traería consigo (sobre todo porque no dejaría fuera algunas circunstancias que quizá también deberían estar) nos inclinamos por entender que es preferible la enumeración tasada (en todo caso subsanable mediante exhortos al legislador a producir cambios en el precepto, como ha sido el caso, precisamente, de la aporofobia).

Ciertamente todo modelo enumerativo o catalogador resultará siempre infraincluyente. En este punto radica la labor del científico: en impulsar los cambios necesarios para mejorar la norma. Esta situación, empero, no debe conducirnos necesariamente a sostener un modelo de cláusula abierta; como señalase Milton Peralta (2012: 37) «es sólo que se puede ser más o menos exhaustivo. En todo caso, siempre es preferible la infrainclusión a una regulación como la alemana que establece una cláusula abierta al terminar el [art.] 211 con la expresión ‘y otros motivos abyectos’. Esto le otorga al juez una discrecionalidad en un tema tan complicado que no es aconsejable».

Entendemos, pues, que la referencia a «cualquier otro motivo discriminatorio» como posible cláusula de cierre en el art. 22.4 CP, que inicialmente se planteó el legislador y que afortunadamente no ha llegado a aprobarse, generaría mayores problemas interpretativos al ampliarse prácticamente sin límites el contenido de la misma, ya de por sí sumamente discutido y discutible en la doctrina, amén de que, en este caso quizá con mayor claridad, se terminaría por conculcar el mandato de determinación dimanante del basilar principio de legalidad penal, que debe seguir ejerciendo de límite al ejercicio exacerbado del *ius puniendi*.

## RESUMEN DE LA PROPUESTA

A modo de resumen, se proponen las ideas siguientes: (I) respecto de la primera cuestión a examen, y dado que el grupo de investigación, en fase de debate, no alcanzó acuerdo unánime, se mantiene la posibilidad de suprimir la alusión a la «exclusión social» como motivo discriminatorio, dada la ambigüedad e imprecisión del término en un ámbito como el penal, sujeto a las garantías y exigencias del principio de determinación, o bien mantener el precepto en sus términos actuales vigilando su aplicación práctica a futuro por parte de la jurisprudencia. Y, en el mismo sentido clarificador del precepto, se sostiene como *posible* cambio la alusión a «razones de aporofobia» sustituyéndola directamente por «razones de pobreza» de la víctima; (II) la necesidad de suprimir la cláusula «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta», dado su carácter totalmente superfluo al enmarcarse el art. 22.4 CP en un modelo de ánimo en el que basta con atender a los motivos discriminatorios del autor, por lo que la misma resulta innecesaria por reiterativa; y (III) la necesidad de mantener un sistema tasado (*numerus clausus*) de motivaciones agravatorias frente a un sistema abierto y por ello más indeterminado.

# LA APOROFOBIA Y LA EXPULSIÓN PENAL DE EXTRANJEROS DEL ART. 89 CP

*Fernando Navarro Cardoso*

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)  
fernando.navarro@ulpgc.es

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de la investigación es analizar la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional prevista en el artículo 89 del Código Penal español (y, por extensión, de la sustitución de la medida de seguridad del art. 108 del mismo cuerpo legal), y determinar si la gestión de la misma contiene o no una carga aporofóbica.

## SITUACIÓN ACTUAL

### 1. La actual regulación legal

- I. La reforma 2015 del artículo 89 del Código Penal consagra la expulsión como respuesta al hecho criminal del extranjero.
- II. Las modulaciones introducidas al rigor legal deportador no son más que la plasmación de exigencias legales y jurisprudenciales europeas, de lo que se infiere que no ha existido ninguna aportación *ex novo* del legislador español en orden a suavizar la expulsión.
- III. La no aplicación rigurosa de las previsiones legales está hoy solo en manos de jueces y tribunales. Tal es así que año tras año las memorias de la Fiscalía General del Estado dejan constancia de la reticencia de aquellos a privar de libertad en tanto se tramita la expulsión.
- IV. La actual regulación supone la consagración legal de una política criminal que persiste en ocasiones en responder a los viejos modelos de Derecho Penal simbólico y Derecho Penal del enemigo.
- V. No puede ser materialmente una pena ni un sustitutivo penal porque solo satisface necesidades preventivas (generales o especiales) cuando se activa la excepción a su aplicación.

## **2. La supeditación de la política criminal a la política de extranjería y penitenciaria**

- I. Compartimos con un sector de la doctrina que dos de las más severas críticas a esta regulación son «su descarnado pragmatismo» y «su discutible limitación de garantías constitucionales».
- II. Como reconoce la Fiscalía General del Estado y el Ministerio del Interior (a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias), se supedita la política criminal a la política de extranjería y penitenciaria.
- III. La generalización de la expulsión a todo extranjero no pone en aprietos el argumento del control de los flujos migratorios en tanto, al final, los penalmente expulsados responden a un muy determinado perfil.
- IV. Las pretensiones gubernamentales quedan de manifiesto con las «devoluciones en caliente» y las «devoluciones exprés».
- V. Si se maximiza la expulsión, resulta inexplicable que no se prevea una solución para los extranjeros inexpulsables, ni en Europa ni en España.

Ya la Directiva 2008/115/CE de retorno señala en su considerando 12:

«Debe abordarse la situación de los nacionales de terceros países que están en situación irregular pero que todavía no pueden ser expulsados. Procede definir sus condiciones básicas de subsistencia según la legislación nacional. Para poder demostrar su situación concreta en el caso de controles o verificaciones administrativas, es preciso proporcionar a estas personas una confirmación escrita de su situación. Los Estados miembros deben disfrutar de amplia discreción sobre la forma y formato de la confirmación escrita y deben también poder incluirla en las decisiones relativas al retorno adoptadas en virtud de la presente Directiva».

Se supone que como no pueden ser expulsados, pueden —y deben— acceder a los beneficios penitenciarios, así como al tercer grado y a la libertad condicional.

### **PROPUESTA**

1. Como quiera que los objetivos que persigue la expulsión penal le son ajenos y pueden ser plenamente atendidos por el Derecho Administrativo, carece de sentido su mantenimiento en el Código Penal; sobre todo, cuando el relato en relación con los movimientos migratorios coloca al extranjero como víctima.

La expulsión de quien deba ser sujeto pasivo de ella solo requiere una coordinación entre instituciones para una correcta aplicación del art. 57.2 LEX, como lo demuestra la perfecta sintonización entre Fiscalía, Instituciones Penitenciarias y Juzgado sentenciador a la que alude la Fiscalía General del Estado en su Memoria 2019 implementada por la Fiscalía Delegada de Extranjería de Las Palmas (p. 830).

- 2 Si se expulsase del Código Penal esta previsión, se zanjaría el debate en sede administrativa. En este sentido, no nos pasan desapercibidas las reflexiones vertidas por Suay Rincón en el voto particular formulado a la STS, Sala 3ª, 2041/2018, de 31 de mayo. Entiende que la previsión contenida en el art. 57.2 LEX es una «consecuencia accesoria» de una sanción, «en el que el juicio sobre el grado de reprochabilidad de la conducta realizada (infracción) ha sido ya realizado en sede penal y del que no cabe prescindir ya ni apartarse del mismo en sede administrativa».

El razonamiento a contrario conduce a sostener, precisamente, que, si no es una sanción administrativa, materialmente lo es. Y es que la expulsión penal no es, en sentido estricto, el producto de un reproche penal, sino un producto añadido de la pena. De hecho, el otro voto particular de la citada sentencia (Fernández Valverde) sostiene que sí que es una sanción administrativa.

3. Los casos en los que la prevención general invita al cumplimiento efectivo de la pena de prisión no son, en realidad, objeto de debate. Y la inmensa mayoría de los casos en los cuales se debate la proporcionalidad en función de las circunstancias del sujeto son resueltos, como reconocen todas las memorias e informes oficiales, en ejecución de sentencia, una fase muy administrativizada, por la necesaria intervención de distintas unidades administrativas y entidades sociales. No es solo la solvencia lo que no resulta acreditado durante el procedimiento penal.
4. La expulsión penal de extranjeros del territorio nacional ha transitado con las sucesivas reformas que ha experimentado el artículo 89 del Código Penal de lo facultativo a lo imperativo. La obligatoriedad se ha convertido en regla general, y el régimen excepcional se aplica, muy mayoritariamente, solo a un segmento de los potenciales afectados: los migrantes en situación administrativa irregular, los «sin papeles», y sin recursos, es decir, los «pobres». Uno de los elementos a tomar en consideración para decretar la expulsión es el conjunto de circunstancias personales, predominando, claro está, las económicas. De resultas, si la política criminal es qué se quiere castigar y cómo, cuando se trata de extranjeros pobres condenados, aquella se materializa en su expulsión. Es, pues, un instrumento con una fuerte carga aporofóbica. Es más, el extranjero condenado con recursos económicos, como regla general, o no es expulsado, o se va voluntariamente.
5. De resultas de todo lo anterior, la mejor solución para la armonización de la legislación administrativa y penal en la materia pasa, en todo caso, por la supresión del art. 89 CP y, por extensión, del actual art. 108 CP.

## **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

A modo de resumen se propone la eliminación del Código Penal de la sustitución de la pena o de la medida de seguridad prevista en los artículos 89 y 108 del Código Penal español.

# LA APOROFOBIA Y LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA: PROPUESTAS DE MODIFICACIONES LEGISLATIVAS

*Julio Fernández García*

Profesor Asociado de Derecho penal  
Universidad de Salamanca (España)  
mieza@usal.s

## INTRODUCCIÓN

La pobreza, la marginalidad y la exclusión social siempre han sido un motivo de discriminación de las personas que están privadas de libertad, bien sea en calidad de preventivos o de penados o sometidos a medidas de seguridad privativas de libertad. Aunque la legislación penitenciaria de 1979 incorpora en su artículado, conforme al mandato constitucional del artículo 14 de la CE, la no discriminación de los internos por motivos de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otra de análoga naturaleza, sabemos que en la ejecución penitenciaria existe discriminación por los recursos económicos del privado de libertad. Existen derechos e intereses legítimos de los internos que se ven limitados e incluso privados a las personas que carecen de recursos económicos y conductas que posibilitan la persecución de otros internos a los que carecen de recursos económicos; es decir, existe la aporofobia en el régimen de vida y en las diferentes actividades del tratamiento penitenciario hacia esos privados de libertad que carecen de recursos económicos.

Por su parte, el perfil de las personas que ingresan en prisión ha variado muy poco a lo largo de la historia; son las personas más pobres, más vulnerables económicamente, procedentes de los barrios más desfavorecidos, con una situación social precaria, deficiente escolarización y con problemas de salud mental.

Es necesario, por tanto, abordar las reformas necesarias en la legislación penitenciaria para acabar con la discriminación de los privados de libertad por escasez de recursos económicos.

## SITUACIÓN ACTUAL

### 1. Primer apartado del artículo 3 de la LOGP

La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otra circunstancia de análoga naturaleza

**2. Artículo 108 del RD 1201/1981, de 8 de mayo. Vigente en virtud de apartado 3 de la disposición derogatoria única. Regula las Faltas muy graves de los internos**

Son faltas muy graves:

c) Agredir o hacer objeto de coacción grave a otros internos.

**3. Artículo 56 LOGP**

1. La Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes.

**4. Artículo 3.2 del RD 782/2001 de 6 de Julio por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios**

2. La Entidad Pública Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo elaborará periódicamente la lista de puestos vacantes en los talleres productivos, detallando sus características. La Junta de Tratamiento como órgano administrativo competente, adjudicará los puestos a los internos, siguiendo e siguiente orden de prelación:

1º Los internos en cuyo programa individualizado de tratamiento se contemple el desarrollo de una actividad laboral.

2º. Los internos penados sobre los preventivos.

3º. La aptitud laboral del interno en relación con las características del puesto de trabajo.

4º. La conducta penitenciaria.

5º. El tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario

6º. Las cargas familiares.

7º. La situación prevista en el artículo 14.1 de este Real Decreto

**5. Artículo 41 del RP. Reglas generales de las comunicaciones y visitas**

El mencionado artículo establece las reglas generales que se deben cumplir en las comunicaciones y visitas de los internos con sus familiares, amigos y otras personas. Se considera muy importante añadir un 8 apartado al referido artículo. Actualmente tiene 7 apartados.

**6. Artículo 47.4 del RP. Coste de las comunicaciones telefónicas. Redacción actual conforme a la reforma del RP aprobada por RD 268/2022, de 12 de abril**



4. Las comunicaciones telefónicas se efectuarán, en función de las circunstancias de cada establecimiento que siempre que las circunstancias del establecimiento, garantizando una frecuencia mínima de cinco llamadas por semana; su duración vendrá determinada en las normas de régimen interior del centro penitenciario, no siendo inferior a cinco minutos. El importe de la llamada será satisfecho por el interno, salvo cuando se trate de la comunicación prevista en el artículo 41.3 de este Reglamento.

#### **7. Instrucción 1/2012 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de 2 de abril**

Para la concesión de permisos ordinarios de salida a los internos, las instrucciones 22/1996, 3/2008 (ya derogadas) y la última, 1/2012, se van a ponderar una serie de Variables de Riesgo, en una tabla (TVR) en la que se valorarán como riesgo los siguientes criterios: extranjería, drogodependencia, profesionalidad delictiva, reincidencia, quebrantamientos de condena, tiempo que haya estado —en su caso— en régimen cerrado como interno más peligroso o inadaptado, ausencia de permisos, deficiencia convivencial, lejanía al lugar donde disfrute el permiso y presiones internas que pueda sufrir el que va a disfrutar el permiso.

#### **8. Instrucción 1/2012 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de 2 de abril**

Para la concesión de permisos ordinarios de salida a los internos, se va a exigir, en relación a los ciudadanos extranjeros que si están indocumentados viene justificada la denegación de permisos de salida y se tiene en cuenta desfavorablemente para salir de permiso que los penados tengan resolución judicial o administrativa de expulsión.

#### **9. Artículo 90.1, in fine del Código Penal**

Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

### **PROPUESTA**

#### **1. Primer apartado del artículo 3 de la LOGP**

Incluir después de creencias religiosas, la frase siguiente: **carecer o tener escasos de recursos económicos**. Con carácter general que el privado de libertad carezca o tenga escasos económicos, sufre una discriminación en muchos de los derechos,

intereses legítimos o actividades que realicen los internos en el seno de la cárcel. En consecuencia, es obligado incluir esa modificación para que, con carácter general se tenga en cuenta que no puede haber discriminación alguna expresamente también cuando el interno carezca o tenga escasos recursos económicos, tanto él como su familia.

## 2. Añadir un apartado más a las faltas muy graves del artículo 108 del RP de 1981

Son faltas muy graves:

- c) Agredir o hacer objeto de coacción grave a otros internos. **Amenazar, coaccionar, chantajear o extorsionar a internos que carecen o disponen de escasos recursos económicos por razones de aporofobia o de exclusión social.**

Los internos pobres, excluidos sociales y marginados son objetivo perfecto para las amenazas, coacciones, chantajes y extorsiones de otros privados de libertad que dirigen actividades presuntamente delictivas en prisión, como tráfico de drogas, estupefacientes, alcohol y resto de objetos prohibidos. Los internos más vulnerables, los que carecen de recursos económicos o éstos son precarios, se someten más fácilmente a este tipo de chantajes para obtener alguna prevenda, algún beneficio económico y, en consecuencia, pueden cometer actos ilícitos en prisión (ser los vehículos del tráfico, servir como correo o prestarse a cambio de dinero o recursos a cometer conductas tipificadas como infracciones disciplinarias o como delitos). De ahí que sea obligado tipificar esta conducta como falta muy grave disciplinaria para los internos que utilicen al privado de libertad con nulos o escasos recursos económicos como instrumento para realizar estas conductas.

## 3. Artículo 56 LOGP

La Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes. **En todo caso, los internos sin recursos económicos o escasos tendrán derecho a que las tasas de las matrículas correspondientes de las actividades educativas y los materiales educativos respectivos sean satisfechos por la Administración en convenio con las instituciones educativas pertinentes.**

Esto garantiza que los internos con nulos o escasos recursos económicos puedan acceder al derecho a la educación en igualdad de condiciones que el resto de la población reclusa. Hay que recordar que el derecho a la educación es un derecho fundamental que debe respetarse al privado de libertad en las mismas condiciones que al ciudadano libre.

## 4. Artículo 3.2 del RD 782/2001, quedaría de la siguiente forma

2. La Entidad Pública Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo elaborará

periódicamente la lista de puestos vacantes en los talleres productivos, detallando sus características. La Junta de Tratamiento, como órgano administrativo competente, adjudicará los puestos a los internos, siguiendo el siguiente orden de prelación:

- 1º. Los internos en cuyo programa individualizado de tratamiento se contemple el desarrollo de una actividad laboral. **En todo caso, los internos con nulos o escasos recursos económicos tendrán prioridad sobre el resto**
- 2º. Los internos penados sobre los preventivos. **NO obstante, si el interno tiene cargas familiares, aunque sea preventivo tendrá prioridad sobre los penados, por necesidades económicas familiares.**
- 3º. La aptitud laboral del interno en relación con las características del puesto de trabajo.
- 4º. La conducta penitenciaria.
- 5º. El tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario.
- 6º. (Derogado)
- 7º. La situación prevista en el artículo 14.1 de este Real Decreto.

Esto garantizaría también que los internos que carecen de recursos económicos o son escasos, puedan tener prioridad absoluta a la hora de acceder a puestos de trabajo remunerados.

#### **5. Artículo 41 del RP, que establece las reglas generales de las comunicaciones de los internos con familiares, amigos y otras personas**

Se debería incluir un nuevo apartado, el 8, que debería establecer lo siguiente:

#### **8. Los traslados desde las localidades de residencia de las personas que vayan a comunicar con los internos serán costeados por la administración penitenciaria si se acredita que estas personas no tienen recursos económicos o los tienen muy limitados**

Las comunicaciones y visitas de los internos con sus familiares, amigos y otras personas se consideran un derecho subjetivo del privado de libertad. En consecuencia, si las comunicaciones no se desarrollan porque los comunicantes no pueden trasladarse porque no tengan recursos económicos o estos sean escasos, la administración penitenciaria debe correr con los gastos de estos traslados. Las relaciones del interno con el mundo exterior son muy importantes para su proceso de resocialización.

#### **6. Artículo 47.4 del RP. Coste de las comunicaciones telefónicas**

4. Las comunicaciones telefónicas se efectuarán, en función de las circunstancias de cada establecimiento que siempre que las circunstancias del establecimiento, ga-

rantizando una frecuencia mínima de cinco llamadas por semana; su duración vendrá determinada en las normas de régimen interior del centro penitenciario, no siendo inferior a cinco minutos. El importe de la llamada será satisfecho por el interno, salvo cuando se trate de la comunicación prevista en el artículo 41.3 de este Reglamento **y, en cualquier caso, cuando el interno tenga nullos o escasos recursos económicos.**

No obstante, las verdaderas reformas que debe abordar el legislador es la de permitir el acceso de los internos a las nuevas tecnologías de la comunicación, algo que ya se ha incluido con la reforma del RP por RD 268/2022, de 12 de abril, pero que deben aplicarse los supuestos, garantizando la seguridad, así como la posibilidad de que los internos puedan poseer dispositivos de telefonía móvil con el acceso, controlado por motivos de seguridad, a las nuevas tecnologías de la comunicación.

#### **7. Instrucción 1/2012 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de 2 de abril**

El criterio de la extranjería como una variable de riesgo añadida es claramente discriminatoria. Hay que hacer constar que el 28 % de la población penitenciaria que está ingresada en las cárceles españolas es extranjera y, dentro de ellas, hay un porcentaje elevadísimo de personas extranjeras sin recursos económicos. Por el mero hecho de carecer de recursos económicos no debe considerarse un riesgo para el no regreso de permiso y, por consiguiente, un motivo de denegación del mismo, dado que hay instituciones, asociaciones y entidades que acogen durante el permiso a personas que carecen de recursos económicos. Además, los permisos de salida son el mejor medio de preparación para la vida en libertad de los que están cumpliendo condena. Es claramente discriminatorio hacia las personas pobres y excluidos sociales mantener esta variable de riesgo a la hora de conceder permisos ordinarios de salida. **Debe eliminarse ese criterio de extranjería como variable de riesgo que condiciona a la denegación de permisos de las personas que tienen esa condición y, dentro de ellas, estarán las personas con nullos o escasos recursos económicos.**

#### **8. Instrucción 1/2012 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de 2 de abril.**

**Debe eliminarse de la Instrucción la especificación de que si el penado extranjero no está documentado o tiene resolución administrativa o judicial de expulsión.**

Es evidente que muchos de los ciudadanos extranjeros que están cumpliendo condena en España, son personas con nullos o escasos recursos económicos, son personas excluidas sociales, marginales y si por ese motivo se les impide disfrutar permisos ordinarios de salida como preparación para su vida en libertad, estamos atacando la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad prevista en la Constitución Española y en la legislación penal y penitenciaria.

## 9. Artículo 90.1, in fine del Código Penal

Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. **En todo caso, los penados que tengan escasos o nulos recursos económicos no se verán afectados negativamente por esta situación a la hora de resolver la suspensión de la ejecución de la pena y la concesión de la libertad condicional.**

La situación de pobreza, exclusión social y marginalidad no pueden ser motivo, por sí, para la denegación de la suspensión del resto de la pena y concesión de la libertad condicional. No obstante, esto ha sido una práctica generalizada, puesto que se ha pensado que carecer de recursos económicos es un condicionante más para la reiteración delictiva. Si la persona tiene una acogida real de institución, asociación o entidad, las posibilidades de reincidencia son más remotas.

### RESUMEN DE LA PROPUESTA

Resumiendo, se han realizado unas propuestas de modificación legislativa que pretenden garantizar la no discriminación de los pobres y excluidos sociales que cumplan condena en un centro penitenciario por la comisión de delitos.

La cárcel siempre ha sido un lugar en el que abundan las personas pobres y los excluidos sociales y el trato ha sido y es discriminatorio con relación a los privados de libertad que cuentan con recursos económicos. Es hora de equilibrar la balanza y promover las condiciones para que deje existir esa discriminación y la actividad penitenciaria se ejerza realmente respetando escrupulosamente la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena.



# LA MUJER INMIGRANTE POBRE EN EL DERECHO PENAL

*María Acale Sánchez*

Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz (España)  
maria.acale@uca.es

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de la investigación realizada ha sido la incidencia de la pobreza en los procesos migratorios femeninos hacia España, analizando no solo los motivos que pudieron llevar a esas mujeres a adoptar la decisión de migrar, sino las características del mismo proceso y de la incidencia de los estereotipos de género en la vida de la mujer migrante. También se analiza la incidencia de esa condición en la comisión de delitos y en los procesos de victimización que sufren. La suma de estos dos bloques de condicionantes determina que los procesos de migraciones femeninas se identifiquen con perfiles propios, separándose del general de los fenómenos migratorios.

## SITUACIÓN ACTUAL

La lectura conjunta del Código penal, de la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de Género y de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social permite concluir que el ordenamiento jurídico español no está preparado para hacer frente a las necesidades que demandan las mujeres inmigrantes pobres que llegan a nuestro país forzadas por unas condiciones de vida indignas en las que se limita el libre desarrollo de su personalidad, tras llevar a cabo un camino migratorio por definición peligroso, en el que se convierten en el blanco de las organizaciones criminales con las que se encuentran.

Las limitaciones administrativas impuestas reducen sus posibilidades de progreso, forzándolas a mal vivir en el ámbito de la marginalidad, la clandestinidad y de ahí llegarán a formas delincuenciales funcionales a su situación y que les permitan obtener medios económicos para subsistir entre los que destaca con nombre propio el trabajo sexual que por su opacidad está en condiciones de recibir a quienes lo ejercen. En este sentido, las mujeres inmigrantes pobres se presentan a los ojos del Código penal como el producto de una serie de estigmas en atención a la transeccionalidad del género, la nacionalidad y las condiciones económicas.

En relación con los procesos victimales que sufren, se ha prestado atención a los delitos que soportan como trabajadoras y a los que soportan a manos de las organizaciones criminales, que las convierten en objeto de sus propios negocios. Junto a estas conductas que responden al patrón de victimización propio de las mujeres inmigrantes pobres, como mujeres soportan otra pluralidad de delitos, como son todos aquellos que tienen que ver con la violencia de género doméstica que sufren a manos de su marido, o las mutilaciones genitales, permitidas y toleradas todavía en muchos países, o los matrimonios forzados, que responden a los estereotipos de la mujer en el ámbito de matrimonio como un objeto que tiene un precio (las arras matrimoniales). Se trata en estos últimos casos de modalidades de violencia que no vienen especialmente determinadas por la pobreza de la mujer que las sufren, sino porque afectan a las mujeres provenientes de determinadas culturas, con independencia de su situación económica.

A pesar de esta segmentación, es fácilmente imaginable el supuesto en el que una misma víctima sufra violencia a manos de su pareja, en su trabajo y en el seno de la organización criminal que la transporta, en la medida en que entre estas tres modalidades de violencia existe un hilo invisible que las cose y da hechura al patrón criminológico de los delitos que se perpetran espoleados por la discriminación que sufren las mujeres por el hecho de serlo. De ahí que se haga referencia a existencia en estos casos de una violencia interseccional que convierte a estas mujeres en víctimas especialmente vulnerables.

Por lo que se refiere a los delitos cometidos por estas mujeres, parece ponerse de manifiesto una relación funcional entre su condición nacional, económica y administrativa, con la comisión de delitos que permitan subsistir económicamente, como son fundamentalmente atentados patrimoniales y tráfico de drogas. La previsión en el art. 368 de una atenuación de la pena para las personas condenadas por tráfico de drogas en atención a la escasa entidad del hecho y de las circunstancias personales del culpable debería convertirse en una imposición obligatoria, no facultativa, de manera que deje de ser factor que impida su aplicación el hecho de que la autora del delito haya sido considerada como miembro de una organización criminal que simplemente se vale de ella.

El proceso de victimización y criminalización de las mujeres migrantes pobres es un proceso holístico que si se encapsula convierte en un laboratorio de prueba para la prevención general y la prevención especial. Es, en definitiva, el propio proceso migratorio que han emprendido el que las condena a ser unas pobre mujeres.

## **PROPUESTA**

Paliar esta situación pasa por reformar algunas previsiones de nuestro ordenamiento jurídico.

1. Reformas de la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género. La singularidad de la violencia de género que sufren estas mujeres, la



gravedad de los resultados que les causa y la alta representación de estas mujeres en las cifras sobre mujeres asesinadas en España a manos de su marido o compañero sentimental exigen una reforma legal que permita visibilizar esta violencia en el seno de la ley específicamente prevista para hacerle frente: el hecho de que en la actualidad las mujeres migrantes víctimas de violencia de género puedan verse beneficiadas con el disfrute de las ayudas dispuestas en el ámbito de la LO 1/2004, porque así lo dice expresamente la legislación de extranjería y no porque así lo prevea expresamente la propia LO 1/2004, supone anteponer la condición de «migrante» a la de «víctima» de estos concretos procesos: de ahí que sea imprescindible que estas víctimas también se sientan reconocidas en el interior de ley que lucha contra la violencia que ellas sufren. Esta concreta propuesta se hace con independencia de la reforma que tiene pendiente el ordenamiento jurídico español desde que en 2014 España ratificó el Convenio de Estambul.

2. Reformas del Código penal y de la Legislación penitenciaria: respecto a las mujeres inmigrantes pobres que cometen delitos, la respuesta que se le ofrece pasa fundamentalmente por la expulsión del art. 89 que considera a la persona migrante un problema ajeno del que quiere desentenderse cuanto antes. La reforma del mismo debe ir acompañada de otra más general que permita ampliar el catálogo de sanciones penales a imponer en los supuestos de delitos cometidos por las mujeres inmigrantes pobres que pase por implementar la perspectiva de género en el ámbito penal y penitenciario. En esta línea, las propuestas de mejora específicas que se hacen irían en la línea de del Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario de 2018, que ponía en valor como una de las medidas que debía seguir la institución para incorporar el género a la ejecución de la pena privativa de libertad profundizar «en esta línea y atendiendo a la escasa peligrosidad social de las mujeres y de acuerdo con los principios de la mínima intervención del derecho, se pretenden impulsar cambios legales con medidas de atenuación, suspensión o sustitución de las penas de prisión para mujeres embarazadas y las que tengan a su cargo hijos no emancipados o personas mayores o dependientes (con aplicación de estas medidas para los hombres que sobrelleven efectivamente cargas familiares similares" y la Orden de Servicio 6/2021 de 22 de junio sobre «Fundamentos para la implementación de la perspectiva de género en la ejecución penitenciaria» que aunque con 14 años de retraso, viene a implementar en el ámbito penitenciario las disposiciones contenidas en el ámbito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
3. Reformas de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: el hecho de que hoy se deba reconocer que la legislación de extranjería ha llevado a cabo las reformas necesarias para que las mujeres víctimas de la violencia de género puedan disfrutar del conjunto de derechos que tienen en la LO 1/2004, no cierra este debate, en la medida en que en el ámbito de la legislación de extranjería, es la necesidad de controlar los flujos migratorios el criterio que determina la imple-

mentación de unas políticas y otras, de forma que dadas unas circunstancias distintas, nada garantiza que se mantenga y se conceda el acceso a esos derechos ve residencia y trabajo independientes de su agresor. Más bien parece que las víctimas inmigrantes no terminan por encontrar su sitio: a la vista está que el dotarla del conjunto de derechos contenido en su interior se lleva a cabo a través de la modificación de la LOEX y no de la propia LO 1/2004, poniendo con ello de manifiesto el legislador quizás que por mucho que sean víctimas de esta lacra, siguen siendo «inmigrantes».

4. Mejora del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 26 de julio. La reforma de los delitos sexuales que hoy día sigue su tramitación parlamentaria en el seno de una ley que, de aprobarse, llevará el nombre de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual ha incorporado dos previsiones que afectan muy profundamente al ejercicio voluntario de la prostitución al que se dedican muchas mujeres inmigrantes.

En este sentido, las reformas que se incorporan en el art. 187 del Código, aun siendo puntuales, tienen una enorme significación. La más relevante se refiere a la conducta castigada en el art. 187.2 que, como es sabido, castiga el enriquecimiento con el ejercicio de la prostitución ajena «aun con el consentimiento» de la persona que ejerce la prostitución. En el Código vigente, tras la reforma operada por la LO 1/2015 se incluyó una disposición que pretendía reducir el ámbito de aplicación del precepto, incorporando una definición de «explotación» a los casos en los que a) «que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica» y b) «que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas». El texto del Proyecto elimina esta definición normativa de lo que se entiende por explotación y se limita a decir que «en todo caso, se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación». La eliminación de las letras a) y b) del actual art. 187.1 párrafo 2º parece que viene a diluir la importancia que tuvo en su momento la incidencia en la conducta de la definición normativa de lo que se entiende por «explotación» a los efectos de reducir la aplicación automática del precepto a algunos casos en los que, en puridad de principios, no puede hablarse de explotación, como ocurre en los casos de enriquecimiento con el ejercicio consentido de la prostitución ajena. Reducir el concepto de explotación a los supuestos de dependencia o subordinación es dejar abierta la puerta a la aplicación del precepto de forma automática.

Pero la novedad más importante que presenta el Proyecto es la reintroducción del delito de tercería locativa, una conducta que estaba castigada en el Código penal franquista y que el Código de 1995 dejó fuera. La inclusión de esta nueva figura delictiva en el seno de una ley que persigue la garantía de la libertad sexual no tiene fundamentación común político-criminal alguna, porque no persigue garantizar la libertad sexual, sino proteger un ideario de mujer. No ha tenido en cuenta el pre-legislador español que la Unión Europea le ha exigido a través de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para

la igualdad de género (2019/2169(INI)) en su punto 117 «Insta a la Comisión a que establezca un marco concreto para los derechos y la protección de las trabajadoras del sexo durante y después de una crisis; insiste, además, en la importancia de incluir medidas y estrategias que combatan la discriminación a la que se enfrentan las trabajadoras del sexo en el acceso a la financiación, la vivienda, la asistencia sanitaria, la educación y otros servicios».

Ambas previsiones deben ser eliminadas porque suponen la criminalización de comportamientos que no atentan contra la libertad sexual en el caso de que se trate de mujeres que deciden con libertad ejercerla. Su mantenimiento no hará otra cosa que marginar ya a las ya marginadas mujeres de nacionalidad extranjera sin permiso de trabajo que se dedican al ejercicio de la prostitución.

### **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

A modo de resumen se propone que la inmigración femenina forzada por la pobreza sea interpretada desde la perspectiva de género, lo que debe servir para contrarrestar los estereotipos que la provocan, amortiguando los daños que causan en quienes se ven sometidas al control formal del Derecho penal y al control informal del machismo.



# APOROFOBIA Y VIOLENCIA FILIPARENTAL

*Alfredo Abadías Selma*

Profesor Contratado Doctor de Derecho penal  
Universidad Internacional de La Rioja (España)  
alfredo.abadías@unir.net

## INTRODUCCIÓN

Tras la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, el art. 22,4<sup>a</sup> CP ha sido recientemente modificado incorporando finalmente la agravante por razones de *aporofobia* y de *exclusión social* incorporándose a las circunstancias agravatorias dimanantes del odio como elemento de discriminación.

El objetivo de esta investigación es ver cómo afecta esta nueva agravante a la violencia intrafamiliar ascendente, maltrato a padres y madres o violencia filio-parental, haciendo especial inciso en los tiempos de pandemia y post-pandemia.

El histórico cambio normativo se ha materializado después de un tiempo dilatado de elaboración de propuestas, y ello entendemos que afecta de lleno al delito de maltrato habitual en el ámbito familiar ex art. 173.2. C.P.

El agravante, al que nos referimos en el presente informe ha quedado redactado en los siguientes términos.

«4.<sup>a</sup> Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta»

Este agravante entendemos que también es de aplicación al fenómeno de la violencia filio-parental, máxime en los convulsos tiempos de pandemia y postpandemia, pues es notorio que la violencia intrafamiliar perpetrada en sus diferentes formas hace que unas familias sean mucho más vulnerables que otras dependiendo de su estatus económico. Así las cosas, queremos hacer especial inciso en las madres que se ven obligadas a educar solas a sus hijos/as violentos/as, pues es notorio que son las víctimas con mayor afectación, ya que suelen pasar mucho más tiempo con sus hijos/as con el fin de educarles.

La cercanía de las madres con los hijos/as es mucho más acentuada que con los padres, con el peligro que ello comporta, y si a ello hemos de añadir que la situación económica es un elemento clave de debilidad añadida y factor de riesgo, la situación se complica marginando a la mujer en una perversa violencia que nos recuerda a la violencia de género.

Encontramos estudios de investigación que focalizan a las madres como principales víctimas de la violencia filio-parental, así: Harbin & Madden (1979); Jackson (2003); Pagani *et al.*, 2004; Walsh y Krienert (2008) y Estévez y Góngora (2009), entre otros.

Gallagher (2004) diferenció nueve tipos de menores maltratadores, y entre ellos se señalan a los jóvenes que abusan de madres solteras, casi siempre tras haber sufrido violencia o divorcios conflictivos, matizándose que se trata de la VFP más común.

Más recientemente, la victimización de las madres a causa de la violencia filio-parental ha sido puesta de relieve en trabajos de investigación como el de Jiménez Arroyo (2017) *Madres victimizadas análisis jurídico de la violencia filio-parental como un tipo de violencia hacia la mujer*, donde se señala que la madre es la víctima más habitual de la violencia filio-parental. Jiménez Arroyo afirma que este tipo de violencia debe tener la consideración jurídica de violencia hacia la mujer, va más allá, e incluso propone términos alternativos a este fenómeno: «violencia filio-maternal» o «filio-marental», contra el aceptado «filio-parental», que invisibiliza a la principal víctima. Esta postura la habían adoptado también Ibabe *et al.* (2007).

En esta línea que apunta a las madres como víctimas especialmente vulnerables también se encuentra Cuervo García (2018), que en su investigación llegó a afirmar que existen hijos maltratadores patológicos, los cuales errarían en la asimilación de las relaciones amor-odio entre madres e hijos presentando incluso celos edípicos.

A nuestro modo de ver, las madres que se han quedado solas educando a sus hijos/as en estricto confinamiento obligado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, son unas víctimas silenciosas a quienes ningún poder público acudió en su auxilio en unos momentos de tensión máxima al que en muchas familias se sumaba la escasez económica, creando un colectivo de vulnerabilidad extrema.

*Ab initio* en el texto del Real Decreto se mencionaba «[...] En este marco, las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos [...]». En este contexto cobra especial relevancia el artículo 39 de la Constitución española que recoge que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

## SITUACIÓN ACTUAL

En junio de 2020 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el proyecto de la Ley Orgánica 8/2021, con la propuesta de inclusión de la aporofobia y la exclusión social entre los motivos discriminatorios constitutivos de delito o agravación, con la siguiente justificación:

«se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

En el artículo 21 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea se indica literalmente:

«1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, **patrimonio**, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

Vemos aquí que de forma muy tangencial se hace referencia al patrimonio y no a la situación económica real de las familias.

En el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, se indica que:

«Dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la **aporofobia y la exclusión social** dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

Ya en 2017, el Grupo Popular, presentó una Proposición no de Ley relativa al desarrollo de medidas destinadas a combatir las situaciones de violencia filio-parental para su debate en la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales, donde se cita expresamente a la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-parental (en adelante, SEVIFIP) como denunciante de esta lacra social<sup>22</sup>. Esta iniciativa política no tuvo recorrido puesto que, debido a una moción de censura, el PP cesó en el poder.

Tan solo un año después, en 2018, en el Diario de Sesiones Pleno y Diputación Permanente del Congreso de los Diputados, se recogía que el diputado del PSOE, Sr. Sahuquillo García reconocía la necesidad de legislar para apoyar a las familias monoparentales, o más bien las monomarentales, y las familias numerosas, todo ello

<sup>22</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados de 28 de febrero de 2017.

desde el enfoque de la parentalidad positiva, como apuntan las organizaciones de protección de los derechos de la infancia, respetando los derechos de los niños y de las niñas. El diputado afirmaba que esta ley debía suponer el impulso de medidas de apoyo a las familias y a su papel social; a la mejora de la atención a la conflictividad familiar mediante el desarrollo de servicios sociales especializados de orientación y de mediación familiar; al establecimiento de puntos de encuentro familiar y coordinadores parentales, así como a la atención del fenómeno de la violencia filio-parental, profundizando en su análisis y en el diseño de recursos, servicios o programas específicos para abordarlos. Las buenas intenciones para combatir la violencia filio-parental quedaron lamentablemente tan solo en esas «intenciones»<sup>23</sup>.

Ya en postconfinamiento, el miércoles, 17 de marzo de 2021, la Comisión de Derechos de la Infancia y Adolescencia debatió y votó seis proposiciones no de ley, una de ellas era sobre medidas destinadas a luchar contra la Violencia Filio-parental (número de expediente 161/001873).

La PNL impulsada por la diputada del Partido Popular Carmen Navarro Lacoba, obtuvo 16 votos a favor y 17 en contra. Por tan solo un voto, y por cuestiones de enmiendas técnicas, la iniciativa debería de dormir por más tiempo el «sueño de los justos»<sup>24</sup>.

En el III Congreso de la Sociedad para Estudio de la Violencia Filio-parental (SEVIFIP) celebrado en Valencia del 26 al 28 de mayo de 2022<sup>25</sup>, fueron varios los ponentes que señalaron a las madres como principales víctimas de la violencia filio-parental, sobre todo cuando se quedan educando solas. Se coincidió también en que la situación económica precaria es un factor muy alto de riesgo que genera una alta vulnerabilidad.

Por su parte, Vinagre González se ha hecho eco de la cuestión y ha presentado una ponencia en el 17 Simposium Internacional de la Víctima de la Sociedad Mundial de Victimología<sup>26</sup> celebrado en Donosti entre el 5 al 9 de junio de 2022, en la que hace

---

<sup>23</sup> Vid. Diario de Sesiones Pleno y Diputación Permanente del Congreso de los Diputados 9 de octubre de 2018, p. 34.

<sup>24</sup> Vid. Cortes Generales Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. PNL Relativa al desarrollo de medidas destinadas a combatir las situaciones de violencia filio-parental presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. (número de expediente 161/001400). Para esta iniciativa, el partido proponente consultó a la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-parental (SEVIFIP) para asesorarse sobre el auténtico alcance de la problemática y poder aportar datos fidedignos desde diversos ámbitos del saber. Todo y que la PNL no pudo avanzar por tan solo un voto y no por cuestiones de fondo, sino por una enmienda técnica, la diputada referenciada manifestó que volvería al Congreso de los Diputados para retomar la cuestión, en relación con un problema creciente y clamoroso ante el que la sociedad demanda soluciones concretas.

<sup>25</sup> Vid. <https://congreso2022.sevifip.org/>. (Fecha de última consulta: 6 de junio de 2022).

<sup>26</sup> Puede consultarse en: <https://www.uik.eus/es/curso/17o-simposium-internacional-sociedad-mundial-victimologia-2022-victimizacion-un-mundo-digital>. (Fecha de última consulta: 6 de junio de 2022).



especial inciso en relación con la violencia que se ejerce contra las madres como principales víctimas por VFP.

Se tiene que proteger la salud, pero la seguridad de colectivos altamente vulnerables también, y es por lo que hemos sometido el estado de la cuestión a análisis valorando qué es lo que ha sucedido en el periodo de pandemia y postpandemia para aportar también una serie de propuestas para paliar esta grave y discriminatoria situación que tiene su etiología en unas relaciones familiares patológicas y que se agrava cuando hay una situación socioeconómica muy crítica.

La pobreza y la exclusión social están íntimamente relacionadas con la violencia y la victimización (Observatorio de la Pobreza Desigualdad y Exclusión, 2020). Dentro de la violencia filio-parental, que daña sobremanera las relaciones intrafamiliares, en la mayoría de las ocasiones de forma silenciosa e impenetrable, se produce además una situación de desigualdad social muy relevante, pues las familias que tienen poder económico pueden permitirse ingresar a su hijo/a violento/a en un centro de reeducación, que hoy día puede tener un coste mensual de alrededor de 5000 €, pero quien no tiene recursos económicos tendrá que acudir al colapsado sistema de salud mental público con el grave riesgo que ello comporta al dilatarse el tiempo y enquistarse una situación a la que jamás se tenía que haber llegado.

## PROPUESTA

1. Se precisa un apoyo legislativo decidido para paliar la violencia filio-parental, máxime cuando afecta a colectivos vulnerables como las mujeres que educan solas y familias en situación de vulnerabilidad económica.
2. Es de máxima relevancia que las distintas fiscalías territoriales aporten datos anualmente cuantitativos y cualitativos sobre la violencia filio-parental en base a criterios homogéneos basados en criterios científicos.
3. Se precisa un sistema de prevención interautonómico para la violencia filio-parental. En este punto se revela como muy relevante la recuperación de las escuelas de padres y madres como elemento clave de nuestro sistema educativo.
4. Es muy relevante conseguir la implicación de la familia extensa en la implementación de los programas específicos para la violencia filio-parental.
5. Es de importancia la creación de un teléfono gratuito de emergencia para asesorar de forma interdisciplinar a las familias y colectivos en riesgo.
6. Se propone la creación de un protocolo policial para las distintas fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en aras de optimizar las recepciones de denuncias e intervenciones en casos de violencia filio-parental.
7. Se propone la creación de una comisión interdisciplinar e interautonómica que evalúe los distintos recursos para la aplicación de medidas judiciales

relacionadas con la violencia filio-parental para saber qué es lo que funciona y lo que no.

8. Se precisa un sistema de ayudas específico para las madres que educan solas y familias especialmente vulnerables por precariedad económica.
9. Se propone la creación de un sistema de seguimiento de los menores que han sido condenados en el sistema de justicia juvenil por violencia filio-parental una vez han llegado a la mayoría de edad en aras de conseguir evitar recidivas.
10. Se propone potenciar la medida judicial de convivencia con persona, familia o grupo educativo, que según las distintas memorias de la Fiscalía General del Estado se revela como un instrumento muy eficaz para la reinserción del menor infractor por violencia filio-parental.
11. Es preciso que, si vuelve a haber periodos de estricto confinamiento, se proporcionen los recursos necesarios a las familias que padecen la VFP para que los tratamientos no se interrumpan y se protegan a las potenciales víctimas.

## **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

Y a modo de resumen, la investigación propone fundamentalmente:

Ayudar a la visibilización del problema de la violencia filio-parental en la sociedad. Apoyar a las madres que se quedan educando solas con el problema de la violencia filio-parental. Que las diferentes administraciones apoyen económicamente a las familias más vulnerables. Crear un sistema nacional oficial de recopilación y emisión de datos homogéneos sobre la problemática. Que la implementación de medidas judiciales por violencia filio-parental sean homogéneas en todo el Estado español y basado ello en criterios científicos interdisciplinares.

# LA EXONERACIÓN DE PENA A VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS QUE REALIZAN ACTOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS COMO CONSECUENCIA DE LA SITUACIÓN DE EXPLOTACIÓN

*Víctor Macías Caro*

Profesor Ayudante Doctor  
Universidad Pablo de Olavide (España)  
vmmcaro@upo.es

## INTRODUCCIÓN

Buena parte de las mujeres internas en los centros penitenciarios han sido utilizadas como «correos de la droga» por organizaciones de narcotraficantes, sin que los órganos judiciales hayan solido tener en cuenta hasta ahora el estado de pobreza o exclusión social que ha llevado a estas personas a asumir los enormes riesgos legales y de salud que conlleva la operación para la que han sido explotadas, que puede consistir, entre otras modalidades, en transportar droga envuelta en plástico en el interior de su aparato digestivo. En este sentido, los estudios muestran que los tratantes han abusado de la situación de necesidad económica de la víctima hasta en un 51% de los casos de trata de seres humanos (UNODC, 2020: 70 ss.).

La reticencia de los tribunales españoles contrasta con la normativa internacional y de la UE en materia de trata de seres humanos y con las recomendaciones que la desarrollan, las cuales sí que son sensibles a esta realidad criminológica e instan a que los Estados velen por que las víctimas de trata, sin excepción —también en casos de tráfico de drogas—, no sean objeto de detención, acusación, enjuiciamiento ni condena por los delitos que cometan como consecuencia directa de su condición de víctima (art. 26 Convenio de Varsovia; art. 8 Directiva 2011/36/UE; CEDAW, 2020: 23).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este informe analizamos, motivados por las primeras resoluciones judiciales que sí que aplican el llamado «principio de no punición» en casos de correos de la droga (SAP Barcelona 9057/2020, confirmada por STSJ Cataluña 7584/2021), los déficits en la transposición por parte de España de la letra y el espíritu de dicha normativa y de las recomendaciones, y realizamos las consiguientes propuestas para la mejor adecuación de la legislación española a las obligaciones internacionales.

## SITUACIÓN ACTUAL

### **1. El delito de trata de seres humanos. En concreto, la trata abusando de situación de vulnerabilidad para la explotación para realizar actividades delictivas**

El artículo 177 bis del Código penal castiga, en el primer párrafo de su primer apartado, la captación, el transporte, el traslado, el acogimiento o la recepción de seres humanos, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estos, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, siempre que se emplee alguno de los medios tipificados (violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad, abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad, etc.) y que las conductas se realicen con alguna de las finalidades recogidas en el tipo (imposición de trabajos forzados y similares, explotación sexual, explotación para realizar actividades delictivas, extracción de órganos corporales o celebración de matrimonios forzados).

El precepto citado establece, a renglón seguido, que «existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso». Por otra parte, se afirma claramente que «el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados (...)» (apdo. 3). Queda claro, por lo tanto, que el hecho de que la víctima consienta en ser explotada, incluso que reciba o le sea prometido un determinado pago —como suele ser el caso en los correos de la droga—, no excluye la posibilidad de ser considerada víctima, siempre que, como dice el precepto, no tenga «otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso».

Con respecto a la finalidad de explotación para realizar actividades delictivas, esta fue introducida en el Código penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con el objetivo de transponer el artículo 2, apartado 3 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Según los estudios de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, esta modalidad de trata supone hasta un 6% del total, aunque aquí se incluyen fenómenos que van desde la pequeña delincuencia patrimonial al tráfico de drogas (UNODC, 2020: 34).

### **2. El principio de no punición a las víctimas de trata de seres humanos.**

El apartado 11 del ya analizado artículo 177 bis del Código penal establece: «Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación,

engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado». Es víctima de trata de seres humanos, aunque el artículo no lo defina, quien haya sido objeto de alguna de las conductas típicas (captación, transporte, etc.) empleando alguno de los medios (violencia, intimidación, abuso de vulnerabilidad, etc.) con alguna de las finalidades.

Este principio de no punición está recogido en el Convenio de Varsovia (art. 26: «Cada Parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, preverá la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida que se hayan visto obligadas a tomar parte en ellas») y, de manera similar, en la ya mencionada Directiva 2011/36/UE, que en su art. 8 establece que «los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2».

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas recomienda a los Estados «velar por que ninguna de las mujeres y las niñas que son víctimas de la trata, sin excepción, sea objeto de arresto, acusación, detención, enjuiciamiento o sanción ni sea castigada de otro modo por la entrada o la estancia irregular en países de tránsito y destino debido a la falta de documentación o por su participación en actividades ilícitas en la medida en que esta sea consecuencia directa de su condición de víctima de la trata (CEDAW, 2020: 23).

### 3. El fenómeno de los correos de la droga

Aunque no sean vistas como el caso prototípico, nada obstaculiza que las personas —principalmente mujeres— que son utilizadas para transportar drogas puedan ser consideradas víctimas de trata si su actividad de transporte de la droga es fruto de haber sido captadas y explotadas por narcotraficantes empleando violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. De hecho, varios son los ejemplos en la política criminal comparada de los esfuerzos para atenuar, en estos casos, la rigurosidad típica de las penas en materia de tráfico de drogas (Lai, 2012: 8 ss). En este sentido, un estudio concluye que las formas de justicia neoliberal, tales como determinar la pena en función del peso de la droga sin tener en cuenta las circunstancias personales de quien la transporta, castiga *de facto* más fuertemente a los participantes en el comercio internacional de droga que son más vulnerables (Fleetwood, 2011: 389).

Desde esta perspectiva, la explotación de la víctima consiste en usar su cuerpo como medio de transporte de la droga a cambio de una parte de los beneficios esperados con la venta de la droga transportada. La parte de los beneficios concedida a la víctima será tanto menor cuanto mayor sea la situación de necesidad o vulnera-

bilidad de la que el narcotraficante-tratante está abusando. En estos casos, la trata se sustancia en la captación de personas y el transporte de estas —y de la droga con ellas— al lugar de destino, por lo que la fase de explotación coincide con la de transporte, dado que es el propio desplazamiento lo que constituye la prestación de la víctima y no una actividad a desarrollar en el destino.

#### **4. Un punto de inflexión en la jurisprudencia**

La jurisprudencia española ha sido muy parca respecto a la posibilidad de aplicar el estado de necesidad a los casos de correos de la droga, entre otras cuestiones, por la propia rigurosidad de los requisitos de dicha eximente y su carácter excepcional (Gil, 2022).

Las dificultades propias de esta solución han sido superadas por jurisprudencia reciente (SAP Barcelona 9057/2020, confirmada por STSJ Cataluña 7584/2021), al aplicar, en su lugar, el ya comentado principio de no punición recogido en el art. 177 bis, apdo. 11, CP. Sin embargo, la absolución declarada por la sentencia referida no estuvo exenta de argumentos en contra, siendo los principales los siguientes: a) la existencia de alternativas al sometimiento al abuso por parte de la víctima en el caso concreto; b) la necesidad de una declaración formal de la condición de víctima de trata en el ámbito administrativo, previa al proceso judicial; y c) la desproporcionalidad entre el abuso de la situación de vulnerabilidad y el delito cometido de tráfico de drogas.

Las siguientes propuestas se basan en gran parte en la motivación de la sentencia de apelación del TSJ de Cataluña y tienen como objetivo la traslación de su doctrina, que está a su vez en línea con la normativa internacional, a la legislación.

### **PROPUESTA**

#### **1. Desarrollo de la definición de vulnerabilidad**

Se propone añadir, en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 177 bis del Código penal, la parte del texto que se consigna en cursiva y subrayada:

«Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene *o, atendidas sus características y circunstancias personales, cree razonablemente no tener* otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso».

La situación de necesidad o vulnerabilidad no está compuesta solo por una cuestión de ausencia de ingresos o de patrimonio. Es más, la pobreza en sí no se limita a la cuestión económica, sino que está relacionada con la formación, la salud psíquica y física, etc., por lo que no es posible establecer el juicio de necesidad o vulnerabilidad desde la perspectiva de qué haría una persona media con los medios económicos de la víctima, sino qué era razonable que hubiera

podido hacer la víctima en su situación no solo económica, sino social, cultural, de salud, etc. No caben, pues, apelaciones genéricas a la posibilidad de acudir a ayuda asistencial o benéfica, sobre todo cuando esta, por distintos motivos, no es accesible en el caso concreto (Martínez Escamilla y otros, 2022: 11).

Por otra parte, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, afirma en una nota orientativa sobre el concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad recogido en el Protocolo de Palermo que, «al determinar si es razonable la creencia de la víctima de que no tenía otra opción real o aceptable deben tenerse en cuenta sus características y circunstancias personales» (UNODC, *Nota orientativa...*, 2012: 2).

## **2. Modificación de la regulación de la exención de pena en varios aspectos.**

Se propone la modificación del apartado 11 del artículo 177 bis del Código penal en los siguientes términos (eliminar lo tachado, añadir el texto en cursiva y subrayado):

~~Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata~~ *Si la víctima de trata no estuviere ya exenta de responsabilidad penal por aplicación de alguna de las circunstancias eximentes previstas en este Código, quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado. La condición de víctima de trata podrá ser determinada, a estos efectos, por resolución judicial.*

**2.1.** La primera de las modificaciones trae causa, en primer lugar, en la necesidad de clarificar la referencia hecha en la primera oración del precepto, dado que la expresión «reglas generales» puede interpretarse de manera estricta como las relativas a la aplicación de las penas previstas en los artículos 61 a 72 y no, como es claro que se pretende, a las circunstancias eximentes del artículo 20 o incluso al error, regulado en el artículo 14.

En segundo lugar, se trata de eliminar cualquier duda o ambigüedad sobre cómo interpretar la locución «sin perjuicio de» respecto a la relación entre el principio de no punición de las víctimas de trata y otras circunstancias tales como, señaladamente, el estado de necesidad. Aquel principio no es concreción de esta circunstancia eximente ni comparten todos sus requisitos, sino que ambas instituciones responden a principios político-criminales distintos: protección de las víctimas desde una perspectiva de derechos humanos en el primero de los casos y ponderación de bienes en el segundo. Es por ello por lo que el juicio de proporcionalidad es ajeno a la esencia del principio de no punición de las víctimas de trata, a pesar de la literalidad de la norma española.

**2.2.** En este sentido, en cuanto a la proporcionalidad, se trata de un requisito introducido por el legislador español, no solo sin que aparezca en el Convenio de Varsovia ni en la Directiva 2011/36/UE, sino desoyendo los llamados de la Relatora Especial de la ONU sobre la trata de personas: «el principio de no penalización se aplica a los delitos penales, civiles, administrativos y de inmigración, independientemente de la gravedad del delito cometido. Su eficacia se ve mermada cuando la aplicación se limita únicamente a los delitos leves» (Consejo de Derechos Humanos, 2021: 11).

La sentencia antes citada, sin negar la vigencia del texto del art. 177 bis CP, establece que la proporcionalidad sí se da en el caso de los correos de la droga, al comparar la pena establecida para el delito de trata de personas del que era víctima la acusada con la pena prevista para la modalidad de tráfico de drogas por la que estaba siendo enjuiciada (STSJ Cataluña 7584/2021, FJ 15). Efectivamente, si hubiera que aplicar algún juicio de proporcionalidad, la entidad de uno de los términos de la ponderación —la situación de trata— no debe minusvalorarse por el hecho de que la víctima haya consentido en la explotación, siempre que dicho consentimiento haya sido fruto del abuso de una situación de necesidad. El «peso» del mal que sufre la víctima, cualquiera que sea el medio empleado para someterla a explotación, es el de la pena prevista para el tratante.

**2.3.** Por último, y con el objetivo de elevar a la legislación la doctrina de la comentada sentencia («que una persona sea víctima de trata, [...], es una constatación que puede hacer evidentemente la autoridad judicial en base a los hechos que se le presentan y a la prueba que se practica en el juicio»: STSJ Cataluña 7584/2021, FJ 8), se propone añadir un inciso final en los términos expresados, que aclara la posibilidad de declaración judicial de la condición de víctima de trata sin que nada obste a que, en un futuro, la legislación regule un procedimiento para tal fin a nivel administrativo. Se opta por la expresión «resolución judicial» para subrayar que el procedimiento penal se puede concluir a través de un auto de sobreseimiento libre, sin necesidad de juicio oral, «cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados» (art. 637 LECrim).

## **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

La recepción en el Código penal español de la regulación penal de la trata de seres humanos, incluida la exoneración de las víctimas de trata que hayan podido cometer delitos en la situación de explotación, supuso un gran paso adelante en la transposición de la letra y el espíritu de la normativa internacional y de la UE en la materia. No obstante, han tenido que pasar 11 años desde la tipificación expresa del delito de trata de seres humanos para que la jurisprudencia aplique, sin reservas, el principio de no punición (STSJ Cataluña 7584/2021).

En línea con esta sentencia y con la normativa internacional, se propone desarrollar la definición de la situación de necesidad o vulnerabilidad (art. 177 bis, apdo. 1, par.



II, CP) para incluir la posibilidad de que también exista cuando el sujeto, atendidas sus circunstancias, cree razonablemente no tener otra alternativa. Por otra parte, se propone modificar la regulación de la exención de pena para las víctimas de trata por los delitos cometidos durante la situación de explotación en los siguientes aspectos: a) clarificación de su relación con las eximentes de la parte general; b) eliminación del requisito de la proporcionalidad; c) introducción expresa de la posibilidad de declaración de la condición de víctima de trata por parte del órgano judicial.



# LA POBREZA Y EL DELITO DE USURPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES QUE NO CONSTITUYAN MORADA

*Wendy Pena González*

Personal investigador en formación (contratada predoctoral FPU)  
Universidad de Salamanca (España)  
wendy.pena.g@usal.es

## INTRODUCCIÓN

La Declaración Universal de Derechos Humanos hace referencia, en el artículo 25, el derecho a un nivel de vida que asegure la vivienda a las personas y sus familias. Por otra parte, el derecho a la vivienda se integra en nuestra Constitución, en el artículo 47, como principio rector de la política social y económica. Sin embargo, la crisis económica, social y política, unida a la situación de exclusión estructural de un porcentaje de la población, ha determinado que la sociedad española sufra una crisis social de la vivienda (crisis que no se prevé que remita a corto plazo).

Por esta razón, se estima que más de 87000 familias ocupan inmuebles en España (aunque las ocupaciones conflictivas son de carácter muy minoritario). En este contexto, los Estados deben, en garantía de los derechos humanos, proporcionar los mecanismos, instrumentos y herramientas necesarias para que los grupos más vulnerables puedan acceder a una vivienda y mantenerse en ella.

Por otra parte, la actual preocupación social por la relevancia fáctica del delito de ocupación pacífica de inmuebles ha venido determinada por la opinión pública (o, más bien, por la opinión «publicada»), y no por la realidad de la incidencia de este tipo en España (muy escasa).

El delito al que aquí se hace referencia se regula en el apartado 2 del artículo 245 del Código penal, donde se tipifica la ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que no constituya morada.

Es decir, queda fuera del análisis de este informe el tipo de allanamiento de morada (artículo 202 CP), que tiene por objetivo la protección de intimidad de la morada y la inviolabilidad del domicilio, y que protege los supuestos de ocupación de inmuebles que constituyan primera o segunda residencia. También quedan fuera los supuestos de usurpación violenta de inmuebles que no constituyen morada (apartado 1 del artículo 245 CP). Además, se deben distinguir claramente estas situaciones de los supuestos en que se desarrolla una ocupación de inmuebles como parte de una actividad lucrativa que tiene el fin de especular, utilizando a personas vulnerables que, sujetas a error, entran en la vivienda ocupada para habitar en ella.

## SITUACIÓN ACTUAL

En España han existido (y existen) de manera constante mecanismos civiles, administrativos y procesales efectivos para la defensa de la posesión de inmuebles, siendo suficiente con los interdictos posesorios y las leyes de arrendamientos para hacer frente a las situaciones de ocupación. En el ámbito civil destaca la conocida como «ley antiokupa» (Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero). Esta ley introduce un procedimiento «exprés» para el mecanismo de los interdictos posesorios en el caso en que se acredite una posesión previa y un derecho posesorio con base en un título legítimo acreditado documentalmente, que se puede utilizar en un plazo de un año desde que se produjo el despojo de la posesión. En el ámbito administrativo, en la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, se sanciona como infracción administrativa la «ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos». En el ámbito procesal, la Fiscalía General emitió una Instrucción (Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre) en relación con la medida cautelar de recuperación inmediata de la vivienda, que posibilita el desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente con independencia del tiempo que dure el procedimiento. La instrucción persigue que esta medida cautelar se aplique, con generalidad, tanto a los delitos de allanamiento de morada como a los de usurpación pacífica de la vivienda (siendo, hasta entonces, más difícil que se otorgase para el caso de este último delito).

El legislador ha infravalorado las opciones extrapenales disponibles para hacer frente al fenómeno de la ocupación pacífica de inmuebles que no constituyen morada, debiéndose derogar el delito por vulnerarse los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad, lesividad y proporcionalidad del Derecho penal. Y ello porque existen medidas extrapenales abundantes y eficaces para hacer frente al fenómeno de la usurpación pacífica de inmuebles que no constituyan primera o segunda residencia, y porque en el caso de que haya lesión de un bien jurídico penal (es decir, cuando se trate de inmuebles que constituyan morada o supuestos en que la usurpación sea violenta) ya existen tipos delictivos para hacer frente a estas situaciones (los ya mencionados delitos de allanamiento de morada y de usurpación violenta de inmuebles que no constituyan morada).

Teniendo en cuenta el escaso daño producido por el delito, la existencia de medidas eficaces fuera del ámbito penal y el hecho de que el contexto de necesidad de vivienda es el que determina que algunas familias deban recurrir a la usurpación, es importante también evaluar cómo (mientras se espera la adopción de medidas legislativas que supriman este delito) se adapta la respuesta penal a las situaciones de ocupación de inmuebles por exclusión social en el marco de una teoría jurídica del delito respetuosa con los derechos humanos y que tiene en cuenta la realidad de desigualdad económica, social y cultural.

En la actualidad, en cuanto a la apreciación de la concurrencia de posibles respuestas penales de adaptación a las circunstancias de necesidad en la usurpación pacífica de inmuebles que no constituyan morada, la situación es la que sigue:

1. El estado de necesidad en las ocupaciones pacíficas de inmuebles

La causa de justificación de estado de necesidad (artículo 20.5 CP) es la más alegada para los delitos de usurpación pacífica de inmuebles. No obstante, nuestra jurisprudencia es exigente en cuanto a su apreciación, exigiendo que el necesitado no tenga otro medio –público, familiar o privado– de salvaguardar su situación de carencia de vivienda. La dificultad de probar la situación de necesidad de vivienda y exclusión residencial determinan en muchos casos la inaplicación de esta causa de justificación.

2. El ejercicio legítimo de un derecho

No hay ejemplos de aplicación de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho del artículo 20.7 CP en las ocupaciones pacíficas de bienes inmuebles que no constituyan morada.

3. La inexigibilidad de conductas conformes a la norma y la ocupación de viviendas

La casuística no recoge supuestos en que se haya excluido la responsabilidad penal por inexigibilidad de otra conducta a los usurpadores pacíficos de inmuebles que no constituyen morada.

4. La ocupación ideológica

Algunos supuestos relativos a la casuística de la usurpación pacífica de inmuebles que no constituyen morada hacen referencia a supuestos en que la ocupación de inmuebles viene determinada por las creencias de actuar en beneficio de la sociedad como una suerte de «desobediencia civil». Esta conducta es ejemplo de delincuencia por convicción al responder a la voluntad de los usurpadores de que se establezca un cambio legislativo en relación con los derechos sociales. Como tal, dificulta que la penalización de la conducta responda a fines de prevención especial negativa, pues los autores consideran que actúan por una causa justa, por la que merece la pena sufrir las consecuencias jurídicas asociadas al delito.

En la práctica, no es posible apreciar error de prohibición de los usurpadores, pues normalmente conocen que su actuación es antijurídica. Tampoco existen atenuantes que rebajen la pena por haber actuado por motivos ideológicos.

## PROPUESTA

### **1. Sobre la necesidad de supresión del delito de ocupación pacífica de inmuebles que no constituyan morada**

El mantenimiento de la conducta de ocupación pacífica de inmuebles que no constituyan morada en el Código penal es expresión del populismo punitivo y supone castigar una actividad mínimamente lesiva que responde a necesidades de

supervivencia de quienes la perpetran (en muchos casos, debida la inacción o acción incorrecta del Estado en cuanto a la garantía del acceso al derecho a la vivienda). Como se ha dicho, no se está protegiendo el derecho a la vivienda, cuya protección queda relegada al artículo 202 CP. Razón por la cual, en un Estado democrático y de Derecho en el que los derechos humanos sean un valor prioritario, es imprescindible que los actores políticos opten por la descriminalización de la ocupación pacífica de inmuebles que no constituyan morada.

## **2. Sobre la apreciación de estado de necesidad**

En relación con la posible aplicación del estado de necesidad, esta propuesta se adhiere a la posición de Mirapeix Lacasa. La autora de esta propuesta (apoyada también por Pérez Cepeda) sostiene que en los supuestos en que la situación de necesidad del usurpador encuentra causa en la falta de mecanismos de acceso al (o mantenimiento en el) derecho a la vivienda por parte del Estado es posible defender que concurre un estado de necesidad defensivo (porque el agente lesiona intereses del sujeto del que emana el peligro). Sería de aplicación también a los supuestos en que la situación de necesidad de vivienda responda a una defectuosa previsión por parte de la entidad bancaria del carácter destructivo de una operación bancaria para la economía de un cliente. Este estado de necesidad defensivo sería de aplicación si se demuestran los condicionantes específicos que generan esa situación de peligro a causa de la falta de garantías proporcionadas por el Estado o la situación económica de necesidad generada por responsabilidad de organización de las entidades bancarias. Siendo el Estado y las entidades bancarias las generadoras de la situación de injusticia distributiva que crea condiciones criminógenas, queda disminuida la legitimidad del Estado para determinar la antijuridicidad de las conductas realizadas por quienes sufren dicha injusticia económica. En defecto de una legislación adecuada, la teoría del delito debe ser permeable a la realidad social.

Asimismo, los requisitos del estado de necesidad deberían adecuarse, según autoras como Pérez Cepeda, a las exigencias de un Estado de Derecho, permitiéndose que se tenga en cuenta no sólo el peligro a la vida o a la supervivencia sino también la protección de la dignidad; y no sólo la «mera estrechez económica», sino también la indignancia o la privación de determinados derechos.

## **3. Sobre la actuación en ejercicio de un derecho a una vivienda digna a través del art. 20.7 CP**

De nuevo, este informe se adhiere a la posición de Mirapeix Lacasa (y Pérez Cepeda), según la cual es posible defender la aplicación de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho (el derecho a la vivienda) del artículo 20.7 CP cuando la situación de necesidad de los usurpadores venga determinada por la incorrecta acción del Estado. Es decir, se aplicará cuando el Estado sí haya previsto cauces de acceso o mantenimiento del derecho a la vivienda (a diferencia del estado de necesidad defensivo), pero aquellos sean ineficaces.

#### **4. Sobre la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma**

Desde el proyecto en el que se enmarca este informe, Pérez Cepeda ha propuesto que se estime excluida la responsabilidad por inexigibilidad de una conducta conforme a la norma. Es cierto que no se trata de un supuesto de «heroicidad no exigible» (que es el supuesto en que normalmente se desarrolla la exclusión de responsabilidad por inexigibilidad). Sin embargo, también es cierto que los individuos que el Estado coloca en una situación de necesidad real de vivienda acudan a la usurpación pacífica (y no violenta) de inmuebles que no constituyen primera o segunda residencia (en lugar de ocupar moradas de otros). Parece que, por tanto, sí es posible sostener que era inexigible que actuaran con conformidad a la norma, en la medida en que el Estado les coloca en esa situación de absoluta necesidad de vivienda.

#### **5. Sobre la aplicación de eximentes, atenuantes y la individualización de la pena**

Es posible incardinar la situación de pobreza y necesidad de vivienda de los usurpadores pacíficos de inmuebles que no constituyen morada en el marco de la atenuante analógica del artículo 21.7 CP. Sin embargo, en aras de una mayor seguridad jurídica debería introducirse una atenuante de la pena específica para los supuestos en que se cometa un delito a causa de la situación de exclusión económica, social o cultural ocasionada por la privación o precariedad en la oferta de derechos sociales.

También se puede plantear que la situación de pobreza da lugar a una distorsión de la percepción, que permitiría aplicar la eximente del art. 20.3 CP. Asimismo, en el momento de individualización de la pena se deben tener en cuenta la pobreza, necesidad de vivienda y exclusión social a través del estudio de las circunstancias personales del delincuente (artículo 66.1.6 CP). La circunstancia de privación de la persona en situación de pobreza dar lugar a un conflicto motivacional en caso de que tengan afectadas sus capacidades cognitivas y estas no les permitan ajustarse a las normas sociales (no obstante ello a la posible aplicación de medidas de seguridad).

#### **6. Sobre la ocupación ideológica**

En relación con los supuestos de ocupación por convicción de bienes inmuebles que no constituyan morada, es necesario señalar que doctrina y jurisprudencia han admitido la posibilidad de excluir o atenuar la culpabilidad a sujetos que realizan actos típicos y antijurídicos por convicción a través de un error de prohibición si se cree que se actúa lícitamente. No obstante, esta creencia no suele estar presente en los supuestos de ocupación ideológica. De *lege ferenda*, sin embargo, hay autores que proponen que se establezca una atenuante para los supuestos en que las conductas se realicen por determinados motivos, teniendo en cuenta el bajo daño social que producen estas conductas.

## **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

A modo de resumen se propone, esencialmente, lo siguiente: (i) la necesaria supresión del delito de usurpación pacífica de inmuebles que no constituyan morada del artículo 245.2 CP (por falta de lesividad y por responder la comisión a una situación de necesidad vital de sus autores); (ii) la introducción en nuestro Código penal de una atenuante de la pena específica para las personas que cometen un delito a causa de la privación o precariedad económica y social; y (iii) la posibilidad de aplicar, en su defecto, las causas de justificación de estado de necesidad defensivo y la actuación en ejercicio del derecho a una vivienda digna, o de excluir la responsabilidad penal por inexigibilidad de una conducta conforme a derecho.



# PROPUESTA PARA DESPENALIZAR EL TOP MANTA

*Demelsa Benito Sánchez*

Profesora Contrata Doctora de Derecho penal  
Universidad de Deusto (España)  
demelsa.benito@deusto.es

## INTRODUCCIÓN

Este informe tiene por objeto el estudio del tratamiento que dispensa el Código Penal a las conductas conocidas como top manta, es decir, la venta ambulante de productos falsificados. Estas conductas suponen el sustento de un colectivo determinado de personas, esencialmente, personas migradas pobres en una situación administrativa irregular, normalmente hombres jóvenes procedentes del continente africano. La falta de un permiso de trabajo les impide acceder en España al mercado laboral de manera legal, por lo que son escasas las oportunidades que tienen para sobrevivir. Entre ellas, está el top manta, que incluyó en un primer momento, como objeto de la venta, copias piratas de CD y DVD, para pasar después a otros productos falsificados, como prendas de vestir, calzado o bolsos de conocidas marcas. En este informe se propone una revisión del tratamiento penal que se da a estas conductas, propuesta que se asienta sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal.

## SITUACIÓN ACTUAL

### 1. La tipificación del top manta

Los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial se han visto modificados por las principales reformas del Código Penal de las últimas dos décadas. Sin poder ser exhaustivos aquí, se destacará solamente la reforma del año 2010 y la del año 2015. La primera pretendió subsanar la desproporcionalidad existente en los delitos relacionados con el top manta. Para ello, en los arts. 270 y 274 del Código Penal se incorporaron sendos tipos penales atenuados que permitían una rebaja de la pena, eliminando la prisión, en los casos de «distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico», siempre que no concurrieran las circunstancias agravantes de los arts. 271 y 276, respectivamente. Esta reforma supuso una limitación de la intervención penal si se comparaba con la regulación anterior pero, en todo caso, confirmó la tesis de que el top manta debía ser castigado penalmente.

La modificación del año 2015 también afectó a estos tipos penales, corroborando la tesis de la criminalización del top manta, haciendo muy difícil la absolución de los

manteros. Así lo han puesto de manifiesto algunas sentencias como la SAP Madrid 134/2019, de 7 de marzo de 2019 (FJ 1º), o la SAP Valencia 658/2019, de 16 de diciembre de 2019 (FJ 5º). La reforma de 2015 no solo confirmó la tesis del castigo del top manta, sino que endureció la respuesta penal. En primer lugar, porque se volvió a incorporar la pena de prisión. En segundo lugar, porque la desaparición de las faltas llevó a considerar todas las conductas del texto punitivo como delito, y no está claro que el delito, en el caso del top manta, deba calificarse como leve o menos grave, con las consecuencias que una u otra calificación tendrán para el condenado, como se explicará.

## **2. La vulneración del principio de intervención mínima en la tipificación del top manta**

### **2.1. Delitos contra la propiedad intelectual**

El tipo penal en el que encajan las conductas de top manta relacionadas con la propiedad intelectual se ubica en el art. 270.4 CP. Este precepto se orienta a la protección de los intereses económicos derivados de los derechos de explotación exclusiva de la propiedad intelectual. La importancia de este bien jurídico en la sociedad actual es evidente, lo que justifica, sin duda, la intervención del Derecho para su protección, pudiéndose llegar, como *ultima ratio*, al Derecho penal. Sin embargo, en relación con el tema que nos ocupa, lo que muestran las estadísticas en el momento actual es que la venta ambulante de obras piratas se ha convertido en una actividad absolutamente residual pues el producto físico cada vez se consume menos por la aparición en escena de las plataformas digitales. Es por ello que el impacto que la venta de CD o DVD piratas pueda tener en el bien jurídico es mínimo o nulo. Téngase en cuenta que las entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual cada vez se personan menos en los procedimientos penales por estas conductas.

Además de la escasa lesividad para el bien jurídico, no debe olvidarse que existe una norma extrapenal, la Ley de Propiedad Intelectual, que también protege, entre otras cosas, los intereses económicos de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Esta ley legitima a esos titulares para, por ejemplo, solicitar una indemnización por los daños materiales y morales sufridos.

En todo caso, como se ha dicho, no parece que el top manta afecte al bien jurídico mencionado. Pese a ello, el legislador español ha recurrido, una vez más, al Derecho penal como *prima ratio*, y ello pese a que la Directiva 2004/487/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, aboga por la adopción de medidas de tipo civil o administrativo para combatir las prácticas que vulneran derechos de propiedad intelectual (por cierto, dice eso respecto de todas las prácticas, no solo de las de bagatela), aunque abre la puerta a «aplicar otras sanciones adecuadas en los casos en que se haya infringido un derecho de propiedad intelectual» (art. 16). Dentro de estas otras sanciones, están las penales. En definitiva, opta el legislador español por el recurso al Derecho penal para el combate de unas prácticas que no

persiguen, en muchas ocasiones, más que la mera subsistencia de quien las lleva a cabo y que no generan un perjuicio en el titular de esos derechos. La propia Fiscalía General del Estado, en su memoria de 2018, señaló que el Derecho penal no es una herramienta eficaz para combatir estas prácticas.

## 2.2. Delitos contra la propiedad industrial

El tipo penal en el que encajan las conductas de top manta relacionadas con la propiedad industrial, por ejemplo, al usar una marca registrada sin consentimiento de su titular, se ubica en el art. 274.3 CP. El bien jurídico que se tutela aquí es la exclusividad del uso del derecho de propiedad industrial, bien jurídico de carácter individual, como lo corrobora el hecho de que la tipicidad de la conducta viene determinada por la ausencia de consentimiento del titular del derecho de propiedad industrial. Junto a este bien jurídico, de manera mediata se pretende proteger la competencia en el mercado, bien jurídico de naturaleza colectiva que se puede ver afectado cuando la usurpación de un signo distintivo impida o dificulte conocer el origen empresarial del producto y, por lo tanto, pueda hacer que otros se aprovechen del prestigio o posición de la marca en el mercado. Es decir, de manera mediata se pretende tutelar también a los consumidores y al interés público del Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado dentro del modelo de economía social de mercado.

El escenario en relación con las conductas que atacan los derechos de propiedad industrial difiere del comentado con anterioridad pues en el caso de los bolsos, las prendas de vestir o el calzado no se puede recurrir, lógicamente, a su descarga digital. Esta actividad no es residual en el momento actual, y es habitual ver a los manteros ofreciendo estos productos en las calles céntricas de grandes ciudades. Pese a que sea una conducta mucho más extendida que la venta de CD o DVD piratas, ello no justifica *per se* la intervención del Derecho penal. Se deben separar las conductas que encajan en la Ley de Marcas de las conductas que encajan en el Código Penal, debiendo ser estas últimas las que más afecten al bien jurídico tutelado. El problema gira en torno a la idea del riesgo de confusión al que se alude en el precepto. Este elemento se interpreta de manera diferente por las Audiencias Provinciales. Una línea jurisprudencial niega cualquier tipo de relevancia al riesgo de confusión, de manera tal que serían punibles incluso las «burdas imitaciones que no conlleven engaño ni confusión en el consumidor» (*vid.* por ejemplo, SAP Madrid 219/2020, de 9 de junio de 2020, FJ 3º; SAP Madrid 259/2020, de 13 de julio de 2020, FJ 2º; SAP Madrid 216/2020, de 23 de junio de 2020, FJ 1º).

Otra línea jurisprudencial sí da relevancia al riesgo de confusión. Dentro de esta línea, hay dos posturas. Una que se centra en las características del signo, y otra que toma en consideración otros factores que rodean la venta del producto. La primera rechaza la tipicidad en esos casos en los que la imitación es burda pues es necesario, para que la conducta sea típica, que el signo distintivo tenga con el original una relación de identidad con semejanza suficiente para provocar error en los consumidores (SAP Zaragoza 82/2018, de 4 de junio de 2019, FJ 4º). La segunda

rechaza la tipicidad cuando, pese a la analogía o identidad del signo distintivo utilizado, de otros factores concurrentes se deduce que no existe posibilidad de confundir al consumidor (SAP Tarragona 279/2020, de 25 de septiembre de 2020, FJ 2º). Esos otros factores son, por ejemplo, 1) las circunstancias en las que se adquiere el objeto no auténtico, 2) el precio de venta en comparación con el original, 3) la tenencia o emisión de facturas, 4) la profesionalidad del vendedor del objeto no auténtico, y 5) la imposibilidad de que fuesen objeto de los denominados «de defecto», es decir, objetos originales desechados por el fabricante por poseer leves defectos (SAP Sevilla 522/2017, de 16 de noviembre de 2017, FJ 6º). A pesar de lo indicado, esta línea jurisprudencial no considera que el bien jurídico tutelado sea el patrimonio del consumidor, sino que entiende que nos hallamos ante un delito pluriofensivo que afecta a los derechos del titular de la marca y al orden económico asentado en la libre competencia que se ve afectada cuando se incorporar al mercado los productos falsificados haciéndolos pasar por originales.

Teniendo en cuenta este razonamiento, se rechaza que los casos de top manta sean típicos, pero no porque el consumidor conozca que el producto es falso (esto no se discute), sino porque la competencia en el mercado no resulta dañada ya que el comprador del top manta no compraría en la tienda original y viceversa, por lo que la marca sigue cumpliendo su función en el mercado, sin perder prestigio y manteniendo su exclusividad. Además, en estos casos ni siquiera se puede decir que el titular de la marca se vea perjudicado económicamente ya que no deja de vender sus productos originales por la aparición en el mercado de productos falsificados. De hecho, en varias de las sentencias analizadas para este informe, los titulares de las marcas no reclaman indemnización alguna, y cuando lo hacen, son cantidades poco significativas. En otras sentencias se señala que, si se han ocasionados perjuicios económicos al titular de la marca, éste puede ejercer las acciones civiles correspondientes (SAP Tarragona 279/2020, de 25 de septiembre de 2020, FJ 2º).

### **3. Las consecuencias aporófobas de la condena por el delito de top manta**

(1) La primera consecuencia tiene que ver con el hecho de que la pena a imponer, casi en la totalidad de los casos analizados para este informe, es la pena de multa, ignorando que el Código Penal prevé como alternativas la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad (en adelante, TBC). En los casos analizados, el total de la multa oscila entre 60€ y 900€. El problema de la pena de multa es que su impago obliga a acudir a la responsabilidad personal subsidiaria (en adelante RPS). Recuérdese que el prototipo de persona que vende en el top manta es una persona socioeconómicamente desfavorecida. El Código Penal señala que la RPS puede consistir en privación de libertad o en TBC. En la práctica, los tribunales tienden a elegir la primera con la fácil excusa de la dificultad para cumplir la pena de TBC porque no es fácil recabar el consentimiento del penado, porque no hay recursos para cumplirla o porque es difícil hacer un seguimiento de personas con hábitos desorganizados. La privación de libertad que implica la RPS puede consistir en prisión o, si son delitos leves, en localización permanente. Los delitos de top manta

presenten algún problema en cuando a su calificación como delito leve o delito menos grave, por las penas que tienen, y la Fiscalía General del Estado se ha pronunciado diciendo que son menos graves (Circular 1/2015), por lo que la RPS no podrá cumplirse como localización permanente, sino únicamente en prisión.

(2) Otra consecuencia que puede padecer el extranjero que ha recibido una pena por el delito de top manta tiene que ver con la generación de antecedentes y la residencia legal en España. Incluso aunque el delito se califique como leve – aunque ya se ha mencionado que la Fiscalía General del Estado lo considera menos grave – eso genera antecedentes, lo que impide que el extranjero en situación irregular pueda obtener un permiso de residencia, y dificulta la renovación del que ya se tenga (*vid.* los arts. 31.5 y 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

(3) Una ulterior consecuencia tiene que ver con la calificación del delito de top manta como leve o menos grave. El precepto prevé dos penas alternativas. La pena de multa encaja tanto en la calificación de pena leve y de pena menos grave, pero esto tiene fácil solución *ex art.* 13.4 del Código Penal, que indica que se considerará leve. La pena de TBC es, en todo caso, menos grave, y para esta situación el Código Penal no da una solución. La Fiscalía General del Estado ha optado por considerar que el delito de top manta es menos grave, haciendo una interpretación más desfavorable al reo. Esto tiene consecuencias sobre la prescripción, la reincidencia, la detención y la RPS. El delito no prescribirá hasta los dos años. Los antecedentes han de ser tenidos en cuenta para la aplicación de la agravante de reincidencia del art. 22.8º. Según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se puede detener al sospechoso de un delito leve, salvo que no tenga domicilio conocido. Si el delito es menos grave sí se le puede detener. Estas consecuencias serían muy diferentes si el delito se calificara como leve.

## PROPUESTA

A continuación se plantean dos propuestas alternativas: una despenalizadora y otra orientada a mitigar las consecuencias penales en los casos de top manta si el delito sigue presente en el texto punitivo.

En primer lugar, se debería proceder a eliminar la penalidad para estos supuestos en atención a las circunstancias del hecho, para lo cual debería tenerse en cuenta la escasa cuantía del beneficio obtenido, del perjuicio ocasionado y el hecho de que la conducta se lleve a cabo como medio de subsistencia, es decir, lo que ya han aplicado algunas sentencias (SAP Madrid 344/2020, de 29 de junio de 2020 y SAP Navarra 38/2020, de 2 de marzo de 20202). El argumento para despenalizar gira en torno al cumplimiento de los límites que impone el principio de intervención mínima del Derecho penal. Como se ha señalado, la venta de CD y DVD piratas es absolutamente residual en el momento actual, por lo que no parece que haya peligro para los derechos de explotación exclusiva de los derechos de propiedad in-

telectual. Y respecto de la venta de productos falsificados utilizando conocidas marcas, aunque es una conducta más extendida, el derecho de uso en exclusiva de la marca registrada no se ve significativamente lesionado, como se ha explicado, y además se puede recurrir a otras normas extrapenales para obtener una indemnización si se hubiera causado perjuicio al titular de la misma. Si en el futuro, el desarrollo tecnológico hiciera que la calidad de los productos ofrecidos en el top manta fuera superior y existiera riesgo de confusión, el foco debería ponerse en los fabricantes del producto y en las redes de distribución, que incluso podrían estar vinculados al crimen organizado. No se debería poner el foco en el último eslabón de la cadena, el ciudadano extranjero en situación irregular, que podría ser incluso víctima de un delito de trata con fines de explotación. De hecho, sobre el último eslabón, los jueces – hasta que cambie la legislación – deberían preguntarse si conoce los elementos del tipo, pues de no ser así, y no castigándose la imprudencia, se debería absolver.

En segundo lugar, si la propuesta despenalizadora no triunfa, se proponen aquí algunas ideas para interpretar el precepto de manera tal que las consecuencias penales sean menos lesivas que las actuales.

(1) La aplicación del tipo atenuado del top manta debe ser obligatoria para el juez, no potestativa. Además, deberían realizarse las siguientes modificaciones en el tipo penal. Dada la inseguridad jurídica que plantea la expresión «reducida cuantía», debe aclararse que, en todo caso, será «reducida cuantía» el beneficio que no supere los 400€. Asimismo, debe eliminarse la expresión «[beneficio] que se hubiera podido obtener pues cuando el producto ni siquiera se ha vendido es aún más notorio que no hay daño para el titular de los derechos de explotación exclusiva de la marca, pues los productos no han sido adquiridos por nadie, por lo que ni remotamente se afecta a la función que la marca cumple en el mercado.

(2) En relación con la pena, si bien no se puede eliminar la pena de multa del precepto y dejar solo la de TBC, porque estos últimos deben ser aceptados por el reo, sí debe huir la jurisprudencia de la aplicación automática de la pena de multa, cuyo impago – téngase en cuenta que hablamos de personas en una situación económica muy precaria – lleva a la responsabilidad personal subsidiaria, y apostar más por los TBC.

(3) El delito de top manta debe entenderse como delito leve, no como delito menos grave, para mitigar las consecuencias en relación con la prescripción, la reincidencia, la detención y la responsabilidad personas subsidiaria por impago de multa.

## **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

A modo de resumen se propone, por un lado, la despenalización del top manta en atención a las circunstancias del hecho, para lo cual debería tenerse en cuenta la escasa cuantía del beneficio obtenido, del perjuicio ocasionado y el hecho de que la

conducta se lleve a cabo como medio de subsistencia, es decir, lo que ya han aplicado algunas sentencias.

Por otro lado, si no se acepta la despenalización, se propone una interpretación de los tipos penales relacionados con el top manta que mitigue las consecuencias penales. En concreto: (1) La aplicación del tipo atenuado del top manta debe ser obligatoria para el juez, no potestativa. Además, debe aclararse que es «reducida cuantía» el beneficio que no supere los 400€. Asimismo, debe eliminarse la expresión «[beneficio] que se hubiera podido obtener» pues en estos casos el peligro para el bien jurídico es remoto. (2) La jurisprudencia debe huir del automatismo en la aplicación de la pena de multa, cuyo impago lleva a la responsabilidad personal subsidiaria, y apostar más por los trabajos en beneficio de la comunidad. (3) El delito de top manta debe entenderse como delito leve, no como delito menos grave, para mitigar las consecuencias en relación con la prescripción (que prescriba al año), la reincidencia (que no se generen antecedentes penales), la detención (que no se pueda detener a la persona) y la responsabilidad personas subsidiaria por impago de multa (cumplimiento como localización permanente, no en prisión).





# LA APOROFOBIA Y LOS DELITOS ECOLÓGICOS ADEMÁS DE LAS ECO-VÍCTIMAS

*Miriam Ruiz Arias*

Profesora Contratada Doctora de Derecho penal  
Universidad de Salamanca (España)  
miriam.ruiz@usal.es

## INTRODUCCIÓN

En este proyecto coordinado, diferentes autores han contribuido mostrando que la aporofobia se despliega de diferentes maneras en la sociedad. Ello es así porque no solamente las personas la exteriorizan y aplican con sus actuaciones, sino que, también se muestra desde entidades, grupos o desde el mismo Estado. En concreto, en el Derecho Penal, la contribución que se realiza es el estudio y comprobación de la afección de los delitos y/o daños ecológicos sobre el colectivo de personas caracterizado por su situación socio-económica de pobreza.

El desarrollo, en la actualidad, se comprende como acumulación de la riqueza, sin tomar en consideración los costes ecológicos y/o sociales, alejándose de ideas como la de economía circular. El hecho que la economía se considere entrópica arrastra a los seres humanos hasta las fronteras de la extracción de materiales y disposición de los residuos dado que apenas se reciclan los materiales necesarios para proveer la energía empleada por las personas. Además, se produce una mercantilización de los recursos naturales junto con una injusta distribución de la tierra acompañada de la concentración del poder político en escasas manos.

En suma, en esta contribución se recoge de manera sucinta la afección de los daños y/o delitos de cuello verde sobre las eco-víctimas de acuerdo con un criterio territorial por partida doble: por una parte, los daños ambientales comparando el norte con el sur global, esto es, una comparación entre países desarrollados y países en vías de desarrollo; por otra parte, dentro de los propios países, en base al estado del arte reflejado en investigaciones del ámbito anglosajón, se recogen los problemas ambientales en entornos urbanos.

Igualmente, se recogen las principales reivindicaciones que han tenido las eco-víctimas, reunidas al amparo de los movimientos de justicia ambiental, frente a la vulneración de sus derechos, así como, un conjunto de aportes desde la criminología crítica sobre cómo la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede dar respuesta a este tipo de conflictos ambientales.

## SITUACIÓN ACTUAL

### 1. Eco-víctimas norte-sur global

Los riesgos y los daños medio ambientales más graves se producen en los países en desarrollo (norte de África, el Sahel, África oriental, América Central e India junto con algunas partes de América del Norte además de algunos Estados en el Pacífico y en el Caribe) donde, igualmente, no se disfrutan de los beneficios y servicios ambientales (acceso a recursos naturales o servicios ecosistémicos) en igualdad de condiciones. Piénsese en el problema del cambio climático, pues muchas de las conductas que lo generan, la mayoría consideradas legales y en caso de constituir una infracción, del tipo administrativo, se llevan a cabo en los países desarrollados (la producción de  $\frac{3}{4}$  de CO<sub>2</sub>) mientras que las consecuencias más graves y dañinas las sufren los países que cuentan con mayor pobreza y sufren de una mayor vulnerabilidad.

Los países desarrollados han empezado a sustituir una economía extractivista, que genera una gran cantidad de residuos, por una economía verde; pero esto lo hacen porque su crecimiento económico ha sido consecuencia históricamente del imperialismo, la colonización y el saqueo ecológico de los países en desarrollo. En este sentido, en las últimas décadas, la exigencia de una mayor industrialización ha generado nuevas víctimas con poblaciones enteras que se han visto desplazadas por uno de los principales problemas ambientales existentes en la actualidad, el cambio climático, conociéndose este fenómeno como el del migrante climático.

Además, los países del norte mantienen una deuda ecológica con respecto a los países del sur; mientras que los países del sur global mantienen una deuda económica con respecto a los países del norte. Esto conduce a que el principal problema ambiental de los países en desarrollo sea salir de la situación de pobreza.

### 2. Eco-víctimas urbanas

La doctrina anglosajona se encuentra dividida respecto a la afección de la contaminación que pueden sufrir las personas pobres. Por un lado, un sector doctrinal defiende que la mayor carga de problemas ambientales en las áreas urbanas recae sobre la población más empobrecida, sobre las minorías étnicas o sobre la población afrodescendiente bien en el lugar donde residen bien donde trabajan bien donde acuden a recibir educación formal. Esto se debe a un menor acceso a la información sobre cuestiones de salud o alimentación; a factores económicos, dado que la contaminación se considera una externalidad negativa de la producción además de a un menor capital político para decidir la ubicación de las industrias contaminantes.

Por otro lado, otro conjunto de investigadores argumenta que no existe una correlación, tampoco una relación de causalidad en la localización de las actividades contaminantes en lugares donde residen o trabajan personas pobres o minorías

étnicas. Estos autores razonan que los problemas de injusticia ambiental en Estados Unidos están superados y que lo que es necesario es un mayor control de las actividades llevadas a cabo además de la consideración de la instauración de las fábricas antes que las viviendas o colegios afectados por esa contaminación.

### **3. Justicia ambiental**

La desigual distribución de cargas y beneficios ambientales mencionada anteriormente se produce en un contexto de conflicto ambiental. Los conflictos ambientales se superponen a otros conflictos como los agrarios, la distribución del trabajo, el género, la discriminación racial o étnica, los conflictos de clase, etc.

Son los conflictos planteados en el entorno urbano los que llevan al nacimiento de los movimientos medio ambientales de los pobres, o los conflictos ecológico-distributivos, que luchan contra el injusto acceso a los recursos naturales además de contra el reparto inequitativo de la carga de la contaminación.

Estos movimientos medio ambientales se encuentran en diferentes países a lo largo y ancho del planeta, considerando los diferentes contextos históricos y culturales. En los últimos años, los investigadores de la academia además de los activistas se han unido en la creación y la extensión del uso de términos como soberanía alimentaria o imperialismo tóxico o buen vivir; algunos de los diferentes movimientos (pobres, pueblos indígenas, movimientos de justicia global) tienen luchas comunes en defensa de la comunidad, el territorio y contra la acumulación de capital.

### **4. Criminología crítica**

En las situaciones de eco-victimización referidas, el principal agente causante de estos atentados medio ambientales suele ser la persona jurídica.

Cierto sector de la doctrina ha venido defendiendo el estudio criminógeno de este fenómeno como delincuencia estatal-corporativa. Este sector de la doctrina señala que consecuencia de la interacción entre las organizaciones políticas y económicas se producen daños sociales graves. Destacan principalmente los autores Michalowski y Kramer (2007), quienes pretenden demostrar que los daños sociales y los delitos surgen de las confluencias del poder económico y el poder político, puesto que, a diferencia de lo defendido por la criminología ortodoxa, muchas de las conductas que investigan como delitos estatales-corporativos no son delitos en el sentido jurídico de la palabra y este hecho suele ser una decisión de las élites económicas. En consecuencia, estas conductas donde confluyen intereses económicos y políticos de las élites cuentan con una menor estigmatización. De modo que, en los casos de los daños o delitos ecológicos estudiados, las acciones ilegales o socialmente dañosas son resultado de la interacción del refuerzo mutuo de políticas públicas y de políticas económicas del ámbito público y del ámbito privado.

## PROPUESTA

En primer lugar, a nivel internacional se propone un sistema penal común internacional que sea racional, legítimo y eficaz, considerando principios como el de solidaridad o el de responsabilidad común, pero diferenciada. Esto se traduce en una doble regulación internacional: por una parte, una convención internacional para crear un cuerpo normativo que recoja conductas transnacionales, incluyendo políticas preventivas y la justicia restaurativa como sistema complementario al de justicia penal; por otro lado, la inclusión del crimen de ecocidio en el Estatuto de Roma para los casos más graves que afecten a la seguridad del planeta.

En segundo lugar, se propone que los programas de cumplimiento incorporen de forma delimitada todas aquellas actividades en las que se puede efectuar la comisión de un delito medio ambiental por parte de los empleados y los directivos además de la probabilidad de dicha comisión, pudiendo realizarse mediante un mapa y un análisis de los riesgos. De acuerdo con lo indicado, al tener en cuenta la ubicación geográfica de la empresa al evaluar el riesgo, podrían considerarse los rasgos de las personas que se pueden ver perjudicadas por la actividad empresarial.

En tercer lugar, se sugiere la complementariedad de la justicia restaurativa para favorecer la reparación de los daños sufridos por la víctima del delito, mejorando su participación en el procedimiento penal además de logrando un acuerdo reparador entre víctima y victimario, conservando los efectos simbólicos de la sentencia, quitando la sensación de impunidad, así como, aproximando al delincuente de cuello blanco al daño producido y haciéndole ver la necesidad de reparación que hay por el desequilibrio que se produce entre el autor y las víctimas.

En este marco, la reparación debería tener un enfoque maximalista y ecocéntrico, evitando que las víctimas tengan una disposición total sobre el conflicto. De la misma manera, la reparación se puede llevar a cabo a través de sanciones reparadoras como las multas; por medio del instituto del decomiso o a través de la creación de un fondo de bienes decomisados que permita financiar la rehabilitación de espacios naturales; y, por último, mediante la responsabilidad civil *ex delicto*.

## RESUMEN DE LA PROPUESTA

A modo de resumen, la investigación propone: (i) la creación de un cuerpo legislativo internacional con delitos ambientales transnacionales y con la incorporación de un quinto crimen internacional de ecocidio para los casos extremadamente graves contra la naturaleza; (ii) el empleo de los programas de cumplimiento penal que incluyan un mapa de análisis de riesgos; (iii) la complementariedad de la justicia restaurativa con el sistema penal a través de una reparación ejecutada mediante penas de multa, el decomiso y la responsabilidad civil *ex delicto*; (iv) un efectivo y garantizado acceso a la información pública, a la participación y a la justicia ambientales como derechos de tercera generación.

# LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y SALUD DE LOS TRABAJADORES

*Lucía Remersaro Coronel*

Profesora Adjunta de Derecho penal  
Universidad de la República (Uruguay)  
luremersaro@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

El trabajo es una de las manifestaciones de los DESC más importante, de ahí que la Constitución consagre el derecho de las personas a trabajar y que este sea la base para la realización de otros derechos humanos (Red-DESC, 2021). Uno de los aspectos que afecta palmariamente a los trabajadores, refiere a los accidentes laborales. En ese sentido, la siniestralidad se origina concomitantemente con el nacimiento mismo del trabajo y por ello surge como un deber inexcusable de los poderes públicos, la incorporación de la tutela penal en pos de garantizar una protección adecuada de la vida y salud de los trabajadores.

Justamente, el Código penal español de 1995 en el Título XV denominado «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» incorporó un capítulo dedicado a castigar distintas vulneraciones a los derechos de los trabajadores que luego fue modificado por las Leyes Orgánicas: 4/2000, 11/2003, 15/2003, 13/2007, 7/2012, 1/2015, 5/2021, 8/2021.

Los arts. 316 y 317 CP castigan a quienes infringiendo las normas de prevención de riesgos laborales, no faciliten los medios necesarios para garantizar la salud e higiene de los trabajadores, poniendo en peligro su vida, salud o integridad física. El art. 316 castiga la conducta en la modalidad dolosa y el art. 317 los casos de imprudencia grave.

Concretamente, el art. 316 dispone que serán sujetos activos «los que con infracción de normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios...», es decir el sujeto activo de este delito se resume a los «legalmente obligados» a un deber de seguridad concreto, con lo cual es una norma penal en blanco que se completa con la remisión a la ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

Por otra parte, si bien con la Ley Orgánica 1/2015 se incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas al ordenamiento jurídico español, a partir de las diversas reformas, no se incluyó al Título XV del CP. Ciertamente, el art. 318 expresa «Cuando los hechos previstos en los artículos de este Título se atribuyeran a

personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código». Al derivar al intérprete al art. 129 CP, el resultado es que no se aplica la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se trata de las conductas tipificadas en el Título XV del CP. Esto constituye un problema, considerando que la mayoría de estos delitos se originan en empresas que detentan personalidad jurídica.

## **SITUACIÓN ACTUAL**

### **1. Primera cuestión: el sujeto activo de los arts. 316 y 317 CP**

La técnica utilizada por el legislador para tipificar el sujeto activo de los delitos contra la vida y salud de los trabajadores en su modalidad dolosa e imprudente, genera en ocasiones, complicaciones en la práctica, y redundante en una gran complejidad en la búsqueda del sujeto responsable.

Como se dijo, el sujeto activo de estos delitos se establece en una ley penal en blanco. Por tanto, el intérprete debe remitirse a una diversidad de fuentes legales, en cierta forma dispersas que puede tener como resultado la dificultad en el conocimiento por parte los potenciales sujetos activos y de los operadores encargados de hacer cumplir la ley.

En ese sentido, se ha determinado como sujeto activo de estos delitos a: el empresario, administradores, encargados del servicio —gerentes, Director de fábrica y jefe de seguridad, Jefe de mantenimiento, Jefe de almacén— el subcontratista, los servicios de prevención, empresas de trabajo temporal, el contratista y subcontratista constructor, el arquitecto superior, el coordinador de seguridad y salud, el jefe de obra y encargados de obra o capataces. En efecto, es muy clara la STS de 3 de febrero de 1992, al expresar que estos artículos generan «responsabilidad en cascada, sin exclusiones incompatibles».

La nota característica del sistema penal es justamente su selectividad. Con la tipificación actual del sujeto activo, se alienta a que se castigue por este delito a los trabajadores más vulnerables de la cadena de decisiones. Es decir, esta tipificación en ocasiones deviene en la criminalización de los trabajadores más débiles de la cadena de producción, contribuyendo a un derecho penal aporofóbico que castiga a los trabajadores más pobres.

### **2. Segunda cuestión: la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

En los delitos contra la vida y salud de los trabajadores, el delegado es una figura muy importante dado que ejerce funciones vinculadas a la dirección o al mando de

la empresa y si su responsabilidad no se deriva de su propio incumplimiento o de la normativa laboral, el art. 318 del CP permite también castigar al administrador o encargado del servicio y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello, siempre que los hechos previstos se atribuyeren a personas jurídicas. Este artículo es aplicable a todos los delitos del Título XV del Libro II del CP y no solo a los arts. 316 y 317 del CP, sin embargo, únicamente será aplicable a los delitos contra la vida y salud de los trabajadores porque son los únicos tipificados como delitos especiales.

En consecuencia, el art. 318 CP busca responsabilizar a una persona física no cualificada en delitos especiales previstos en el Título XV del Libro II del CP, en los que el autor en principio sólo puede ser el empresario, y con ello solucionar el obstáculo que representa hacer responder al *extraneus* por un delito especial en el que la cualificación corresponda a una persona jurídica. Además, cuando los hechos previstos en el Título XV se atribuyeren a personas jurídicas, se podrán imponer las consecuencias accesorias del art. 129 CP, lo que, con la reforma del CP<sup>27</sup>, el art 31 *bis* incorpora la posibilidad de que puedan ser penalmente responsables los representantes legales de las empresas y supone la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pese a todo, el artículo dispone que solamente en los casos expresamente contemplados en el Código es posible afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica por un delito, estableciendo un *numerus clausus* de los delitos en los que pudiera derivar responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por tanto, al no estar incluidos los arts. 316 y 317 CP en el elenco de delitos plausibles de responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 *bis*) y al no modificarse el art. 318 CP —que continúa derivando al art. 129 CP— será difícilmente aplicable la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, con el agravante que la mayoría de estos delitos se originan en empresas que tienen personalidad jurídica. Dicho en breve, a las personas jurídicas en España no se les puede tipificar los delitos de los artículos 311 a 317 CP, a pesar de tener la capacidad para cometerlos.

En efecto, la STS 121/2017 del 23 de febrero de 2017, expresamente dictamina que el art. 318 no se remite al art. 31 *bis*. Lo que hace —mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003, con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por LO 5/2010— es permitir la atribución de la pena a los administradores y que se pueda imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal.

---

<sup>27</sup> Añadido por el art. 4 de la LO 5/2010, de 22 de junio y modificado por el art. 1 de la LO 7/2012 de 27 de diciembre y por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Tras la reforma operada por la LO 5/2010, el art. 129 CP remite a las penas señaladas en el art. 33.7 CP.

La impunidad de la persona jurídica en estos delitos, contribuye a un derecho penal del amigo, que como bien señala Terradillos es «tolerante con el delincuente funcional» (2020: 71) y se vale de estructuras corporativas organizadas a través de la persona jurídica para cometer delitos como el de los arts. 316 y 317 que buscan proteger derechos sociales básicos de los trabajadores. De ahí que pueda afirmarse que la aporofobia se manifiesta en el Derecho Penal de dos formas: cuando se favorece al delincuente de cuello blanco y cuando la afeción de los delitos recae sobre las víctimas más desfavorecidas. En este caso, son los trabajadores más empobrecidos los que a diario ponen su vida y salud en peligro. Ciertamente, son los trabajadores pertenecientes a las clases socio-económicas más rezagadas los que lideran las estadísticas de siniestralidad laboral y es por ello que es necesario incorporar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## **PROPUESTA**

### **1. La modificación de la tipificación del sujeto activo de los arts. 316 y 317 CP**

La tipificación del sujeto activo de los delitos contra la vida y salud de los trabajadores no debería remitirse a otros textos normativos, siendo conveniente que se encuentre determinada por el propio tipo penal. La redacción actual del art. 316 CP contradice el principio de legalidad en sentido material, siendo un «escollo teórico» (Terradillos Basoco, 2006: 57).

Por tanto, para evitarlo se debería establecer con mayor precisión el círculo de autores de los delitos del 316 y 317 CP, delimitando el tipo penal y no permitiendo que el mismo sirva para interpretaciones amplificadoras. En esa línea, Lascuráin Sánchez (2009: 204 y 205) entiende que la descripción del sujeto activo no debería remitirse a otros textos normativos y que convendría que se encontrara determinada por el propio tipo penal, como «el empresario».

De ahí que se desprenda que el sujeto activo deba circunscribirse al «empleador», «el empresario» o a quien «organice de hecho la actividad laboral», «el empresario» o quienes actúen en su representación.

En efecto, podría utilizarse la tipificación dada para el sujeto activo para la propuesta de los eurodelitos que expresa: «quien organice o dirija una actividad empresarial» ya que se trata de una tipificación más acorde con los cometidos político-criminales del delito y por tanto limita al poder punitivo.

### **2. La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos comprendidos en el Título XV**

Gran parte de la doctrina española ha señalado el desacierto que constituye que el legislador no haya incluido a los delitos de los arts. 316 y 317 como parte del elenco de delitos que pueden incurrir penalmente las personas jurídicas. Al no haberse



modificado el art. 318 CP, que continúa derivando al art. 129 CP denominado por Terradillos Basoco (2008: 88) como «problemático» por «la indefinida naturaleza de las consecuencias accesorias que prevé» y además «limitado» por sus alcances. En consecuencia, la legislación actual no permite aplicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Para habilitar la posibilidad de que se responsabilice penalmente a las empresas en las que se cometen delitos contra la vida y salud de los trabajadores, se debería incorporar penas concretas para las personas jurídicas que intervengan en los arts. 316 y 317 CP, modificando el actual 318 CP o derogándolo en su caso, remitiendo correctamente al art. 31 bis CP, de manera que incorpore este ámbito de protección de la vida y salud de los trabajadores.

### **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

A modo de resumen, se señalan las ideas siguientes: (I) la necesidad de modificar el art. 316 CP estableciendo en forma concreta al sujeto activo, dejando a un lado la utilización de la técnica remisiva; y (II) la necesidad de incluir a los delitos de los arts. 316 y 317 CP en los supuestos del art. 31 bis, modificando el actual 318 CP o derogándolo, de manera que se pueda responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en los que se cometan esta clase de delitos.

Estas medidas buscan, por un lado, preservar el principio de legalidad, determinando con mayor precisión al sujeto activo, lo que genera más certezas en la aplicación de la norma penal y por el otro, dotar de mayor protección y eficacia a la seguridad en el trabajo, en la medida que se trata de uno de los objetivos primordiales para un Estado social de Derecho. Esta función es medular, desde el momento en que el trabajo, en muchas de sus manifestaciones, encierra importantes riesgos para la vida y salud de los trabajadores, en la medida que las estadísticas muestran que son los trabajadores pertenecientes a las clases socio-económicas más rezagadas los que lideran las estadísticas de siniestralidad laboral.



# **FAKE NEWS, DISCURSO DEL ODIOS Y APOROFOBIA: CRIMINALIZACIÓN DE LOS VULNERABLES**

*Silvia Mendoza Calderón*

Profesora Titular de Derecho penal  
Universidad Pablo de Olavide (España)  
smencal@upo.es

## **INTRODUCCIÓN**

El objetivo de esta investigación es realizar una reflexión sobre la incidencia del discurso del odio en un contexto de aporofobia contra sectores tan vulnerables como puede ser la inmigración.

Desde esta perspectiva se incidirá en primer lugar, en la delimitación entre los delitos de odio y el concepto, en sentido estricto, de «discurso del odio» como forma de aproximación general a la problemática, así como su configuración judicial internacional y por parte de nuestro propio Tribunal Constitucional. En segundo lugar, se analizará desde una perspectiva criminológica, por qué motivos los colectivos en muchas ocasiones económicamente más vulnerables, como pueden ser los inmigrantes, han sido blanco de las formas de delitos y discursos del odio.

En tercer lugar, se realizará una aproximación a cómo la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 ha repercutido en la propagación de bulos en un contexto de discurso del odio sobre dichos colectivos, incidiéndose, en última instancia en una reflexión sobre la importancia de la auténtica delimitación del concepto de discurso del odio desde el principio de lesividad y de intervención mínima penal, sobre todo, en el ámbito de proliferación del odio digital.

## **SITUACIÓN ACTUAL**

### **1. Concepto de discurso del odio**

Como ha podido apreciarse a lo largo de este estudio, la importancia de los delitos de odio radicaría en que implican un doble ataque: por una parte, las víctimas de estos delitos serían intencionalmente seleccionadas por motivos de intolerancia; y por otra, con estos delitos se atemorizaría a todo el colectivo al que pertenecen generando sentimientos de miedo y de inseguridad. No obstante, como ha indicado la doctrina, en esta denominación surgiría la crítica en torno a que esta terminología se podría vincular a la problemática del Derecho penal de autor.

Por estos motivos, en primer lugar, se habría defendido que el concepto de discurso del odio sería demasiado impreciso, un término cargado emocionalmente y utilizado, en muchas ocasiones, con una finalidad persuasiva, configurándose su ámbito de significado en función de las valoraciones e intenciones del hablante de censurar una determinada clase de discurso y de excluirlo, de ese modo, de lo que se considerase social o jurídicamente lícito.

Sin embargo, en segundo, los medios de comunicación y numerosas organizaciones internacionales ponen de relieve que no solo a través de medios tradicionales, sino sobre todo, a través de instrumentos tan extendidos en nuestra globalizada sociedad como es el caso de Internet, se propagan conductas que exteriorizan formas de rechazo a determinados colectivos más vulnerables, como es el caso de la población inmigrante, en la que confluye en muchas ocasiones, las condiciones de ser colectivos minoritarios, con diferente religión y costumbres de la sociedad mayoritaria en la que tratan de integrarse, poseyendo además la condición de extranjeros en el territorio en el que se encuentran.

No obstante, para que el bien jurídico penalmente protegido se viera afectado como consecuencia de la difusión de esta serie de conductas, se consideraría preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hiciera más intensamente, sino que además pudieran por las características de la difusión o del contenido del mensaje pudiera incitar directamente a una conducta violenta y peligrosa para aquellos bienes.

En este sentido, se hace preciso por lo tanto, acotar adecuadamente conceptos vagos y poco acordes al principio de intervención mínima, de taxatividad y de lesividad penal, como la «provocación de un sentimiento, (hablándose incluso del sostenimiento de una política criminal ciega) puesto que el Derecho penal no está dirigido a suprimir sentimientos, sino a la protección de bienes jurídicos gravemente lesionados o puestos en peligro, ante una incitación directa a la violencia contra los contra determinados colectivos especialmente vulnerables a la discriminación.

## **2. Criminalización de los vulnerables**

Por una parte, existiría una identificación entre los conceptos de inmigración ilegal y crimen. Desde la perspectiva de la criminología materialista, habría enfatizado la relación entre la consolidación de un paradigma neoliberal de gobernanza económica que se vería reforzado por la reglamentación punitiva de las regiones más bajas de la sociedad, fortaleciendo la simbiosis entre ilegalización y criminalización.

Asimismo, por otra, se habría producido una interrelación dentro de la criminalización de la inmigración, entre el concepto de inmigración y la discriminación hacia minorías raciales, en donde, los inmigrantes indocumentados serían percibidos como una amenaza criminal, donde el problema criminal se interrelaciona con la raza.

Surgiría asimismo, la denominada «globalización de la punición», afirmando que en Europa se habría incrementado la severidad penal en respuesta a una mayor ansiedad sobre el crimen y la seguridad. En este sentido, los inmigrantes serían más vulnerables al control social y a la aplicación penal más estricta, desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*).

De igual forma, en las últimas décadas, la investigación de crímenes de odio se habría centrado cada vez más en el contexto social y ecológico en el que se producen donde las condiciones macroeconómicas y la pretendida «amenaza» que representarían los inmigrantes («que aprovechan las oportunidades de empleo de ciudadanos nativos»), generaría una mayor hostilidad hacia esos inmigrantes.

Desde este punto de vista la política *zero tolerance*, sintetizaría toda la filosofía de esta tendencia partiendo de que el problema de la delincuencia tendría que ser atacado en su origen, entendiéndose que éste se encuentra en la marginación social y la pequeña delincuencia, que no sería suficientemente castigada y tendría altos niveles de tolerancia en la sociedad. El presupuesto de la intervención penal se basaría más en razones de peligrosidad social, que de lesión efectiva de bienes jurídicos y de culpabilidad individual por el hecho.

### 3. Concepto de ciberodio

El cambio de paradigma comunicativo a través de Internet y los canales de difusión masiva ha permitido que se acuñe en este contexto el término «postverdad», donde la «emoción determinaría la percepción de la realidad social, con mayor capacidad de influencia que los hechos y las pruebas contrastadas».

Por ello, lo primero que debe destacarse en esta materia es que el término *fake news* no abarcaría toda la problemática de los bulos vertidos en Internet, al ser inadecuado para explicar la escala del fenómeno llamado «contaminación de la información», y por qué diversos actores estatales y no estatales le habrían dado un significado esencialmente político. En este contexto, deben distinguirse los conceptos de «mis-información» (o *misinformation*, en inglés) así como «des-información» (*disinformation* en inglés) o incluso el término también añadido por la UNESCO como «mal información» (*mal-information* en inglés).

La desinformación sería cualquier información que es falsa y deliberadamente creada para dañar a una persona, grupo social, organización o Estado, y a la mis-información sería cualquier información que es falsa, pero no habría sido creada con la intención de causar un daño, siendo información errónea, pero de forma accidental. Por otra parte, la mal-información sería aquella información que se basaría en la realidad, usada para causar un daño a una persona, grupo social, organización o Estado.

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 26 de abril de 2018 se afirma que a través de las redes sociales, las nuevas tecnologías pueden utilizarse

para difundir desinformación a gran escala y con una velocidad y una precisión de selección de los destinatarios sin precedentes, de modo que permiten crear esferas de información personalizadas y se convierten en poderosas cámaras de resonancia para las campañas de desinformación, menoscabándose la libertad de expresión, como derecho fundamental consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comprendiendo ésta el respeto por la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, así como el derecho de los ciudadanos a opinar y a recibir y transmitir información e ideas «sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

En este sentido, se recoge que existen varios factores que coadyudan a la proliferación de la desinformación como: en primer lugar, el uso de algoritmos, ya que los criterios que utilizan los algoritmos para priorizar la visualización de información están motivados por el modelo de negocio de las plataformas y por el hecho de que dichos algoritmos privilegian un contenido personalizado y sensacionalista, que normalmente es más probable que atraiga la atención y se comparta entre los usuarios (al facilitar el intercambio de contenido personalizado entre usuarios afines, los algoritmos aumentan indirectamente la polarización y refuerzan los efectos de la desinformación); en segundo lugar, el modelo actual de publicidad digital suele basarse en los clics del usuario, lo que favorece el contenido sensacionalista y viral; en tercer lugar, el uso de servicios automatizados (denominados «bots» u ordenadores zombis), que amplifican artificialmente la difusión de desinformación. Este mecanismo tecnológico puede contar con la ayuda de perfiles simulados (cuentas falsas), detrás de los cuales no hay ningún usuario real, a veces orquestados a una escala masiva (es lo que se conoce como «fábricas de troles»).

En el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones se ha insistido en que las redes sociales se caracterizan, sobre todo, por el hecho de que ofrecen a todos sus usuarios la posibilidad completamente nueva, que no brindan los medios de otro tipo, de comunicarse con todos los demás usuarios («many to many»): cada usuario de cualquier plataforma puede hacer llegar su mensaje, al menos potencialmente, a cada uno de los otros millones de usuarios sin la ayuda de una redacción, lo que tiene consecuencias tanto positivas como negativas.

Finalmente, en la Comunicación de 10 de junio de 2020, se analiza esta problemática en relación a la pandemia mundial generada por el virus COVID-19 destacándose la existencia de una «infodemia» sin precedentes, alertada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), alimentada por el uso de redes sociales y lo que se denomina los «temores más primarios» aumentados por las medidas de confinamiento social y el aumento del uso de las redes sociales.

Se ha recalcado que en este contexto, la desinformación puede tener graves consecuencias, generando en las personas que adopten comportamientos de riesgo, haciendo caso omiso de las consignas sanitarias oficiales, o repercutiendo de forma negativa en instituciones democráticas, así como en la situación económica y financiera.

Las «teorías de la conspiración» capaces de poner en peligro la salud humana, y la incitación ilegal al odio sobre todo de carácter racista y xenófobo, deben someterse a las normas sobre la retirada de contenidos ilegales por parte de las plataformas, reclamándose incluso medidas de carácter penal.

## PROPUESTA

### **1. Mejorar la conceptualización del concepto de discurso del odio bajo parámetros del principio de ofensividad e intervención mínima penal**

La importancia de los delitos de odio radicaría en que implican un doble ataque: por una parte, las víctimas de estos delitos serían intencionalmente seleccionadas por motivos de intolerancia; y por otra, con estos delitos se atemorizaría a todo el colectivo al que pertenecen generando sentimientos de miedo y de inseguridad. No obstante, como ha indicado la doctrina, en esta denominación surgiría la crítica en torno a que esta terminología se podría vincular a la problemática del Derecho penal de autor.

En este sentido se entiende que el concepto de discurso del odio sería demasiado impreciso, un término cargado emocionalmente y utilizado, en muchas ocasiones, con una finalidad persuasiva, configurándose su ámbito de significado en función de las valoraciones e intenciones del hablante de censurar una determinada clase de discurso y de excluirlo, de ese modo, de lo que se considerase social o jurídicamente lícito.

Sin embargo, los medios de comunicación y numerosas organizaciones internacionales ponen de relieve que no solo a través de medios tradicionales, sino sobre todo, a través de instrumentos tan extendidos en nuestra globalizada sociedad como es el caso de Internet, se propagan conductas que exteriorizan formas de rechazo a determinados colectivos más vulnerables, como es el caso de la población inmigrante, en la que confluye en muchas ocasiones, las condiciones de ser colectivos minoritarios, con diferente religión y costumbres de la sociedad mayoritaria en la que tratan de integrarse, poseyendo además la condición de extranjeros en el territorio en el que se encuentran.

No obstante, para que el bien jurídico penalmente protegido se viera afectado como consecuencia de la difusión de esta serie de conductas, se consideraría preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hiciera más intensamente, sino que además pudieran por las características de la difusión o del contenido del mensaje pudieran incitar directamente a una conducta violenta y peligrosa para aquellos bienes.

En este sentido, se hace preciso por lo tanto, acotar adecuadamente conceptos vagos y poco acordes al principio de intervención mínima, de taxatividad y de

lesividad penal, como la «provocación de un sentimiento», (hablándose incluso del sostenimiento de una política criminal ciega) puesto que el Derecho penal no está dirigido a suprimir sentimientos, sino a la protección de bienes jurídicos gravemente lesionados o puestos en peligro, ante una incitación directa a la violencia contra los contra determinados colectivos especialmente vulnerables a la discriminación.

## **2. Valorar la importancia de las conductas realizadas en situaciones de alarma sanitaria internacional (COVID-19) y su incidencia en colectivos especialmente vulnerables**

Por otra parte, dentro de los supuestos localizados dentro de la infodemia motivada por la pandemia del COVID- 19 y la proliferación de bulos contra determinados colectivos vulnerables por motivos de racismo o xenofobia, para adquirir relevancia penal, sostenemos que habría que distinguir en cualquier caso, en primer lugar, aquellos supuestos en los que realmente las *fake news* o noticias falsas, atacarían directamente al derecho a la información, y colateralmente a la libertad de expresión, reconociendo que la desinformación en el mundo contemporáneo sería un problema de primer orden en las sociedades avanzadas, pero sin que ello conlleve a que se valore exclusivamente a la amenaza penal en primera instancia y de forma indiscriminada.

Por lo tanto, desde nuestra perspectiva sería ineludible que los ordenamientos jurídicos nacionales, y sus correspondientes órganos jurisdiccionales, incluida la jurisdicción constitucional como el Derecho de la Unión Europea y sus instituciones, continúen comprometidos en el desarrollo y en la tutela más amplia y eficaz de los mencionados derechos a la libre expresión y a la libre información ofreciendo herramientas jurídicas realmente adaptadas a la compleja sociedad digital en la que nos insertamos.

Desde nuestro punto de vista, entendemos que en torno a las fakes news y su persecución penal, tenemos que partir, que la situación de alarma social no puede servir de paraguas para encubrir ataques al ejercicio legítimo a la libertad de expresión e información, instaurándose a priori controles más propios de sistemas de censura que de Estados democráticos de Derecho. En torno a la ponderación con respecto, por ejemplo al derecho al honor, habrá que estar a lo dispuesto tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para deslindar cuando primaría la defensa del derecho a la información y a la libertad de expresión, teniendo en cuenta, que el primero gira en torno al mantenimiento de una rigurosidad en la búsqueda de la verdad, y su correspondiente exposición.



### **3. Hacia la configuración de un *ius communicationis* en el contexto de la era digital conforme al principio de lesividad penal: concepto de veracidad en la red**

Así, mantenemos igualmente que en la era digital las libertades de expresión y de información deben avanzar hacia la afirmación de un *ius communicationis*, un derecho a la comunicación en el que se dé tutela a todo el proceso comunicativo entendido en toda su extensión, reconociendo la libertad de expresarse en su vertiente activa, pero también la dimensión pasiva y los derechos a recibir y acceder a la información, entendida ésta a su vez en su sentido más amplio (informaciones, opiniones, valoraciones, etc), reclamándose incluso un legítimo derecho de acceso a la sociedad de la información y a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs), e incluso como derecho fundamental inherente al propio reconocimiento de la libertad de expresión y de información, debiendo examinarse el alcance del concepto de veracidad en la Red o la importancia del medio y del modo de comunicación para el tratamiento jurídico.

#### **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

A modo de resumen, la investigación propone: i) Mejorar la conceptualización del concepto de discurso del odio bajo parámetros del principio de ofensividad e intervención mínima penal. ii) Valorar la importancia de las conductas realizadas en situaciones de alarma sanitaria internacional (COVID-19) y su incidencia en colectivos especialmente vulnerables a la discriminación como en el caso de la inmigración. iii) Configuración de las premisas esenciales de un *ius communicationis* en el contexto de la era digital conforme al principio de lesividad penal.



# LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y EL COLECTIVO DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE SINHOGARISMO: ANÁLISIS DE ALGUNOS ARTÍCULOS CON TINTES APORÓFOBOS

*Isabel García Domínguez*

Personal investigador en formación (contratada predoctoral JCYL)  
Universidad de Salamanca (España)  
isabelgarcia Dominguez@usal.es

## INTRODUCCIÓN

La *Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana* (LOSC de aquí en adelante), mayormente conocida como «ley mordaza», se implementó con el fin de otorgar un pleno ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los ciudadanos, según se establece en su artículo 1.1. Para ello, recoge un régimen sancionador con un total de 44 infracciones desarrolladas en los artículos 35, 36 y 37 de la misma, diferenciando entre muy graves —con multas de 30.001€ a 600.000€ euros—, graves —la cuantía de estas oscila entre los 601€ y 30.000€— y leves —con la cantidad mínima de multa de 100€ y máxima de 600€—. No obstante, de igual modo que la ley penal, el foco se ha puesto en los «enemigos del sistema», esto es, personas que son consideradas un peligro para la ciudadanía y para el sistema jurídico-normativo, entre los que se encuentran las personas en situación de sinhogarismo (PSSH de aquí en adelante). A pesar de que diversas conductas contempladas por la LO 4/2015, de 30 de marzo, estaban tipificadas como faltas contra el orden público de modo anterior a la reforma del CP ejecutada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, paradójicamente, las infracciones administrativas son de mayor cuantía que las impuestas habitualmente por las faltas correspondientes en los tribunales. Atendiendo a lo expuesto, y ante la ausencia de datos sobre los colectivos que están siendo multados, se expondrán algunos de los preceptos que podrían ser más habitualmente aplicados a las PSSH, de acuerdo con las investigaciones llevadas a cabo del colectivo de sinhogarismo, mostrando así algunas manifestaciones de la aporofobia institucional que se proyecta sobre los grupos más desfavorecidos económicamente.

## SITUACIÓN ACTUAL LEGISLATIVA

### 1. Servicios sexuales y desobediencia o resistencia a la autoridad

La prostitución ha sido considerada como una pieza más del tablero en el ámbito de la seguridad ciudadana. Continuando con el paternalismo y el ejercicio de poder sobre las mujeres, el legislador ha optado por castigar administrativamente el entorno de la prostituta, con la introducción de la penalización de solicitar o aceptar servicios sexuales en el artículo 36.11 de la LOSC. La repercusión es, por un lado, la obligación de estas mujeres de operar en terrenos de clandestinidad, en la cual su victimización aumenta exponencialmente, y por el otro, la posible sanción por la desobediencia a la autoridad contemplada en el artículo 36.6 de la LOSC en las situaciones de omisión de las órdenes otorgadas por las FFCCSS acerca del abandono del espacio público —como se expresa en el segundo párrafo del artículo 36.11 de la LOSC—. Entonces, a pesar de la sanción del cliente contemplada en la ley —modelo declarado abolicionista en consonancia con los organismos internacionales europeos—, las prostitutas pueden ser víctimas de infracciones administrativas encuadradas en la desobediencia con multas mínimas de 601€ y máximas de 30.000€, debido a que es catalogada como grave.

En consecuencia, la regulación actual agrava aún más la situación de muchas mujeres en situación de sinhogarismo ya que en ocasiones es su única fuente de ingresos, y el principal motivo de ejercer tal actividad. En este sentido, la literatura ha señalado que la prostitución es ejercida por algunas mujeres en situación de sinhogarismo con el fin de no pernoctar en la calle o en un albergue (Meneses y Guindeo, 2015: 167-169; Martín, Panadero y Vázquez, 2016; Asociación Bizitegi, 2019: 27; Barrera, 2018: 10; Ávila, 2019).

### 2. La ocupación de inmuebles o viviendas y el top manta

La ocupación de inmuebles o viviendas, y de la vía pública, se encuentran reguladas en el artículo 37.7 de la LOSC. En este se tipifican dos conductas cuyo denominador común es la ocupación en condiciones de ilegalidad. En el primer punto, se hace referencia a la ocupación o permanencia en un inmueble en contra de la voluntad del titular, mientras que en el segundo párrafo se alude a una ocupación de la vía pública —u otro espacio público— con la consiguiente infracción de la ley. Asimismo, en el segundo párrafo se especifica la inclusión de la «venta ambulante no autorizada» en otras palabras, el top manta, conducta normalmente realizada por sujetos excluidos en nuestra sociedad, especialmente, inmigrantes. Por lo tanto, se cuestiona la sanción de los comportamientos descritos en tanto no afecten a la seguridad ciudadana, la tipificación desmedidamente abierta de este precepto y la cuantía de la multa que oscila entre los 100 y los 600€. Véase que tampoco se establece como requisito una conexión directa con la protección de la seguridad ciudadana, y que el restablecimiento de los derechos del titular de la vivienda puede hacerse a través del Derecho civil, sin la necesidad de una sanción administrativa o penal. En síntesis, se extraen tres conclusiones del precepto señalado: (1) su regulación está dirigida

a los colectivos más desfavorecidos económicamente. Es más, esta conducta no se restringe al colectivo de sinhogarismo, sino que es más amplio. Un ejemplo son los inmigrantes quienes regularmente practican el top manta; (2) deriva en inseguridad e indeterminación en el fin a perseguir, así como en su alcance, e infringe principios tan importantes como la tipicidad o la seguridad jurídica proclamadas en la Constitución Española de 1978; y (3) no soluciona el problema de la vivienda, y tampoco del top manta, sino que agrava la ya ardua situación de los colectivos afectados. Es más, respecto al segundo punto, supone un empleo elevado e ineficiente de los recursos de las FFCCSS cuando las personas que los practican son habitualmente insolventes e indocumentadas, por lo que no van a abonar la multa ni se va a producir el efecto deseado por el legislador, sino que la consecuencia real es un mayor empobrecimiento del sujeto.

### 3. Otros artículos con tintes aporófobos.

Otros preceptos que podrían ser más habitualmente aplicados a las PSSH atendiendo a la literatura son: *en primer lugar*, el incumplimiento en la tenencia o conservación de documentación legal, sancionada en el artículo 37.10 de la LOSC en consonancia con el artículo 37.11 de la LOSC que recoge la negligencia en la custodia y conservación de esta, es decir, la tercera y posteriores pérdidas en un periodo de tiempo de un año. En este sentido, la investigación sobre victimización del colectivo de PSSH ha expresado que el robo de documentación es una de las victimizaciones más frecuentes, véase, por ejemplo, la llevada a cabo por Rais Fundación en el año 2015 (RAIS Fundación, 2015: 23.26); *en segundo lugar*, el consumo de alcohol en lugares públicos contemplado en el artículo 37.17 de la LSoC. A pesar de que no se dirige específicamente al colectivo objeto de estudio, los datos muestran un consumo de alcohol, ya sea ocasional o frecuente, de una parte del colectivo de PSSH. Esta conducta difiere según la categoría de PSSH. Mientras que el último estudio llevado a nivel nacional por el INE (2012), mostró un consumo alto o excesivo del 4,1% de la muestra, Arrels Fundación constató que un 30% de las PSSH en Barcelona presentaban adicciones, con un porcentaje cercano al 20% para los años 2018 y 2019 (ARRELS Fundació, 2020). Igualmente, estos tienen más probabilidades de desarrollar esta conducta en la vía pública que el resto de ciudadanos atendiendo a su falta de vivienda y a la prohibición que existe en muchos –si no en todos– los albergues y pisos de acogida. Además, otra variable que tener en cuenta es que el precio del alcohol es significativamente inferior en un supermercado que en un bar; *en tercer lugar*, el consumo o tenencia ilícita de drogas tóxicas, a pesar de no ser destinadas al tráfico, en la vía pública, al igual que el abandono de los instrumentos utilizados para ello que se contempla en el artículo 36.16 de la LOSC. El argumento expresado en el punto anterior es también de aplicación para este último, aunque es cierto que, en general, las estadísticas muestran un mayor consumo de alcohol que de drogas (véase los datos ya presentados del INE o ARRELS Fundación, entre otros); y *en cuarto lugar*, las faltas de respeto y consideración a las FFCCSS en el artículo 37.4 de la LOSC. El motivo es que existen ordenanzas municipales que castigan manifestaciones del sinhogarismo, esto es, que contemplan sanciones por conductas

que las PSSH ejecutan para su supervivencia, véase dormir u realizar necesidades básicas en la vía pública (*vid.* el análisis de Melero, 2017 y Puente, 2020). El ejercicio del cumplimiento de la policía local de estas ordenanzas podría desembocar en discusiones y «faltas de respeto» ante la amenaza de una sanción pecunaria, sobre todo, atendiendo a que este término es indeterminado y podría abarcar una amplia variedad de situaciones.

## SITUACION ACTUAL EMPÍRICA

El Ministerio del Interior ha publicado el número de infracciones impuestas por la LoSC desde su implementación, destinando un capítulo en su anuario estadístico. Como se puede observar en el gráfico nº1 (véase anexo), existe un crecimiento continuo y constante, a excepción del año 2019 que presenta un descenso, y se destaca el aumento vertiginoso experimentado en el año 2020, para el cual se debe considerar la pandemia del COVID-19 experimentada. En este sentido, mientras que las drogas representaron el ámbito material mayoritario con más del 50% de las infracciones impuestas hasta el 2019, el último año del cual disponemos datos, esto es, el 2020, el ámbito de la seguridad ciudadana representó más del 70%<sup>28</sup>.

A pesar de que los datos no se desglosan por colectivos multados —como ya se ha mencionado—, sí se presentan el número de infracciones impuestas en función del artículo, (véase la tabla nº1 en el anexo). Como se puede observar, existe un incremento generalizado de las infracciones impuestas en los años del 2015 al 2017, a excepción de los artículos 37.10, 37.7 y 37.17 que experimentaron un ligero descenso en los últimos años, especialmente en los dos últimos artículos cuya caída fue muy acentuada. Igualmente, en consonancia con los datos expresados, el artículo 36.16 que engloba las conductas de consumo y/o tenencia ilícita de drogas en la vía pública ha obtenido la mayor cuantía en todos los años, a excepción del 2020, con una diferencia muy representativa respecto de la segunda conducta mayoritaria la cual se halla en el artículo 37.4, referente a las faltas de respeto y consideración a las FFCCSS. El artículo 36.6 que recoge la desobediencia o resistencia a la autoridad —es decir, el contenido es similar al 37.4 aumentando la gravedad de la conducta— también obtuvo una cifra considerablemente alta en todos los años de análisis, obteniendo el segundo puesto en el año 2015, el tercero en los años 2016-2019 y el primero en el año 2020, aunque la explicación de este último radica en las restricciones impuestas por la pandemia del COVID-19.

Desafortunadamente, no existen datos oficiales ni investigaciones sobre la aplicación de la LOSC al colectivo de PSSH, a excepción del ámbito de la prostitución. Con relación al artículo 36.11, las fuentes no oficiales y a las asociaciones que defienden

---

<sup>28</sup> En el gráfico debemos tener en cuenta que el año 2015 únicamente se contabilizaron los meses de julio a diciembre por lo que el menor número de infracciones está, aparentemente, justificado, así como la pandemia mundial experimentada en el año 2020. Estas precisiones deben ser consideradas para el resto de las representaciones que versen sobre la LOSC (Ministerio del Interior, 2015-2020).

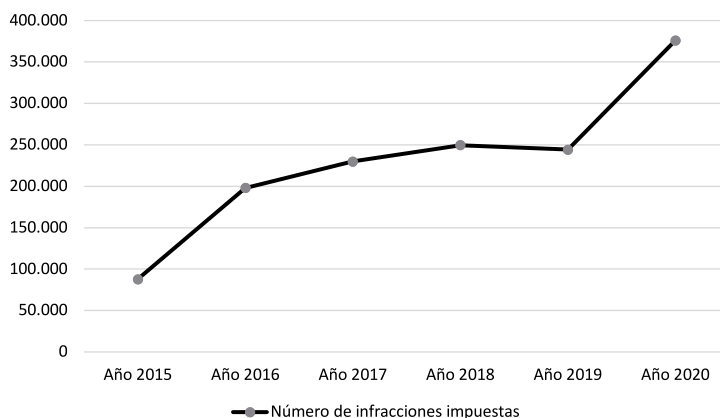
a estas mujeres, como Hetaira o AFEMTRAS manifestaron la penalización del conjunto de prostitutas a través del artículo 36.6 de la LOSC –esto es, por desobediencia a la autoridad–, así como los efectos que conlleva: (1) mayor vulnerabilidad, (2) incremento del riesgo de victimización, (3) fomento del abuso policial y su impunidad, (4) mayor dificultad en la identificación y protección de las víctimas de trata, (5) precariedad y (6) desatención de las peticiones del propio colectivo (Colectivo Hetaira, 2018). No obstante, para el resto de conductas sólo se pueden establecer hipótesis que, en la actualidad, no pueden ser corroboradas. Así, se establece una línea de investigación futura para criminólogos y juristas, sobre todo, atendiendo a la posible afección de los más desfavorecidos económicamente que ya enfrenta múltiples dificultades en su día a día.

## RECAPITULACIÓN

A pesar de la inexistencia de datos que nos permitan determinar si las FFCCSS están aplicando los artículos analizados al colectivo de sinhogarismo, se concluye que la LOSC presenta tintes aporófobos. Como se ha señalado, algunos de los preceptos podrían desembocar en la imposición de sanciones al colectivo de PSSH por conductas que, habitualmente, se relacionan con su falta de vivienda y su situación de extrema pobreza, ya sea directa o indirectamente –tégase en cuenta que el sinhogarismo es un fenómeno complejo, multifactorial y difícil de abordar–. Algunos ejemplos son el castigo de la oferta de servicios sexuales que, con la regulación vigente, desemboca en la sanción de la prostituta, el incumplimiento en la tenencia o conversación de documentación legal, la ocupación de inmuebles, el top manta o las faltas de respeto y consideración, entre otras. Asimismo, la amplitud e indeterminación del articulado infringe principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico protegidos por la Constitución Española de 1978. Mi función como criminóloga cesa en este punto, esto es, el análisis de la ley en la teoría y en la práctica, ya que considero que las propuestas de *lege ferenda* deben ser efectuadas por mis compañeros y compañeras juristas. Sin embargo, se insta al legislador a: (1) ejecutar análisis empíricos con el fin de conocer la realidad criminal; (2) considerar las estadísticas y los informes criminológicos, así como de otros expertos, véase los juristas, con el fin de reformar e instaurar leyes; y (3) evaluar la posible repercusión de la legislación en los colectivos más desfavorecidos económicamente. De otro modo, la consecuencia, como se concluye del presente proyecto, es la creación y el mantenimiento de un Derecho penal de la aporofobia que, en una de sus vertientes, castiga a los más desfavorecidos económicamente.

## ANEXO

Gráfico n.º1. Evolución temporal del total de infracciones impuestas por las FFCCSS a través de la ley mordaza en España (años 2015-2020).



Fuente: elaboración propia con base a los anuarios estadísticos del Ministerio del Interior (2015-2020).

Tabla n.º1. Desglose del número infracciones impuestas por las FFCCSS en función de los artículos en España (años 2015-2020).

Artículos	Categorías	Año 2015*	Año 2016	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020
36.16	Drogas	66.832	126.115	156.981	176.604	175.231	94.478
36.11	Seguridad ciudadana	135	530	585	595	130	85
36.6	Seguridad ciudadana	4.311	12.094	13.033	13.413	12.645	243.001
37.10	Seguridad ciudadana	49	283	302	247	251	155
37.11	Seguridad ciudadana	14	134	139	250	1.010	387
37.17	Seguridad ciudadana	203	684	624	457	324	943
37.4	Seguridad ciudadana	3.130	19.497	21.122	21.258	18.687	14.892
37.7	Seguridad ciudadana	222	1.173	1.274	1.179	710	675

Fuente: elaboración propia con base a los anuarios estadísticos del Ministerio del Interior (2015-2020).



# **LAS FALSAS IMPUTACIONES POLICIALES, LA EXISTENCIA DE LISTAS NEGRAS Y LA IMPUNIDAD DEL DISPARO DOLOSO (EVENTUAL) DE BOLAS DE GOMAS CONTRA MANIFESTANTES**

*Guillermo Portilla Contreras*

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Jaén  
portilla@ujaen.es

## **INTRODUCCIÓN**

Contra los miembros de los movimientos que cuestionan el neoliberalismo, que reivindican derechos económicos, que encabezan la protesta social, suelen emplearse tres técnicas policiales ilícitas que cuentan con respaldo judicial: la primera, el recurso a la falsa imputación por delitos de atentado, resistencia y desobediencia; la segunda, la existencia de bases de datos ilegales que contienen referencias a la ideología y pertenencia sindical de sujetos sin antecedentes penales; la tercera, la genérica impunidad de la conducta consistente en disparar bolas de goma contra manifestantes no violentos.

## **SITUACIÓN ACTUAL**

### **1. Tesis jurisprudencial que selecciona el tipo privilegiado del artículo 163.4 CP, cuando el funcionario público practica una detención con conocimiento de su ilegalidad, atribuyendo falsos delitos a los ciudadanos**

El Acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 27 enero 2009 (JUR 2009\100286), consistió en recomendar a los tribunales que se aplicase el artículo 167 con relación al 163.4, CP, cuando el funcionario practique una detención, sin ninguna causa que justifique la privación de libertad, guiado exclusivamente por un móvil privado, siempre que, finalmente, haga entrega inmediata del detenido a la autoridad. Lo que se propone es que, cuando el funcionario detenga, conociendo que actúa fuera de los supuestos legales, sin que medie delito, pero con la intención posterior de entregar al detenido a la autoridad, el precepto aplicable no sea el artículo 167 (mitad superior e inhabilitación absoluta) con relación al tipo básico del 163.1 (pena de prisión de cuatro a seis años) o los agravados en función de las características del caso, sino el 167 en combinación con el atenuado del 163.4 (multa de tres a seis meses). Con arreglo a esta fórmula, los tribunales suelen aplicar el tipo atenuado cuando el sujeto activo es un agente

policial con pleno conocimiento de la ilegalidad de su actuación (SSTS 1120/2000 de 23 de junio (RJ 2000, 5790), 72/2003 de 28 de enero (RJ 2003, 2429), 1516/2005 de 21 de enero de 2005 (RJ 2005, 1002) y 415/2005 de 23 de marzo (RJ 2005, 6506), 23 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2283); (Sentencia TS 197/2009 de 3 marzo (RJ 2009\4145); Sentencia TS 1246/2009, de 30 noviembre (RJ 2009\5963); SAP Madrid nº 81/2012, de 8 octubre (JUR 2012\382519). En definitiva, con este criterio se rebaja la pena al funcionario que detiene ilegalmente al ciudadano, imputando en falso los delitos de atentado, resistencia o desobediencia, si ulteriormente lo entrega a la autoridad.

## **2. Listas negras policiales de manifestantes**

Es frecuente que en el ejercicio de un derecho fundamental como el de manifestación o reunión, algunos de los asistentes (a veces, incluso sin concurrir a la misma) reciban propuestas de sanción por la supuesta comisión de infracciones administrativas de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, sin haber sido identificados materialmente. En esos casos, la identificación policial no sigue el lógico protocolo de la solicitud del documento nacional de identidad, sino el incierto método de la identificación visual. Surge así la sospecha de que, en realidad, el funcionario procede a una selección de los sujetos a los que interesa sancionar, participen o no en el desarrollo de la manifestación, mediante el empleo de una base de datos secreta, en la que se recogen datos sensibles sobre su ideología.

La existencia de esas listas negras policiales ha sido descartada por el auto de la Audiencia Provincial de Granada, de 29/05/2017, diligencias incoadas por supuestos delitos de prevaricación, falsedad cometida por funcionario público y descubrimiento de secreto. Se sustenta que, «más allá de la conjetura o sospecha de que existan archivos policiales que hubieran servido para identificar a los recurrentes como personas que participaron, incluso con atribución de un protagonismo organizador, o de dirección, en concentraciones o manifestaciones ciudadanas no comunicadas, no puede apreciarse ninguno de los ilícitos penales invocados en la denuncia, tales como prevaricación, falsedad, o contra la intimidad, por falta de indicios de la existencia de tales archivos». En este auto se afirma que no existen las listas negras, es decir, archivos de personas al margen de los ficheros autorizados por la DGP. Pese a negarse la efectividad de estas bases de datos ilegales, he podido demostrar su existencia a raíz de un informe elaborado por la Dirección General de la Policía. Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental. Brigada de Información de Granada –en la instrucción del caso instruido contra... (firmado por el Jefe de la sección 78.802 y los policías 83760/84873/ 87.811/76.874). En ese documento se revelan datos personales que reflejan la ideología, la participación en manifestaciones legales, conferencias, actividad sindical, todo esto sin el consentimiento de los afectados y sin que tengan relación alguna con el presunto delito investigado (daños en Mercadona).

### 3. Amparo judicial del disparo doloso de pelotas de goma contra manifestantes

En España no suele sancionarse el disparo doloso (eventual) incongruente, inoportuno y desproporcionado de bolas de goma contra manifestantes desarmados y pacíficos. En general, las decisiones judiciales sobre el empleo de este método no respetan los requisitos arriba mencionados y los casos se zanján, por diversos motivos, con la impunidad policial. En ocasiones, como en el auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia, 01/12/2006, (TOL-6118829), se alega la proporcionalidad de la actuación policial ante la supuesta agresividad de los manifestantes que acuden en ayuda de una persona que va a ser identificada. Otras veces, se estima que el manifestante asume la situación de riesgo, se coloca en un escenario de auto puesta en peligro consentida, al formar parte de una manifestación o reunión en la que se producen actos violentos. Es el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional de 03/07/2019, (TOL-7438822), con relación a la lesión en el ojo sufrida por una persona en el transcurso de la manifestación «Marchas por la dignidad». En apoyo de esta tesis se citan algunas sentencias que afirman el deber jurídico de soportar el daño cuando el lesionado se ha arriesgado a participar en una manifestación ilegal y violenta: (STS de 22 de abril de 1994 (recurso de apelación 3.197/91, fundamento jurídico quinto); 1 de julio de 1995 (recurso de casación 2029/92, fundamento jurídico sexto); 27 de noviembre del año 2000 (recurso 6589/1996); 31 de enero de 2003 (casación 9060/98); 17 de abril de 2001 (recurso 8512/1996). En definitiva, se defiende la idea de que el derecho a la integridad física desaparece si se accede a participar en una manifestación potencialmente peligrosa. En otros supuestos, el Tribunal confirma la existencia de un delito doloso de lesiones, pero no puede demostrar la autoría, la cooperación necesaria omisiva de garante o la relación de causalidad. En esa dirección, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27/05/2016, (TOL-5734316). Otra decisión judicial que ampara la impunidad del empleo indebido de estos medios antidisturbios, es el auto de 27/7/2020, de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, que negó la existencia de relación de causalidad entre la acción de disparar pelotas de goma en dirección a los inmigrantes y las 15 muertes producidas en Tarajal en 2014. Es más, el auto comenta que, en el caso de que se demostrase la existencia de acciones de riesgo no permitidas por el derecho de parte de algunos guardias civiles, también se negaría la imputación objetiva: «aunque entendiéramos que hubo un incremento no permitido del riesgo por la actuación desviada de alguno o algunos de los investigados (en hipótesis, ya que no hay indicios), en ningún caso los desgraciados fallecimientos fueron el correlato lógico del mismo ante la existencia de otros riesgos de mucha más trascendencia y cuyo origen provenía de terceros [las Fuerzas Auxiliares marroquíes] y de las propias víctimas».

## PROPUESTA

### **1. Tesis jurisprudencial que selecciona el tipo privilegiado del artículo 163.4 CP, cuando el funcionario público practica una detención con conocimiento de su ilegalidad, atribuyendo falsos delitos a los ciudadanos**

La línea judicial que recurre a la combinación entre el artículo 167 y el tipo atenuado 163.4 CP, cuando el funcionario detiene al ciudadano, siendo consciente de que no existen indicios objetivos de criminalidad, imputando delitos que no se han cometido, ha supuesto una ruptura con el espíritu que guio la reforma de los delitos cometidos por funcionarios introducida por el Código Penal de 1995. Con este texto se pretendió poner fin al tradicional privilegio con el que el código penal franquista obsequiaba al funcionario por el hecho de serlo. En un sentido opuesto, la tesis jurisprudencial cuestionada, vuelve a conceder una prebenda a la práctica policial consistente en imputar falsamente al ciudadano el delito de desobediencia, resistencia o atentado a la autoridad, con el único fin de contraponer con su denuncia, la realizada, previa o simultáneamente, por el ciudadano por detención ilegal, coacciones o torturas. Asombra una decisión que reinstaura el trato de favor otorgado a los funcionarios cuando intervienen fuera del ejercicio de la función pública. En efecto, se les aplica un precepto pensado para atenuar la pena de aquellos particulares que, bajo un error de prohibición vencible, detienen fuera de los supuestos legales, con la intención de entregar al detenido a la autoridad. Podría plantearse que responde a la naturaleza jurídica de una justificación incompleta, tesis descartable al faltar un elemento esencial de la causa de justificación, el elemento subjetivo de la justificación, esto es, que el funcionario quiera detener al amparo de uno de los supuestos legales. Al no estar presente, no puede aplicarse la eximente completa ni la incompleta, siendo indiferente la concurrencia de otro elemento subjetivo, como la finalidad de entregar el detenido a la autoridad. Precisamente, se intenta justificar el privilegio del 163.4, por el hecho de entregar inmediatamente el detenido a la autoridad. De ese modo, se pretende compensar el desvalor de la finalidad delictiva de la detención con el valor del acto de colaboración con la Administración de Justicia, que supone la entrega del detenido a la autoridad. Una compensación impracticable debido, reitero, a la ausencia del elemento subjetivo de justificación que condiciona la ilegalidad absoluta de la detención.

### **2. Listas negras policiales de manifestantes**

El funcionario que accede a bases de datos personales o recopilación de éstos, cometería el delito del art. 198 CP (siempre que se realizara fuera de los supuestos legales y sin mediar causa legal por delito) en relación con el art. 197.5 CP, respecto al 197.2. Esto es, el funcionario, que, sin contar con el consentimiento del afectado, utiliza, en perjuicio de éste, datos sensibles en ficheros (artículo 197.2) referentes a su ideología (artículo 197.5). Empero, no solo se incurre en este delito, además, tal intrusión representa una limitación de los derechos cívicos del artículo 542 CP. Un precepto al que puede recurrirse, debido a su carácter subsidiario, en el supuesto

de que no se aceptara la aplicación del artículo 198. Ahora bien, es preciso aclarar que, precisamente el carácter genérico del concepto contenido en una norma penal en blanco como el art. 542 —derechos cívicos—, posibilita la incriminación de conductas que infringen determinados derechos fundamentales aún no reconocidos expresamente por el legislador penal. Este sería el caso del espionaje policial sobre el ejercicio de derechos fundamentales, en el supuesto de que se descartara el artículo 198. A través del artículo 542 podría sancionarse la intromisión policial en la ideología del particular, el control de su participación en actividades públicas que no son, por tanto, constitutivas de secreto y, posteriormente, la revelación de esa ideología en ficheros policiales, sumarios, fase de instrucción, etc. Por ende, la conservación de datos que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales, no solo da lugar a los delitos mencionados, sino que, también infringe el artículo 22 de la Ley 15/1999, sobre Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad. Precepto que, según la Disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, sigue vigente hasta que no se realice la transposición. El apartado segundo de este artículo establece que: «La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad». Pero, es más, no es suficiente con el consentimiento del afectado, el artículo 9. 1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, precisa que: «A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico». Tratándose de los datos sensibles (aquellos que revelen la ideología y afiliación sindical de un individuo), su recogida y tratamiento «podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta», pudiendo ser controlada la legalidad de estas actuaciones por los órganos jurisdiccionales y teniendo los interesados la posibilidad de promover igualmente dicho control por parte de los jueces y tribunales (art. 22.3 LO 15/99).

### **3. Amparo judicial del disparo doloso de pelotas de goma contra manifestantes**

Hasta que no se logre el objetivo de la prohibición permanente del disparo de bolas de goma como uno de los medios antidisturbios, hay que ofrecer una solución dogmática a los diferentes casos planteados. En ese sentido, la exigente completa de cumplimiento de un deber, debe aplicarse exclusivamente si concurre la necesidad en abstracto del uso de la violencia junto a la finalidad de evitar riesgos personales, propios o de terceros. Es preciso, por tanto, que haya un alto grado de agresividad

física que justifique el empleo de un instrumento tan peligroso (congruencia y oportunidad); además, es exigible que resulte necesario *ex ante*, conforme a las circunstancias del caso, al no existir otro medio menos arriesgado y un modo menos lesivo; igualmente, debe ser proporcional al hecho que se pretende impedir y, finalmente, coexistir con el elemento subjetivo de justificación: el deseo de cumplir una función pública en defensa de derechos fundamentales y de evitar un daño irreparable para el ordenamiento jurídico. Por su parte, la eximente incompleta sólo se aplicaría cuando, en presencia de los demás requisitos mencionados, el disparo con pelotas de gomas no sea proporcional. A modo contrario, no habría necesidad de intervención, es inaplicable la exención completa e incompleta cuando la manifestación es pacífica, cuando los manifestantes se retiran, o cuando no hay peligro alguno para las personas. Tampoco podría eximirse o atenuarse la pena cuando se incumpla el artículo 23 de Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, bien porque las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana no sean graduales y proporcionadas o porque las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no avisan a las personas afectadas que va a emplearse ese material antidisturbios.

La connivencia judicial con estas prácticas policiales ilícitas no debe ocultar que el origen de la impunidad se encuentra, por una parte, en la muy deficiente investigación policial efectuada. De ese modo, suelen recogerse mezcladas todas las armas utilizadas en el operativo, sin especificar las armas asignadas a cada uno de los funcionarios, tampoco se indica quién las ha usado y quién no. Finalmente, como las armas se suelen limpiar inmediatamente, se pierde cualquier opción de prueba. De otro lado, existe también una corresponsabilidad política. El disparo con pelotas de goma está reglamentado a través de disposiciones de carácter administrativo, cuasi secretas. En efecto, la utilización de material antidisturbios por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no está regulada por una Ley Orgánica, debiendo recurrirse a una ambigua reglamentación administrativa y a normas de carácter interno que carecen de publicidad. Actualmente, esta materia está recogida en la Circular de 3 de septiembre de 2013, de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana, sobre el empleo de material antidisturbios. Al tiempo, en otro texto carente de naturaleza jurídica, el Manual de actualización para unidades de intervención policial. Es evidente que esos textos carecen del valor de fuentes del Derecho frente a las disposiciones de la LOFCS de 1986 o LOSEC de 2015. Sin embargo, en estas últimas no se aborda el problema concreto de la restricción del uso de pelotas de goma, constituyendo una laguna altamente peligrosa para la vida e integridad física de los ciudadanos.

## **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

En aquellos supuestos en los que el funcionario sabe que detiene por un delito de atentado, resistencia o desobediencia inexistente, debe aplicársele el art. 167 CP (mitad superior e inhabilitación absoluta) con relación al tipo básico del artículo 163.1 CP (pena de prisión de cuatro a seis años).

El acceso del funcionario a bases de datos que recogen la ideología de los sujetos, a fin de imponer sanciones administrativas, debe dar lugar al delito del artículo 198 CP (siempre que se realizara fuera de los supuestos legales y sin mediar causa legal por delito) en relación con el art. 197.5 CP, respecto al 197.2.

En torno al empleo de material antidisturbios, nuestra propuesta es la erradicación, en todo caso, de las escopetas de bolas de goma. Hasta que ese momento llegue, hay que exigir que se establezcan y sean públicos los procedimientos formales de utilización del material antidisturbios y un sistema de control eficaz, adecuando la aplicación de la eximente del cumplimiento del deber a los mismos criterios exigidos para hacer uso del arma de fuego.





# LA LUCHA CONTRA LA APOROFOBIA EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA: ABORDAJE DEL TRABAJO SEXUAL

*José Manuel Paredes Castañón*

Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Oviedo (España)  
paredesmanuel@uniovi.es

## INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en principio, la conducta de prestar servicios sexuales a cambio de una remuneración (a partir de ahora: el trabajo sexual) es una conducta generalmente lícita en el Derecho español: si bien es cierto que se suele sostener que el contrato de prestación de dichos servicios es nulo de pleno Derecho, por resultar contrario al orden público, ello no obsta para que en general no esté prohibido ni prestar el servicio ni solicitarlo o contratarlo. En efecto, ni el Código Penal ni ninguna otra norma de Derecho público declara en general prohibida ninguna de dichas conductas.

Este panorama normativo hace que, de hecho, la mayor parte de la actividad de trabajo sexual tenga lugar, en España, por debajo del radar del Derecho: puesto que la abrumadora mayoría del trabajo sexual tiene lugar fuera del espacio público (en viviendas particulares o en locales de negocios oficialmente destinados a la actividad hostelera –«clubs»– o al ejercicio físico –«saunas», «masajes») y, además, el Derecho niega validez jurídica a los acuerdos efectuados para acordar las condiciones de la prestación, lo que ocurre antes, durante y después de la actividad sexual queda, prácticamente siempre, fuera del alcance de la ley. Llegando solamente a oídos de la Administración de Justicia algunos (pocos) casos en los que la interacción entre trabajador/a sexual y cliente termina en un conflicto grave (que provoque actos constitutivos de delitos graves); y, aun entonces, solamente cuando parece imposible ocultar su ocurrencia (muertes, lesiones graves, etc.), al salir a la luz pública a causa de la intervención de terceros (vecinos, servicios sanitarios, policía...).

Así pues, la situación jurídica usual del trabajo sexual en España es una combinación de teórica ausencia de prohibición con clandestinidad de hecho (ante la imposibilidad de ver reconocida la actividad que se realiza como laboral y/o mercantil y ante el riesgo, siempre presente de que la Administración pueda, en sus funciones de policía administrativa, cerrar negocios, o de que los vecinos puedan, alegando molestias, exigir el desahucio de locales, cuando unos y otros aparezcan vinculados

a actividades de trabajo sexual). Combinación esta que asegura en todo caso que los derechos de toda índole de trabajadores/as sexuales (especialmente, de los/as más pobres y vulnerables) permanezcan a la intemperie, faltos de cualquier protección efectiva.

Por lo demás, el hecho de que una gran parte de las personas que se dedican de forma habitual al trabajo sexual sean extranjeras, y de que muchas de ellas se hallen en territorio español en una situación administrativa irregular (sin permiso de residencia o con un permiso caducado u obtenido alegando una causa falsa) agudiza aún más la vulnerabilidad de los/as trabajadores/as sexuales; en especial, del sector más vulnerable de los/as mismos/as. Pues, en efecto, todos/as ellos/as se hallan constantemente amenazados/as por el riesgo cierto de que, en el caso de algunas de las actividades que realizan aflore y llegue a conocimiento de los poderes públicos (por ejemplo, por un conflicto grave con algún cliente), ello pueda ocasionar muy probablemente el inicio de un procedimiento sancionador derivado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con el consiguiente riesgo de expulsión del territorio nacional. Factor este que, de nuevo, propicia que la actividad, por muy legal que resulte en principio, de hecho permanezca prácticamente siempre en la clandestinidad.

Así pues, cuando se trata de hablar del impacto de la aporofobia sobre el colectivo de los/as trabajadores/as sexuales, antes que de Derecho administrativo, de lo que hay que hablar ante todo es de unas políticas públicas en la materia (o, más bien, de la carencia de ellas) que hacen que, de hecho, los derechos subjetivos teóricamente reconocidos por el ordenamiento jurídico a dichas personas en la práctica sean difícilmente accesibles para ellas; y, muy especialmente, para la parte más vulnerable (por pobre, por extranjera, por la situación administrativa irregular) de dicho colectivo. En otras palabras: la política pública del Estado español en materia de trabajo sexual es en términos globales aporófoba, pero sobre todo por omisión, por falta de la diligencia debida en la protección de los derechos de estas personas, de garantizar la accesibilidad efectiva al disfrute de los mismos.

Hecha esta advertencia (imprescindible, para enmarcar adecuadamente lo que a continuación se expone), el objetivo de la presente Propuesta se centra en los casos en los que la respuesta del Estado al trabajo sexual no es, como en los supuestos ya mencionados, la mera inactividad, sino la represión activa. En el caso de España, a través del Derecho policial (no del Derecho penal). Pues, dentro del marco general expuesto, la respuesta policial al fenómeno del trabajo sexual (y, más específicamente, a las actividades relacionadas con el trabajo sexual que se desarrollan en el espacio público) constituye el caso paradigmático de respuesta estatal concreta y abiertamente aporófoba. Una respuesta que, además, no solo se plasma en prácticas policiales, sino que goza también de reconocimiento legal. De manera que cualquier intento de corregir la expresión de aporofobia en este ámbito ha de pasar necesariamente por reformas legales, además de exigir cambios en el *modus operandi* de las fuerzas de seguridad en materia de seguridad ciudadana.

## SITUACIÓN ACTUAL

### 1. Regulación del trabajo sexual en el espacio público: Ley Orgánica de Protección a la Seguridad Ciudadana

#### 1.1. Derecho administrativo sancionador

Dos son las infracciones contenidas en la LOSC que tienen directa aplicación en el ámbito que nos ocupa:

— El art. 36.11 de la LOSC tipifica como infracción grave (multa de 601 a 30.000 euros) la siguiente conducta:

«La solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial.

Los agentes de la autoridad requerirán a las personas que ofrezcan estos servicios para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la inobservancia de dicho requerimiento podría constituir una infracción del párrafo 6 de este artículo»<sup>29</sup>.

Obsérvese que la infracción contiene un elemento valorativo de notoria vaguedad (y, por consiguiente, sujeto a la libérrima interpretación por parte de los agentes policiales que realicen la denuncia y, luego, del órgano instructor del expediente sancionador): «en las proximidades».

Según los datos disponibles, en virtud de esta infracción se han impuesto, desde su entrada en vigor, un total de 2.060 sanciones (Ministerio del Interior, s. f.).

— Asimismo, el art. 37.5 de la LOSC tipifica como infracción leve (multa de 100 a 600 euros) la siguiente conducta:

«(...) ejecutar actos de exhibición obscena, cuando no constituya infracción penal»<sup>30</sup>.

Otra vez, el supuesto de hecho de la infracción («actos de exhibición obscena») está descrito con notoria vaguedad.

Según los datos disponibles, en virtud de esta infracción se han impuesto, desde su entrada en vigor, un total de 1.166 sanciones (Ministerio del Interior, s. f.). Aunque es casi seguro que no todos los casos estén relacionados con el trabajo sexual, parece cierto que muchos sí que lo estén.

---

<sup>29</sup> Es decir, otra infracción grave de la misma LOSC, de desobediencia a la autoridad.

<sup>30</sup> Es decir, cuando no se realicen en presencia de menores o de personas con discapacidad (art. 185 CP).

## 1.2. Derecho policial: facultades de intervención policial

Además de las infracciones señaladas, la LOSC contiene disposiciones que, aunque no hayan sido pensadas específicamente para el caso del trabajo sexual, poseen un evidente potencial de utilización al objeto de intensificar el control policial sobre esta actividad (como, en general, de todas aquellas realizadas por la población pobre en espacio público).

En concreto, se trata de los dos preceptos siguientes:

— El art. 17.1 de la LOSC dispone, en relación con la «*restricción del tránsito y controles en las vías públicas*», que:

«Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento. Asimismo, podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.»

— Por su parte, el art. 16 de la LOSC, en relación con la «*identificación de personas*» establece que:

«En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos:

- a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción.
- b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.»

No es preciso explicar cómo ambos preceptos facultan de manera genérica a las fuerzas de seguridad para interferir en cualquier actividad que no haya sido expresamente autorizada (como ocurre, precisamente, con el trabajo sexual), solicitando identificaciones y/o impidiendo la permanencia en ciertos lugares a los/as trabajadores/as sexuales y/o a sus clientes. Facultades que, además, podrán ser ejercidas de manera absolutamente discrecional por parte de los agentes, dado el carácter extremadamente vago de los supuestos de hecho que la Ley define como condición para su puesta en práctica («alteración de la seguridad ciudadana», «indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción», «prevenir la comisión de un delito»)³¹.

---

<sup>31</sup> Sin embargo, no se dispone de datos estadísticos en relación con el número ni las situaciones en las que esta clase de actuaciones policiales están teniendo lugar.

## 2. Regulación del trabajo sexual en el espacio público: ordenanzas municipales

El panorama de la regulación del trabajo sexual a través del Derecho policial no estaría completo sin hacer referencia a su regulación complementaria a través de normas de rango municipal (en adelante, «ordenanzas municipales»). En efecto, aunque el panorama normativo en la materia es notoriamente desigual municipio a municipio, lo cierto es que no son pocos los ayuntamientos que, amparados en la competencia municipal en materia de policía local (y, específicamente, en la relativa a la vigilancia de los espacios públicos)<sup>32</sup>, han dictado normas municipales que prohíben y sancionan conductas relacionadas con la actividad de trabajo sexual.

En este sentido, dos son los modelos (teóricamente diferentes en sus objetivos, aunque en la práctica tiendan a converger en sus efectos prácticos) que inspiran dichas regulaciones municipales:

— La gran mayoría de ordenanzas municipales en la materia siguen el modelo de «ordenanza cívica» o «de convivencia»: de acuerdo con el mismo, el objetivo es prohibir la utilización del espacio público para la realización de actividades consideradas peligrosas, molestas, insalubres u ofensivas. Entre ellas, no son pocas las ordenanzas de esta índole que incluyen el ofrecimiento en el espacio público de servicios sexuales remunerados.

Así, por ejemplo, el art. 39 de la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona prohíbe: 1º) «ofrecer o aceptar, prestar servicios sexuales retribuidos en el espacio público»; 2º) «la solicitud, demanda y negociación de servicios sexuales retribuidos en el espacio público por parte de los clientes potenciales»; 3º) «cualquier conducta que tenga lugar en el espacio público que favorezca y promueva el consumo de la prostitución u otras formas de explotación sexual, considerando entre estas las conductas que consisten en acercarse a los clientes»; y 4º) «mantener relaciones sexuales mediante retribución en el espacio público».

— Sin embargo, hay alguna ordenanza (más reciente y supuestamente más progresista) que en teoría pone su énfasis más bien en la protección de los derechos de los/as trabajadores/as sexuales que actúan en espacio público.

Así, los arts. 14 y 15 de la Ordenanza Municipal para Luchar contra la Prostitución y la Trata con Fines de Explotación Sexual en la Ciudad de Sevilla prohíbe: 1º) «solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente, servicios sexuales retribuidos» en los espacios públicos; 2º) «realizar cualquier actividad de carácter sexual, en el espacio público de Sevilla, mediando retribución por ella»; y 3º) «las conductas que puedan considerarse como favorecedoras o que promuevan el consumo de prostitución u otras formas de explotación sexual, el mercado prostitucional y/o el turismo sexual».

---

<sup>32</sup> Art. 11,i) de la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales.

Como se puede comprobar, las conductas tipificadas como infracciones son prácticamente idénticas en ambos modelos, centrándose en todos los casos la actuación en el control del espacio público (antes que, en la protección de derechos, que supuestamente justificaría la intervención). Es cierto, no obstante, que en el segundo modelo cambia ligeramente el énfasis de la actuación represiva: así, el art. 14.4 de la mencionada Ordenanza de Sevilla dispone que «en ningún caso las conductas detalladas en el presente artículo podrán estar referidas a las personas en situación de prostitución, a efectos sancionadores». Sin embargo, ello no impide que tanto por las vías de hecho (prácticas policiales de identificación y de limitación de la libertad de circulación) como por la de la aplicación de otras infracciones (las de la LOSC —muy señaladamente, la de desobediencia, antes referida), el objeto más frecuente de la actividad represiva de las policías locales sigan siendo los/as trabajadores/as sexuales, que son quienes están de manera estable presentes en el espacio público (y no, como ocurre con los clientes o potenciales clientes, que únicamente aparecen de forma ocasional) y más sujetos, por lo tanto, a soportar las consecuencias de dicha actividad.

## PROPUESTA

### 1. Planteamiento general

Tal y como se acaba de exponer, el Derecho Administrativo español ha tomado una posición clara (y, en mi opinión, errónea) en el debate sobre cuál debe ser el tratamiento jurídico del trabajo sexual. Sin duda, se trata de un debate complejo, puesto que afecta a muchos intereses, derechos y valores. Pero creo que todas las partes del debate pueden estar de acuerdo en que la solución adoptada por la LOSC y por las ordenanzas municipales existentes en la materia es la peor de todas: sancionar a los trabajadores y trabajadoras sexuales por actuar en el espacio público. Y hacerlo de tal forma que se prescinda por completo de cualquier consideración atinente al bienestar y a los derechos de esas personas: ni se prevé ningún tipo de investigación sobre si son víctimas de trata, ni se toma en consideración su situación de vulnerabilidad. De hecho, toda la evidencia empírica muestra que esta forma de control administrativo represivo del trabajo sexual en el espacio público no hace sino incrementar la vulnerabilidad de los trabajadores y trabajadoras sexuales (que se sienten hostigados por la actuación policial, que se van trasladando a lugares cada vez más solitarios, aislados y peligrosos...), sin que se obtenga ningún beneficio para sus derechos (*vid.* entre otros muchos, Villacampa y Torres, 2013; Comité de apoyo a las trabajadoras del sexo, s. f.; Borraz, 2018; Pacheco, 2018). Se basa en un enfoque exclusivamente preventivista del control del espacio público, que no debería tener cabida en el ordenamiento de un Estado democrático de Derecho. Enfoque que, además, afecta de manera particularmente intensa (y discriminatoria) a la parte de los/as trabajadores/as sexuales ya de por sí más vulnerables: más pobres, extranjeros/as, racializados/as y/o en situación administrativa irregular.

En este sentido, incluso aquellas normas y actuaciones represivas que se realizan en nombre del objetivo de proteger a los/as propios trabajadores/as sexuales fracasan de hecho de manera estrepitosa en la consecución del objetivo proclamado: no solo es que la represión indiscriminada de los servicios sexuales remunerados (únicamente en el espacio público) no sirva para combatir la trata, ni mucho menos para reducir o suprimir el trabajo sexual; es que, antes al contrario, la represión de la actividad dentro del espacio público provoca que tanto la trata como el trabajo sexual no forzado se vuelvan actividades aún más clandestinas (porque la represión no impide que la actividad de trabajo sexual siga proliferando, aunque sí hace que se realice en peores condiciones)<sup>33</sup>, lo que en la práctica significa una disminución significativa del (ya de por sí escasísimo) nivel de protección de los derechos de los/as trabajadores/as sexuales.

## 2. Propuesta 1: reforma de la LOSC<sup>34</sup>

### 2.1. Supresión del vigente art. 36.11 LOSC<sup>35</sup>

Justificación:

- La protección de la infancia está ya suficientemente garantizada a través de lo dispuesto en el art. 185 CP (que sanciona la realización pública de actos sexuales y de exhibición obscena en espacios públicos). En cambio, la conducta de solicitar o aceptar servicios sexuales es una conducta puramente comunicativa, que, si es realizada de una manera normal, no tiene por qué afectar al bienestar de los menores que puedan encontrarse en las inmediaciones.
- En todo caso, incluso si no se opta por la supresión, lo cierto es que el tenor literal actual del precepto infringe el mandato de determinación de las normas que tipifican infracciones, al emplear conceptos tan vagos como el de

---

<sup>33</sup> La evidencia empírica es clara en este sentido: incluso en aquellos ordenamientos jurídicos que se han tomado más en serio la prohibición de la solicitud de servicios sexuales remunerados, con el fin de proteger a los/as trabajadores/as sexuales, el efecto práctico ha sido principalmente no la reducción de la actividad de trabajo sexual, sino un empeoramiento de las condiciones en las que se realiza (más clandestinas); y, por ende, una disminución del nivel de protección de los derechos de los/as trabajadores/as sexuales. *Vid.*, por ejemplo, sobre el modelo nórdico de regulación, Amnesty International (2016).

<sup>34</sup> Puesto que el objeto del presente informe es la regulación del trabajo sexual en el Derecho policial español, no se harán propuestas en relación con las disposiciones de la LOSC (contenidas en sus arts. 16 y 17.1 y más arriba mencionadas) que regulan las facultades de intervención policial en el espacio público, pues, aunque afectan de manera muy sustancial a los derechos de trabajadores/as sexuales, no se refieren a esta cuestión de manera específica, por lo que deben ser objeto de un estudio separado, desde una perspectiva más general.

<sup>35</sup> Alternativamente, para el caso de que no se acepte la propuesta de supresión, se propone: 1º) convertir la infracción en una infracción leve; 2º) suprimir el párrafo segundo; y 3º) modificar el párrafo primero, en el siguiente sentido: «La solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en delante de los centros educativos o en parques infantiles o espacios de ocio específicamente destinados a menores de edad».

«proximidades de lugares destinados a su uso por menores» o «espacios de ocio accesibles a menores de edad». Estas vaguedades deberían eliminarse, precisando mejor los espacios públicos en los que la infracción puede ser cometida.

- El riesgo para la seguridad vial que pueda derivarse de actuaciones de trabajadores/as sexuales no posee una entidad específica, que justifique su tipificación expresa. Por el contrario, es suficiente con lo dispuesto, en relación con la conducta debida por los peatones en las calles, carreteras y calzadas, por los arts. 121 y siguientes del Reglamento General de Circulación.
- No se comprende por qué es necesaria una remisión específica a la infracción de desobediencia grave para este caso. Por el contrario, la apreciación de esta infracción debería basarse en los criterios generales de interpretación y aplicación de la misma.

## **2.2. Supresión del vigente art. 37.5 LOSC**

Justificación: cuando el legislador español acordó, en 1995, despenalizar la realización de actos sexuales o de exhibición obscena en público ante adultos, lo hizo por entender que, en nuestra sociedad, dichas conductas habían dejado de producir un daño a la libertad personal que resultase verdaderamente relevante, ya que tanto la sexualidad como el desnudo se había normalizado socialmente. No se comprende qué ha cambiado desde entonces para tener que retroceder y castigar dichas conductas, aunque sea por vía administrativa. Por ello, no parece que la supresión de esta infracción pudiese ocasionar ningún efecto de desprotección sobre ningún bien jurídico importante. Pero sí, en cambio, evitaría el uso de la misma para reprimir conductas relacionadas con el trabajo sexual (especialmente, con el trabajo sexual en el espacio público, por parte de los/as trabajadores/as sexuales más pobres y vulnerables).

## **3. Propuesta 2: supresión de las infracciones contenidas en ordenanzas municipales que hacen referencia al trabajo sexual y a la solicitud y ofrecimiento de servicios sexuales remunerados**

Justificación:

- Para empezar, resulta cuando menos dudosa la competencia de las corporaciones municipales para crear infracciones administrativas en un ámbito regulado ya por la LOSC (y de manera menos restrictiva de los derechos fundamentales): en efecto, el art. 139 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local faculta a los municipios a tipificar infracciones y sanciones únicamente «en defecto de normativa sectorial específica».
- Por lo demás, entrando ya en el fondo del asunto, todas las infracciones contenidas en dichas ordenanzas que hacen referencia al trabajo sexual y a la so-



licitud y ofrecimiento de servicios sexuales remunerados tienen por objeto únicamente la regulación y el control de dichas conductas en el espacio público, adoptando en todo momento el punto de vista de su eventual naturaleza peligrosa, ofensiva, intranquilizadora y/o molesta. Es decir, en ningún caso se plantea la cuestión de la protección de los derechos de los/as trabajadores/as sexuales, sino únicamente la de su presencia y comportamiento (y el de sus clientes o potenciales clientes) en el espacio público: en ningún caso, pues (dígase lo que se diga), se protege realmente a los/as trabajadores, sino únicamente a la comunidad (supuestamente amenazada/ molestada/ ofendida/ intranquilizada por la conducta de los/as trabajadores/as sexuales y de sus clientes actuales o potenciales). Se limitan, pues, fuertemente los derechos fundamentales de los/as trabajadores/as sexuales (abriendo con ello la puerta a actuaciones policiales ampliamente discrecionales —y, por ello, potencialmente arbitrarias) en pro de unas difusas (y discutibles) exigencias de seguridad y convivencia, sin asegurar en ningún caso que las conductas objeto de tipificación y sanción son verdaderamente peligrosas/ molestas/... ; y mucho menos que la restricción de derechos resulte proporcionada (esto es, necesaria, subsidiaria y, ponderando sus costes y sus beneficios, razonable). Debido a esta falta de proporcionalidad, se trata de disposiciones reglamentarias de una legalidad muy dudosa, al interferir de manera tan intensa en los derechos fundamentales de las personas.

- Por último, hay que destacar la naturaleza profundamente discriminatoria de esta regulación. Así, en primer lugar, no se comprende por qué es preciso un tratamiento específico del trabajo sexual en el espacio público, frente a otras muchas actividades (no reguladas o reguladas de manera mucho menos restrictiva), cuando se trata de una actividad lícita y que, en general, no pone en peligro los bienes jurídicos de terceros (sí, claro está, los de los/as propios/as trabajadores/as sexuales... bienes que nuestro Derecho policial renuncia a proteger de una manera efectiva). En segundo lugar, las disposiciones aquí criticadas afectan a la parte más vulnerable de los/as trabajadores/as sexuales, los/as que operan en el espacio público, haciéndoles objeto de actuaciones policiales específicas (y muy discrecionales), algo que en general no les sucede de forma habitual al resto de trabajadores/as sexuales. Con esto, la actuación estatal respecto de estos/as trabajadores/as sexuales particularmente vulnerables no solo es inútil (por falta de diligencia debida) a la hora de proteger sus derechos. Además, al promover actuaciones represivas dirigidas específicamente contra a ellos/as, contribuye activamente a intensificar su estigmatización y a aumentar su vulnerabilidad frente a la explotación, la pobreza y la violencia. Se trata, pues, de un ejemplo paradigmático de una política pública (municipal, en este caso) netamente regresiva, que viola las obligaciones del Estado español a la hora de proteger los derechos humanos de las personas que participan en el trabajo sexual.

## **RESUMEN DE LA PROPUESTA**

A modo de resumen se propone (i) derogar el art. 36.11 LOSC, (ii) derogar el art. 37.5 LOSC, y (iii) derogar todas las infracciones contenidas en ordenanzas municipales que hacen referencia al trabajo sexual y a la solicitud y ofrecimiento de servicios sexuales remunerados.

# CONCLUSIONES

*Demelsa Benito Sánchez  
Ana Isabel Pérez Cepeda*

La CE, en su art. 9.2 obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que se le opongan y a promover las condiciones que aseguren la igualdad de individuos y grupos, en la «vida política, económica, cultural y social». La intervención pública debe promover la tutela de los derechos fundamentales de todas las personas — civiles y políticos, económicos, culturales y sociales— y la real efectividad de las garantías en condiciones de igualdad para todas las personas. Los informes que se han presentado en esta obra parten de la existencia de una serie de desigualdades económicas existentes en la sociedad actual, como se ha puesto de manifiesto en el trabajo del profesor García Laso. La pobreza, cada vez más en alza en nuestra sociedad, no es solo «una carencia económica severa», sino que comporta, como infiere el profesor Terradillos Basoco, la vulnerabilidad de las personas que la sufren y determina su exclusión social. Los conceptos de pobreza, vulnerabilidad y exclusión se constituyen «en referencia ineludible del compromiso constitucional de la ley penal». Sin embargo, la desigualdad no solo es heredada por el Derecho penal, sino que además es reforzada a través de los mecanismos que les son propios: la tipificación de conductas y la imposición de penas, como denuncia este autor. Para paliar esta desigualdad prácticamente innata al Derecho penal, en esta obra se ofrecen una serie de propuestas de reforma de la legislación actual e interpretativas para que sean tenidas en cuenta por todos los operados de la justicia, con el propósito de romper el vínculo entre pobreza, vulnerabilidad, exclusión y criminalización, propugnando la necesidad de un cambio epistemológico capaz de valorar este contexto que impide u obstaculiza gravemente el ejercicio de los derechos fundamentales, como determinante de la conducta delictiva. En definitiva, se pretende, como indica el título de esta obra, fomentar una aplicación en clave anti-aporófoba del Derecho penal.

En relación con la parte general del Derecho penal, se han realizado las siguientes propuestas.

- (1) Revisar la jurisprudencia relativa a la causa de justificación del estado de necesidad; revisión que desacralice el bien jurídico de la salud pública y que se debe concretar en los siguientes elementos: (a) Reconocer que concurre el presupuesto del estado de necesidad cuando se ven amenazadas condiciones básicas del individuo para una vida digna, y no exclusivamente cuando concurre una puesta en peligro concreto para el bien jurídico vida. (b) Superar la interpretación tradicional del requisito de la subsidiariedad, edificado sobre consideraciones abstractas de lo que podría haber realizado

lícitamente el autor para resolver el conflicto. (c) Realizar un juicio de ponderación en el que los tribunales lleven a cabo un verdadero ejercicio valorativo del concreto contexto personal de quien toma la decisión de actuar de correo de la droga (profesora Soledad Gil Nobajas).

- (2) Incorporar *de lege ferenda* en el art. 20 CP una atenuante específica para las personas que en estado de pobreza cometen un delito para satisfacer sus necesidades de subsistencia o de las personas que se encuentran a su cargo (profesores Rodrigo Fuziger y Alfredo Liñán Lafuente).
- (3) Recurrir *de lege lata* a la atenuante analógica del art. 20.7 CP cuando la persona comete un delito a causa de su situación de pobreza; e incluso al indulto pues la ley del indulto permite su concesión cuando existan razones de «justicia, equidad o utilidad pública», y dentro de esas razones podría estar, en el caso concreto, la condición de pobre o excluido (profesor Manuel Ollé Sesé).
- (4) Aplicar la exigente del art. 20.3 CP a las personas que, en una situación de exclusión severa por no haber tenido acceso a los valores imperantes en la sociedad, llevan a cabo un hecho tipificado como delito. *De lege ferenda*, se propone reformar este precepto, prácticamente inutilizado por la jurisprudencia en la actualidad. La reforma habría de eliminar el requisito de la edad, reconocer los déficits socioculturales e incorporar una cláusula como la que aparece en las dos causas de inimputabilidad que se recogen en los apartados previos de ese precepto. Asimismo, la medida de seguridad que lleva aparejada, que es privativa de libertad, se debería sustituir por otra no privativa de libertad. El foco debe ponerse en la obligación del Estado de revisar los programas de integración de las personas que no han tenido acceso a los derechos y prerrogativas propios del Estado social, situación que les ha podido abocar a la comisión de un hecho delictivo (profesora Demelsa Benito Sánchez).
- (5) Revisar la recién incorporada agravante de discriminación por razones de pobreza y exclusión social del art. 22.4 CP, y sustituir la expresión «razones de aporofobia» por «razones de pobreza». Eliminar la innecesaria clausula final, por superflua, que indica «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta» (profesor Miguel Bustos Rubio).

En relación con la ejecución de la pena, las propuestas han sido (1) eliminar del Código Penal la sustitución de la pena y la medida de seguridad previstas en los arts. 89 y 108; y (2) reformar el Reglamento Penitenciario y algunas Instrucciones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que tengan en cuenta la situación de pobreza y/o exclusión de la persona condenada (profesores Fernando Navarro Cardoso y Julio Fernández García).

En esta obra también se ha prestado especial atención a la mujer migrante y pobre y su relación con el Derecho penal. En este punto se ha planteado una modificación

de la LO 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género, y de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, para que no antepongan la condición de «migrante» a la de condición de «víctima» de las mujeres que sufren violencia. También se propone una revisión del Código Penal y de la normativa penitenciaria para incluir la perspectiva de género en la ejecución de penas impuestas a mujeres inmigrantes y pobres, con medidas relacionadas con la suspensión o sustitución de la pena de prisión. Igualmente, en relación con el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, se pronuncia a favor de la eliminación del castigo del enriquecimiento con el ejercicio voluntario de la prostitución ajena pues supone una criminalización de comportamientos que no atentan contra la libertad sexual dado que la mujer decide ejercerla libremente. Su castigo no hará más que marginar más a las ya marginadas mujeres de nacionalidad extranjera sin permiso de trabajo que se dedican al ejercicio de la prostitución (profesora María Acale Sánchez).

Continuando con la parte especial del Derecho penal, se han realizado las siguientes propuestas.

- (1) Con respecto a los delitos relacionados con la violencia filioparental (lesiones, amenazas, coacciones, etc.) se ha propuesto mejorar el sistema de recopilación y emisión de datos para dar así visibilidad al problema, especialmente vinculado a familias vulnerables socioeconómicamente. Así se podrá tener una visión más cercana a la realidad, lo que permitirá un tratamiento más adecuado desde diversos ámbitos, entre ellos, desde la perspectiva penal (profesor Alfredo Abadías Selma).
- (2) Respecto de los delitos de tráfico de drogas que algunas víctimas de la trata de personas se pueden ver abocadas a cometer, se insiste en la necesidad de recurrir al principio de no punición que se recoge en el propio art. 177 bis CP, que no se ha aplicado hasta once años después de su incorporación al Código Penal. Se ha sugerido modificar la regulación de la exención de pena para clarificar su relación con las eximentes de la parte general, la eliminación del requisito de la proporcionalidad y la introducción expresa de la posibilidad de declaración de la condición de víctima de trata por parte del órgano judicial. Además, se propone desarrollar la definición de situación de necesidad y vulnerabilidad del art. 177 bis CP para incluir la posibilidad de que también exista cuando la persona, atendidas sus circunstancias, cree razonablemente no tener otra alternativa (profesor Víctor Macías Caro)
- (3) Sobre el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles, se ha propuesto la despenalización de la usurpación pacífica de inmuebles que no constituyen morada del art. 245.2 CP por falta de lesividad. En todo caso, hasta que desaparezca del Código Penal, la propuesta planteada en esta obra pasa por mitigar la respuesta penal en estos casos acudiendo, por ejemplo, al estado de necesidad defensivo, a la causa de justificación del art. 20.7 del Código Penal, o a otras fórmulas como la inexigibilidad de otra conducta (profesora Wendy Pena González).

- (4) En relación con el top manta —quizá el ejemplo más significativo del texto punitivo en relación con la criminalización de la pobreza—, se ha planteado también su despenalización, atendiendo a los principios limitadores del Derecho penal, como el de lesividad y el de *ultima ratio*. Como alternativa, dado que parece poco probable que esto suceda, se han sugerido diversas modificaciones en los preceptos implicados para restringir su aplicación, evitar la pena privativa de libertad y fomentar, en tal caso, la de trabajos en beneficio de la comunidad, ya que la pena de multa difícilmente puede ser abordada por los condenados por estos delitos, lo que les lleve a la responsabilidad personal por impago de multa, además de otras consecuencia como la imposibilidad de regularizar su situación en España por contar con antecedentes penales (profesora Demelsa Benito Sánchez).
- (5) Por lo que respecta a la delincuencia medioambiental, se defiende (a) la creación de un cuerpo legislativo internacional con delitos ambientales transnacionales y con la incorporación de un quinto crimen internacional de ecocidio para los casos extremadamente graves contra la naturaleza; (b) el empleo de los programas de cumplimiento penal que incluyan un mapa de análisis de riesgos; (c) la complementariedad de la justicia restaurativa con el sistema penal a través de una reparación ejecutada mediante penas de multa, el decomiso y la responsabilidad civil *ex delicto*; (d) un efectivo y garantizado acceso a la información pública, a la participación y a la justicia ambientales como derechos de tercera generación (profesora Miriam Ruiz Arias).
- (6) Para la protección de los trabajadores, se han planteado en esta obra las siguientes propuestas: (a) modificar el art. 316 CP estableciendo en forma concreta al sujeto activo, dejando a un lado la utilización de la técnica remisiva; y (b) incluir a los delitos de los arts. 316 y 317 CP en los supuestos del art. 31 bis, modificando el actual 318 CP o derogándolo, de manera que se pueda responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en los que se cometan esta clase de delitos (profesora Lucía Remersaro Coronel).
- (7) Por último, los delitos de odio, de los que se conocen tristes ejemplos cometidos sobre personas en situación de sinhogarismo, pobreza y exclusión, se ha propuesto concretar el concepto de discurso de odio bajo los parámetros de los principios de ofensividad y de intervención mínima (profesora Silvia Mendoza Calderón).

Los recientes informes han tenido como objeto de análisis no tanto el Código Penal como la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana. En este punto, se han sugerido las siguientes propuestas.

- (1) Mejorar la realización de análisis empíricos en nuestro país para un conocimiento más fiel de la realidad criminal, lo que permitirá llevar a cabo mejores propuestas legislativas (profesora Isabel García Domínguez).

- (2) Respecto de la represión de la protesta pública se ha planteado lo siguiente.
- (a) En aquellos supuestos en los que el funcionario sabe que detiene por un delito de atentado, resistencia o desobediencia inexistente, debe aplicársele el artículo 167 CP (mitad superior e inhabilitación absoluta) con relación al tipo básico del 163.1 CP (pena de prisión de cuatro a seis años). (b) El acceso del funcionario a bases de datos que recogen la ideología de los sujetos, a fin de imponer sanciones administrativas, debe dar lugar al delito del artículo 198 CP (siempre que se realizara fuera de los supuestos legales y sin mediar causa legal por delito) en relación con el art. 197.5 CP, respecto al 197.2. (c) En torno al empleo de material antidisturbios, nuestra propuesta es la erradicación, en todo caso, de las escopetas de bolas de goma. Hasta que ese momento llegue, hay que exigir que se establezcan y sean públicos los procedimientos formales de utilización del material antidisturbios y un sistema de control eficaz, adecuando la aplicación de la exigente del cumplimiento del deber a los mismos criterios exigidos para hacer uso del arma de fuego (profesor Guillermo Portilla Contreras).
- (3) Finalmente, se propone (a) derogar el art. 36.11 LOSC, (b) derogar el art. 37.5 LOSC, y (c) derogar todas las infracciones contenidas en ordenanzas municipales que hacen referencia al trabajo sexual y a la solicitud y ofrecimiento de servicios sexuales remunerados.

A modo de cierre no podemos dejar de señalar que, aunque la criminalización de la pobreza y la exclusión haya sido una constante a lo largo de la historia, no es aceptable en el momento actual. Las constituciones de los estados democráticos y los convenios internacionales en materia de derechos fundamentales proclaman la igualdad real y efectiva. Corresponde a los estados hacer realidad esa proclama para que no quede en papel mojado. En esta obra pueden encontrarse las bases para el diseño de una política criminal más igualitaria. Sin duda, queda mucho por hacer. No es suficiente la aprobación de reformas aisladas en el ámbito penal o los cambios jurisprudenciales que se han planteado en esta obra. Es necesario formular toda la política criminal con una perspectiva anti-aporófoba. Esto supone, en primer lugar, que el legislador tenga en cuenta la desigualdad socioeconómica a la hora de tipificar las conductas. Y, en segundo lugar, que se tenga en cuenta por parte de los operadores de la justicia a la hora de aplicar la ley, es decir, desde que la persona entra en contacto con el sistema de justicia penal hasta que, eventualmente, tenga que cumplir una pena.

Una política criminal con perspectiva anti-aporófoba será sin duda más justa con quienes no han tenido acceso a las oportunidades asociadas al estado del bienestar, pero no será la solución a la desigualdad ya existente. La política criminal anti-aporófoba servirá para mitigar los efectos del Derecho Penal y del sistema de justicia penal sobre los más desfavorecidos, pero lo necesario es el replanteamiento de toda la política social para frenar la desigualdad existente y garantizar a todos el acceso a los derechos propios del Estado social.

## REFERENCIAS

- Amnesty International (2016): *The Human Cost of 'Crushing' the Market. Criminalization of Sex Work in Norway*. Disponible en <https://www.amnesty.org/en/documents/eur36/4034/2016/en/> (última consulta el 1.8.2022).
- ARRELS Fundació (2020): *Vivir en la calle en Barcelona. Radiografía de una ciudad sin hogar*. Disponible en: <https://www.arrelsfundacio.org/wp-content/uploads/2021/02/vivir-en-la-calle-en-Barcelona-informe-2020.pdf> (última consulta el 1.8.2022).
- Asociación Bizitegi (2019): *Estudio sobre la realidad de las mujeres en situación de exclusión residencial*. Disponible en [https://www.bizitegi.org/wp-content/uploads/2019/07/Mujeres-situacion-exclusion-residencial\\_cas.pdf](https://www.bizitegi.org/wp-content/uploads/2019/07/Mujeres-situacion-exclusion-residencial_cas.pdf) (última consulta el 1.8.2022).
- Ávila Vázquez, V. y Garrido Gaitán, E. (2019): «La aporofobia como delito de odio y discriminación», en Castro Toledo, F. J., Gómez Bellvís, A. B. y Buil Gil, D.: *La Criminología que viene: Resultados del I Encuentro de Jóvenes Investigadores en Criminología*, Red española de jóvenes investigadores en Criminología, pp. 295-306. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7279452> (última consulta el 1.8.2022).
- Barrera Tobares, S (2018): «Sinhogarismo invisible. El caso de las mujeres sin hogar», TFM, Universidad de Barcelona.
- Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, S. (ed.) (2022): *Alternativas político-criminales frente al derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tiran lo Blanch. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=862215> (última consulta el 1.8.2022).
- Borraz, M. (2018): *Las ordenanzas municipales que sancionan la prostitución no logran acabar con su ejercicio*, *Eldiario.es* de 1 de noviembre de 2018. Disponible en [https://www.eldiario.es/sociedad/ordenanzas-municipales-sancionan-prostitucion-clandestinizan\\_1\\_1863404.html](https://www.eldiario.es/sociedad/ordenanzas-municipales-sancionan-prostitucion-clandestinizan_1_1863404.html) (última consulta el 1.8.2022).
- CEDAW (2020): *Recomendación general núm. 38 (2020) relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial*.
- Colectivo Hetaira: *Hetaira contra la ley mordaza*. Disponible en <https://colectivohetaira.org/hetaira-contra-la-ley-mordaza/> (última consulta el 1.8.2022).
- Comité de Apoyo a las Trabajadoras del Sexo (2014): *Informe de evaluación de la 'Ordenanza para luchar contra la Prostitución en el Municipio de Murcia'*. Disponible en <http://www.asociacioncats.es/wp-content/uploads/2018/04/EVALUACI%C3%93N-DE-LA-ORDENANZA-CONTRA-LA-PROSTITUCI%C3%93N-EN-EL-MUNICIPIO-DE-MURCIA.pdf> (última consulta el 1.8.2022).
- Consejo de Derechos Humanos (2021): *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Siobhán Mullally, sobre la aplicación del principio de no penalización*.
- Cortina, A. (2017): *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Barcelona, Paidós.
- Cuervo García, A.L. (2018): *Menores maltratadores en el hogar*, Barcelona, Bosch.
- De Giorgi, A. (2006): *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Madrid, Traficante de sueños.
- Estévez, E. y Góngora, J. (2009): «Adolescent aggression towards parents: Factors associated and intervention proposals», *C.Q. Tawse, Handbook of Aggressive Behaviour Research*, New York, Nova Science Publishers, pp. 143-164.



- Fleetwood, J. (2011). «Five kilos: Penalties and practice in the international cocaine trade», en *The British Journal of Criminology*, 51-2, pp. 375-393.
- Gallagher, E. (2004): «Parents victimized by their children», *Australian and New Zealand journal of family therapy*, 25 (1), pp. 1-12.
- Gil Nobajas, M. S. (2022): «Tráfico de drogas y estado de necesidad: análisis y revisión de la doctrina jurisprudencial en relación con los correos de la droga», en Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 457-497.
- Harbin, H. T. y Madden, D. J. (1979): «Padres maltratados: un nuevo síndrome», *The American Journal of Psychiatry*, 136(10), pp. 1288-1291.
- Ibabe, I., Jaureguizar, J. y Díaz, O. (2007): *Violencia filio-parental. Conductas violentas de jóvenes hacia sus padres*, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- INE-Instituto Nacional de Estadística (2012): *Encuesta a las personas sin hogar Avance de resultados*. Disponible en: <https://www.ine.es/prensa/np761.pdf> (última consulta el 1.8.2022).
- Jackson, D. (2003): «Broadening constructions of family violence: Mothers's perspectives of aggression from their children», *Child & Family Social Work*, 8(4), pp. 321-329.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2009): «Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.): *Protección penal de los derechos de los trabajadores seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, pp. 203-226.
- Martín, R. M<sup>a</sup>., Panadero, S. y Vázquez, J. J. (2016): *Mujeres sin hogar en Madrid. Un estudio longitudinal*, presentado en las V Jornadas de Jóvenes Investigadores de la Universidad de Alcalá (UAH), Madrid.
- Martínez Escamilla, M. et al (2022): *Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo*. Disponible en línea: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/71180> (última consulta el 1.8.2022).
- Melero Alonso, E. (2017): «Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es derecho administrativo del enemigo». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, 6, pp. 7-26. <https://doi.org/10.24965/real.v0i5.10384> (última consulta el 1.8.2022).
- Meneses Falcón, C. y Guindeo Aguerri, L. (2015): «¿Cómo afecta la crisis económica al contexto de la prostitución de calle?» en *Cuadernos de Trabajo Social*, 22, pp. 155-170.
- Michalowski, R. J. & Kramer, R. C. (2007). «State-corporate crime and criminological inquiry», en *International handbook of white-collar and corporate crime*, Boston, MA: Springer, pp. 200-219
- Milton Peralta, J. (2012): *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons.
- Ministerio del Interior (2015-2020). *Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior*. Disponible en <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/anuario-estadistico-de-2020> (última consulta el 1.8.2022).
- Ministerio del Interior (s. f.): *Infracciones a la Ley Orgánica 4/2015, de Protección a la Seguridad Ciudadana*. <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portales-estadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos10/&file=pcaxis> (última consulta el 1.8.2022).

- Lai, G. (2012): «Drugs, crime and punishment. Proportionality, crime and punishment», en *Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 12, pp. 1-12.
- Observatorio de la Pobreza Desigualdad y Exclusión (2020): *La pobreza y la exclusión social están directamente relacionadas con la violencia de género*. Disponible en: <https://www.eapn.es/noticias/1257/la-pobreza-y%C2%A0la-exclusion-social-estan-directamente-relacionadas-con-la-violencia-de-genero> (última consulta el 1.8.2022)
- Pacheco, R. (2018): Las Ayuntamientos castigan más a las prostitutas que a la prostitución Disponible en [https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/ordenanzas-municipales-castigan-prostitucion\\_196633\\_102.html](https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/ordenanzas-municipales-castigan-prostitucion_196633_102.html) (última consulta el 1.8.2022).
- Pagani, L. S., Tremblay, R. E., Nagin, D., Zoccolillo, M., Vitara, F. y McDuff, P. (2004): «Risk factor models for adolescent verbal and physical aggression toward mothers», *International Journal of Behavioral Development*, 28(6), 2004, págs. 528-537.
- Perea Barba, A., (2022): *Efectos del confinamiento sobre la violencia filio-parental en los centros de tratamiento del grupo ITA* (en prensa).
- Puente Guerrero, P. «Criminalización del sinhogarismo y violencia cultural: las ordenanzas municipales como instrumentos de exclusión de las personas sin techo. Un estudio de caso en las capitales de provincia de Castilla y León», *Revista General de Derecho Penal*, 34, 2020.
- RAIS Fundación (2015): *Informe de investigación*.
- Red-DESC - Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2021): *El derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores*. Disponible en <https://www.escri-net.org/es/derechos/trabajo> (última consulta el 1.8.2022).
- Terradillos Basoco, J. M. (2008): «Delitos contra la vida y seguridad en el trabajo: autoría y participación (con análisis de supuestos)», en *Revista de Derecho social*, 42, pp. 77-95.
- Terradillos Basoco, J. M. (2006): «Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral». *Cuadernos penales José María Lidón. Tutela penal de la seguridad en el trabajo*, 3, pp. 15-41.
- Terradillos Basoco, J. M. (2020). *Aporofobia y plutofobia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona, J. M Bosch.
- UNODC (2012): *Nota orientativa sobre el concepto de «abuso de una situación de vulnerabilidad» como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Referencia: V.12-56246 (S),
- UNODC (2020): *Global Report on Trafficking in Persons*.
- Villacampa Estiarte, C. y Torres Rosell, N. (2013): «Políticas criminalizadoras de la prostitución en España. Efectos sobre las trabajadoras sexuales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-06, pp. 1-40.
- Walsh, J. A. y Krienert, J. L. «A decade of child-initiated family violence: comparative analysis of child parent violence and parricide examining offender, victim and event characteristics in a national sample of reported incidents, 1995-2005», *Journal of Interpersonal Violence*, 24(9), 2009, págs. 1450-1477.



---

ISBN: 978-84-17836-49-8



9 788417 836498