

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

LAS RAZONES SOCIOECONÓMICAS EN LA ACTUACIÓN DEL SUJETO ACTIVO COMO AGRAVANTE GENÉRICA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL¹

THE SOCIOECONOMIC REASONS IN THE ACTIVITY OF THE ACTIVE SUBJECT AS A GENERIC AGGRAVATING FACTOR OF CRIMINAL RESPONSIBILITY

Néstor Orejón Sánchez de las Heras

Doctor en Derecho penal

Profesor asociado en la Universitat de València (Dpto. Derecho penal)

nestor.orejon@uv.es

¹ * El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Congreso Internacional “Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social” celebrado en la Universidad de Deusto los días 20, 21 y 22 de abril como parte del proyecto I+D+I «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, ref. RTI2018-095155-A-C22, perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal», ref. RTI2018-095155-B-C21).

RESUMEN:

La circunstancia agravante genérica de discriminación contemplada en el Código penal establece una enumeración cerrada de las razones por las que el legislador ha decidido intervenir mediante un incremento punitivo. Este listado *numerus clausus* ha impedido, hasta la actualidad, su aplicación en situaciones en las que el sujeto pasivo ha sido seleccionado por ser pobre o por razones socioeconómicas. Recientemente se ha introducido esta causa discriminatoria por lo que, en el presente trabajo, se justifica la necesidad de su inclusión y se trata el debate doctrinal existente en cuanto a si resulta oportuna su regulación como razones de exclusión social o aporofobia o si, por el contrario, resulta más apropiado hacer referencia a razones socioeconómicas como motivo de discriminación.

ABSTRACT:

The generic aggravating circumstance of discrimination provided for in the Criminal Code establishes a closed list of the reasons because of the legislator has decided to intervene by means of a punitive increase. This numerus clausus list has so far prevented its application in situations where the taxable person has been selected for being poor or for socio-economic reasons. Recently this discriminatory cause has been introduced so, in this paper, it is justifies the need for their inclusion and discusses the existing doctrinal debate as to whether their regulation as grounds for social exclusion or aporophobia is appropriate or on the other way, it is more appropriate to refer to socio-economic reasons as grounds for discrimination.

PALABRAS CLAVE:

Discriminación; pobreza; delitos de odio; delitos por discriminación; derecho penal.

KEYWORDS:

Discrimination; poverty; hate crimes; offenses for discrimination; criminal law.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La discriminación hacia la persona pobre como circunstancia de agravación: 2.1. La evolución de los motivos discriminatorios en la circunstancia genérica agravatoria. 2.2. Necesidad y oportunidad de la inclusión de la aporofobia o de las razones socioeconómicas como motivo discriminatorio. 3. Agravación por aporofobia o exclusión social versus discriminación por razones socioeconómicas. 4. Conclusión. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

Los delitos por discriminación pueden ser abordados por el legislador, si atendemos al Derecho comparado, desde dos formas político-criminales diferenciadas. Esto es, “una de las formas, que podríamos denominar de carácter particular, consiste en la tipificación penal de determinadas o específicas conductas que serían atentatorias contra el bien jurídico igualdad y, subsecuente, derecho a no ser discriminado. La otra forma, inminentemente de carácter general, consiste en la provisión de una agravante genérica –que expresa los motivos discriminatorios– aplicable a todos o algunos delitos que el respectivo código punitivo prescribe” (Salinero, 2013: 276).

Nuestro Código penal ha optado por un modelo político-criminal mixto (Gómez, 2016: 6), de modo que se ha configurado una doble vía para castigar los hechos constitutivos de delitos por discriminación y proteger a los sujetos pasivos de este tipo de infracciones. Por un lado, ha establecido una circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad criminal (artículo 22.4^a del Código penal) y, por otro, ha regulado tipos específicos para distintas conductas como torturas, amenazas, discriminación en el ámbito laboral, etc.².

Esta doble regulación no es novedosa en nuestro texto punitivo ni exclusiva de nuestro Derecho penal, pues otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno también hacen uso de esta doble sistemática. Así, de un lado, y como un ejemplo paradigmático, en materia de violencia de género entendida en los términos establecidos en el art. 1 de la LO 1/20041, el legislador ha establecido, de una parte, la agravante de discriminación por razones de género y la circunstancia mixta de parentesco, al mismo tiempo que, de otra, se reconocen una serie de tipos género-específicos, seleccionados por el legislador con base en la reiteración delictiva³. Por otro lado, esta duplicidad o el hecho de compaginar tipos específicos con circunstancias genéricas es propio también de otros ordenamientos jurídicos como el italiano (Salinero, 2000: 16) y no es una técnica legislativa novedosa (Cussac, 1989: 39).

La circunstancia genérica ha venido sufriendo diversas modificaciones, entre otros aspectos, en cuanto al elenco de motivos discriminatorios expresamente reconocidos. Así, desde un punto de partida como “agravante básicamente antixenófoba” (Landa, 2018: 119) hasta la redacción dada por la LO 1/2015, nos encontrábamos con motivaciones agravatorias de la responsabilidad criminal como la ideología, religión y creencias del sujeto pasivo, su origen étnico, racial o nacional, su sexo, orientación sexual o identidad sexual, razones de género y, la enfermedad o discapacidad del sujeto pasivo. Además, hacía especial énfasis en los motivos racistas o antisemitas. Después de diversas iniciativas legislativas que han existido al respecto, finalmente se ha reconocido la aporofobia, la exclusión social o la motivación socioeconómica como causa de discriminación, trasladando al texto penal las demandas efectuadas no solo por los movimientos sociales sino también por la Fiscalía, la doctrina e incluso la jurisprudencia. De este modo, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su disposición final sexta (apartado uno), adiciona la edad, la identidad de género y las razones de aporofobia o de exclusión social como motivos discriminatorios. Todo ello además de añadir un inciso final en el que se indica que ello será aplicable “con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”⁴.

² Sobre la conveniencia de este doble sistema punitivo, aunque excede del presente trabajo, el mismo puede suponer ventajas y desventajas. Por un lado, y como beneficios se puede hacer referencia al efecto comunicativo de los tipos específicos, la mayor precisión en la llevanza de las estadísticas y cuantificación de este tipo de discriminación mediante estadísticas oficiales y su eficacia preventiva. En cuanto a inconvenientes, en algunos casos podríamos entender que se está generando un Derecho penal simbólico, se pierde el componente colectivo en la lucha contra este tipo de conductas (un hecho social generalizado contra el que se pretende luchar desde los movimientos sociales, pasa a ser valorado como hechos individuales dentro del sistema jurídico penal), puede dar la impresión de generar un ordenamiento jurídico-penal paternalista o vicario con respecto a los sujetos en situación de vulnerabilidad y es posible que se generen problemas de vulneración del principio de proporcionalidad.

³ Al margen de los delitos de violencia en el ámbito familiar, el legislador establece tipos género-específicos en los arts. 148.4^o, 153.1, 171.4 y 172.2 CP. En este sentido LAURENZO COPELLO refiere que el legislador “apostó de forma decidida por las figuras género específicas como instrumento para proteger a las mujeres frente a las agresiones violentas provenientes de sus parejas sentimentales, si bien la selección de las conductas punibles no se hizo en función de su gravedad sino de su frecuencia comisiva. De ahí que las agravantes de género se encuentren en delitos tales como el maltrato de obra que no produce lesiones, las lesiones leves o las amenazas y coacciones también leves y en cambio no exista un delito de feminicidio asociado a los tipos penales contra la vida” (Laurenzo, 2015: 786).

⁴ La introducción de este inciso final, al margen de distintos posicionamientos al respecto, viene a dar solución a

La incorporación de esta motivación tanto en la agravante genérica recogida en el epígrafe cuarto del artículo 22 del Código penal como en los delitos específicos de discriminación ha planteado, entre otros debates doctrinales, si debía reconocer expresamente la aporofobia o la exclusión social (la reciente modificación del Código penal introduce ambas) o, por el contrario, debe remitirse de manera genérica a causas o razones socioeconómicas del sujeto pasivo, sin que expresamente se haga referencia al colectivo diana o en situación de vulnerabilidad. El presente artículo pretende precisamente establecer los motivos por los que considero que debía ser esta última la motivación a introducir en la agravante genérica, así como, por coherencia normativa, en los tipos específicos que regulan los delitos por discriminación.

2. LA DISCRIMINACIÓN HACIA LA PERSONA POBRE COMO CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN.

Antes de entrar a valorar la forma en la que se debería haber introducido en el Código penal la exclusión a la persona pobre como motivo de discriminación, esto es, si debía reconocer expresamente la aporofobia o la exclusión social o, por el contrario, debía remitirse de manera genérica a causas o razones socioeconómicas del sujeto pasivo, resulta conveniente esquematizar la evolución de la circunstancia agravante en cuanto a su alcance y valorar la necesidad y oportunidad de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. LA EVOLUCIÓN DE LOS MOTIVOS DISCRIMINATORIOS EN LA CIRCUNSTANCIA GENÉRICA AGRAVATORIA.

La agravante de discriminación se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico penal unos meses antes de la aprobación del actual Código penal, esto es, por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. Durante la tramitación parlamentaria, pues no estaba prevista en la proposición de ley inicial, se lleva a cabo la introducción de esta circunstancia “con el fin de dar respuesta a la preocupación del legislador ante el incremento de actos delictivos contra las personas y el patrimonio por motivos xenófobos, racistas, por los orígenes étnicos o nacionales” (Goyena, 2010: 208). Se produce, así, una modificación urgente del Código penal para dar respuesta a una preocupación del legislador derivada de actos delictivos de origen xenófobo o racista y frente a la que debía luchar conforme a las obligaciones impuestas por el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio así como el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 7 de marzo de 1966, sin esperar a la aprobación del nuevo Código penal⁵.

No obstante, la agravante que surge de esta Ley Orgánica, y que se traslada al posterior Código penal de 1995, no se va a limitar a la discriminación por razones xenófobas, sino que “lo que no iba a ser sino una ampliación del ámbito de prohibición del genocidio, claramente circunscrito por tanto a conductas de simpatía ideológica filo-nazi, acaba incluyendo también un delito de provocación a la discriminación y una agravante genérica para los delitos contra las personas y el patrimonio por motivos racistas o antisemitas, étnicos y nacionales, pero también, por razones puramente ideológicas, religiosas o de creencias” (Landa, 2004: 63).

En concreto, y tras la tramitación parlamentaria, la agravación contendrá los motivos discriminatorios que sean racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima.

respuestas contradictorias por parte de la jurisprudencia y que, en mayor medida, venían a exigir que la condición discriminatoria concurriera en el sujeto pasivo del delito, lo que impedía la aplicación en supuestos de error inverso o por asociación. En este sentido, el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona continuamente había instado en sus memorias anuales a que se llevase a cabo la reforma de estos delitos, y en especial de la circunstancia agravante genérica de discriminación, de modo que se introdujera una cláusula que “permita aplicar la agravante con independencia de que las cualidades de raza, etnia, origen, orientación o identidad sexual, discapacidad, enfermedad, etc. concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta” (Memoria anual correspondiente al año 2015 del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, págs. 41 y 42, que puede consultarse en el link:

http://diesdagost.sobrevia.net/gestiobeta/arxius/agost/documents/1484222824Memoria_Servicio_Delitos_de_Odio.pdf

⁵ El diputado popular Robles Fraga indicaba al respecto de la urgencia y necesidad que era necesario “hacerlo de manera urgente, de no esperar más al nuevo Código Penal, de incluirlo ahora, de dar una señal política concordada entre los distintos grupos políticos, apoyada en la mayoría del pueblo español y en los deseos del mismo de celebrar correctamente este Año Europeo de la Tolerancia”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 1995, 27 de abril de 1995, número 143, pág. 7.558.

Este listado, *numerus clausus*, de razones discriminatorias como motivo de agravación serán objeto de ampliación en el Código penal que resulte de la Ley Orgánica 10/1995, actual texto punitivo, que durante la tramitación legislativa ante el Senado incorpora el sexo, la orientación sexual y la enfermedad o minusvalía del sujeto pasivo. Minusvalía que se sustituirá por el término discapacidad, conforme a la modificación efectuada mediante Ley Orgánica 5/2010, atendiendo a la voluntad expresada por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que ya indicaba al respecto que “las referencias que en los textos normativos se efectúan a ‘minusválidos’ y a ‘personas con minusvalía’, se entenderán realizadas a ‘personas con discapacidad’”.

Esta modificación del Código penal introduce, asimismo, la identidad sexual como motivo discriminatorio en la circunstancia modificativa (en la redacción actual se reconoce la identidad sexual o de género)⁶. De este modo, “el añadido legal equipara a los efectos de la agravante la discriminación por razón de homosexualidad a la discriminación de la transexualidad, lo que parece correcto” (Manjón-Cabeza Olmeda, 2010: 54), o a otro tipo de identidades sexuales, como la intersexualidad. Se daba solución a una omisión que requería necesariamente de la intervención del legislador y que había sido, al parecer, fruto de la confusión de conceptos de este al equiparar la orientación con la identidad sexual o de género. Laguna legal que, al margen de las soluciones jurisprudenciales, había sido objeto de crítica doctrinal⁷.

Aún con posterioridad, y en la reforma casi integral del Código penal llevada a cabo mediante Ley Orgánica 1/2015, con el fin de acometer una de las obligaciones establecidas en el artículo 46 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, de 11 de mayo de 2011, ratificada por España (Convenio de Estambul), se introducirá como motivo de discriminación las razones de género. Inclusión que se justifica en el propio Preámbulo de la Ley en la diferenciación entre el sexo y el género y la diferente fundamentación en uno y otro supuesto⁸.

De este modo, y desde la anterior redacción dada por la LO 1/2015, nos encontrábamos con motivaciones que agravaban la responsabilidad criminal como la ideología, religión y creencias del sujeto pasivo, su origen étnico, racial o nacional, su sexo, orientación sexual o identidad sexual, razones de género y, la enfermedad o discapacidad del sujeto pasivo. Además, hacía especial énfasis en los motivos racistas o antisemitas.

Después de diversas iniciativas legislativas que no tuvieron su fruto, y consecuencia de las demandas efectuadas por los movimientos sociales y corroboradas por la Fiscalía General del Estado, la doctrina y la jurisprudencia, se ha introducido como motivo discriminatorio las razones de aporofobia y de exclusión social

⁶ La Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia aprovecha igualmente para adicionar a la identidad sexual la identidad de género. En este sentido hay que indicar que la introducción en la circunstancia agravatoria de la identidad sexual tiene su origen principalmente en la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas, por lo que resultaba cuanto menos deficiente la técnica legislativa al haber utilizado el concepto de identidad sexual, y no el concepto de identidad de género, que es el que esta ley precisamente utiliza en su redacción. Como indica MANJÓN-CABEZA OLMEDA “a la identidad sexual se refiere la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas, utilizando las expresiones de identidad de género y disforia de género” (Manjón-Cabeza Olmeda, 2010: 53).

⁷ CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG indican a este respecto que la doctrina mayoritaria había destacado “la existencia de importantes omisiones en el catálogo de motivos discriminatorios previstos en el art. 22.4ª. Una de ellas fue tenida en consideración por la LO 5/2010, que introdujo en el precepto, junto a la discriminación por motivo de sexo u orientación sexual, la discriminación por identidad de género. Con ello, el nuevo texto permite dar cobertura a los casos de transfobia, esto es, fobia por los transexuales, que no resultaban subsumibles en los mencionados motivos de ‘sexo’ o de ‘orientación sexual’” (Mir Puig, y Corcoy Bidasolo, 2015: 149). En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN (2012: 179).

No obstante, parte de la doctrina consideraba innecesaria la reforma por cuanto que se entendía que los motivos de discriminación basados en las razones de identidad sexual o de género se consideraban incluidos en la redacción previa. En este sentido QUINTERO OLIVARES indica al respecto que “la razón de aquella reforma hay que buscarla en la crítica recibida por el texto anterior, en el que algunos señalaban que dejaba sin respuesta los casos en los que la agresión discriminatoria era por tratarse del sexo de la víctima -normalmente, por ser mujer- pero no por la identidad sexual que la víctima deseara tener, diferente de su sexo. [...] no parece que hubiera un ‘vacío legal’ que exigiera una nueva intervención legislativa”. (Quintero Olivares, 2015: 385). De igual forma, DÍAZ LÓPEZ indica que “se solía entender que la discriminación por razón de sexo abarcaba aquélla por orientación sexual y que ésta, a su vez, abarcaba aquélla por identidad sexual” (Díaz López, 2013: 306).

⁸ Para una valoración integral de las razones de género como motivo discriminatorio en nuestro Código penal, Orejón (2019: *passim*).

mediante la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Esta norma tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, y uno de sus fines consiste en garantizar la erradicación y la protección frente a cualquier tipo de discriminación y la superación de los estereotipos de carácter sexista, racista, homofóbico, bifóbico, transfóbico o por razones estéticas, de discapacidad, de enfermedad, de aporofobia o de exclusión social o por cualquier otra circunstancia o condición personal, familiar, social o cultural. Por ello, incluye en su disposición final sexta, apartado Uno, la modificación del art. 22.4ª Cp por la que se introduce en dicho precepto (así como en los tipos específicos reconocidos en los arts. 314, 511, 512 y 515.4) las razones de aporofobia o de exclusión social como motivo de discriminación. Extremo que justifica, en su Preámbulo, epígrafe II, en el hecho de que, atendiendo al “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”.

2.2. NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA INCLUSIÓN DE LA APOROFOBIA O DE LAS RAZONES SOCIOECONÓMICAS COMO MOTIVO DISCRIMINATORIO.

El rechazo a la persona pobre (de manera más particular a la persona sin hogar) y este como motivo de incidentes y delitos de odio o discriminación que debe ser sancionado se ha consolidado socialmente desde que Adela CORTINA pusiera nombre a este fenómeno en el año 1995 (Cortina, 2017: 22-27). Patología social que se hizo patente mediáticamente con el caso del asesinato en Barcelona de una mujer que fue quemada viva mientras dormía en un cajero la noche del quince al dieciséis de diciembre de dos mil cinco⁹. Hecho este que no constituye un caso aislado sino que, pese al silencio mediático existente al respecto como consecuencia de la invisibilización de este colectivo, en ocasiones salta a los medios de comunicación por casos especialmente reprobables.

No obstante, no todo actuar discriminatorio por parte del sujeto activo es objeto de agravación en la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal contemplada en el art. 22.4ª Cp, así como en los tipos específicos reconocidos en nuestro texto penal, sino únicamente aquellas razones expresamente contempladas. Así, por ejemplo, el oficio o la profesión del sujeto pasivo (que se reconoce en el art. 170.1 Cp) no es objeto de protección penal por parte de esta circunstancia, tal y como concluye, entre otras resoluciones judiciales, el Auto de 12 de diciembre de 2018, dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que determina que “no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser tributario de la protección que le dispensa la protección del denominado ‘discurso del odio’, que debe circunscribirse a los colectivos vulnerables e históricamente discriminados en el contexto concreto en el que se emita el discurso”, de modo que determina la “inidoneidad del colectivo policial para ser considerado como ‘colectivo diana’ propio de esta figura”.

Este ha sido precisamente, hasta la última reforma, el caso de los delitos y de los incidentes de odio o discriminación que se cometen sobre las personas pobres, que seguía sin reflejarse de manera expresa en nuestro texto punitivo¹⁰.

En este sentido, debemos partir de la obligación del Estado de garantizar los derechos de las personas sin discriminación por el origen social o la posición económica, así como cualquier otra condición social, conforme le impone el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹ y el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otros. Pese a ello, el informe de investigación llevado a cabo por el Observatorio de Delitos de Odio contra Personas Sin Hogar Hatento¹² (Rais Fundación, 2015) revela que un 47,1% de las personas entrevistadas habría sufrido, al menos,

⁹ Hechos que son objeto de la Sentencia de 5 de noviembre de 2008, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona.

¹⁰ No obstante, hay que tener en cuenta que sí podía entenderse como reconocida en el delito de amenazas regulado en el art. 170.1 Cp al referirse con carácter genérico a “colectivo social” y en el delito de tortura contemplado en el art. 174.1 Cp al recoger una cláusula genérica, esto es, “cualquier razón basada en algún tipo de discriminación”.

¹¹ Instrumento de ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, págs. 9343 a 9347.

un episodio aporóforo (agresiones, humillaciones o intimidaciones) y, de entre ellas, el 81,3% habría sido objeto de esta situación en más de una ocasión.

De forma similar, y circunscrito a la ciudad de València, el Informe Personas Sin Hogar en la Ciudad de València del año 2020, fruto del “Programa Sinergias: conexión mundo académico y profesional por medio del alumnado con metodología Aprendizaje-Servicio del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universitat de València”, concluye que:

“Durante el tiempo que las personas no tienen hogar son víctimas de múltiples delitos, vinculados con una condición de alta vulnerabilidad. Entre estos delitos que sufren están el robo, la estafa, agresión física o verbal, con un 46,6%, siendo prácticamente los mismos porcentajes en ambos sexos, aunque en el caso de la agresión física o verbal es mayor en mujeres (55,5 %). Un dato llamativo, es el gran porcentaje de agresiones sexuales sufridas por mujeres (29,6%), frente a un 1,4% en el caso de los hombres. En comparación con las mujeres, la discriminación (48,1%), la indiferencia (33,3%), y las agresiones físicas/verbales (55,5%), son ligeramente superiores que en el supuesto de los hombres. Los hombres superan a las mujeres solamente en el caso de haber sido denunciados (11,7%), y ligeramente superior en el caso de robo y estafa (46,7%), pero en todos estos casos”.

Pero es que, además, los incidentes y delitos cometidos por aporofobia, son más recurrentes que los que se llevan a cabo por otras razones que el legislador sí había tipificado previa y expresamente como motivos discriminatorios objeto de agravación penal. Así, tomando en consideración el Informe de la Evolución de los delitos de odio en España de 2019 efectuado por el Ministerio del Interior¹³, los hechos conocidos y registrados por motivos aporófobos superan a los cometidos por antisemitismo (en más del doble) así como a los cometidos por razón de la enfermedad del sujeto pasivo. Todo ello pese a los datos ocultos o sumergidos, pues los sujetos que sufren este tipo de delitos denuncian en pocas ocasiones como consecuencia de considerar que no son delito, creer que no van a ser objeto de protección o incluso miedo o desconfianza hacia el sistema y hacia las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹⁴.

La falta de reconocimiento de la motivación aporófoba o las razones socioeconómicas como circunstancia agravante de discriminación ha supuesto que el propio Tribunal Supremo, en aras a evitar una aplicación analógica *in malam partem* proscrita en nuestro ordenamiento jurídico penal, haya indicado que “una discriminación por ser mendigo no permitía aplicar la agravante”¹⁵. Así, la ya citada Sentencia de 5 de noviembre de 2008, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso de la mujer que fue quemada viva en un cajero, expresaba que “la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado [cuarto del art. 22] cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto son circunstancias agravantes”

Se hacía necesario, así, que se introdujera este motivo discriminatorio en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a través de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal como en los tipos penales que regulan los denominados delitos específicos de odio y/o por discriminación.

Todo ello partiendo de que, en virtud del principio de seguridad jurídica y taxatividad del Derecho penal no resulta admisible la utilización de una cláusula de cierre genérica (Gómez, 2019: 47) como la que tiene alguno de los tipos específicos de delitos de discriminación¹⁶ y cuya extensión ha llegado a proponer el Tribunal Supremo en su Sentencia número 1160/2006, de 9 de noviembre. Se plantea, así, un debate entre la inseguridad jurídica o la infrainclusión, es decir, si “apostamos si es preferible un listado cerrado que favorecería la seguridad jurídica, pero perjudicaría la admisión de la agravante de discriminación a supuestos no

¹² Informe accesible en el enlace http://hatento.org/wp-content/uploads/2015/06/informe-resultados-digital_DEF.pdf.

¹³ Informe de acceso público en el enlace: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/informe-sobre-la-evolucion-de-los-delitos-de-odio-en-espana>

¹⁴ A ello debemos añadir situaciones de vulnerabilidad múltiples que suponen mayores problemas para los sujetos en cuanto a la posibilidad de denunciar estos hechos. A modo de ejemplo, una persona pobre que, al mismo tiempo, es extranjera sin regularizar, va a tener rechazo a acudir a denunciar a una comisaría por miedo a ser objeto de un expediente de expulsión.

¹⁵ STS 458/2019, de 9 de octubre.

¹⁶ Delitos de amenazas a un grupo con un mal que constituya delito (art. 170.1 Cp) que se refiere a “cualquier otro grupo de personas” y de tortura cometida con base en algún tipo de discriminación (art. 174 Cp).

contemplados en el *numerus clausus*¹⁷. Algunos autores defienden la necesidad de que estos delitos dejen de disponer una enumeración cerrada de los motivos de discriminación, fundamentando dicho extremo en la definición de los delitos de odio realizada por la OSCE de delitos de odio¹⁸, en cuyo apartado final deja la posibilidad de persecución de otras manifestaciones basadas en la intolerancia. Ello permitiría incluir motivos de discriminación que el legislador no ha tenido en cuenta y que resultan de necesaria protección, como el caso de la aporofobia¹.

No obstante, la mayor parte de la doctrina se posiciona en contra de esta posibilidad tanto por la necesaria protección del principio de seguridad jurídica que se vería vulnerado ante una calificación del sujeto pasivo no concreta, como por el principio de *ultima ratio* dado que no todo tipo de acción delictiva motivada por un prejuicio o una animadversión del sujeto activo debe ser considerada discriminatoria a efectos penales, pues ello desvirtuaría la pretensión y la justificación de estos tipos penales (Martín, 2019: 67). Como refiere FUENTES OSORIO, estas cláusulas abiertas “generan dudas a propósito del principio de legalidad ya que su contenido será variable y dependerá del rechazo social a un motivo en un determinado momento histórico, lo que genera una evidente inseguridad jurídica” (Fuentes, 2017: 5).

Por otro lado, y además de la necesidad y oportunidad, aunque su examen en profundidad exceda del presente trabajo, hay que tener en cuenta que existe, asimismo, un merecimiento de incremento de pena por la comisión de unos hechos con la concurrencia de motivos discriminatorios en razón de la situación socioeconómica del sujeto pasivo. Y ello por cuanto que, como ya he tenido ocasión de referir en otras ocasiones, la agravante de discriminación supone un incremento del injusto en cuanto que, además del bien jurídico protegido por el delito base, afecta a la dignidad del sujeto pasivo (Orejón, 2019: 172-184).

3. AGRAVACIÓN POR APOROFOBIA O EXCLUSIÓN SOCIAL VERSUS DISCRIMINACIÓN POR RAZONES SOCIOECONÓMICAS.

Acreditada, por tanto, la necesidad y oportunidad de la introducción de este motivo discriminatorio en la agravante genérica estipulada en el art. 22.4^a Cp, así como justificado el merecimiento de pena, se plantean diferencias doctrinales en relación con la forma en la que debería recogerse en nuestro texto punitivo. En definitiva, y al margen de posicionamientos en favor de cláusulas abiertas descartadas *supra*, por un lado se propone la regulación mediante la introducción de la aporofobia o de razones de exclusión social como motivo de discriminación mientras que, por otro, se hace referencia a discriminación por razones socioeconómicas. Todo ello teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha optado por la primera opción y, además, incluye ambas posibilidades de manera indistinta, esto es, tanto la aporofobia como las razones de exclusión social.

En este sentido, la introducción del concepto de aporofobia o razones de exclusión social, supone atender a la realidad criminológica o a la situación de las personas que se encuentran en una situación socioeconómica de vulnerabilidad¹⁹, pues lo bien cierto es que, como plantea BUSTOS, no existe actualmente una realidad discriminatoria frente a “la persona que nada en la abundancia” (Bustos, 2020: 246). Esto es, no parece necesario ni oportuno, en este sentido, hablar de una situación de plutofobia²⁰.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Declaración del Consejo Ministerial número 4/03 de la OSCE que definió delitos de odio como cualquier infracción penal (contra las personas o las propiedades), donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción sea elegido por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a algún grupo social cuyos miembros tienen una característica común como su raza real o percibida, origen nacional o étnico, lenguaje, color de piel, religión, sexo, edad, discapacidad intelectual o física, orientación sexual u otro factor similar

¹⁹ Creo que es más oportuno hacer referencia a personas en situación de vulnerabilidad que a personas vulnerables pues, como indica RIBOTTA, “la vulnerabilidad que nos ocupa, entonces, ya no es la característica natural de la vida misma, sino las consecuencias de determinada organización jurídica, política y social que *hace* vulnerables a ciertos grupos sociales por encontrarse en determinadas circunstancias o por poseer determinados caracteres identitarios, provocándoles un daño, lesión o discriminación, que no *son* vulnerables sino que *están* vulnerables” (Ribotta, 2012: 8).

²⁰ Aunque la Real Academia de la Lengua Española no ha reconocido los conceptos de plutofobia o de plutofilia, empieza a hacerse referencia a los mismos como fobia o filia a las personas ricas, en contraposición a la aporofobia y ello tomando como referencia al dios romano Pluto, que personificaba la riqueza. Resulta de interés, en este sentido, Terradillos (2020).

En primer lugar, y en cuanto al concepto de exclusión social, su introducción en la agrante de discriminación genera problemas de taxatividad, certeza y seguridad jurídica. Por un lado, debemos tener en cuenta que se trata de un concepto jurídico indeterminado que va a generar conflictos interpretativos por su indefinición, quedando al arbitrio judicial su concreción. Tal y como indica SERRANO TÁRRAGA, el concepto de exclusión social, aunque nace asociado a marginalidad y pobreza (y, por tanto, al concepto de aporofobia), se ha ido ampliando, y ello por cuanto que “los factores susceptibles de provocar situaciones de exclusión social son múltiples y están en continuo cambio, dependiendo de la sociedad y del momento histórico, y aparecen relacionados con las políticas sociales y las pautas culturales. Las dinámicas de exclusión son complejas, influyen muy diversos y diferenciados factores, siendo cinco las variables más importantes que intervienen en el proceso: laborales, económicas, culturales, personales y sociales. Se viene considerando excluidos a aquellos sujetos que, por su propia situación desventajosa en el seno de una sociedad, no reciben los beneficios del crecimiento y el progreso económico de ésta” (Serrano Tárraga, 2014: 589). Tanto es así que, al determinar las cuasas de exclusión social, las concreta, entre otras, en pobreza, raza, minorías étnicas, género, inmigración, diversidad cultural, marginación social y desigualdad.

Pero es precisamente ese carácter multifactorial, evolutivo y cambiante, lo que convierte ese concepto en una cláusula abierta de discriminación contraria al principio de seguridad jurídica. Esto es, permitiría, de hecho, reconocer los motivos discriminatorios contemplados en el artículo 22.4ª como una cláusula *numerus apertus*, pues esta razón de exclusión social supondría un paraguas que permitiría encauzar cualquier tipo de discriminación a personas discriminadas. Al mismo tiempo, supone una reiteración injustificada en el propio texto punitivo, pues las razones discriminatorias expresamente reconocidas son precisamente las que generan esa exclusión social.

En cuanto a la inclusión de la aporofobia, en lugar de razones socioeconómicas, la propia sistemática de nuestro Código penal en la regulación de los delitos por discriminación atiende a la utilización de conceptos neutros. Así, de igual modo, no puede hablarse desde una perspectiva estadística o social de una situación de discriminación u odio hacia las personas heterosexuales, sin embargo la agravante genérica se remite a la discriminación referente a la orientación sexual. En el mismo sentido, se remite la circunstancia modificativa a la identidad sexual o de género del sujeto pasivo, pese a que es obvio que frente a la situación de vulnerabilidad de las personas trans, los sujetos cissexuales o cisgénero²¹ carecen de una situación social discriminatoria. Pero, a mayor abundamiento, la propia Ley Orgánica 8/2021, está aceptando este posicionamiento, pues cuando decide incorporar en la agravante genérica la edad, lo hace así de manera neutra (parece que igual se refiere a supuestos de gerontofobia²² que a ataques a personas de mediana edad) pero en su propia justificación, conforme al epígrafe II del Preámbulo, se refiere como ámbito de protección “a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada”.

De este modo, entender que el precepto debe remitirse a la aporofobia o razones de exclusión social, eludiendo la referencia neutra, supondría necesariamente entender que debería producirse la reforma del mismo para que se apreciara una situación de discriminación por razones de homosexualidad, bisexualidad y transexualidad o transgénero, puesto que no es posible obviar que la heterosexualidad es una orientación sexual más y la cissexualidad es también una identidad.

Lo bien cierto es que, aunque parece más oportuno aplicar la agravación de discriminación únicamente a aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, dicho extremo debe alcanzarse o bien mediante la interpretación de estos tipos penales conforme a un fundamento basado en el incremento del injusto subjetivo o bien mediante la oportuna reforma legislativa. En cuanto a la primera de las posibilidades, esto es, fundamentación de la agravación en el incremento del injusto subjetivo, hay que tener en cuenta que en estas acciones, lo que se pretende al cometer el delito contra un sujeto por una característica como las que se reconocen en los delitos por discriminación es degradar a la misma y tratarla como si no fuera sujeto de derechos, esto es, lo que “persiguen estas conductas es denostar a sus víctimas menospreciándolas como personas, cosificándolas, con la finalidad última de socavar valores tan esenciales como el pluralismo, la diversidad, la igualdad y la no discriminación y el respeto a la dignidad humana de todas las personas que conformamos la sociedad” (Gascón, Añón, García, Merino y Mora, 2019: 119), por lo que no resultaría necesaria modificación legislativa alguna sino una interpretación ajustada a un Derecho penal del hecho.

²¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre, solicitada por la República de Costa Rica, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, ha definido persona cisgénero la situación en la que “la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer”.

²² Concepto que tampoco ha sido reconocido por la Real Academia de la Lengua Española.

Otra opción, aunque entiendo innecesaria, sería que *lege ferenda*, y para evitar las distintas interpretaciones judiciales que hay al respecto de modo que en ocasiones hay pronunciamientos favorables a su aplicación con carácter general (por ejemplo, el hipotético supuesto de una persona agredida por un grupo de personas negras por el mero hecho de ser blanco) mientras que en otras se limita su aplicación a colectivos en situación de vulnerabilidad, se podrían reformular estos tipos penales a fin de que se determine que nos encontramos ante un *discriminatory selection model* (modelo de discriminación selectiva, habitual en los sistemas europeos, en el que la discriminación o la afección al sujeto pasivo solo se produce en los supuestos en los que este se encuentra en una situación de vulnerabilidad como consecuencia de su identidad). En sentido similar, la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, a fin de evitar la impunidad en supuestos de discriminación por asociación²³ o discriminación por error inverso²⁴, modifica la agravación genérica de modo que incluye un inciso final en el que indica que será de aplicación la misma “con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”.

Por otro lado, frente a la valoración de fobias u odios concretos, que nos acerca hacia valoraciones más propias de un Derecho penal de autor, resulta más oportuno, como propone la doctrina mayoritaria, hacer referencia a causas de discriminación (Gómez, 2019: 47), que no se remiten a la ideología del sujeto activo sino a la propia acción y hecho cometido por el mismo.

Así, siguiendo la propia estructura de nuestro Código penal, y una interpretación sistemática del texto punitivo, junto con las razones esgrimidas relacionadas con los principios de taxatividad, seguridad jurídica y tipicidad, entiendo que habría sido más apropiado hacer referencia a términos neutros, como “razones socioeconómicas” frente a la opción de razones de exclusión social y de aporofobia.

4. CONCLUSIÓN.

Los sujetos que se encuentran en situación de vulnerabilidad por razones socioeconómicas son objeto de delitos (o incidentes que no siempre alcanzan esta calificación penal) motivados precisamente por la aporofobia. De este modo, se ha instado al legislador, tanto desde la doctrina como desde los distintos operadores jurídicos, a su inclusión en los distintos tipos penales que, tras diversas propuestas de reforma legislativa, ha tenido su fruto en la reciente introducción mediante Ley Orgánica 8/2021. Tanto es así que esta circunstancia ha sido objeto de valoración en los distintos informes anuales sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España que lleva a cabo la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

No obstante, y atendiendo a una interpretación sistemática de nuestro Código penal y a su inclusión homogénea y coherente en el texto punitivo, no resulta adecuado introducir la aporofobia y la exclusión social en los términos en los que lo ha hecho la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, sino que habría sido más oportuno la utilización de una causa discriminatoria neutra como las que ya utiliza el legislador que, al mismo tiempo, determine las causas discriminatorias sin fórmulas indefinidas o incluso abiertas. Por ello, *lege ferenda*, se propone que la agravante genérica contemple el hecho de “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, la enfermedad que padezca o su discapacidad o razones socioeconómicas”.

²³ El sujeto activo del delito lleva a cabo un comportamiento discriminatorio pero no lo ejerce contra quien pertenece, o cree que pertenece al grupo vulnerable, sino contra aquellas personas que tienen algún vínculo (profesional, laboral, sentimental, de amistad, etc.) con dichos colectivos.

²⁴ El sujeto pasivo objeto del delito es ajeno a la característica identitaria objeto de tutela, pero ha sido seleccionado por el sujeto activo bajo la creencia de que formaba parte del grupo que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Un ejemplo lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo número 1341/2002, de 17 de julio, que confirma la condena por un delito de lesiones con la concurrencia de la circunstancia agravante de discriminación por la orientación sexual del sujeto pasivo, pese a que “no se ha[bía] probado la homosexualidad del lesionado ni le fué atribuido tal carácter” pero “los acusados se habían dirigido a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales, a lo que corresponde el comentario hecho por otro de los acusados a los que le acompañaban, de que el lugar estaba lleno de ellos, que se reafirmó en su postura al añadir, ante pregunta del luego lesionado, que le daban asco, con todo lo cual se transparenta inequívocamente que la siguiente agresión se llevó a cabo, frente a persona que se suponía homosexual, y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo”.

REFERENCIAS

- BUSTOS RUBIO, M.: *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4ª CP)*. Barcelona: Editorial Bosch, 2020.
- CORTINA ORTS, A.: *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Madrid: Editorial Paidós, 2017.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Thomson Reuters, 2013.
- FUENTES OSORIO, J. L. (2017). El odio como delito. EN: *RECPC*, 2017, núm. 19.
- GASCÓN CUENCA, A., ANÓN ROIG, Mª J., GARCÍA CÍVICO, J., MERINO Y SANCHO, V. y MORA CASTRO, A. *Igualdad de trato, prevención de la discriminación y delitos de odio en la Comunitat Valenciana*. València: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019.
- GÓMEZ MARTÍN, V. ¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código Penal español. En: MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) *Constitución y sistema penal*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2012, pp. 175-222.
- GÓMEZ MARTÍN, V. Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18.
- GÓMEZ MARTÍN, V. *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*. Portugal: Editorial Juruá, 2019.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. València: Editado por la Universitat de València, 1989.
- GOYENA HUERTA, J. En: GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*. Madrid: Editorial Lex Nova, 2010.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. *Los delitos de odio*. València: Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. Racismo, xenofobia y Estado democrático. En: *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, , 2004, núm. 18, pp. 59-72.
- LAURENZO COPELLO, P. ¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?. En: *Estudios penales y criminológicos*, 2015, núm. XXXV.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Circunstancias modificativas. Arts. 21 y 22. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. València: Editorial Tirant lo Blanch, 2010, pp. 47-54.
- MARTÍN RÍOS, B. La represión del discurso de odio a través del Derecho Penal. Debilidades y fortalezas de la regulación penal actual. En MARTÍN RÍOS, B. (coord.), *La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2019, pp. 61-87.
- MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. València: Editorial Tirant lo Blanch, 2015.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N. *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*. Madrid: Editorial Iustel, 2019.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2015.
- RAIS FUNDACIÓN. *Los delitos de odio contra las personas sin hogar. Informe de investigación*. Madrid: 2015.
- RIBOTTA, S: “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”. En: *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2012, volumen 6, número 2.
- SALINERO ALONSO, C. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*. Albolote (Granada): Editorial Comares, 2000.
- SALINERO ECHEVARRÍA, S. La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, núm. XLI, pp. 263-308.